



AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES

VOTO DLA

**RELATORIA:** DLA

**TERMO:** VOTO À DIRETORIA COLEGIADA

**NÚMERO:** 46/2023

**OBJETO:** Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão com Arrendamento nº 33/07, por meio do qual foi outorgada o direito de prestação de serviço e exploração da Ferrovia Norte-Sul, no trecho entre Açailândia/MA e Palmas/TO.

**ORIGEM:** SUFER

**PROCESSO (S):** 50500.110485/2021-19

**PROPOSIÇÃO PRGPARECER** n. 00404/2022/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 4948120) e **NOTA JURÍDICA** n. 00014/2023/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 16196077)

**ENCAMINHAMENTO:** À VOTAÇÃO - DIRETORIA COLEGIADA

## EMENTA

**FERROVIA NORTE SUL S.A. FNS. TRECHO AÇAILÂNDIA/MA A PALMAS/TO. ACÓRDÃO Nº 322/2019 - TCU - PLENÁRIO. SUPERINTENDÊNCIA DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO. APROVA MINUTA DO QUARTO TERMO ADITIVO AO CONTRATO DE SUBCONCESSÃO COM ARRENDAMENTO Nº 33/07.**

### 1. DO OBJETO

1.1. Trata-se de proposição para celebração de Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão com Arrendamento nº 33/07, por meio do qual foi outorgada à Ferrovia Norte Sul S/A o direito de prestação de serviço e exploração da Ferrovia Norte Sul, no trecho entre Açailândia/MA e Palmas/TO. A alteração contratual se dá em atendimento à determinação exarada pelo Tribunal de Contas da União - TCU, por meio do Acórdão nº 322/2019 - TCU - Plenário.

### 2. DOS FATOS

2.1. O Plenário do Tribunal de Contas da União julgou, em sessão ocorrida no dia 20 de fevereiro de 2019, o processo TC 014.907/2015-1 que tratou de Auditoria de Conformidade realizada na Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e na Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (atualmente, Infra S.A.). O referido processo teve por objetivo avaliar a legalidade, a legitimidade e a economicidade de atos atinentes à subconcessão de trecho da ferrovia EF-151, concedido pela União à Valec e, mais tarde, subconcedido à Ferrovia Norte Sul S.A. - FNS, empresa controlada pela Valor da Logística Integrada - VLI. O trabalho do Tribunal se concentrou sobre as indenizações por passivos ambientais, multas aplicadas à Valec por descumprimento do Contrato de Subconcessão 33/07 e cumprimento das obrigações da FNS S.A., além de outras questões relacionadas.

2.2. O referido julgamento resultou no Acórdão nº 322/2019 - TCU - Plenário, que dispôs sobre algumas determinações orientadas à Valec, dentre as quais:

9.1. fixar prazo de até 15 (quinze) dias, com fulcro no art. 71, IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992 e com o art. 251 do Regimento Interno do TCU, para que a Valec adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular o item 2.2.7 do termo de entrega e recebimento do trecho I-A da Ferrovia Norte Sul, o item 2.7 do termo de entrega e recebimento do trecho II da Ferrovia Norte Sul e o item 2.4 do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07, em razão do descumprimento do princípio da legalidade (arts. 37 da CF/1988 e 14 da Lei 8.987/1995), dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 2º da Lei 9.784/1999) e do princípio da motivação (art. 50, inciso II e §1º, da Lei 9.784/1999);

2.3. Assim, em atendimento à determinação do Tribunal de Contas da União, em 7 de janeiro de 2021, a Superintendência de Gestão Operacional e Participações - SUGOP, da Diretoria de Negócios da Valec, elaborou a Proposição nº 01/2021/SUGOP-VALEC/DINEG-VALEC (SEI 8594424), apresentando as providências necessárias para cumprimento das determinações contidas no item 9.1 do Acórdão nº 322/2019 - TCU - Plenário.

2.4. Por intermédio dos Ofícios nº 60/2021/GEOF-VALEC/SUGOP-VALEC/DINEG-VALEC (SEI 10340551), de 30 de março de 2021 e nº 68/2021/SUGOP-VALEC/DINEG-VALEC (SEI 8594421), de 26 de outubro de 2021, a Valec encaminhou proposta de Termo Aditivo Quarto ao Contrato nº 033/07 (SEI 8594422), bem como a Certidão de Deliberação da Diretoria Executiva daquela empresa pública (SEI 8594425).

2.5. Após análise da documentação, a Gerência de Regulação Ferroviária - GEREV, da Superintendência de Transporte Ferroviário - SUFER, produziu a Nota Técnica nº 8001/2022/CONOR/GEREV/SUFER/DIR/ANTT (SEI 436084) e a minuta de Termo Aditivo (SEI 14567799), e, tendo em vista que a matéria em foco abarcava aspectos jurídicos, submeteu à Procuradoria Federal junto à ANTT - PF-ANTT.

2.6. Em resposta, a PF-ANTT elaborou o PARECER n. 00404/2022/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 14948120), de 4 de janeiro de 2023, trazendo, em síntese, o seguinte posicionamento sobre a

proposta da GERE/SUFER:

10. Observa-se, de pronto, que as determinações, em sua grande maioria, têm como destinatário a VALEC, exatamente porque os apontados vícios de legalidade recaem sobre as penalidades pecuniárias que aquela empresa pública se comprometeu a pagar à subconcessionária FNS em caso de atraso ou inconformidades na entrega de trechos da ferrovia norte sul e em razão de eventuais passivos ambientais e construtivos deles decorrentes.

11. E faz sentido que assim tenha se dado: os termos de entrega e recebimento (SEI 14768362), inquinados de suposta ilegalidade pelo TCU, foram firmados exclusivamente entre a VALEC e a subconcessionária, sem a participação da ANTT, que ali não figurou nem mesmo como interveniente.

(...)

16. A ANTT, em vista disso, não tem poderes de alterar ajuste/contrato de que não é parte; não por outra razão é que a determinação do TCU se dirige expressamente à VALEC, não à ANTT. Sendo assim, o juízo sobre a melhor forma de dar cumprimento ao Acórdão do TCU é da VALEC, não da ANTT.

17. Dito isso, não nos escapa a constatação de que, para além da previsão nos termos de entrega e recebimento de trechos da ferrovia firmados em 2009, foi posteriormente celebrado o 2º Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão em dezembro de 2010, oportunidade em que se previu multa compensatória em proveito da subconcessionária no caso de a VALEC não sanar as inconformidades encontradas no chamado Trecho III [...]

(...)

18. Neste aditivo contratual, diferentemente, figuraram, além da VALEC e FNS, a ANTT, na condição de interveniente. Sua alteração, consequentemente, pressupõe novo aditivo em que as três partes o firmem de comum acordo.

19. No que se refere a este dispositivo, em específico, é sim atribuição da ANTT encabeçar tratativas para a celebrar aditivo para anulá-lo, em cumprimento à decisão do TCU. Desse modo, a minuta ora proposta deve se limitar a excluir a subcláusula 2.4 do 2º Aditivo ao Contrato de Subconcessão, sem avançar em alterar termo firmado entre terceiros.

2.7. Com base nas considerações apresentadas pela PF-ANTT, a Gerência de Regulação Ferroviária - GERE/SUFER produziu, em 16 de dezembro de 2022, a Nota Técnica nº 262/2023/CONOR/GEREF/SUFER/DIR/ANTT (SEI014571) e a minuta de Termo Aditivo (SEI 15014584), contendo a revisão das cláusulas a serem declaradas como nulas.

2.8. Ato contínuo, em 19 de janeiro de 2023, por intermédio dos Ofícios ANTT nº 1857/2023/CONOR/GEREF/SUFER/DIR-ANTT (SEI029963) e ANTT nº 1877/2023/CONOR/GEREF/SUFER/DIR-ANTT (SEI 15033817), os documentos supramencionados foram encaminhados, respectivamente, à Infra S.A. e à Subconcessionária da Ferrovia Norte Sul - Tramo Norte, para que se manifestassem sobre a proposta.

2.9. As respostas das interessadas foram submetidas à ANTT por meio da Carta nº 075.VLIREG.23 (SEI15298307), do Ofício nº 39/2023/GEOFE-INFRA/SUFIP-INFRA/DIREM-INFRA/DIREXINFRA/CONSAD-INFRA/AG-INFRA (SEI15298325) e do Parecer nº 34/2023/PROJUR-INFRA/PRESI-INFRA/DIREX-INFRA/CONSADINFRA/AG-INFRA (SEI 15423328).

2.10. Em sua manifestação, a FNS trouxe aos autos informações que ainda não haviam sido objeto de avaliação pela área técnica ao longo da instrução processual. Na oportunidade, a Subconcessionária indicou que a mesma questão estava sendo tratada em âmbito judicial, no bojo da Ação de Cobrança ajuizada pela FNS em face da Infra S.A., que fora autuada sob o nº 1013185-78.2018.4.01.3400.

2.11. Frente a essa manifestação da Subconcessionária, a área técnica optou por elaborar nova consulta à PF-ANTT com o intuito de dirimir dúvidas sobre a repercussão que a ação judicial mencionada pela FNS teria sobre o processo conduzido no âmbito desta Agência, especificamente, se o fato da FNS ter ajuizado ação de cobrança em face da Infra, em alguma medida, ensejaria a suspensão do presente processo. Na oportunidade, questionou-se, também, sobre a possibilidade de celebração de Termo Aditivo caso a Subconcessionária manifestasse discordância em relação aos termos propostos, bem como a sobre legalidade da decretação da nulidade do item 2.6 do Segundo Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão com Arrendamento por meio do Termo Aditivo. Os autos foram submetidos à apreciação da Procuradoria por meio da Nota Técnica nº 1066/2023/CONOR/GEREF/SUFER/DIR/ANTT (SEI 15598836), de 24 de fevereiro de 2023.

2.12. Em resposta, a PF-ANTT se manifestou por meio da Nota n. 00301/2023/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI16196033), do Despacho n. 02103/2023/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI16196058), da Nota Jurídica n. 00014/2023/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI16196077) e do Despacho de Aprovação n. 00100/2023/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 16196097). Em síntese, foi indicado pela Procuradoria que: (i) não se constatou qualquer decisão judicial impeditiva do andamento do procedimento administrativo referente à celebração do 4º Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão com Arrendamento nº 33/07; (ii) não existe determinação no sentido de que seja suspenso o presente procedimento administrativo, instaurado no âmbito da ANTT para efetivo cumprimento da decisão tomada pelo TCU; (iii) no caso ora analisado, em razão da celebração do Termo Aditivo se dar em razão de determinação do TCU, seria possível a celebração, mesmo sem concordância da FNS; e (iv) a declaração de nulidade do item 2.6 do Segundo Termo Aditivo extrapolaria a determinação da Corte de Contas.

2.13. A partir do que foi registrado pelo órgão de assessoramento jurídico, a área técnica apresentou manifestação por intermédio do Despacho CONOR (SEI16246269), bem como elaborou nova minuta de Termo Aditivo (SEI16247337), incorporando ao seu texto as orientações expedidas pela PF-ANTT.

2.14. Por meio do Ofício ANTT nº 10379/2023/CONOR/GEREF/SUFER/DIR-ANTT (SEI 16247461) e do Ofício ANTT nº 10385/2023/CONOR/GEREF/SUFER/DIR-ANTT (SEI16247983), ambos datados de 4 de abril de 2023, a nova minuta de Termo Aditivo foi encaminhada para

avaliação das partes. Conforme registrado nos documentos, foi estipulado o prazo de 30 dias para que elas se manifestassem sobre o teor da nova minuta de Termo Aditivo elaborada pela área técnica.

2.15. A manifestação da Infra S.A. ocorreu no dia 24 de abril de 2023, a partir do Ofício nº 69/GEOFE-INFRA/SUFIP-INFRA/DIREM-INFRA/DIREX-INFRA/CONSADINFRA/AG-INFRA (SEI 16573849), que consta do Processo Administrativo nº 50500.106666/2023-11. Por sua vez, a Subconcessionária registrou seu entendimento em 3 de maio de 2023, por meio da Carta nº 288 VLIREG 23 (SEI 16694381), que deu origem ao Processo Administrativo nº 50500.116349/2023-02.

2.16. Previamente ao encaminhamento do Ofício nº 69/2023-INFRA (SEI16573849) à ANTT, a Infra S.A. já havia se manifestado sobre a matéria por meio Ofício nº 65/2023/GEOFE-INFRA/SUFIP-INFRA/DIREM-INFRA/DIREX-INFRA/CONSADINFRA/AG-INFRA (SEI 16276123), constante do processo nº 50500.087965/2023-31, recebido pela Agência em 4 de abril de 2023. No entanto, antes do conhecimento do documento pela área técnica da SUFER, foi submetido à Infra S.A., conforme registrado no parágrafo 2.14, o Ofício ANTT nº 10379/2023/CONOR/GEREF/SUFER/DIR-ANTT (SEI 16247461), solicitando novo posicionamento sobre o assunto, motivo pelo qual a empresa pública encaminhou a manifestação de que trata o parágrafo 2.15, acima.

2.17. Em 15 de junho de 2023, a Coordenação de Atos Normativos da Gerência de Regulação Ferroviária - CONOR/GEREF/SUFER exarou a Nota Técnica nº 2759/2023/CONOR/GEREF/SUFER/DIR/ANTT (SEI16716483), na qual analisa os documentos encaminhados pelas partes e entende possível a celebração de Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão com Arrendamento nº 33/2007, nos termos definidos na minuta de Termo Aditivo (SEI 17012483).

2.18. Para a adequada instrução processual, em conformidade com a Instrução Normativa nº 12, de 2022, o Superintendente de Transporte Ferroviário encaminhou Relatório à Diretoria nº 202/2023 (SEI16716496) acompanhado dos seguintes documentos: Minuta de Termo Aditivo (SEI 17012483), Minuta de Extrato de Termo Aditivo (SEI17522910), Minuta de Deliberação (SEI 16716509) e Despacho de Instrução (SEI 16716581).

2.19. Em 15 de junho de 2023, após regular instrução processual, os autos foram distribuídos a esta Diretoria, conforme consta na Certidão de Distribuição REDIR-SEGER (SEI 17358082).

2.20. É o relatório.

### 3. DA ANÁLISE PROCESSUAL

3.1. Inicialmente, importa destacar da Lei nº 10.233, de 5 de julho de 2001, lei de criação da Agência Nacional de Transportes Terrestres, trecho referente à competência da ANTT para gerir os contratos de concessão e subconcessão de ferrovias:

Art. 22. Constituem a esfera de atuação da ANTT:

I - o transporte ferroviário de passageiros e cargas ao longo do Sistema Nacional de Viação;

II - a exploração da infra-estrutura ferroviária e o arrendamento dos ativos operacionais correspondentes;

(...)

Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

(...)

V - editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, celebrando e gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;

(...)

Art. 25. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Ferroviário:

(...)

II - administrar os contratos de concessão e arrendamento de ferrovias celebrados até a vigência desta Lei, em consonância com o inciso VI do art. 24;

(...)

V - regular e coordenar a atuação das concessionárias, das permissionárias e das autorizadas, de modo a assegurar a neutralidade com relação aos interesses dos usuários e dos clientes, orientar e disciplinar a interconexão entre as estradas de ferro e arbitrar as questões não resolvidas pelas partes ou pela autorregulação; (Redação dada pela Medida Provisória nº 1.065, de 2021)

3.2. Assim, no caso de ocorrência de erros formais ou materiais, ou mesmo irregularidades nos contratos de concessão ou subconcessão ferroviária, recai sobre a ANTT a prerrogativa administrativa de suprir essas falhas, desde que não alterem as informações relevantes do certame. Nesse sentido, entendo que resta fundamentada a competência da Agência para promover as alterações necessárias ao Contrato de Subconcessão com Arrendamento nº 33/07, celebrado entre a Valec e a FNS S.A, no sentido de formalizar as correções materiais necessárias nos Termos de Entrega e Recebimento dos trechos I-A e II, bem como no 2º Termo Aditivo do referido contrato.

#### Acórdão nº 322/2019 (TC 014.907/2015-1)

3.3. Pois bem, o Contrato de Subconcessão com Arrendamento nº 33/07, firmado em 20 de dezembro de 2007, tem como objeto a subconcessão do serviço de administração e exploração da Ferrovia Norte-Sul, no trecho de Açailândia/MA até Palmas/TO. A Cláusula 10.1 estipula a responsabilidade da Valec para construção de trechos viários e polos de carga, com os respectivos prazos de entregas à FNS.

3.4. A Cláusula Vigésima do Contrato trata das infrações e penalidades do instrumento. Há

previsão de sujeição de multa diária à Valec por eventual atraso na entrega dos trechos ou polos de carga, pelo descumprimento dos prazos e demais condições acordadas. O valor da indenização diária deve ser calculado com base na receita esperada (lucro estimado) que a FNS deixou de auferir pela exploração da infraestrutura não entregue, nos seguintes termos:

CLÁUSULA VIGÉSIMA – DAS INFRAÇÕES E PENALIDADES

20.1 - DA SUBCONCEDENTE VALEC

§1º - A SUBCONCEDENTE estará sujeita à aplicação de multas diárias pelo atraso na entrega dos trechos e/ou polos de carga, quando os prazos e as condições previstos nos Parágrafos 1º, 2º e 3º do Item 10.1 da Cláusula Décima, não forem cumpridos.

§2º - A SUBCONCEDENTE deverá indenizar a SUBCONCESSIONÁRIA, por dia de atraso, em valor correspondente a 10% (dez por cento) da receita diária esperada (lucro estimado), considerando-se as Metas de Produção previstas no Item 6.1 da Cláusula Sexta deste Contrato e o produto médio adotado no Estudo Operacional (ANEXO III do Edital de Licitação).

Com base no Valor Mínimo da Outorga da Subconcessão previsto no Edital de Licitação, a SUBCONCESSIONÁRIA será indenizada, por dia de atraso, nos seguintes percentuais:

I - Ano de 2007: 0,0014% do Valor da Outorga da Subconcessão;

II - Ano de 2008: 0,0020% do Valor da Outorga da Subconcessão;

III - Ano de 2009: 0,0039% do Valor da Outorga da Subconcessão;

(grifou-se)

3.5. O Acórdão nº 322/2019 - TCU - Plenário tratou de Auditoria de Conformidade realizada na ANTT e na Valec, para avaliação da legalidade, legitimidade e economicidade de atos referentes à subconcessão do trecho da ferrovia EF-151, concedido pela União à Valec, e posteriormente subconcedido à Ferrovia Norte Sul S.A. (FNS). O foco da auditoria se concentrou nos seguintes assuntos, dentre outras questões a eles relacionados:

- Indenizações por passivos ambientais;
- Multas aplicadas à Valec por descumprimento do Contrato de Subconcessão nº 33/07;
- Cumprimento das obrigações da FNS.

3.6. Segundo o Relatório do Acórdão, durante a auditoria se constataram indícios de irregularidades das multas cobradas à Valec, pela FNS. Dentre estas irregularidades, foram detectadas as seguintes evidências (Relatório, pg. 3, par. 9):

I - as multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos são irregulares, por terem sido **definidas em documentos que não são hábeis para criarem novo fato gerador** e por não ter sido alterado o Contrato 33/07;

II - as multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos foram **definidas com base em método e base de cálculo desproporcionais**;

III - as multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos foram **estabelecidas em desobediência ao princípio da motivação**; e

IV - as multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS por atraso na entrega de trechos **não estão de acordo com o Contrato 33/07**.

3.7. A respeito da evidência apontada no item "I", acima descrito, o Tribunal de Contas da União verificou que apesar de haver estipulação de multa por atraso na entrega de trechos viários no próprio Contrato de Subconcessão, conforme já verificado anteriormente, elas não seriam aplicáveis aos fatos geradores que foram incluídos nos Termos de Entrega dos trechos I-A e II (atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos), os quais estariam expressos somente em tais instrumentos, conforme especificado a seguir:

**Termo de Entrega do trecho I-A:**

2.2.2 A VALEC e a VALE se comprometem a encaminhar formalmente à FNS, num prazo de até 180 (cento e oitenta) dias contados da assinatura do presente Instrumento, (i) Plano de Ação e (ii) Cronograma de execução detalhado dos serviços / medidas necessárias à completa e definitiva solução das ocorrências listadas no Anexo VII do Contrato 033/07, referidas nesse trecho.

(...)

2.2.7 - Caso a VALEC não venha a desincumbir-se de todas as medidas necessárias para a completa e definitiva solução das deficiências, irregularidades e pendências apontadas nos prazos estabelecidos nos documentos de que trata o item 2.2.2, será devida à FNS multa compensatória na forma prevista na Cláusula Vigésima do Contrato de Subconcessão corrigida pelo IGP-DI, desde a data da assinatura deste Termo até a data da efetiva correção pela VALEC. (grifos nossos)

**Termo de Entrega do trecho II:**

2.3 - As Partes acordam que a VALEC revisará o Plano de Ação e Cronograma de Execução previstos no item 2, subitem 2.4, do "Termo Provisório de Entrega e Recebimento do Trecho Araguaína - Guaraí", assinado pelas partes em 29/04/09, a fim de considerar também as deficiências listadas nos Anexos 1-B e 05 deste Acordo. Assim, a VALEC enviará a revisão do cronograma, já entregue à FNS mediante ofício "Of. JFN nº 0911/2009 - PRESI", em até 30 (trinta) dias após a assinatura do presente instrumento, cuja execução das correções não poderá ser superior a 90 (noventa) dias contados da data limite de entrega do trecho compreendido entre os Municípios de Guaraí/TO a Palmas/TO ("Trecho III"), 30/04/2010, especificada no Contrato de Subconcessão 033/07.

(...)

2.4.2 - A VALEC deverá cumprir e corrigir as deficiências apontadas em inspeções e fiscalizações da ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres, nos prazos que lhe forem determinados, visando à autorização para tráfego na totalidade do Trecho II sem restrições.

(...)

2.7 – Caso a VALEC não adote as medidas necessárias para a solução das deficiências nos prazos previstos nos itens 2.3 e 2.4.2, a FNS fará jus à multa compensatória na forma prevista no item 20.1, §2º, III, da Cláusula Vigésima do Contrato de Subconcessão nº 033/2007.

(grifou)

3.8. A então Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária do TCU (SeinfraPortoFerrovia) assim expôs os motivos da ilegalidade dos referidos itens dos termos de entrega:

15. Neste ponto cabe trazer a integralidade desse dispositivo do contrato de subconcessão (peça 47, p. 26):

CLÁUSULA VIGÉSIMA – DAS INFRAÇÕES E PENALIDADES

(...)

16. Essa cláusula contratual prevê que a subconcedente está sujeita à aplicação de multas diárias pelo atraso na entrega de trechos e/ou polos de carga, caso os prazos da Cláusula Décima do contrato não sejam obedecidos. Porém, não é mencionado na cláusula que estabeleceu essa sanção que a Valec seria penalizada com a multa ali definida por atrasos na resolução de passivos ambientais ou até mesmo construtivos.

17. Como é possível observar nos trechos dos termos de entrega e recebimento acima transcritos, com a assinatura desses documentos a FNS S.A. passou a ter o “direito” de aplicar a multa da Cláusula Vigésima do contrato à Valec no caso de atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos. Todavia, o fato gerador dessa multa da Cláusula Vigésima do contrato diz respeito tão somente ao “atraso na entrega dos trechos e/ou polos de carga”.

18. Nota-se que um documento que não alterou o contrato original foi utilizado para criar nova sanção à Valec. Utilizou-se como base uma multa que poderia ser aplicada em casos de atraso na entrega de trechos para criar a possibilidade de penalização da Valec por outros fatos geradores.

19. A Lei 8.987/1995 estabelece em seu art. 23 que é cláusula essencial do contrato de concessão aquelas relativas às penalidades contratuais a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação. Vê -se, portanto, que é norma basilar da relação entre a concedente e a concessionária que as sanções possuam previsão contratual.

20. É possível observar que a definição de novo fato gerador para a multa prevista na Cláusula Vigésima do Contrato 33/07 deu-se de forma ilegal”

(grifou-se)

3.9. Ademais, a SeinfraPortoFerrovia, conforme indicado no referido Acórdão, apontou que os Termos de Entrega foram assinados pelo Diretor Presidente e pelo Diretor Administrativo Financeiro da Valec, entretanto, “a Lei 11.772/2008, que reestruturou a Valec, já dispunha em seu art. 15 que a Diretoria Executiva da Valec é constituída de um Diretor-Presidente e de até 4 diretores (...)” e que “há vício de competência por ser da Diretoria Executiva a atribuição de assumir novas obrigações em nome da empresa, não podendo apenas dois membros da Diretoria Executiva assumirem obrigações em nome do restante do colegiado” (Acórdão, relatório parágrafo 29).

3.10. Quanto à alegação dos auditados de que eventuais vícios de forma e competência identificados nos termos de entrega teriam sido sanados e convalidados por meio da inclusão de cláusula específica de ratificação no 2º Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão, a SeinfraPortoFerrovia entendeu que tal procedimento é insuficiente, conforme apresentado a seguir:

35. Contudo, a convalidação de atos eivados de vício de forma e de competência não pode ser feita apenas com a inclusão de uma cláusula em um termo aditivo. A Lei 9.784/1999, em seu art. 50, define que os atos administrativos que importem convalidação devem ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos. Como será visto com mais detalhes no tópico I.3 da presente instrução, não houve qualquer manifestação técnica ou jurídica sobre os vícios aqui mencionados, muito menos uma motivação completa e congruente para tanto.

(...)

39. O termo aditivo não alterou a Cláusula Vigésima do contrato original e esta não previa que o fato gerador “atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos” seria penalizado com multa. Portanto, não há previsão contratual ou editalícia para penalização da Valec por omissão na resolução dos passivos ambientais e construtivos, sendo aplicável a Cláusula Vigésima apenas para atrasos na entrega de trechos. Como visto, a Lei 8.987/1995 estabelece que é cláusula essencial de um contrato de concessão aquelas que tratem das penalidades, mostrando que a formalidade, nesse caso, é requisito para a validade de uma sanção.

40. É latente a incongruência do Segundo Termo Aditivo com relação aos compromissos assumidos pela Valec nos termos de entrega e recebimento. Entende-se que constituiu falha grave dos gestores assinar aditivo contratual que trouxe ao mundo jurídico a possibilidade de a Valec ser penalizada por fato gerador que não estava previsto no contrato original ou no edital. [...]

(grifou-se)

3.11. A respeito da evidência apontada no item “II”, o Relatório de Auditoria constatou, além das ilegalidades a respeito da forma e competência da instituição das multas incluídas nos Termos de Recebimento, que o método e a base de cálculo de sua aplicação são desproporcionais, onerando excessivamente a Valec.

3.12. A referida desproporcionalidade a respeito de aplicação de sanção à Valec, segundo o Relatório do TCU, abrangeu tanto os trechos I-A e II, dos respectivos Termos de Entrega, como também a multa prevista no item 2.4 do Segundo Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão nº 33/07, relativa ao Trecho III, o qual possui a seguinte redação:

2º Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão:

2.4 – Caso a VALEC não venha a desincumbir-se de todas as medidas necessárias para a completa e definitiva solução das inconformidades referidas no item 2.3, será devida à FNS S/A multa compensatória prevista na Cláusula Vigésima do Contrato de Subconcessão corrigida pelo IGP-DI, desde a data do inadimplemento até a data da efetiva correção pela VALEC. Para fins de clareza, as Partes declaram que o critério de cálculo aplicável a atrasos a partir de 01 de janeiro de 2010 será o mesmo já previsto para o ano de 2009 na Cláusula Vigésima do Contrato de Subconcessão.

3.13. Sobre a onerosidade excessiva na aplicação das multas, a SeinfraPortoFerrovia aduziu o seguinte entendimento, segundo o disposto no Acórdão:

45. A multa estabelecida nos termos de entrega e recebimento tinha por objetivo penalizar a Valec por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos e compensar financeiramente a

**FNS S.A. por lucros que ela estaria deixando de auferir por esse motivo.**

46. Todavia, da maneira como foi definida essa multa, a Valec está sujeita à penalidade qualquer que seja o passivo que não seja solucionado. Somente levando em consideração a redação dos termos de entrega e recebimento, se um passivo ambiental ou construtivo não se solucionar, por menos relevante que seja, a Valec terá de pagar à FNS S.A. a multa na integralidade.

[...]

49. **Nota-se que mesmo que a subconcessionária esteja operando os trilhos e auferindo alguma receita, da forma como está definida a multa a Valec teria de arcar com a penalidade inteira, qualquer que fosse o passivo não solucionado, a fim de ressarcir a FNS S.A. por lucros cessantes. Não há qualquer tipo de compensação no valor que a subconcedente estaria obrigada a pagar caso a subconcessionária auferisse algum lucro.** Da maneira como a redação das cláusulas foi estipulada, a multa não se presta a ressarcir os lucros que a FNS S.A. deixou de auferir, mas na verdade enriquecê-la enquanto perdurar qualquer passivo, por menos relevante que seja.

50. Além disso, não há clareza com relação ao momento em que a Valec poderia passar a ser sancionada com a citada multa, pois os documentos que estabelecem a sanção para cada um dos trechos trazem marcos temporais diferentes.

(...)

75. Quanto à desproporcionalidade da multa, que penaliza a Valec mesmo que ainda reste um único passivo de baixa relevância sem solução, a FNS S.A. não foi capaz de descaracterizar a irregularidade. Apesar de ter dito em sua resposta que a multa "leva em conta quantos passivos ambientais não foram quitados pela Valec, bem como a respectiva gravidade de cada passivo", tal alegação não foi comprovada. Na memória de cálculo das multas que já foram aplicadas à Valec (peça 31) não há qualquer tipo de detalhamento que comprove tal afirmação, nem mesmo a empresa encaminhou tais informações posteriormente.

(...)

81. Entende-se que é completamente desproporcional aplicar a multa por atraso na resolução dos passivos a partir do prazo de 30 e de 60 dias. Como dito, caso a Valec deixasse apenas um passivo sem resolução, a multa continuaria sendo aplicável. Cada passivo deveria ter sido analisado separadamente para que fosse definido um prazo razoável para que a Valec o resolvesse.

(Grifou-se)

3.14. A respeito da irregularidade apontada no item "III", o TCU identificou a ausência de estudo técnico prévio, que justificasse o acolhimento da estipulação das multas à Valec, tanto nos termos de entrega e recebimento, para os trechos I-A e II, como no 2º Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão, para o trecho III. Com efeito, a SeinfraPortoFerrovia exarou o seguinte entendimento:

124. O termo de entrega e recebimento do trecho I-A definiu nova sanção a ser aplicada à Valec em seu item 2.2.7 (peça 46, p. 3). Todavia, no processo encaminhado pela Valec em resposta à diligência não há comprovação de que o ato de assinatura desse documento foi motivado. A área técnica da Valec havia sugerido que constasse uma cláusula que eximisse "a Valec de qualquer responsabilidade sobre possíveis problemas operacionais" (peça 149), mas essa cláusula não foi incluída e as instâncias superiores não se manifestaram acerca da necessidade ou não de inclusão dessa cláusula.

125. Já quanto à análise jurídica da minuta, a única informação é a de que ela havia sido "devidamente chancelada pelas áreas jurídicas da Valec e da FNS S.A." (peça 152, p. 1). Não há qualquer documento que fundamente tal "chancela" ou que comprove que a legalidade do documento foi analisada pela Valec. Por esses motivos, considera-se que o ato de assinatura do termo de entrega e recebimento do trecho I-A se deu em desobediência ao princípio da motivação.

(...)

129. Assim como ocorreu no trâmite do termo de entrega e recebimento do trecho I-A, destaca-se o fato de que não há registro que comprove a análise técnica efetuada pela SUREG para o termo de entrega e recebimento do trecho II, principalmente no que tange aos impactos contratuais decorrentes da assunção de novas obrigações pela Valec, em especial a multa que hoje alcança valores milionários. Nos dois casos, o que há, apenas, são informações genéricas da SUREG de que os aspectos técnicos foram analisados, sem qualquer comprovação disso.

130. Destaca-se, também, o preocupante fato de a ASJUR afirmar, em seu parecer jurídico, que nada tinha a observar sobre os aspectos que diziam respeito às multas, alegando que estes já faziam parte do termo de recebimento "provisório" do trecho II. Não foi encaminhado, ao menos, o parecer emitido para o termo "provisório", de modo a auxiliar a tomada de decisão pelas demais instâncias da empresa. Observa-se que, assim como ocorreu no trâmite do termo de entrega e recebimento do trecho I-A, no caso do trecho II também não há qualquer registro que comprove que foi realizada análise jurídica da cláusula que estabeleceu a sanção que poderia ser aplicada à Valec. Desse modo, o ato de assinatura do termo de entrega e recebimento do trecho II também se deu em desobediência ao princípio da motivação.

131. Por fim, o Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07 também definiu sanção a ser aplicada à Valec em seu item 2.4 (peça 46, p. 4) e, ainda, tentou, em seu item 2.6 (peça 46, p. 4), "ratificar" os termos de entrega e recebimento dos trechos I-A e II, que possuíam claras incongruências. A primeira menção à análise técnica desse documento está registrada no processo quando a SUREG encaminha a minuta de aditivo à ASJUR informando que o documento foi "motivo de discussões técnicas entre profissionais da Valec e da FNS S.A." (peça 158, p. 1). Não há, porém, qualquer documento que comprove ou que contenha os pontos envolvidos em tais discussões.

(...)

136. Considera-se, portanto, que o ato de assinatura do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07 se deu sem observância ao princípio da motivação. Para este último documento a inobservância é ainda mais crítica, tendo em vista a existência de argumentos que discordavam da versão final do termo e que não foram motivadamente rejeitados.

137. A Lei 9.784/1999 é clara ao dizer, em seu art. 50, inciso II, que os atos administrativos devem ser motivados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, quando imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções. Segundo esse normativo, a motivação deve ser explícita, clara e congruente.

138. No caso em análise, ficou clara a ausência de motivação para o ato de assinatura dos termos de entrega e recebimento dos trechos I-A e II e do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07. Assim, a Valec está sujeita a uma sanção cuja existência no mundo jurídico se deu sem que houvesse motivação expressa.

3.15. Com base nas constatações acima apresentadas, a SeinfraPortoFerrovia recomendou à Valec providências para anular "o item 2.2.7 do termo de entrega e recebimento do trecho I-A da Ferrovia Norte Sul, o item 2.7 do termo de entrega e recebimento do trecho II da Ferrovia Norte Sul e o item 2.4 do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07, em razão do descumprimento do princípio da

legalidade (arts. 37 da CF/1988 e 14 da Lei 8.987/1995), dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 2º da Lei 9.784/1999) e do princípio da motivação (art. 50, inciso II e §1º, da Lei 9.784/1999)" (Acórdão, relatório parágrafo 288).

3.16. O Ministro Relator apresentou voto acolhendo as recomendações do Relatório de Auditoria para anular os referidos itens referentes ao Contrato de Subconcessão nº 33/07. Como bem sintetizado no voto, os vícios identificados são insanáveis por se tratarem de infração ao artigo 23 da Lei nº 8.987, de 1995, ao artigo 30 da Lei nº 11.772, de 2008, e aos artigos 2º e 50 da Lei nº 9.784, de 1999, nos seguintes termos:

43. Conforme bem colocado pela SinfraPortoFerrovia, a FNS S.A. está cobrando multas da Valec no valor total de R\$ 583 milhões (valor atualizado até novembro de 2013, com base no IGP-DI), tendo por fatos geradores o atraso na entrega de trechos por parte da Valec e a omissão estatal no dever de corrigir passivos ambientais e construtivos identificados em trechos da ferrovia. O primeiro fato gerador (atraso na entrega de trechos pela Valec) foi definido no Contrato 33/2007. O segundo, porém, (omissão no dever de corrigir passivos ambientais e construtivos), foi estabelecido em dois termos de entrega e recebimento de trechos (trechos I-A e II), assinados pela Valec e pela FNS S.A., documentos utilizados pela FNS S.A. para estabelecer que o atraso da Valec na solução dos passivos ambientais e construtivos a sujeitariam à penalidade constante na Cláusula Vigésima do Contrato 33/2007 (Peças 32-45).

44. Todavia, conforme registra a unidade técnica, o fato gerador dessa multa está previsto na cláusula vigésima do contrato e diz respeito tão somente ao "atraso na entrega dos trechos e/ou polos de carga". Tais documentos não teriam o poder de alterar o contrato original. Na verdade, foi utilizado para criar nova sanção à Valec. Empregou-se como base uma multa que poderia ser aplicada em caso de atraso na entrega de trechos para criar a possibilidade de apenação da estatal por outros fatos geradores.

45. **A Lei 8.987/1995, norma basilar da relação entre a concedente e a concessionária, estabelece que as sanções devam ter previsão contratual. O art. 23 desse normativo estabelece que são cláusulas essenciais do contrato de concessão as disposições relativas às penalidades contratuais a que se sujeita a concessionária, bem como a sua forma de aplicação. Sendo assim, é possível afirmar que a definição de novo fato gerador para a multa, prevista na Cláusula Vigésima do Contrato 33/2007, deu-se de forma ilegal, já que não cumpriu esse dispositivo.**

46. Não podem ser acolhidos os argumentos da FNS S.A. de que as multas aplicadas à Valec se encontram previstas em instrumentos assinados pelos representantes das partes com amplos poderes para instituí-las. Ao contrário do que afirma a subconcessionária, **a competência de "autorizar a realização de acordos, contratos e convênios que constituam ônus, obrigações ou compromissos para a Valec", é atribuição da Diretoria Executiva, em regime de Colegiado, conforme art. 30 do seu Estatuto (Lei 11.772/2008). Assim, o argumento de que as assinaturas do Diretor-Presidente e de apenas um dos diretores da Valec foram suficientes para autorizar que a empresa assumisse novos compromissos não merece prosperar.** Há vício de competência caracterizado. De fato, não podem apenas dois membros da Diretoria Executiva assumir novas obrigações em nome da empresa, em nome do restante do Colegiado.

47. Destaco, também, o fato de que a ANTT assinou o Contrato 33/2007 como interveniente. Contudo, os termos de entrega e recebimento não contaram com a assinatura ou qualquer outra manifestação daquela agência reguladora.

48. Quanto à alegação de que os termos de entrega foram ratificados por ocasião da assinatura do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/2007, concordo com o entendimento de que a convalidação de atos eivados de vício de forma e de competência não pode ser feita apenas com a inclusão de uma cláusula em um termo aditivo. **A Lei 9.784/1999, em seu art. 50, define que os atos administrativos que importem convalidação devem ser motivados com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos e, como foi informado na instrução, não houve qualquer manifestação técnica ou jurídica sobre os vícios aqui mencionados, muito menos uma motivação completa e congruente para tanto.** Além disso, é possível observar que o termo aditivo ratificou os termos de entrega e recebimento, sem fazer qualquer outra alteração no contrato original. Assim, o que se tem é um termo aditivo que ratificou disposição que não se coaduna com o contrato original.

49. Por ser latente a incongruência do Segundo Termo Aditivo com relação aos compromissos assumidos pela Valec nos termos de entrega e recebimento, não há como aceitar como regulares as multas aplicadas, ainda mais em razão das considerações a seguir aduzidas.

(...)

51. Quanto à **desproporcionalidade da multa, a FNS S.A. não foi capaz de descaracterizar a irregularidade.** Apesar de ter dito em sua resposta que a multa "leva em conta quantos passivos ambientais não foram quitados pela Valec, bem como a respectiva gravidade de cada passivo", tal alegação não foi comprovada. Na memória de cálculo das multas que já foram aplicadas à Valec (Peça peça 31), não há qualquer tipo de detalhamento que comprove tal afirmação. Nem mesmo encaminhou tais informações posteriormente.

(...)

53. Constatou-se, ainda, que multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS S.A. por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos também foram aplicadas em desobediência ao princípio da motivação. A inclusão da cláusula que estabeleceu a sanção foi uma proposta da própria FNS S.A., que não aceitou sugestão de mudança feita pela Superintendência de Governança Regulatória (Sureg). Outro fato relevante a ser destacado é que a "proposta de cláusula" feita pela FNS S.A. é exatamente a mesma constante da versão final do termo aditivo (Peça 46, p. 4), ou seja, a multa foi estabelecida da forma como quis a subconcessionária.

(...)

56. Cabe ressaltar, por relevante, que não consta dos autos qualquer manifestação das instâncias superiores da Estatal discordando das sugestões propostas pelas áreas técnica e jurídica da empresa.

57. Não há dúvida, portanto, de que o ato de assinatura do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/2007 se deu sem observância ao princípio da motivação. Para este último documento, a inobservância é ainda mais crítica, tendo em vista a existência de argumentos que discordavam da versão final do termo e que não foram motivadamente rejeitados.

58. Nesse aspecto, a Lei 9.784/1999 é clara ao dispor, em seu art. 50, inciso II, que os atos administrativos devem ser motivados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, quando imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções. Segundo este normativo, a motivação deve ser explícita, clara e congruente. No caso em análise, ficou clara a ausência de motivação para o ato de assinatura dos termos de entrega e recebimento dos trechos I-A e II e do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/2007. Assim, a Valec está sujeita a uma sanção cuja existência no mundo jurídico se deu sem que houvesse motivação expressa.

(Grifou-se)

3.17. O Voto do Relator foi acompanhado pelos demais ministros do TCU, culminando no seguinte dispositivo:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. fixar prazo de até 15 (quinze) dias, com fulcro no art. 71, IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992 e com o art. 251 do Regimento Interno do TCU, para que a Valec adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular o item 2.2.7 do termo de entrega e recebimento do trecho I-A da Ferrovia Norte Sul, o item 2.7 do termo de entrega e recebimento do trecho II da Ferrovia Norte Sul e o item 2.4 do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07, em razão do descumprimento do princípio da legalidade (arts. 37 da CF/1988 e 14 da Lei 8.987/1995), dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 2º da Lei 9.784/1999) e do princípio da motivação (art. 50, inciso II e §1º, da Lei 9.784/1999) (grifamos)

3.18. Por fim, a evidência apontada no item "IV", diferentemente das anteriores (itens I a III), se refere à contradição entre a disciplina contratual a respeito da imposição de sanção por atraso na entrega de trechos ferroviários e as multas efetivamente aplicadas à Valec. Os Ministros do TCU entenderam que as multas não estão de acordo com o Contrato nº 33/07, culminando com a determinação contida no item 9.2 do Acórdão, que se traduz em obrigações de fazer e não fazer à Valec, não impactando diretamente na necessidade de alteração de dispositivos do Contrato de Subconcessão nº 33/07.

9.2. determinar à Valec, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU:

9.2.1. que se abstenha de pagar os valores entendidos pela FNS S.A. como devidos em decorrência do atraso na entrega dos trechos da Ferrovia Norte Sul até que a subconcessionária encaminhe memória de cálculo detalhada e que contenha, de forma justificada, todos os valores utilizados para a definição do valor devido e até que a Valec formalize sua concordância com tal memória de cálculo;

9.2.2. que encaminhe, em até 30 (trinta) dias após sua formalização de concordância, documento que contenha registro das análises efetuadas e que comprove a validade e a adequação da memória de cálculo apresentada pela FNS S.A.;

9.2.3. que, em 30 (trinta) dias, indique, motivadamente, quais as obras, equipamentos, serviços, etc. são necessários para o pleno atendimento, ano a ano e desde o início da subconcessão, das metas de produção e segurança em conformidade com o Contrato 33/07 e com as negociações com a ANTT;

9.2.4. que apresente plano de ação, no prazo de 60 (sessenta) dias, que contenha as providências necessárias para que, como gestora do contrato de subconcessão, efetive-se a recomposição do patrimônio reversível da subconcessão em relação ao descumprimento, pela FNS S.A, das obrigações elencadas na Cláusula Décima Primeira do Contrato 33/2007;

#### Termo Aditivo para promover as alterações determinadas pelo TCU

3.19. Sobre a implementação das alterações necessárias ao cumprimento do Acórdão nº 322/2019 - TCU - Plenário, a Superintendência de Transporte Ferroviário entendeu, inicialmente, que o atendimento à determinação exarada pelo TCU deveria ocorrer mediante a declaração de nulidade, por meio da edição de aditivo contratual, dos seguintes itens, referentes ao Contrato de Subconcessão:

1. Item 2.2.7 do termo de entrega e recebimento do trecho I-A da Ferrovia Norte Sul;
2. Item 2.7 do termo de entrega e recebimento do trecho II da Ferrovia Norte Sul e;
3. Item 2.4 do Segundo Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão nº 33/07.

3.20. Ademais, conforme disposto no item 13 da Nota Técnica nº 262/2023/CONOR/GEREF/SUFER/DIR/ANTT (SEI014571), a área técnica expressou o seu entendimento no sentido de que o pleno atendimento à determinação constante do referido Acórdão ensejaria também a declaração de nulidade do item 2.6 do Segundo Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão, haja vista que, por meio dele, foram ratificados os Termos de Entrega e Recebimento relativos aos Trechos I-A e II.

3.21. Considerando tal entendimento, foi elaborada a Minuta de Termo Aditivo (SEI 14567799) , que foi encaminhada às partes interessadas para manifestação acerca dos termos propostos pela ANTT.

3.22. A manifestação da Infra S.A., registrada nos autos por meio do Ofício nº 39/2023/GEFE-INFRA/SUFIP-INFRA/DIREM-INFRA/DIREXINFRA/CONSAD-INFRA/AG-INFRA (SEI15423325) e do Parecer nº 34/2023/PROJUR-INFRA/PRESI-INFRA/DIREX-INFRA/CONSADINFRA/AG-INFRA (SEI23328), revelou parcial alinhamento em relação ao que havia sido proposto pela ANTT. Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho do Parecer:

27. Desse modo, entende-se que a minuta proposta pela ANTT, ao limitar a nulidade à subcláusula 2.4 do 2º Aditivo ao Contrato de Subconcessão, atende à determinação do TCU naquilo que a compete, visto que a referida Agência não é parte nos Termos de Entrega e Recebimento do Trecho I-A e II.

(...)

32. Contudo, a anulação abarca também o item 2.6, do Segundo Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão com Arrendamento nº 33/07, que não foi objeto de análise específica da Nota Técnica e Parecer da ANTT.

33. Considerando isso, recomenda-se à área técnica verificar se a pretensão de anulação do item 2.6 é consequência da determinação do TCU e apresentar a devida justificativa para sua anulação.

(...)

34. Diante do exposto, nos limites da análise jurídica e excluídos os aspectos técnicos e o juízo de oportunidade e conveniência do ajuste, manifesta-se pela aprovação com ressalva do 4º Termo Aditivo ao contrato de subconcessão nº 33/2007, salientando-se a necessidade de que as



observações/recomendações constantes deste Parecer sejam observadas ou motivadamente afastadas.

3.23. Dessa forma, restou evidenciada a discordância da Infra S.A em relação à proposta da ANTT de invalidar, também, o item 2.6 do Termo Aditivo, haja vista que o TCU não havia se manifestado especificamente em relação a ele.

3.24. Por sua vez, a FNS exarou seu posicionamento por meio da Carta nº 075.VLIREG.23 (SEI 15298307), nos seguintes termos:

[...] os dispositivos que a ANTT propõe declarar nulos correspondem a matéria que vem sendo tratada no âmbito judicial desde 2018, antes mesmo de qualquer manifestação do Tribunal de Contas da União. Trata-se de Ação de Cobrança ajuizada pela FNS em 05/07/2018, autuada sob o nº 1013185-78.2018.4.01.3400, e que versa, dentre outros aspectos, sobre a obrigação da INFRA de pagar à concessionária os valores correspondentes às penalidades devidas pelo atraso na solução das pendências construtivas - previstas nos termos de entrega e nos itens do 2º Termo Aditivo referidos acima. Vale destacar, inclusive, que, no âmbito daqueles autos, em 01/02/2019, foi admitido o ingresso dessa Agência como Amicus Curie, no âmbito daquele processo. Logo, a FNS entende que a manifestação sobre o mérito dos termos propostos na minuta de Termo Aditivo disponibilizada pelo Ofício nº 1877/2023/CONOR/GEREF/SUFER/DIR-ANTT é dependente da resolução da questão discutida judicialmente desde 05/07/2018. De toda forma, destaca-se que a concessionária tem se colocado à disposição no Processo nº 1013185-78.2018.4.01.3400 para debater a matéria e chegar a uma solução consensual, de modo que reforça o seu empenho para conciliação nessa oportunidade. Sendo o que se apresenta para o momento, colocamo-nos à disposição para prestar quaisquer esclarecimentos que se apresentem necessários.

3.25. Em face do exposto pela Subconcessionária, a SUFER acabou verificando a existência de dúvidas de caráter eminentemente jurídico que poderiam prejudicar a regular tramitação do presente processo. Nesse sentido, por intermédio da Nota Técnica nº 1066/2023/CONOR/GEREF/SUFER/DIR/ANTT (SEI598836), foram apresentados os seguintes questionamentos à PF-ANTT, para verificar a possibilidade de prosseguimento do feito:

- a) O item 2.6 do Segundo Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão com Arrendamento nº 33/07 deve também ser declarado nulo, tendo em vista as determinações do TCU constantes do Acórdão nº 322/2012-Plenário-TCU?
- b) Existe alguma determinação judicial que afete o andamento do presente processo com vistas à celebração do 4º Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão com Arrendamento nº 33/07?
- c) Inexistindo determinação judicial, o simples fato de a FNS ter ajuizado Ação de Cobrança versando, dentre outros aspectos, sobre a obrigação da INFRA de pagar à Subconcessionária os valores correspondentes às penalidades pelo atraso na solução das pendências construtivas, enseja a suspensão do presente processo?
- d) Caso a Subconcessionária FNS não aceite os termos da minuta de Termo Aditivo proposta, como deverá ser conduzido o processo? Poderia, por exemplo, ser celebrado Termo Aditivo de forma unilateral?

3.26. Em resposta, a PF-ANTT submeteu à GEREF/SUFER a Nota Jurídica n. 00014/2023/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI16196077), contendo o seguinte posicionamento acerca dos questionamentos constantes da Nota Técnica nº 1066/2023/CONOR/GEREF/SUFER/DIR/ANTT:

**a) O item 2.6 do Segundo Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão com Arrendamento nº 33/07 deve também ser declarado nulo, tendo em vista as determinações do TCU constantes do Acórdão nº 322/2012-Plenário-TCU?**

6. Não. A subcláusula 2.6, diferentemente do que se pensou, tem amplo alcance, para além da previsão de penalidade a ser suportada pela VALEC. Isso significa dizer que considerar nulo o 2.6 representaria deixar de ratificar tudo o que foi objeto dos termos de recebimento, que não é o que pretendeu a determinação do TCU.

7. Ou seja, manter vigente o 2.6 não dá "sobrevida" ou ressuscita o 2.4, tendo em vista que ele será, no aditivo que se firmará, de toda forma anulado.

**b) Existe alguma determinação judicial que afete o andamento do presente processo com vistas à celebração do 4º Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão com Arrendamento nº 33/07?**

R: Não se constatou qualquer decisão judicial impeditiva do andamento do procedimento administrativo referente à celebração do 4º Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão com Arrendamento nº 33/07, sendo certo que os processos judiciais de nºs 1013185-78.2018.4.01.3400 e 1015400-61.2017.4.01.3400, conforme informado no DESPACHO n. 01073/2023/PFANTT/PGF/AGU (Seq. 8), não foram ajuizados contra a ANTT.

**c) Inexistindo determinação judicial, o simples fato de a FNS ter ajuizado Ação de Cobrança versando, dentre outros aspectos, sobre a obrigação da INFRA de pagar à Subconcessionária os valores correspondentes às penalidades pelo atraso na solução das pendências construtivas, enseja a suspensão do presente processo?**

R: Do que se pode depreender do citado processo judicial (ação de cobrança), não há liame obrigacional para suspensão do procedimento administrativo instaurado no âmbito da ANTT para efetivo cumprimento da decisão tomada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), até mesmo porque os termos de entrega e recebimento inquinados de ilegais pela Corte de Contas, não foram celebrados pela Autarquia, que ali não figurou nem mesmo como interveniente. De fato, qualquer decisão que for proferida no bojo da referenciada ação de cobrança não tem o condão de impor qualquer obrigação à ANTT, vez que sua intervenção na lide se deu na qualidade de mero "amicus curiae", nos termos do artigo 138 do CPC/2015, o que implica dizer que os efeitos da coisa julgada não lhe atingem, a teor do disposto no artigo 506, do mesmo Código de Ritos.

**d) Caso a Subconcessionária FNS não aceite os termos da minuta de Termo Aditivo proposta, como deverá ser conduzido o processo? Poderia, por exemplo, ser celebrado Termo Aditivo de forma unilateral?**

8. Sim. Tratando-se de hipótese de cumprimento de determinação do Tribunal de Contas da União, é sim possível celebrar termo aditivo contratual unilateralmente, na eventualidade de negativa da

3.27. Tendo em vista o posicionamento da PF-ANTT, a Superintendência de Transporte Ferroviário procedeu ao ajuste da Minuta de Termo Aditivo para exclusão do dispositivo que tratava da declaração de nulidade do item 2.6 do Segundo Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão com Arrendamento nº 33/07, conforme consta da Minuta SEI16247337, encaminhada às partes em 4 de abril de 2023, para manifestação e anuência.

3.28. Por meio do Ofício nº 69/2023/GEOFE-INFRA/SUFIP-INFRA/DIREM-INFRA/DIREX-INFRA/CONSADINFRA/AG-INFRA (SEI 16273849) a Diretoria de Empreendimentos da Infra S.A. comunicou à ANTT a concordância daquela empresa pública em relação à nova proposta de Termo Aditivo, conforme o trecho abaixo transcrito.

4. Com base nessas informações expressas no OFÍCIO SEI Nº 10379/2023/CONOR/GEREF/SUFER/DIR-ANTT (SEI nº 7001213), após análise da Minuta de Termo Aditivo nº 4 proposta (SEI nº 7001237) e sabendo que será possível declarar nulos os itens 2.2.7 do TER do Trecho I-A da FNS e 2.7 do TER do Trecho II da FNS em dispositivos posteriores sem o envolvimento da ANTT para cumprir o Acórdão nº 322/2019-TCU-Plenário em sua totalidade, **Infra S/A manifesta-se de acordo com a celebração do Quarto Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão com Arrendamento nº 033/07 no modelo proposto na Minuta de Termo Aditivo nº 4 (SEI nº 7001237).**

(grifou-se)

3.29. A manifestação supracitada **demonstrou o alinhamento entre o entendimento da ANTT e da Infra S.A.** com relação à melhor forma de atendimento à determinação exarada pelo TCU, por meio do Acórdão nº 322/2019 - TCU - Plenário.

3.30. Entretanto, por meio da Carta nº 288.VLIREG.23 (SEI16694381), a FNS sinalizou discordância com os termos propostos pela área técnica da ANTT, bem como com o entendimento exarado pela PF-ANTT, sobretudo porque, segundo a Subconcessionária, **inexiste "qualquer tipo de determinação do TCU direcionada à ANTT"**. Dessa forma, se opôs à celebração do Termo Aditivo, que terá por objetivo a declaração da nulidade do item 2.4 do Segundo Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão com Arrendamento nº 033/2007.

3.31. Em que pese a alegação apresentada pela FNS no sentido de desqualificar a celebração do Termo Aditivo como forma de cumprimento das determinações exaradas pelo TCU a partir do Acórdão nº 322/2019-TCU-Plenário, a Superintendência de Transporte Ferroviário registrou entendimento diverso por meio da Nota Técnica nº 2759/2023/CONOR/GEREF/SUFER/DIR/ANTT (SEI 16716483) e ainda sugeriu a celebração de Termo Aditivo, mesmo sem a participação ativa da Subconcessionária.

38. Mister destacar ainda que, diante da impossibilidade de acordo entre as partes, entende-se pela necessidade de que a peça seja firmada somente pela Valec, na condição de Parte, e pela ANTT, na condição de Poder Concedente Interveniante, conforme resposta ao questionamento feito pela área técnica na Nota Jurídica n. 00014/2023/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 16196077):

3.32. Conforme discutido nos autos, especialmente no Despacho CONOR (SEI16246269), cuja cópia foi enviada à Subconcessionária por meio do Ofício nº 10385/2023/CONOR/GEREF/SUFER/DIR-ANTT (SEI 16247983), o Termo Aditivo proposto tem por objetivo tão somente declarar a nulidade do item 2.4 do Segundo Termo Aditivo ao Contrato, não tendo esta ANTT ingerência sobre as disposições do item 2.2.7 do termo de entrega e recebimento do trecho I-A da Ferrovia Norte Sul e o item 2.7 do termo de entrega e recebimento do trecho II da Ferrovia Norte Sul.

3.33. Ocorre que, no caso do item 2.4 do Segundo Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão, a ANTT figurou na condição de interveniente anuente, recaindo sobre esta Agência a competência para promover esforços no sentido da decretação da sua nulidade. Nesse sentido, cabe novamente trazer o entendimento apresentado pela PF-ANTT no Parecer nº 00404/2022/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 14948120):

19. No que se refere a este dispositivo, em específico, é sim atribuição da ANTT encabeçar tratativas para a celebrar aditivo para anulá-lo, em cumprimento à decisão do TCU. Desse modo, a minuta ora proposta deve se limitar a **excluir a subcláusula 2.4 do 2º Aditivo ao Contrato de Subconcessão**, sem avançar em alterar termo firmado entre terceiros. (Grifo original).

3.34. Vale destacar que análise realizada pela equipe técnica da SUFER não exerceu juízo de valor acerca do mérito da cláusula, mas tão somente sugeriu a formalização, pelas partes, da declaração da nulidade do dispositivo, haja vista não terem sido cumpridos os requisitos necessários à sua validade no mundo jurídico. Dessa forma, à despeito do desfecho que a discussão possa ter no âmbito Judiciário, o fato é que restou identificado pelo TCU que houve vício na elaboração do dispositivo, não sendo possível a sua permanência no instrumento contratual até que seja feito o julgamento da controvérsia suscitada pelas partes em juízo.

3.35. Assim, tem-se que a declaração de nulidade do dispositivo por meio da celebração de Termo Aditivo não importa a formação de entendimento, por parte desta Agência, em relação ao objeto que se pretendia regulamentar, mas tão somente de que a concepção do dispositivo não observou as formalidades necessárias. Ainda, a formalização do referido Termo Aditivo, nos termos propostos na Minuta de Termo Aditivo SEI (16276123), não acarreta a impossibilidade da Subconcessionária prover os meios necessários de cobrança com vistas ao ressarcimento dos prejuízos em que eventualmente tenha incorrido em razão do inadimplemento por parte da VALEC.

3.36. Diante de todo o exposto e da impossibilidade de acordo entre as partes com vistas à celebração do Termo Aditivo, **entendo que a peça deve ser firmada somente pela ANTT, na condição de interveniente, e pela Infra S/A na condição de Parte**, conforme resposta ao questionamento feito pela área técnica da SUFER na Nota Jurídica n. 00014/2023/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 16196077):

d) Caso a Subconcessionária FNS não aceite os termos da minuta de Termo Aditivo proposta, como deverá ser conduzido o processo? Poderia, por exemplo, ser celebrado Termo Aditivo de forma unilateral?

8. Sim. Tratando-se de hipótese de cumprimento de determinação do Tribunal de Contas da União, é sim possível celebrar termo aditivo contratual unilateralmente, na eventualidade de negativa da concessionária em vir firmá-lo. (Grifamos)

3.37. Ademais, tendo em vista que a celebração do Termo Aditivo em comento deriva da necessidade de dar cumprimento ao disposto no item 9.1 do Acórdão nº 322/2019 – TCU - Plenário, direcionada à Valec (hoje Infra S.A.), **entendo que cabe à empresa pública dar prosseguimento às medidas necessárias à celebração do Aditivo, cabendo à Diretoria da ANTT apenas a aprovação da respectiva minuta.**

#### 4. DA PROPOSIÇÃO FINAL

4.1. Ante o exposto, considerando as manifestações técnicas e jurídicas contidas nos autos, VOTO por aprovar a Minuta de Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão com Arrendamento nº 33/2007 (SEI 17550010), nos termos definidos na Minuta de Deliberação DLA (SEI 17551686).

Brasília, 3 de julho de 2023.

(assinado eletronicamente)

**Lucas Asfor Rocha Lima**

Diretor



Documento assinado eletronicamente por **LUCAS ASFOR ROCHA LIMA, Diretor**, em 03/07/2023, às 11:36, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [http://sei.antt.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](http://sei.antt.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **17381854** e o código CRC **52E53DCA**.

Referência: Processo nº 50500.110485/2021-19

SEI nº 17381854

St. de Clubes Esportivos Sul Trecho 3 - Telefone Sede: 61 3410-1000 Ouvidoria ANTT: 166

CEP 70200-003 Brasília/DF - [www.antt.gov.br](http://www.antt.gov.br)