



AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES

VOTO DGS

RELATORIA: DGS

TERMO: VOTO À DIRETORIA COLEGIADA

NÚMERO: 41/2023

OBJETO: Processo Administrativo Simplificado - Recurso contra Notificação de Infração nº 01417/2013 - CONCEPA - Concessionária da Rodovia Osório-Porto Alegre S/A

ORIGEM: SUROD (Superintendência de Infraestrutura Rodoviária)

PROCESSO (S): 50500.131274/2013-18

PROPOSIÇÃO PF/ANTT: NÃO HÁ

ENCAMINHAMENTO: À VOTAÇÃO - DIRETORIA COLEGIADA

1. DO OBJETO

1.1. Trata-se de Recurso Administrativo, impetrado em 04 de fevereiro de 2021 (50500.131274/2013-18), com fundamento em cláusula do Contrato de Concessão anexo ao Edital nº PG 016/97-00, apresentado pela CONCEPA - Concessionária da Rodovia Osório-Porto Alegre S/A em face da decisão nº 157/2020/SUINF, (SEI nº 3902901).

1.2. O objeto deste processo apresenta como fato gerador apontado pela área técnica a **"inexecução contratual referente ao 12º ano de concessão, item F 3.1.2 Alargamento das OAE para ampliação da capacidade (km 74,7 ao km 96,6)"**, sendo aplicada a concessionária em decorrência deste descumprimento a penalidade de multa patamar de 838,8 (oitocentos e trinta e oito inteiros e oito décimos) Unidades de Referência de Tarifa - URTs.

2. DOS FATOS

2.1. Consoante se extrai das peças do processo 50500.131274/2013-18 (SEI 0647360), segue abaixo resumo de sua tramitação;

2.2. E m **05 de novembro de 2011** a área técnica emitiu Parecer Técnico nº 019/2011/GEINV/SUINF (SEI nº 0647360 - fls. 09-12).

2.3. E m **05 de julho de 2013**, a fiscalização da ANTT emitiu em desfavor da CONCESSIONÁRIA **Notificação de Infração nº 1417/2013/GEFOR/SUINF**, de 05/07/2013 (SEI nº 0647360- fls. 07), em virtude da **"inexecução contratual referente ao 12º ano de concessão, item F 3.1.2 Alargamento das OAE para ampliação da capacidade (km 74,7 ao km 96,6)"**, por ofensa ao art. 19º, inciso VII, da Resolução ANTT nº 4.071/2013, consubstanciado por Parecer Técnico citado acima.

2.4. Em **08 de agosto de 2013**, a área técnica, enviou Notificação de Infração a concessionária por meio do ofício nº 1826/2013/GEFOR/SUINF, (SEI nº 0647360, fl. 14)

2.5. Em **13 de outubro de 2014**, uma vez notificada da lavratura do referido Auto de Infração, a Concessionária apresentou defesa prévia (SEI nº 0647360, fls. 18 a 31), que foi devidamente analisada e considerada improcedente por meio da Decisão nº 095/2016/GEFOR/SUINF, de 03/05/2016 (SEI nº 0647360, fl. 96), aplicando penalidade de 1.000 unidades da Tarifa - URT, consubstanciado no Parecer Técnico nº 310/2015/COINF-URRS/SUINF, de 12/11/2015 (SEI nº 0647360, fls. 84 a 93).

2.6. Em **17 de outubro de 2018**, a área técnica emitiu o Parecer Técnico nº 160/2018/GEFIR/SUINF (SEI nº 0647360, fls. 97 a 107), retificando Parecer Técnico nº 50/2016/GEFOR/SUINF, restando aplicada a penalidade de multa de 838,8 Unidades de Referência de Tarifa - URTs.

2.7. Em **17 de outubro de 2018**, foi emitida pela área técnica Decisão nº 056/2018/GEFIR/SUINF, (SEI nº 0647360, fl. 113), tornando sem efeito a Decisão nº 095/2016/GEFOR/SUINF, julgando improcedentes os argumentos trazidos pela requerente, aplicando a penalidade de 838,8 unidades da Tarifa - URT.

2.8. Em **23 de novembro de 2018**, a área técnica emitiu Notificação de Multa nº 039/2018/GEFIR/SUINF, (SEI nº 0647360, fl. 114), bem como encaminhou a concessionária Ofício nº 789/2018/GEFIR/SUINF, informando a mesma da aplicação da penalidade.

2.9. Em 07 de dezembro de 2018, tendo em vista a referida decisão da GEFIR, a Concessionária interpôs Recurso Administrativo (SEI nº 0647360, fls. 119 à 141), solicitando recebimento do recurso sob o "Efeito Suspensivo e reforma da decisão decorrida".

2.10. Em **04 de fevereiro de 2021**, a área técnica emitiu Decisão nº 157/2020/SUINF, (SEI nº 3902901), onde conclui após análise conforme recorte abaixo:

"conheço do recurso apresentado, nego o pedido de efeito suspensivo e, no mérito, mantenho incólume a decisão de primeira instância nº Decisão nº 56 /2018/GEFIR/SUINF, datado de 17/10/2018, por infração ao item 224 do Contrato de Concessão PG 016/97-00 para julgar

improcedente o recurso ajuizado pela Concessionária, aplicando-se a penalidade de multa de 838,8 (oitocentos e trinta e oito inteiros e oito décimos) URTs, cujo valor, já com a atenuante de 10% (dez por cento), importa em R\$ 738.015,01 (setecentos e trinta e oito mil e quinze reais e um centavo), conforme o Contrato de Concessão e a Resolução nº 5.373, de 29 de julho de 2017."

2.11. **Em 05 de março de 2021**, uma vez comunicada Decisão da Superintendência, por meio do Ofício nº 14933/2020/CIPRO/SUROD/DIR-ANTT (SEI 3903193) de 04/02/2021 (SEI 3903193), a Concessionária interpôs, Recurso dirigido à Diretoria Colegiada da ANTT (50500.018736/2021-12).

2.12. **Em 21 de março de 2023**, o precitado Recurso foi analisado tecnicamente pela área técnica, que emitiu duas Notas Técnicas, NOTA TÉCNICA SEI nº 7383/2022/ CIPRO/ GERER/ SUROD/ DIR/ ANTT (SEI 14287952) e NOTA TÉCNICA SEI nº 1150/ 2023/ CIPRO/ GERER/ SUROD/ DIR/ ANTT (SEI 15681798), de 21/03/2023, onde novamente conclui que:

"a Recorrente não apresenta qualquer fato novo capaz de ilidir a aplicação da penalidade em comento, de modo que, em conformidade com o permissivo legal constante do §1º, do artigo 50, da Lei 9.784/99, adotam-se como razão de decidir as considerações técnicas trazidas à baila dos autos por meio do Parecer Técnico nº 098/2013/GEFOR/SUINF e da Decisão nº 157 /2020/SUINF, mantendo-se a aplicação de penalidade em desfavor da Concessionária no patamar de 838,8 (oitocentos e trinta e oito inteiros e oito décimos) Unidades de Referência de Tarifa - URT s."

2.13. No RELATÓRIO À DIRETORIA SEI nº 085/2023 (SEI 15681822), onde se propôs o conhecimento do apelo, a não concessão do efeito suspensivo pleiteado e, no mérito, o indeferimento do recurso interposto pela Concessionária.

2.14. **Em 23 de março de 2023**, os autos aportaram nesta Diretoria, após regular sorteio conforme registrado na Certidão de Distribuição REDIR-SEGER (SEI 16082071).

3. DA ANÁLISE PROCESSUAL

3.1. DO CONHECIMENTO DO RECURSO

3.1.1. A resolução nº 4.071, de 3 de abril de 2013, regulamenta as infrações sujeitas às penalidades de advertência e multa por inexecução contratual na exploração da infraestrutura rodoviária federal concedida. No presente caso, a penalidade ora considerada para a infração corresponde a violação do item 31, §224 do Contrato de Concessão PG-016/97-00, (multa moratória) e a Resolução ANTT nº 5.373, de 29 de junho de 2017, sendo:

"estabelece a penalidade de multa moratória, por dia de atraso, no cumprimento dos cronogramas físicos de execução das obras e serviços obrigatórios vinculados à Concessão, bem assim nos cronogramas físicos que forem ajustados pelas partes no decorrer da execução deste Contrato, inclusive os pertinentes a refazimento de obras ou serviços deficientemente executados"

3.1.2. Quanto à Resolução nº 5.083, de 2016, aprova o Regulamento disciplinando, no âmbito da ANTT, o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades decorrentes de condutas que infringem a legislação de transportes terrestres e os deveres estabelecidos nos editais de licitações, nos contratos de concessão, de permissão e de arrendamento e nos termos de outorga de autorização.

Art. 107. As regras processuais e as normas de procedimento previstas neste Regulamento também serão aplicadas aos processos instaurados antes da sua vigência e que ainda estejam pendentes de decisão.

3.1.3. Sendo assim, tal Resolução estabelece, em seu art. 61, as hipóteses em que o recurso não deve ser conhecido. Inicialmente, portanto, deve-se confirmar se o recurso sob análise incorre em causas de não conhecimento, o que ocorre quando interposto: (i) fora do prazo, (ii) perante órgão ou autoridade incompetente, (iii) apresentado por parte ilegítima ou (iv) contra decisão da qual não cabe recurso.

3.1.4. Quanto à **tempestividade** do recurso, consta na Nota Técnica nº 1150 /2023 /CIPRO / GERER / SUROD / DIR / ANTT, a seguinte argumentação:

O prazo para a interposição de recurso é de 10 (dez) dias, nos termos do art. 57 da Resolução ANTT nº 5.083/2016.

"A Concessionária recebeu, em 23/02/2021, o Ofício SEI nº 14933/2020/CIPRO/SUROD/DIR-ANTT (3903193) informando sobre a Decisão nº 157 /2020/SUINF (3902901) e o Recurso Voluntário, de 05/03/2021 (5549736), foi recebido pela ANTT em 06/03/2021, portanto, tempestivo."

3.1.5. A CONCESSIONÁRIA com fulcro em disposição contratual, a autuada exerceu direito de recurso à Diretoria e, desta forma, passou-se à análise dos argumentos apresentados contra a Decisão nº 157 /2020/SUINF (3902901).

3.1.6. Quanto ao **cabimento**, via de regra, os processos administrativos simplificados transitam em julgado com a decisão do Superintendente, conforme se observa no art. 85 da Resolução nº 5.083/2016. Contudo, admite-se excepcionalmente o cabimento do recurso dirigido a esta Diretoria Colegiada neste caso, tendo em conta a disposição contida nas Cláusulas nº 234, 242 e 244 do Contrato de Concessão e parágrafo 13 do Parecer nº 656- 3.4.1.5/2012/PF-ANTT/PGF/AGU da Procuradoria Federal junto à ANTT, segundo a qual "Em qualquer caso, é garantida a instância administrativa final, pela Diretoria da ANTT, em caráter definitivo".

3.1.7. Quanto à **legitimidade** da parte, o recurso foi apresentado pelo Diretor Superintendente da Concessionária, eleito para tanto em reunião do respectivo conselho de administração (SEI 5549738).

3.1.8. Dessa forma, encontram-se presentes os requisitos para o conhecimento do recurso, quais sejam: tempestividade, competência da Diretoria Colegiada para julgamento do recurso, legitimidade do representante do cabimento do recurso, consoante previsão de cláusula do Contrato de Concessão.

3.2. SOBRE A ATRIBUIÇÃO DO EFEITO SUSPENSIVO

3.2.1. Ainda em sede de matéria preliminar ao mérito, consoante exigido pelo art. 81 do Regimento Interno da ANTT ("As questões preliminares, quando existentes, serão julgadas antes da manifestação quanto ao mérito"), merece ser apreciado o pleito de atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Nesta senda, o artigo 61 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, possui o seguinte comando:

Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.

Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.

Do mesmo modo, o artigo 59 da Resolução nº 5.083, de 27 de abril de 2016, define que:

Art. 59. Os recursos serão recebidos sem efeito suspensivo, salvo disposição legal em contrário.

Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade competente para o julgamento recursal poderá, de ofício ou a pedido, conceder efeito suspensivo ao recurso a partir da data de sua interposição.

Nestes termos, como regra geral, os recursos não possuem efeito suspensivo.

3.2.2. Por seu turno, considerando-se que a matéria recursal diz respeito à aplicação de penalidade de multa, deve-se levar em consideração o entendimento firmado pela Procuradoria Federal Junto à ANTT no DESPACHO DE APROVAÇÃO 124/2020/PF-ANTT/PGF/AGU, exarado por ocasião da aprovação do Parecer nº 201/2020/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 50501.317844/2018-51), no sentido da "impossibilidade jurídica de execução provisória de penalidade pecuniária em sede administrativa".

3.2.3. Desse modo, sem efeitos práticos a atribuição de efeito suspensivo pelo Superintendente que exarou decisão recorrida, eis que na sistemática de aplicação da penalidade de multa deve-se aguardar a decisão administrativa tornar-se definitiva para a tomada de providências de cobrança. Logo, não deve ser atribuído o efeito suspensivo ao recurso em debate.

Nessa linha de entendimento, convém ressaltar a orientação contida no Parecer nº 396/2020/PF-ANTT/PGF/AGU (exarado no 50500.166025/2014-16), aplicável ao presente caso:

15. Aparentemente, a justificativa apresentada para a atribuição de efeito suspensivo ao Recurso estaria amparada pelo disposto no art. 59 do Regulamento aprovado pela Resolução ANTT nº 5.083, de 2016, que reproduziu o parágrafo único do art. 61 da Lei n. 9.784/1999, 'in verbis':

(...)

17. O 'caput' do art. 39 da Lei nº 4.320, de 1964, determina que os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, sejam escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias, e complementa, em seu parágrafos, com a exigência de que sejam inscritos como Dívida Ativa "após apurada a sua liquidez e certeza", definindo a Dívida Ativa não Tributária como:

(...) demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, aluguéis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.

18. Na Lei nº 6.830, de 1980, temos a definição da inscrição em Dívida Ativa como o ato de controle administrativo da legalidade, realizado pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e que suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo (art. 2º, § 3º).

19. É certo que, diferentemente do que previsto para os créditos tributários (v.g. art. 151, III, do Código Tributário Nacional), não há determinação legal de suspensão de exigibilidade de crédito não tributário.

20. Contudo, a apuração de certeza e liquidez vem sendo compreendida como ato de controle de legalidade a ser exercido após exauridas as instâncias administrativas.

21. Assim, uma primeira conclusão é que não poderia ser adotada, no caso, a disciplina sobre cumprimento provisório de sentença, de que trata o art. 520 do Código de Processo Civil, eis que haveria uma legislação específica exigir um tratamento diverso para a execução dos créditos da Fazenda Pública, ainda que não tributários, que é o procedimento definido na Lei nº 6.830, de 1980.

22. Também não haveria como inscrever o valor de multa pecuniária não pago no Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal (Cadin), eis que seja em razão do art. 2º, § 4º, da Lei nº 10.522, de 2002, seja em razão do art. 2º do Decreto nº 9.194, de 2017, a inscrição nesse Cadastro depende da constituição definitiva do crédito.

23. Quanto à inscrição em cadastros privados de inadimplentes, como o SERASA, o Parecer nº 424- 4/2014/PF-ANTT/PGF/AGU (cópia em anexo) já entendeu pela necessidade de que fossem esgotadas as instâncias administrativas, com o julgamento dos recursos cabíveis.

24. Assim, poucas medidas poderiam ser adotadas em relação a esses créditos antes de esgotadas as instâncias administrativas, tais quais:

1. prosseguir na emissão de Guia de Recolhimento da União, com identificação do valor devido e de incidência de juros e multa prevista no art. 37-A da Lei nº 10.522, de 2002, conforme art. 85, § 4º, do Regulamento aprovado pela Resolução ANTT nº 5.083, de 2016, com a possibilidade de lhe ser concedido o desconto de 30% (trinta por cento) na ausência de interposição de recurso;

2. admitir o parcelamento administrativo do valor não inscrito em dívida ativa, com incidência do art. 86 do Regulamento aprovado pela Resolução ANTT nº 5.830, de 2018;

3. celebrar um Termo de Ajuste de Conduta, nos termos dos arts. 4º, IV, c/c 28 da Resolução ANTT nº 5.823, de 2018;

4. avaliar a inocuidade ou não de penalidades aplicadas para fins do disposto no art. 38, § 1º, I, II e V, da Lei nº 8.987, de 1995.

25. Ainda que parte dessas medidas possam ser adotadas mesmo quando interposto o recurso no âmbito administrativo, e mesmo quando recebido em seu efeito suspensivo, o que se pretende no caso é garantir uma eficácia mínima da decisão administrativa que aplicou uma dada penalidade pecuniária, ainda que seja, exemplificativamente, a emissão de GRU para permitir o pagamento espontâneo ou o seu parcelamento administrativo.

26. Nesse sentido é que entendemos recomendável manter o recebimento do recurso somente em seu efeito devolutivo, de forma a reconhecer a validade e a eficácia parcial da decisão administrativa que, em caráter constitutivo, aplica uma penalidade pecuniária.

(grifos acrescidos)

Frente ao exposto, não havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação, diante da impossibilidade de execução provisória de multa, entendo pela não concessão do efeito suspensivo ao recurso.

3.3. DO MÉRITO

3.3.1. Compulsando os autos, verifica-se que o Recurso Voluntário interposto pela Concessionária, baseia-se, em síntese, nos seguintes argumentos:

- I - **Da prescrição da pretensão punitiva da ANTT;**
- II - **Do necessário reconhecimento de *bis in idem*;**
- III - **Razões que justificam a não execução da obra - não apreciação pela decisão recorrida;**
- IV - **Da efetiva violação aos artigos 23 e 24 da LINDB - Da necessidade de apensamento de todos os processos administrativos referentes ao 12º ano de Concessão;**
- V - **Da necessária aplicação de uma só multa e observância de um só teto; e**
- VI - **Circunstâncias atenuantes presentes no caso em tela.**

3.3.2. Quanto ao mérito, asobredita proposta formulada pela Superintendência de Infraestrutura Rodoviária, vazada por meio da NOTA TÉCNICA SEI Nº 1150/2023/CIPRO/GERER/SUROD/DIR/ANTT (SEI681798) e RELATÓRIO À DIRETORIA SEI Nº 85/2023 (15681822), lastreia-se nos seguintes argumentos:

Da prescrição da pretensão punitiva da ANTT;

A Concessionária pretende provar a intempestividade da ANTT: "(...) nos moldes do artigo 1º, caput, da Lei nº 9.873/99, visto que o termo inicial do prazo prescricional data de 01.03.2009 - dia subsequente àquele em que a Obra deveria ter sido concluída - e a Concessionária tomou ciência da Notificação de Infração apenas em 11.09.2014, verificando-se, assim, que transcorreram mais de cinco anos antes da efetiva ciência da CONCEPA destes autos. A área técnica, contudo, por meio do Parecer Técnico nº 310/2015/COINF-URRS/SUINF, rejeitou essa argumentação, sob a justificativa de que o Parecer Técnico nº 098/2013/GEFOR/SUINF, datado de 05.07.2013, interrompeu a prescrição. Mas isso não procede. É que o Parecer Técnico nº 098/2013/GEFOR/SUINF possui função tão somente consultiva, opinativa, vale dizer, não constitui, nos termos do artigo 2º, II e III, da Lei nº 9.873/99, "decisão condenatória recorrível", tampouco "ato inequívoco, que importe apuração do fato", e que: "(...) a Procuradoria Federal junto à ANTT, por meio do Parecer nº 00385/2019/PF-ANTT/PGF/AGU (Doc. 03), entende que pareceres tais como o suscitado pela área técnica não interrompem a prescrição. Apenas aqueles lavrados pela própria Procuradoria têm esse condão (fls. 09-14)."

No Parecer nº 00385/2019/PF-ANTT/PGF/AGU (5549742), é mostrado na Tabela que se apresenta no final do documento, que a Análise da Defesa (item 13) interrompe a prescrição e essa análise é feita através de Pareceres Técnicos ou por Notas Técnicas, como foi o caso do Parecer Técnico nº 098/2013/GEFOR/SUINF. Além disso, tem-se, segundo o Parecer Técnico nº 310/2015/COINF/URRS/SUINF, que: "(...) a data de 01/03/2009 - apontada pela própria Defendente - como marco inicial da contagem do prazo para verificação da ocorrência da eventual prescrição e a data de 05/07/2013, com a elaboração do mencionado Parecer Técnico (Parecer Técnico nº 098/2013/GEFOR/SUINF), como marco temporal que interrompeu a prescrição da ação punitiva (...)", portanto, ao ser apresentado, esse parecer interrompeu a prescrição do processo.

Do necessário reconhecimento de *bis in idem*;

A Concessionária alega que: "(...) o sancionamento não produz apenas efeitos repressivos, mas também, e especialmente, simbólicos e dissuasórios, de modo a gerar incentivos à Concessionária a não descumprir o quanto previsto no Contrato. **É justamente este o sentido das revisões tarifárias.** A modicidade não constitui, apenas, um benefício dos usuários, mas também um prejuízo à Concessionária, uma verdadeira punição ao inadimplemento. Mas não só: representa, também, uma forma de fazer com que ela descumpra o mínimo possível suas obrigações, em benefício não apenas seu, mas também do interesse coletivo, verdadeira razão das concessões públicas. Nesse contexto, quando a ANTT não apenas diminui as tarifas que podem ser cobradas pela CONCEPA, mas também a sanciona **ambas pelo mesmo fato gerador**, torna-se evidente a existência de duas punições, o que não é admitido pelo princípio do *non bis in idem*. Dado que a adoção da modicidade tarifária foi o meio já utilizado pela ANTT para dissuadir a Concessionária da prática da conduta indesejada, e considerando que a CONCEPA já experimentou os efeitos da modicidade tarifária, querer impor, agora, nova sanção administrativa pelo mesmo fato, faz com que a Agência incida em verdadeiro *bis in idem*."

Ocorre que a natureza dos processos de revisão tarifária previstos no art. 9º da Lei nº 8.987/1995 e nos §§ 63 e seguintes, do Contrato de Concessão tem finalidade exclusivamente voltada à

manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e não sancionatória, ao passo que a sanção é imposta à Concessionária quando ela comete alguma infração contratual ou resolutória, ou seja, as naturezas são diferentes.

Razões que justificam a não execução da obra - não apreciação pela decisão recorrida;

Neste tópico, a Concessionária tenta se defender dizendo ter havido ausência de sua culpabilidade porque, segundo ela, a própria: "(...) informou previamente, ou seja, em janeiro de 2008, antes do exercício do 12º ano da concessão, que **não haveria como executar e concluir os alargamentos das OAE entre março de 2008 e fevereiro de 2009.**" e disse, na carta ENG 030/2008: "(...) que tal empreendimento somente poderia ser realizado nos anos 14º e 15. (...) ou seja, tal notícia não fora dada durante o curso daquele ano, mas sim antes". Afirma que: "(...) não há como imputar responsabilidade por uma obrigação não assumida pela Concessionária, haja vista que esta foi contrária a inserção de tal empreendimento no calendário do 12º ano da concessão." e que ela: "(...) ao ter informado antecipadamente que não teria como executar tal obra no referido ano, não assumiu tal obrigação perante a ANTT; logo, não há como responsabilizá-la.". Continua afirmando que: "(...) as causas da inexecução não decorrem de sua culpa, motivo pelo qual se requer o arquivamento do presente feito, anulando-se a multa." e que: "A área técnica, portanto, **imputa responsabilização à Concessionária sem considerar as dificuldades que limitaram sua atuação.**".

A Concessionária não pode, por si só, determinar quando será executada uma obra quando esta está prevista no Planejamento Anual, cujo prazo está acordado entre as partes. As dificuldades podem servir ou não como atenuantes da inexecução, porém, o fato de não ter executado o que fora combinado anteriormente, faz com que ela possa ser penalizada.

É entendimento desta Agência Reguladora que, em decorrência do princípio da continuidade e da adequação do serviço público e das obrigações legais e contratuais da Concessionária, não é cabível a suspensão unilateral por iniciativa da Concessionária da exigibilidade de seus deveres contratuais.

Cabe registrar que a concessão de serviço público é a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas **que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco** e por prazo determinado, na forma do inc. II do art. 2º da Lei nº 8.987/1995.

Da efetiva violação aos artigos 23 e 24 da LINDB - Da necessidade de apensamento de todos os processos administrativos referentes ao 12º ano de Concessão;

A Concessionária requer o apensamento de todos os processos administrativos instaurados em virtude de supostas inexecuções de obras referentes ao 12º ano de concessão. Isso porque: "(...) a área técnica, realizou abrupta alteração de entendimento que não pode, em absoluto, ser admitida: num primeiro momento, por meio do Parecer Técnico nº 50/2016/GEFOR/SUINF, foi firmado o entendimento de que os processos administrativos deveriam ser apensados, aplicando-se, quando muito, uma única sanção pecuniária, na quantia máxima de 1.000 URT's, conforme prevê o artigo 19, da Resolução ANTT nº 4.071/2013; num segundo momento, transcorridos mais de dois anos, por meio do Parecer Técnico nº 160/2018/GEFIR/SUINF, este entendimento foi alterado, no sentido de que o enquadramento correto seria a Cláusula nº 224, do Contrato de Concessão, vale dizer, multa moratória em razão do descumprimento do cronograma para a execução das obras. Com isso, os processos foram desapensados e dever-se-ia aplicar sanção para cada um dos fatos geradores.". Reclama que: "(...) se antes a CONCEPA deveria arcar com apenas uma multa (1.000 URT's), agora a Concessionária necessita lidar com 5 (cinco) penalidades, correspondentes a 4.194 URT's".

Segundo o que consta no Parecer n. 00394/2021/PF-ANTT/PGF/AGU da PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES, que: "Havendo previsão de multa moratória no contrato, não se aplica o art. 19 da Resolução ANTT 4.071/13, mas sim a regra contratual expressa. Tal exclusão foi trazida pelo próprio art. 19, que em seu parágrafo 3º afasta sua aplicação para os contratos que estabeleçam multa moratória por atraso de cronograma físico, o que é o caso do contrato sob análise.", que: "Se o contrato de concessão prevê a aplicação de multa moratória por descumprimento dos prazos estabelecidos no cronograma físico, não se aplica o art. 19 da Resolução ANTT 4.071/13, conforme previsto no parágrafo segundo do referido dispositivo.", também que: "Segundo o Despacho 366/2018/CIPRO/SUINF (SEI 7537138), não se aplica o art. 19 da Resolução ANTT 4.071/13 aos contratos que contenham previsão de aplicação de multa moratória em razão do descumprimento do cronograma físico. Nesses casos, seria cabível apenas a própria sanção contratual, consistente em multa por dia de atraso, de valor fixo, não apoiado no valor da obra ou serviço inexecutado." e que: "O contrato de concessão é claro no sentido de que o descumprimento do cronograma físico da obra/serviço obrigatório resultará na aplicação de multa moratória, em valor que já indica em seu texto, independentemente do estágio de execução das obras e serviços no momento da apuração em campo. Em outras palavras, ultrapassado o marco temporal fixado em cronograma, considera-se que a concessionária está em mora em relação àquela obrigação, incidindo a multa contratual até que a obra/serviço seja concluído".

No Contrato da CONCEPA, consta em seu item 220 que: "O atraso injustificado no cumprimento dos prazos fixados nos cronogramas de execução de obras e serviços constantes do PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DA RODOVIA sujeitará a CONCESSIONÁRIA a multa moratória, por dia de atraso" e, em seu item 224: "Os atrasos diários no cumprimento dos cronogramas de execução físico das obras e serviços vinculados à concessão, bem assim nos cronogramas físicos que forem ajustados pelas partes no decorrer da execução deste CONTRATO, inclusive os pertinentes a refazimento de obras ou serviços deficientemente executados, importarão na aplicação das multas moratórias abaixo estabelecidas em URT's", portanto, como segundo o Parecer n. 00394/2021/PF-ANTT/PGF/AGU "Se o contrato de concessão prevê a aplicação de multa moratória por descumprimento dos prazos estabelecidos no cronograma físico, não se aplica o art. 19 da Resolução ANTT 4.071/13 (...)", aplica-se esta afirmação ao presente caso. Como o apensamento se deu devido à Resolução 4071/13, foi correto o desapensamento dos processos, já que o correto, neste caso, é usar o Contrato de Concessão.

Como já explanado pela Decisão nº 157/2020/SUINF: "(...) não há violação do artigo 23 do Diploma Legal, pois o entendimento aplicado é de que o caso presente se trata de regra específica e determinada sobre o enquadramento legal correto a ser aplicado se o art. 19 da Resolução ANTT nº 4071/2013, ou o §224 do Contrato de Concessão PG-016/97-00, (multa moratória). Cabe salientar que o art. 27, §1º, da Resolução ANTT nº 5083/2018, afirma que não há invalidação do Auto de Infração em razão de erro de preenchimento e também no art. 29 Parágrafo Único, afirma que erro de capitulação legal também não invalida o auto de infração desde que os fatos estejam descritos com clareza, como bem descritos no Parecer Técnico nº 098/2013/GEFOR/SUINF. No que tange ao artigo 24, as alterações de atos vedadas de revisão são aquelas "plenamente" constituídas, ou seja, são situações as quais todos os procedimentos e elementos constitutivos já foram realizados. Nesse prisma cabe destacar que o Processo Administrativo Simplificado só se finda no momento da última decisão da qual não caiba mais recurso.

Da necessária aplicação de uma só multa e observância de um só teto;

A CONCEPA se defende dizendo que tem de ser respeitado o limite anual de 1000 URT's por inexecução total de obras e inexecução parcial de obras - segundo o Ofício nº 1.067/2013/DG/ANTT, deve-se aplicar o teto de 1.000 URT's sobre o valor total das inexecuções apuradas em cada ano da concessão - e cita o Memorando nº 550/2018/SUINF, de 14/06/2018, em que consta que os limites contratuais para cálculo do valor-base de multas também se aplicam às multas moratórias, sem prejuízo da respectiva dosimetria.

Ocorre que, de acordo com a Procuradoria Federal junto à ANTT, apresentado no Parecer nº 00388/2022/PF-ANTT/PGF/AGU 14731225, as multas moratórias previstas nos respectivos instrumentos de outorga não se limitam a 1.000 URT's como aquelas de inexecução contratual previstas nos contratos integrantes da 1ª Etapa do PROCROFE. Portanto, o argumento de que os limites contratuais para cálculo do valor-base de multas também se aplicam às multas moratórias não é válido.

Circunstâncias atenuantes presentes no caso em tela.

A Concessionária solicita que: "(...) o presente Recurso Voluntário seja conhecido e recebido por esta C. Diretoria Colegiada da ANTT, com efeito suspensivo." e que: "Ainda que a SUROD mantenha seu posicionamento, o que se cogita a mero título argumentativo, requer que o presente recurso seja provido, com a reforma da Decisão nº 157/2020/SUINF - e, por conseguinte, anulação da multa aplicada. Subsidiariamente, caso não se entenda pela reforma da decisão recorrida, requer-se o apensamento de todos os processos administrativos referentes a inexecuções de obras do 12º ano de concessão, bem como a aplicação de uma só multa, assim como a incidência das circunstâncias atenuantes acima destacadas."

DOSIMETRIA DA PENA

Inicialmente, a necessidade de realização do processo de individualização da pena foi instituída por meio da Lei nº 10.233/2001, *in verbis*:

Art. 78-D. Na aplicação de sanções serão consideradas a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes e atenuantes, os antecedentes do infrator e a reincidência genérica ou específica.

Parágrafo único. Entende-se por reincidência específica a repetição de falta de igual natureza.

A Resolução ANTT nº 442/2004, elencou a necessidade de realização do processo de dosimetria nos processos sancionatórios em curso na agência, nestes termos:

Art. 94. Para efeitos de aplicação de penalidades serão sempre consideradas as circunstâncias agravantes ou atenuantes, inclusive os antecedentes e a reincidência, atentando-se, especialmente, para a natureza e a gravidade da infração, os danos resultantes para os serviços e os usuários e a vantagem auferida pelo infrator (Lei nº 10.233/2001, art. 78-D).

Assim, a necessidade de realização da dosimetria é muito anterior à instauração do presente processo. Ressaltando que após consulta desta Superintendência, a Procuradoria Federal analisando a possibilidade de aplicação retroativa das normas que tratam da dosimetria, entendeu por meio do Parecer n. 00388/2019/PF-ANTT/PGF/AGU (1085110) que tais normas se revestem de caráter material, devendo ser aplicadas os dispositivos legais vigentes ao tempo da infração, nestes termos:

15. Muito embora a Resolução nº 5.083/2016 tenha se prestado a disciplinar os trâmites para apuração de infrações e aplicação de penalidades e tenha, em grande parte de seus dispositivos, tratado de normas tipicamente procedimentais, os artigos que elencaram as causas tidas como circunstâncias agravantes e atenuantes são de natureza material, porque conferem ao autuado direito de ter sua pena individualizada; é o momento no qual há o amoldamento da sanção ao culpado, a sua particularização, segundo a valoração das condições e circunstância próprias em que se deu o cometimento da infração.

(...)17. E na condição de norma de direito material, não terá aplicação imediata nos procedimentos apuratórios, diversamente das normas processuais. **Ou seja, a nova disciplina de circunstâncias atenuantes e agravantes só deve ser considerada na aplicação de penalidades decorrentes de infrações cometidas quando já em vigor a Resolução nº 5.083/2016.** (grifo nosso).

O valor base da multa foi atenuado em 10% (dez por cento) por a Concessionária não ser reincidente na infração, tendo a dosimetria da pena sido dada no Parecer Técnico nº 160/2018/GEFIR/SUINF. Deste modo, no presente processo, foi respeitado o princípio da individualização da pena (Art. 78- D da Lei nº 10.233/2001), além de que a determinação da pena foi feita baseada na legislação vigente, incluindo o Contrato de Concessão, não havendo razões para sua modificação; assim, conforme apresentado nesta Nota Técnica, sugere-se que a penalidade seja mantida.

3.3.3. Do exposto, verifica-se que **a Recorrente não apresentou qualquer fato ou elemento novo capaz de ilidir a aplicação da penalidade em questão**, de modo que, em conformidade com o permissivo legal constante do artigo 50, inciso V, § 1º, da Lei nº 9.784/99, adotam-se como razões de decidir as considerações técnicas e jurídicas citadas, justificando-se a **aplicação de penalidade em desfavor da CONCESSIONÁRIA CONCEPA - Concessionária da Rodovia Osório-Porto Alegre S/A, no patamar de 838,8 (oitocentos e trinta e oito inteiros e oito décimos) Unidades de Referência de Tarifa - URT's.**

4. DA PROPOSIÇÃO FINAL

Com estas considerações, **VOTO por conhecer do recurso interposto pela CONCEPA - Concessionária da Rodovia Osório-Porto Alegre S/A, para, no mérito, negar-lhe provimento**, mantendo-se a penalidade de multa, no patamar de **838,8 (oitocentos e trinta e oito inteiros e oito décimos) Unidades de Referência de Tarifa - URT's.**

Brasília, 22 de junho de 2023.

(assinado eletronicamente)

GUILHERME THEO SAMPAIO
DIRETOR



Documento assinado eletronicamente por **GUILHERME THEO RODRIGUES DA ROCHA SAMPAIO, Diretor**, em 22/06/2023, às 15:54, 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, informando o código verificador **17271846** e o código CRC **7B4065DD**.

Referência: Processo nº 50500.131274/2013-18

SEI nº 17271846

St. de Clubes Esportivos Sul Trecho 3 - Telefone Sede: 61 3410-1000 Ouvidoria ANTT: 166
CEP 70200-003 Brasília/DF - www.antt.gov.br