



AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES

VOTO DLA

RELATORIA: DLA

TERMO: VOTO À DIRETORIA COLEGIADA

NÚMERO: 12/2023

OBJETO: PROCESSO ADMINISTRATIVO SIMPLIFICADO - AUTO DE INFRAÇÃO Nº 01667/2016

ORIGEM: SUROD

PROCESSO (S): 50505.105327/2016-30

PROPOSIÇÃO PRG: NÃO HÁ.

ENCAMINHAMENTO: À VOTAÇÃO – DIRETORIA COLEGIADA

1. DO OBJETO

1.1. Trata o presente da constatação da inexecução de um cronograma de manutenção e conservação do Viaduto localizado no km 113+300, Via Marginal sentido JF, denominado Viaduto da REDUC, proposto pela Companhia de Concessão Rodoviária Rio-Juiz de Fora S.A. - Concer e admitido pela própria concessionária conforme correspondência Carta ENG-CA-0647/15 (SE0883330 - fl. 12/13).

2. DOS FATOS

2.1. Em 25/8/2015, a Coordenação de Exploração de Infraestrutura Rodoviária - Coinf/URRJ encaminhou à então Superintendência de Exploração de Infraestrutura Rodoviária - Suinf, por meio do Memorando 308/2015/COINF/URRJ, o Parecer Técnico 029/2015/PFRARreal/COINF/URRJ, em que foram identificadas sete obras classificadas como "sofrível" (NAG=2), dentre elas a Recuperação do Viaduto REDUC - Km 113,30, sentido JF, composto de duas Obras de Artes Especiais - OAEs paralelas localizadas junto a pista no sentido JF, sendo a OAE(118) utilizada como parte da Via Marginal e a outra (OAE 117) interditada. Foi destacado ainda que, embora ambas OAEs não tenham sido citadas no relatório como "Preocupante", haviam sido identificadas diversas ocorrências de concreto desagregado, armaduras expostas e eflorescências, além de problemas nas juntas de dilatação, no pavimento e nos guarda-corpos.

2.2. Em 8/9/2015, a Suinf remeteu à Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora - Rio (Concer) o Ofício 1107/2015/GEINV/SUINF (SE0883330 - fl. 6), informando a divergência da informação prestada pela Concessionária e a contida no Parecer Técnico 029/2015/PFRARreal/COINF/URRJ, razão pela qual solicitou manifestação da Concessionária no prazo de 10 dias.

2.3. Em 17/9/2015, a Concer protocolou a Carta DOE-CA-020/15 (SE0883330 - fl. 8), informando da ciência da existência das patologias, que não afetam a integridade funcional e estrutural da OAE, e que realizaria as ações de manutenção concomitantemente com as obras de reforço e alargamento propostas e que ainda estavam em fase de análise do plano funcional por parte da ANTT.

2.4. Em 21/9/2015, a Suinf enviou à Concer o Ofício 1166/2015/GEINV/SUINF (SE0883330 - fl. 9), manifestando-se pela objeção ao Plano Funcional de Alargamento do Viaduto, encaminhado por meio da Carta ENG-CA-0196/15, de 06/04/2015.

2.5. Em 29/9/2015, a Suinf remeteu à Coinf/URRJ o Memorando 1094/2015/GEINV/SUINF (SEI 0883330 - fl. 4), sugerindo à fiscalização que solicitasse à Concessionária as providências pertinentes para atender ao especificado no item 5.4 do Programa de Exploração da Rodovia - PER quanto às intervenções necessárias para manter a integridade da estrutura e que são classificadas no PER como Manutenção e Conservação, os quais são classificados como Custos Operacionais (COP), sendo implementados de acordo com a necessidade verificada *in loco*. Assim, por não se tratar de Investimentos, tais obras não demandariam análise de projeto ou autorização para a sua execução.

2.6. Em 23/8/2015, foi enviado à Concer o Ofício 534/2015/COINF/URRJ (SE0883330 - fl. 11), solicitando que a Concessionária informasse, no prazo de 15 dias, as providências pertinentes para atender ao especificado no PER para manter a integridade da estrutura do Viaduto da REDUC km 113,30, inclusive com a apresentação de cronograma de intervenções de manutenção.

2.7. Em 13/11/2015, a Concer protocolou na Agência a Carta ENG-CA-0647/15 (SEI 0883330 - fl. 12/13), informando que, diante da objeção ao Plano Funcional de Alargamento do Viaduto, realizado pelo Ofício 1166/2015/GEINV/SUINF (SE0883330 - fl. 9), a execução somente dos serviços de conservação e manutenção não seriam suficientes para garantir a performance operacional necessária, razão pela qual solicitou à Suinf que fosse reavaliada a manifestação técnica. Não obstante isso, apresentou o seguinte cronograma de intervenções de manutenção do Viaduto:

Serviços	2016					
	Jan	Fev	Mar	Abr	Jun	Jul
Reparos localizados na laje						
Reparos localizados nos pilares						
Reparos localizados no guarda corpo						
Limpeza geral						

2.8. Em 25/8/2016, a Coinf/URRJ emitiu o Ofício 432/2016/COINF/URRJ, informando à Concessionária que a equipe de fiscalização não identificou *in loco* a conclusão dos serviços mencionados no cronograma. Por isso, solicitou que fosse apresentado, no prazo de 48 horas, relatório dos serviços, inclusive com registro fotográfico.

2.9. Em 31/8/2016, a Concer apresentou à ANTT a Carta ENG-CA-0523/16 (SEI 0883330 - fl. 20), apresentando fotografias relativas à execução de serviços de manutenção do revestimento flexível e de intervenções referentes aos reparos localizados no guarda-copo. Informou que as intervenções no viaduto referente aos reparos localizados na laje e pilares ainda não haviam sido realizados devido à priorização de atuação da recuperação de diversas passarelas no segmento da Baixada Fluminense, motivo pelo qual a realização das citadas intervenções ocorreriam após conclusão dos serviços em execução da passarela da REDUC. Por fim, defendeu que a execução dos serviços vinham sofrendo impactos em virtude do desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, ocasionado pelo não pagamento do 2º aporte das obras da Nova Subida da Serra de Petrópolis e da inadimplência contratual dessa Agência no atendimento a cláusula 2.4.1 do 12º Termo Aditivo. Por isso, solicitou a prorrogação de prazo por mais 60 dias para conclusão dos serviços, a contar de 5/9/2016.

2.10. Em 27/9/2016, a Coinf/URRJ exarou o Parecer 045/2016/PFR Areal/COINF/URRJ (SEI 0883330 - fl. 23/31), informando que, dos serviços indicados pela Concessionária como realizados, somente poderiam ser considerados os reparos localizados no guarda-corpo, destacando que os serviços de pavimentação realizados e a priorização da recuperação de passarelas da Baixada Fluminense foram decorrentes da ação da fiscalização. Dessa forma, defendeu que não houve recuperação do pavimento da OAE. Quanto à alegação da concessionária de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, destacou que o 12º Termo Aditivo não teria o condão de eximir a concessionária dos demais compromissos contratuais e talvez faria sentido somente a partir de abril de 2016, ou seja, após o prazo previsto para os serviços de reparos localizados nos pilares, no guarda corpo e limpeza geral, que não foram feitos em sua integralidade. Por isso, em consonância com o disposto na cláusula 223 do Contrato de Concessão, manifestou-se pela aplicação de multa moratória à Concessionária e, considerando se tratar de multa moratória, não foi atribuído prazo para correção da irregularidade.

2.11. Nesse mesmo dia, foi emitido, em desfavor da Concessionária Concer, o Auto de Infração 01667 (SEI 0883330 - fl. 2) e foi enviada à Coinf/URRJ, por meio do Memorando 46/2016/PFR-Areal/COINF/URRJ (SEI 0883330 - fl. 32), a documentação para abertura do processo administrativo simplificado.

2.12. Em 14/10/2016, a Coinf/URRJ emitiu a Notificação de Autuação 004/2016/URRJ/SUINF (SEI 0883330 - fl. 34), informando à Concessionária da abertura do processo administrativo simplificado e concedendo prazo de 30 dias para apresentação de defesa. O documento foi remetido à Concer por meio do Ofício 507/2016/COINF/URRJ (SEI 0883330 - fl. 35), e foi recebido em 17/10/2016, conforme Aviso de Recebimento - AR (SEI 0883330 - fl. 36).

2.13. Em 17/11/2016, a Concer protocolou sua defesa (SEI 0883330 - fl. 37/41), propondo a nulidade da multa aplicada. Em apertada síntese, apresentou os seguintes argumentos: (i) foram realizados serviços de manutenção do pavimento flexível e reparos localizados no guarda-corpo; (ii) a empresa Franchetti & Merola Engenharia Ltda. realizou vistoria de inspeção rotineira do relatório de monitoração do ano de 2016, em que foi identificada a melhora no desempenho da estrutura do Viaduto sobre a RFFSA, o que refuta a alegação de que há falta de atuação na manutenção da OAE; (iii) não há descumprimento de obrigação contratual, visto que o cronograma não aponta quantidades tampouco locais, o que torna a avaliação subjetiva; (iv) a Concessionária cumpre integralmente seu Contrato de Concessão, nunca deixando de efetuar a conservação da rodovia, e realizou todas as diligências necessárias para cumprimento da manutenção e conservação da referida OAE.

2.14. Em 16/12/2016, a Coinf/URRJ elaborou o Parecer Técnico 241/2016/COINF/URRJ/SUINF (SEI 0883330 - fl. 56/59), analisando a defesa prévia e rechaçando os argumentos apresentados. Quanto ao item (i), defendeu que o PER é muito claro ao definir, no item 5.4.3, o plano de trabalho da manutenção das obras de arte especiais da rodovia, segundo o qual deveriam ter sido realizados também os serviços de recuperação de concreto e tratamento de armaduras expostas, bem como a limpeza geral da OAE. No que se refere ao item (ii), a alegação de que o aumento na nota de avaliação geral do viaduto não pode ser acatada, uma vez que a estrutura desse viaduto vem se deteriorando com o tempo pela presença de concreto desagregado e armadura exposta em diversos locais, fato esse atestado pela própria Concessionária em sua defesa. No que tange ao item (iii), aduziu que o serviço de tratamento de armadura exposta é básico em qualquer programa eficiente de manutenção de obra de arte especial e se presume que a Concessionária conheça suas obrigações contratuais, uma vez que já está a mais de vinte anos realizando os serviços. Por fim, no que concerne ao item (iv), a Concessionária é detentora do Contrato de Concessão há duas décadas e não vem cumprindo com suas obrigações básicas de manutenção e conservação das obras de arte especiais, precisando ser demandada pela fiscalização para apresentação de cronograma para execução dos serviços em questão.

2.15. Em 10/1/2017, a Gerência de Fiscalização e Controle Operacional de Rodovias - Gefor, vinculada à então Suinf, remeteu os autos à Coinf/URRJ, por meio do Despacho (SEI 0883330 - fl. 62),

solicitando informações acerca da data de conclusão das intervenções no viaduto da REDUC, localizado no km 113+300, para fins de cálculo da multa moratória.

2.16. Em 14/2/2017, em resposta à solicitação, a Coinf/URRJ informou no Despacho (SEI 0883330 - fl. 64) que, em vistoria realizada no dia 13/2/2017, não foram identificadas as intervenções de manutenção no viaduto, conforme fotos contidas na pág. 65.

2.17. Em 13/3/2017, foi enviado à Concessionária o Ofício 207/2017/GEFOR/SUINF (SEI 0883330 - fl. 69), lembrando sobre a persistência da contagem de mora para cômputo do valor de multa referente ao descumprimento tratado no processo, bem como solicitando que a concessionária informasse quando ocorreria a conclusão das intervenções.

2.18. Em 30/9/2019, conforme e-mail (SEI1486107), Carta ENG-CA-0296/19 (SEI1486113) e Carta ENG-CA-0354/19 (SEI1486116), foi informado que a obra do Viaduto sobre a RFFSA - km 113+520 foi concluída em 24/9/2019.

2.19. Em 9/10/2019, a Gerência de Fiscalização e Investimentos de Rodovias - Gefir, vinculada à então Suinf, exarou o Parecer 577/2019/GEFIR/SUINF/DIR (SEI1485713), por meio do qual realizou a dosimetria da pena e, consequentemente, realizou o cálculo do valor da multa. De acordo com o documento, a multa moratória para o caso é de 3 URTs e foram contabilizados 1150 dias de mora, ficando a pena-base definida em 3450 URTs. Analisando os agravantes e atenuantes, com base na Resolução 442/2004, no Memorando 811/2018/SUINF e no Parecer 60/2019/CIPRO/SUINF/DIR, verificou-se apenas uma agravante por reincidência genérica, que enseja a aplicação de acréscimo de 1% sobre a pena-base, ficando, assim, no patamar de 3484,50 URTs. Por fim, mencionou que a decisão liminar deferida no bojo do Processo Judicial 1025293-08.2019.4.01.3400 não impede a aplicação da penalidade, haja vista que não está atrelada a obrigações de investimentos.

2.20. Dessa forma, nesse mesmo dia, foi prolatada a Decisão 647/2019/GEFIR/SUINF (SEI 1487684), aplicando, em desfavor da Concer, a penalidade de multa de 3.484,50 URTs, perfazendo o valor de R\$ R\$ 4.042.020,00 (quatro milhões, quarenta e dois mil e vinte reais).

2.21. Em 14/10/2019, pelo e-mail (SEI1629815) e por correspondência registrada, foi enviada à Concessionária a Notificação de Multa 449/2019/GEFIR/SUINF (SEI1591991), contendo a Guia de Recolhimento da União - GRU (SEI 1592050), e oferecendo a oportunidade para apresentação de recurso à Superintendência no prazo de 10 dias, nos termos do art. 85 da Resolução 5.083/2016.

2.22. Em 15/10/2019, a Concessionária recebeu a notificação enviada por correspondência, como consta no documento (SEI 1735394).

2.23. Em 24/10/2019, a Concer, nos autos dos Processos Administrativos 50500.399538/2019-16 e 50500.399162/2019-40, protocolou a Carta PLC-CA-0239/19 (SEI1726748), Carta PLC-CA-0242/19 (SEI1722288), Anexo PLC-CA-0239/19 (SEI1726750) e Anexo CES EXECUÇÃO TRO/AI (SEI 1722289), por meio dos quais apresentou recurso ao Superintendente em face da Decisão 647/2019/GEFIR/SUINF (SEI 1487684), com pedido de efeito suspensivo.

2.24. Em 23/3/2020, o Superintendente da então Suinf prolatou a Decisão 28/2020/CIPRO/SUINF (SEI 2865898), reduzindo a pena de 3484,50 URTs para 3450 URTs, haja vista que *"em que pese a dosimetria realizada por meio do Parecer Técnico nº 577/2019/GEFIR/SUINF/DIR (SEI nº 1485713), indicando agravante de 1% (um por cento) devido a reincidência genérica, ao se observar a data dos fatos, verifica-se que deve ser aplicada a Resolução nº 5.083/2016, afastando assim, tal agravante"*.

2.25. Nesse mesmo dia, por meio do Ofício 4023/2020/CIPRO/SUINF/DIR-ANTT (SEI 2866241), foi enviada à Concessionária a referida decisão, bem como a GRU para pagamento da multa. A notificação foi recebida no dia 16/4/2020, conforme consta na assinatura de Vanessa Querubim Sardinha, aposta no expediente.

2.26. Em 18/5/2020, a Concer, nos autos do Processo Administrativo 50500.048523/2020-26, protocolou a Carta PLC-CA-0109/19 (SEI438566) e Anexo Recurso AI 01667/2016 (SEI3438567), por meio dos quais apresentou recurso à Diretoria Colegiada em face da Decisão 28/2020/CIPRO/SUINF (SEI 2865898).

2.27. Ocorre que, em 11/5/2021, o Coordenador da Coordenação de Instrução Processual - Cipro, vinculada à Superintendência de Infraestrutura Rodoviária - Surod, emitiu o Despacho (SEI 3999582), informando que, de acordo com a Cláusula 223 do Contrato de Concessão, a punição por dia de mora deveria ser 4 URTs e não de 3 URTs, como havia sido proposto, haja vista que a conservação e manutenção de OAE se encontram no QUADRO 9B da proposta tarifária (SEI4001224). Por outro lado, como a concessionária não possuía infrações definitivamente julgadas, que tivessem o mesmo fato gerador, praticadas nos últimos três anos, deveria incidir atenuante de 10%. Assim, a pena-base passou a ser de 4.600 URTs e, com a atenuante, reduziu para 4.140 URTs.

2.28. Em 13/5/2021, pelo e-mail (SEI6421488), foi enviado à Concessionária o Ofício 16249/2020/CIPRO/SUROD/DIR-ANTT (SEI021336), informando o novo patamar da multa, salientando a possibilidade de agravamento da punição em virtude de análise de recurso, conforme art. 60, §2º, da Resolução 5.083/2016, e concedendo prazo de 10 dias para manifestação.

2.29. Em 20/5/2021, a Concer protocolou, nos autos do Processo Administrativo 50500.044078/2021-14, a Carta PLC-CA-0153/21 (SEI6481823) e o Anexo Manifestação - AI 1667/2016 (SEI6481828). Nos documentos, reforçou que, nos termos da Cláusula 225, II, a pena deveria se limitar a 1000 URTs. Além disso, lembrou que há outra atenuante que não foi considerada, qual seja, a realização dos serviços de manutenção e conservação na OAE do REDUC, que implicaram na melhora da Nota de Avaliação Geral do referido elemento. Para essa atenuante, solicitou que seja aplicado, por analogia, o percentual de 10%.

2.30. Em 21/3/2023, a Cipro/Surod exarou a Nota

Técnica 1148/2023/CIPRO/GERER/SUROD/DIR/ANTT (~~SE~~681279), informando que, nos termos do Parecer nº 00388/2022/PF-ANTT/PGF/AGU (SE14731225), "o limite de 1000 (mil) URM's previsto nos contratos integrantes da 1ª Etapa do PROCROFE para as multas por inexecução contratual, não se aplica às multas moratórias previstas nos respectivos instrumentos de outorga". Além disso, quanto à atenuante de 10% por ter realizado serviços de manutenção e conservação na OAE do REDUC, sustenta que isso não é motivo para atenuar a penalidade, mas uma obrigação contratual. Por isso, propõe o conhecimento da manifestação da Concessionária, a negativa da concessão de efeito suspensivo e, no mérito, o seu indeferimento, mantendo o patamar da pena em 4.140 URTs.

2.31. Ato contínuo, em atendimento o art. 39, § 2º, inciso I, do Regimento Interno da ANTT e em consonância com o art. 4º da Instrução Normativa 12/2022, o Superintendente elaborou o Relatório à Diretoria 83/2023 (SE115681292), no qual o Superintendente corroborou com a análise contida na Nota Técnica supracitada e propôs à Diretoria Colegiada que seja conhecida a manifestação da Concessionária e, no mérito, negado seu provimento, nos termos da Minuta de Deliberação (SEI 14837568).

2.32. Além disso, o Superintendente encaminhou os autos à Assessoria Administrativa e de Apoio - Assad, informando, pelo Despacho de Instrução (SE114837599) e Ofício 6224/2023/CIPRO/GERER/SUROD/DIR-ANTT (~~SE~~681425), que "o processo reúne as condições previstas no § 1º do art. 39 do Regimento Interno, que o torna apto para ser sorteado entre os Diretores".

2.33. Assim, o Chefe de Gabinete do Diretor-Geral remeteu os autos à Secretaria-Geral para inclusão na pauta de sorteio, conforme consta no Despacho (SEI 16063547).

2.34. Por fim, em 23/3/2023, os autos foram distribuídos a esta Diretoria, conforme consta na certidão (SEI 16082075).

2.35. É o relatório.

3. DA ANÁLISE PROCESSUAL

3.1. A Resolução 5.083/2016 disciplina o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades decorrentes de condutas que infrinjam 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.

3.2. Nos termos do art. 61, 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.

3.3. Quanto à interposição do recurso, reconhece-se a sua tempestividade conforme regras de contagem de prazos do art. 35, tendo-se em conta que a notificação da decisão recorrida ocorreu na quinta-feira, dia 16/4/2020. Dessa forma, a contagem do prazo se iniciou na sexta-feira, dia 17/4/2020, e o término do prazo se deu na domingo, dia 31/5/2020, passando para segunda-feira, dia 1º/6/2020, pela necessidade de se findar em dia útil, conforme disposto no § 2º do art. 35. Conforme consta nos autos, o recurso foi protocolado em 18/5/2020 (SEI3438568), ou seja, dentro do prazo de 30 (trinta) dias úteis previsto Cláusula 233 do Contrato de Concessão:

[...]

233. Da decisão do Diretor Geral do DNER que aplicar penalidade caberá **recurso voluntário, no prazo de 30 (trinta) dias úteis contados da intimação, para o Conselho Administrativo da Autarquia**, independentemente de garantia de instância.

[...] (grifo acrescentado)

3.4. Quanto ao cabimento, via de regra, os processos administrativos simplificados transitam em julgado com a decisão do Superintendente, conforme se observa no art. 85. Contudo, admite-se excepcionalmente o cabimento do recurso dirigido a esta Diretoria Colegiada com base na referida cláusula contratual.

3.5. Quanto à legitimidade, verifica-se que a recorrente se enquadra como parte legítima para apresentação de recurso, nos termos do art. 58, I, da Lei 9.784/1999, vez que diretamente afetada pela decisão recorrida. Cabe registrar que o recurso foi apresentado pela Coordenadora Jurídica, Dra. Daniela Medeiros Netto de Carvalho Rego, que possui prerrogativas para representar a empresa perante a Agência, conforme procuração contida no documento (SEI5014936). Contudo, a peça recursal, onde se encontram os motivos de fato e de direito, foi lavrada pelo Dr. Luiz Henrique Alves Bertoldi, OAB/SP nº 274472, o qual, conforme procuração contida no documento (SEB438567), somente possui poderes para representar a empresa perante o Poder Judiciário. Embora isso tenha ocorrido, considerando que no Processo Administrativo Simplificado não há obrigatoriedade de ter advogado constituído para representar o interessado, por força do art. 3º, inciso IV, da Lei 9.784/1999, entendo que isso não macula a legitimidade da parte.

3.6. Dessa forma, **confirmam-se os requisitos para o conhecimento do recurso, quais sejam: tempestividade, competência da Diretoria Colegiada para julgamento do recurso, legitimidade dos representantes e cabimento do recurso, consoante previsão de cláusula do Contrato de Concessão.**

3.7. Passando à análise de mérito, a Concer apresenta em seu recurso, protocolado por meio da Carta PLC-CA-0109/19 (SEI 3438566), os seguintes argumentos:

- a) Defende que houve violação ao princípio da tipicidade, segundo o qual o fato ocorrido deve se encaixar exatamente na conduta descrita em abstrato na norma, pois a Cláusula 223 do Contrato de Concessão, utilizado como base para a lavratura do auto de infração, é inaplicável no caso concreto, por duas razões, quais sejam: (i) não há que se falar em pactuação de cronograma no caso concreto, pois a Agência

se ficou silente quanto à sua aceitação ou não; e (ii) a conduta imputada à Concessionária não pode ser incluída como investimento ou operação da rodovia, mas sim como manutenção e conservação.

b) Sustenta que o relatório de monitoramento não pode ser utilizado para fins sancionatórios.

c) Defende que se trata de uma inequívoca hipótese de inexigibilidade de conduta diversa e, por isso, não pode ser responsabilizada pela penalidade imposta no caso em tela, uma vez que a equação econômico-financeira do Contrato está desequilibrada, por conta da suspensão parcial da eficácia do 12º Termo Aditivo, o que impediu o cumprimento integral dos parâmetros de desempenho.

d) Aduz que a penalidade é ilegal, haja vista que é patentemente desproporcional, em especial houve as seguintes circunstâncias atenuantes: (i) medidas foram adotadas para eliminar ou ao menos mitigar a infração imputada à Concessionária; e (ii) inexistência de autuação anterior sobre o mesmo assunto. Outra questão que levanta é que, nos termos da Cláusula 225, item II, a multa deveria se limitar a 1000 URTs. Ademais, sustenta que a penalidade é nula, visto que a dosimetria foi realizada em segunda instância. Item h do recurso ao Superintendente.

3.8. Nota-se também que, após a publicação da Decisão 28/2020/CIPRO/SUINF (SEI 2865898) e a interposição do recurso à Diretoria Colegiada, contida nos autos do Processo Administrativo 50500.048523/2020-26, o Coordenador da Cipro emitiu o Despacho (SEI 3999582), informando que, de acordo com a Cláusula 223 do Contrato de Concessão, a punição por dia de mora deveria ser 4 URTs e não de 3 URTs, como havia sido proposto, haja vista que a conservação e manutenção de OAE se encontram no QUADRO 9B da proposta tarifária (SE#001224). Por outro lado, como a concessionária não possuía infrações definitivamente julgadas, que tivessem o mesmo fato gerador, praticadas nos últimos três anos, entendeu que deveria incidir atenuante de 10%. Assim, sugeriu o agravamento da pena de 3450 URTs para 4.140 URTs e, antes de submeter o processo à Diretoria Colegiada, notificou a Concessionária, por meio do Ofício 16249/2020/CIPRO/SUOD/DIR-ANTT (SEI 4021336), para manifestação.

3.9. A Concessionária, por sua vez, apresentou a Carta PLC-CA-0153/21 (SE6481823) e o Anexo Manifestação - AI 1667/2016 (SE6481828), nos quais reforçou que, nos termos da Cláusula 225, II, a pena deveria se limitar a 1000 URTs. Além disso, lembrou que há outra atenuante que não foi considerada, qual seja, a realização dos serviços de manutenção e conservação na OAE do REDUC, que implicaram na melhora da Nota de Avaliação Geral do referido elemento. Para essa atenuante, solicitou que seja aplicado, por analogia, o percentual de 10%.

3.10. Primeiramente, importante analisarmos o que dispõe o art. 64 da Lei 9.784/1999 e o art. 60 da Resolução 5.083/2016:

Lei 9.784/1999

[...]

Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.

Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.

[...]

Resolução 5.083/2016

[...]

Art. 60. O recurso será julgado no prazo de 30 (trinta) dias contados do recebimento dos autos pelo órgão ou autoridade competente para o julgamento, prorrogável por igual período em caso de justificada necessidade.

§1º O órgão ou a autoridade competente para o julgamento do recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente a decisão recorrida, na matéria que for de sua competência.

§2º Se da decisão puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser intimado para que se manifeste, em 10 (dez) dias.

[...] (grifo acrescentado)

3.11. Como se percebe, diferentemente do caso de revisão, que, nos termos do art. 101, § 1º, da Resolução 5.083/2016, não poderá resultar no agravamento da sanção anteriormente aplicada, no caso de recurso é possível que a pena seja agravada. Nesse caso, a parte deve ser notificada previamente à prolação do aresto, para que, no prazo de 10 dias, se manifeste. Findo o prazo, com ou sem manifestação, o órgão ou autoridade competente poderá emitir sua decisão.

3.12. Levando isso em consideração, entendo escorreito o ato emitido pelo Coordenador da Cipro, que se deu após a interposição do recurso à Diretoria Colegiada e antes de proferida a decisão do Colegiado. Além disso, a Concessionária foi devidamente notificada e respeitado o prazo regimental para sua manifestação.

3.13. Quanto aos argumentos apresentados pela Concessionária em seu recurso e na manifestação decorrente da sugestão de agravamento da pena, entendo que a Concessionária não trouxe elementos que afastam a sua responsabilidade quanto à infração praticada.

3.14. De fato, assiste razão à Concessionária quando sustenta que houve violação ao princípio da tipicidade (item a), visto que o caso trata nestes autos não diz respeito a investimento, mas sim à conservação e manutenção de OAE. Contudo, isso não afasta a incidência da multa moratória prevista na Cláusula 223 do Contrato de Concessão, mas sim o seu reequadramento, pois as obrigações sujeitas à penalidade estão contidas no Quadro 9B da proposta tarifária e não no Quadro 9A, como anteriormente proposto. Por isso, acertado o entendimento contido no Despacho (SEI 3999582).

3.15. Quanto à utilização de relatório de monitoramento para fins sancionatórios (item b), não há vedação de que a Agência autue a Concessionária a partir dos elementos contidos no relatório de monitoramento. O que a manifestação do TCU citada na peça recursal propôs à ANTT foi não depender exclusivamente das informações oriundas das Concessionárias. Conforme se observa nos autos, foi atestado *in loco* a inexecução contratual, como foi, por exemplo, apontado no Ofício 432/2016/COINF/URRJ. Além disso, os elementos contidos no Relatório de Monitoramento não foram considerados imediatamente como descumprimentos do PER, como sustenta a Concessionária, mas, na verdade, foi concedida a oportunidade para que se oferecesse um cronograma para correção das inconsistências, o qual foi descumprido e ensejou a multa moratória.

3.16. No que se refere à suspensão parcial da eficácia do 12º Termo Aditivo (item c), é entendimento desta Agência Reguladora, nos termos do Parecer 00379/2018/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 3835357), que a Concessionária não pode descumprir seus deveres contratuais sob o argumento de eventual desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, conforme excerto do referido Parecer:

[...]

7. De acordo com a Carta PRE-CA-0004/18 da CONKER (fis. 15/17) **a justificativa para não cumprimento das obras constantes do Programa de Exploração da Rodovia -PER relacionadas as Campanhas de Manutenção do pavimento flexível se daria em decorrência da necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão por disposição da cláusula 2.4 do 12º Termo Aditivo**, que prevê:

[...]

17. Feitas estas considerações, seguem as respostas aos questionamentos:

a) A falta de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão tem o condão de suspender a exigibilidade de obrigações previstas no Instrumento de outorga enquanto perdurar inércia da Administração em realizar o reequilíbrio?

R: **Em decorrência do princípio da continuidade e da adequação do serviço público e das obrigações legais e contratuais da concessionária, principalmente quanto a manutenção do pavimento, não é cabível a suspensão unilateral por iniciativa da concessionária da exigibilidade de seus deveres contratuais.**

[...] (grifo acrescentado)

3.17. Dessa forma, as alegações de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato não são suficientes para afastar a responsabilidade da Concessionária de cumprir suas determinações contratuais, notadamente a conservação e a manutenção da OAE.

3.18. No que concerne ao argumento de desproporcionalidade da penalidade (item d), a Concer, quando assinou o Contrato de Concessão, anuiu com todas as disposições contratuais, inclusive àquelas atinentes à penalidade. Dessa forma, uma vez firmado o instrumento contratual, deve-se observar o princípio do *pacta sunt servanda*, segundo o qual as cláusulas contratuais são consideradas leis entre as partes e devem ser cumpridas por elas. Por isso, a Concessionária não pode alegar que a multa moratória é elevada, ao mesmo tempo que a Agência não pode deixar de cumpri-la.

3.19. Além disso, não prospera a alegação de que deve ser aplicado o limite de 1000 URTs previsto na Cláusula 225. Nesse sentido, vale citar o contido na Nota Técnica 1148/2023/CIPRO/GERER/SUROD/DIR/ANTT (SEI 15681279):

[...]

Da leitura da Cláusula 223, *caput*, é possível verificar que seu texto é o mais adequado em comparação ao da Cláusula 225, II, já que o fato gerador do AI em questão foi o não atendimento ao cronograma proposto para os serviços de conservação e manutenção do viaduto. No Parecer nº 00388/2022/PF-ANTT/PGF/AGU14731225), inclusive, consta que: **"o limite de 1000 (mil) URM's previsto nos contratos integrantes da 1ª Etapa do PROCROFE para as multas por inexecução contratual, não se aplica às multas moratórias previstas nos respectivos instrumentos de outorga."** (não grifado no original) - o Contrato nº PG-138/95-00 desta CONKER faz parte da 1ª Etapa do PROCROFE.

[...] (grifos do original)

3.20. Por outro lado, a Concer tem razão quanto à necessidade de se ajustar a dosimetria da pena.

3.21. Em primeiro lugar, incide sobre o caso a atenuante prevista no art. 67, § 1º, inciso III, da Resolução 5.083/2016 ("*inexistência de infrações, definitivamente julgadas, praticadas pelo mesmo infrator nos três anos anteriores*"). Tal fato foi considerado pela Surod após a interposição do recurso, conforme consta no Despacho (SEI 3999582), e merece ser acolhido:

[...]

Em seguida, com relação à dosimetria da pena, **considerando que concessionária não possui infrações definitivamente julgadas, que tiveram o mesmo fato gerador, praticadas nos últimos três anos, deve incidir atenuante de 10%**, passando o valor final da multa a ser 4.140 (quatro mil cento e quarenta) URT's, nos termos do Memorando nº 811/2018/SUINF (4021302).

[...] (grifo acrescentado)

3.22. Em segundo lugar, com as devidas vênias ao manifestação contida na Nota Técnica 1148/2023/CIPRO/GERER/SUROD/DIR/ANTT (SEI 681279), entendo que deve ser atenuada a pena pelo fato de a empresa ter adotado medidas para mitigar os efeitos da infração. De fato, a Surod está correta ao afirmar que os serviços de manutenção e conservação na OAE do REDUC são obrigações contratuais e devem ser cumpridas. Contudo, o art. 67, § 1º, inciso II, da Resolução 5.083/2016 estabelece a seguinte atenuante ("*adoção, voluntariamente, de providências eficazes para evitar ou amenizar as consequências da infração, ou para reparar, antes da decisão do processo ou de determinação da autoridade competente, os efeitos da infração*").

3.23. Como se observa no relato fático apresentado alhures, a Concessionária demonstrou, por meio da Carta ENG-CA-0523/16 (SE0883330 - fl. 20), que realizou, ainda que parcialmente, os reparos previstos no cronograma contido na Carta ENG-CA-0647/15 (SEI 0883330 - fl. 12/13), o que foi

atestado pela Coinf/URRJ, no Parecer 045/2016/PFRAreal/COINF/URRJ (SEI 0883330 - fl. 23/31):

[...]

Nesse sentido, cabe destacar que os serviços indicados pela CON CER como realizados somente podem ser considerados os reparos localizados no guarda corpo, destacando que, os serviços de pavimentação realizados foram decorrentes da ação desta fiscalização materializados na emissão de dois Termos de Registros de Ocorrências (TROs) em 28 de janeiro de 2016 (TRO nº 60.672) e 10 de março de 2016 (TRO nº 60.696). Portanto, não há de se falar que a recuperação do pavimento desta OAE foi realizada em conformidade com a prevista no cronograma proposto pela concessionária. Cópias das cartas 0056-2016 e 0119-2016 referentes ao atendimento aos TROs e enviadas pela própria Concessionária serão juntadas a este processo para fins de instrução.

[...] (grifos acrescentados)

3.24. Dessa forma, entendo que a Concessionária adotou, ainda que parcialmente, providências para amenizar e reparar os efeitos da infração.

3.25. Confrontando as hipóteses de atenuantes previstas no art. 67, § 1º, inciso II, da Resolução 5.083/2016 com as descritas no Memorando 811/2018/SUINF (SE#021302), percebo que a hipótese prevista no inciso II, supramencionado, não possui percentual fixado. A hipótese contida no Memorando que mais se assemelha a esse dispositivo é a seguinte:

[...]

4. Deverão ser adotados os percentuais abaixo para redução do valor da multa, caso incidam as seguintes circunstâncias atenuantes:

[...]

20% (vinte por cento), no caso de cessação da infração o e reparação total do dano ao serviço e ao usuário, em prazo determinado pela ANTT;

[...] (grifo acrescentado)

3.26. Como se pode notar, o cenário previsto na Resolução 5.083/2016 é mais amplo do que o previsto no Memorando, tendo em vista que, enquanto neste exige-se a reparação ou a cessação total, naquela também é possível que sejam adotadas medidas para amenizar ou reparar os efeitos da infração. Ademais, no caso do Memorando, essa eliminação da irregularidade deve se dar dentro do prazo estipulado pela Agência, ao passo que na Resolução é possível também a regularização ou a mitigação dos efeitos se dê antes de decisão processual.

3.27. É certo que a Concessionária deve ser apenada pela irregularidade identificada pela fiscalização. Todavia, não se pode deixar de considerar que o cronograma foi atendido parcialmente, ou seja, a Concessionária buscou amenizar ou reparar as consequências da infração.

3.28. Portanto, entendo que cabe a aplicação da atenuante prevista no art. 67, § 1º, inciso II, da Resolução 5.083/2016 e, por interpretação extensiva do contido no Memorando 811/2018/SUINF (SEI 5730799), a aplicação do percentual de 20%.

3.29. Ressalte-se que esse entendimento já foi aplicado pela Agência, quando da apreciação do recurso interposto pela concessionária Autopista Fluminense S/A em face da Decisão 253 /2019/CIPRO/SUINF, nos autos do Processo Administrativo 0505.041392/2018-91, conforme consta no Voto (SEI 9467526).

3.30. Dessa forma, tendo em consideração que o valor da pena-base é de 4.600 URTs, conforme consta no Despacho (SEI3999582), incidindo as atenuantes que totalizam 30%, o patamar da multa fica de 3.220 URTs.

4. DA PROPOSIÇÃO FINAL

4.1. Ante o exposto, VOTO por conhecer o recurso interposto pela Companhia de Concessão Rodoviária Rio-Juiz de Fora S.A. - Concer e, no mérito, dar-lhe parcial provimento, nos termos da minuta de deliberação (SEI 16293818).

Brasília, 12 de abril de 2023.

(assinado eletronicamente)

LUCAS ASFOR ROCHA LIMA

Diretor



Documento assinado eletronicamente por LUCAS ASFOR ROCHA LIMA, Diretor, em 12/04/2023, às 09:58, 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 16098888 e o código CRC 553B79E8.