



AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES

VOTO DLL

RELATORIA: DLL

TERMO: À votação da Diretoria Colegiada

NÚMERO: 005/2024

OBJETO: Recurso à Diretoria interposto pela Companhia de Concessão Rodoviária de Juiz de Fora - Rio - CONKER, em face da Decisão nº 81/2023/CIPRO/SUROD (15151669).

ORIGEM: Superintendência de Infraestrutura Rodoviária - SUROD

PROCESSO (S): 50505.078932/2018-92

PROPOSIÇÃO PF/ANTT: NÃO HÁ.

ENCAMINHAMENTO: POR CONHECER O RECURSO INTERPOSTO PELA COMPANHIA DE CONCESSÃO RODOVIÁRIA JUIZ DE FORA-RIO - CONKER, MAS NO MÉRITO LHE NEGAR PROVIMENTO.

1. DO OBJETO

1.1. Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela CONKER em face da Decisão nº 81/2023/CIPRO/SUROD de 03/02/2023 (15151669), na qual foi julgado improcedente o recurso interposto pela Concessionária, mantendo a penalidade de multa anteriormente aplicada no patamar de 210 (duzentos e dez) Unidades de Referência de Tarifa – URT's.

2. DOS FATOS

2.1. Em 04/09/2018, a fiscalização da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, emitiu em desfavor da Recorrente o Auto de Infração nº 1611/2018/PFR-AREAL/URRJ/SUROD (1902443, fl. 22 do pdf) de 04/09/2018, em virtude das condições inadequadas de limpeza nas pistas da rodovia BR-040/MG/RJ, observadas pela fiscalização da ANTT, conforme especificação presente no Capítulo 11 do PER e no art. 26, caput, da Resolução ANTT nº 5.083/2016.

2.2. Em 15/10/2018, a Concessionária apresentou Defesa Prévia (1902443, fls. 27/47) que, após analisada na NOTA TÉCNICA Nº 28/2018/PFR-ROSEIRA/URSP/SUROD (1902443, fl. 52 a 54) e no Parecer Técnico nº 60/2020/GEFIR/SUINF (2450893), foi julgada improcedente pela Superintendência de Infraestrutura Rodoviária por meio da Decisão nº 83/2020/GEFIR/SUINF de 15/01/2020 (451569), aplicando-se penalidade única de multa no patamar de 210 (duzentos e dez) Unidades de Referência de Tarifa – URT, em decorrência do não atendimento ao capítulo 11 do PER, devido à condições inadequadas de limpeza na rodovia, atualizando o valor para R\$ 243.600,00 (duzentos e quarenta e três mil e seiscentos reais), em conformidade com o Contrato de Concessão PG-138/95-00 e a Deliberação nº 972, de 05 de novembro de 2019.

2.3. Em face da decisão, a Concessionária apresentou Recurso Administrativo com pedido de efeito suspensivo (2709431), recebido em 13/06/2022, que foi analisado no Parecer nº 77/2023/CIPRO/GERER/SUROD/DIR (151593) e, em seguida, julgado improcedente por meio da DECISÃO Nº 81/2023/CIPRO/SUROD (15151669), que manteve inalterada a decisão recorrida.

2.4. Destarte, com fulcro em disposição contratual, a Concessionária apresentou Recurso Voluntário (15653178), requerendo a reforma da decisão supracitada, que julgou improcedente o Recurso Administrativo anteriormente apresentado, pelos seguintes argumentos: (i) da atipicidade da conduta e ausência de previsão da penalidade de multa aplicada; (ii) da necessidade de lavratura prévia de um termo de registro de ocorrência; (iii) da inexigibilidade de conduta diversa diante do desequilíbrio do contrato de concessão; (vi) da desproporcionalidade da penalidade aplicada à conker; e (v) da necessidade de reconhecimento de atenuantes presentes no caso em tela.

2.5. Por conseguinte, por meio da NOTA TÉCNICA SEI Nº 6600/2023/CIPRO/GERER/SUROD/DIR/ANTT (172031), a área técnica se manifestou informando que a Recorrente não apresentou qualquer fato novo capaz de ilidir a aplicação da penalidade em comento, entendendo pelo indeferimento do recurso interposto.

2.6. Em seguida, foi elaborado Relatório à Diretoria SEI Nº 520/2023 (19222375), recomendando o conhecimento do Recurso interposto pela Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora-Rio - CONKER, para, no mérito, lhe negar provimento, julgando improcedentes os argumentos trazidos, para que seja mantida a penalidade de multa aplicada no patamar de 210 (duzentos e dez) URT's, atualizada nos termos do Contrato de Concessão Edital nº PG-138/95-00, em decorrência do não atendimento ao capítulo 11 do PER, devido à condições inadequadas de limpeza na rodovia.

2.7. Os autos foram encaminhados à Diretoria Colegiada para análise e deliberação e, conforme Certidão (19222570), os autos foram distribuídos à esta relatoria mediante sorteio.

2.8. São os fatos. Passa-se, a seguir, à análise processual.

3. DA ANÁLISE PROCESSUAL

3.1. A Concessionária recebeu o OFÍCIO SEI Nº 2646/2023/CIPRO/GERER/SUROD/DIR-ANTT (15151714), em 16/02/2023, informando sobre a DECISÃO Nº 81/2023/CIPRO/SUROD (15151669), na

qual foi julgado improcedente o Recurso Administrativo apresentado, mantendo-se a penalidade de multa no patamar de 210 (duzentos e dez) Unidades de Referência de Tarifa – URT. Nos termos do art. 35 da Resolução ANTT nº 5.083/2016 e da Cláusula 223 do Contrato de Concessão, o prazo para a interposição de recurso é de 30 (trinta) dias, sendo, portanto, tempestivo o recurso interposto no dia 27/02/2023 (15653190).

3.2. Ainda, é cabível o recurso, vez que a Concessionária está no exercício do seu direito previsto nos itens 233 e 242 do Contrato de Concessão, e em conformidade com o disposto na Seção II, Capítulo IV, da Resolução ANTT nº 5.083/2016.

3.3. Analisada a admissibilidade do recurso, passa-se ao mérito.

(a) Da correta aplicação da penalidade de multa.

3.4. Em suas razões recursais, a Recorrente diz:

“Ocorre que apesar de a Concer, de fato, estar obrigada contratualmente a manter a Rodovia de acordo com tais especificações, o descumprimento de tal obrigação não foi tipificado como conduta infracional específica pelo Contrato de Concessão ou pela Resolução ANTT nº 4.071/2013.”.

3.5. Nesse ponto, é necessário esclarecer, primeiramente, que a Recorrente reconhece o seu descumprimento contratual por não manter a rodovia de acordo com as especificações do contrato, alegando, no entanto, que esse descumprimento não estaria tipificado como conduta infracional.

3.6. Ora, como já confessado pela própria Recorrente, “o descumprimento de tal obrigação” por si só já se enquadra na cláusula 225 do contrato, vez que nela são tratadas as sanções pela inexecução parcial ou total do contrato, o que de fato ocorreu, vez que ao deixar de cumprir as obrigações previstas no Programa de Exploração da Rodovia – PER, automaticamente, a Recorrente descumpriu o contrato, ensejando a aplicação de penalidade nos termos previstos, veja-se:

225. Pela inexecução parcial ou total deste CONTRATO, o DNER poderá, garantida prévia defesa, aplicar à CONCESSIONÁRIA as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, de 100 (cem) até 1000 (mil) URT's;

III - rescisão contratual, na forma prevista neste CONTRATO.

3.7. Isso ocorre em razão de o PER ser parte integrante do contrato para todos os fins legais e contratuais, conforme preceitua a cláusula 2 do contrato, *in verbis*:

Anexos

2. Integram este CONTRATO, para todos os efeitos legais e contratuais, os seus 16 (dezesseis) Anexos e respectivos Apêndices, organizados da forma seguinte:

- a) Anexo I: EDITAL nº 0294/93-00 (Fase I);
Apêndice 1: Características da RODOVIA;
Apêndice 2: Definições de conceitos utilizados no EDITAL;
Apêndice 3: Quadros;
Apêndice 4: Erratas e Esclarecimentos.
- b) Anexo II: EDITAL nº 0294/93-00 (Fase II);
Apêndice 1: Termo de Referência para a Elaboração da Proposta de Metodologia de Execução;
Apêndice 2: Características da Rodovia;
Apêndice 3: Relação de Bens Passíveis de Serem Cedidos pelo DNER à Concessionária;
Apêndice 4: Erratas e Esclarecimentos.
- c) Anexo III: EDITAL nº 0294/93-00 (Fase III);
Apêndice 1: Minuta deste CONTRATO;
Apêndice 2: Programa de Exploração da RODOVIA;
Apêndice 3: Termo de Referência para a Elaboração da Proposta de Tarifa de Pedágio;
Apêndice 4: Erratas e Esclarecimentos.

3.8. Ademais, vale reforçar que este argumento já foi exaustivamente analisado pela área técnica, na Nota Técnica nº 28/2018/PFR-ROSEIRA/URSP/SUINF,102443 , fls 52 a 54), que demonstrou que além da previsão da penalidade, conforme, os dispositivos contratuais e especificações técnicas legais vigentes, o PER descreve em seu capítulo 11, em detalhes, as ações a serem realizadas para a limpeza da rodovia, de modo que é inadmissível, principalmente na atual fase do Contrato de Concessão, prestes a se encerrar, o excesso de sujeira na rodovia, com agregados soltos nas pistas e acostamentos, bem como a obstrução de dispositivos de drenagem, sendo inequívoco que as ações corriqueiras de conservação não estão sendo adequadamente realizadas, ficando a Recorrente passível de autuação.

3.9. Por essas razões, não merece reforma a decisão recorrida neste ponto.

(b) Da desnecessidade de lavratura prévia de um termo de registro de ocorrência.

3.10. A Recorrente pleiteia a anulação do Auto de Infração, objeto da presente demanda, sob o preceito de que anteriormente a sua emissão, não houve a expedição de Termo de Registro de Ocorrência – TRO, não tendo sido concedido prazo para a concessionária sanasse as irregularidades apontadas.

3.11. Neste aspecto, necessário esclarecer que não há qualquer obrigatoriedade pela Fiscalização da ANTT, de expedir TRO antes de lavrar um Auto de Infração. Conforme bem explicado pela área técnica na NOTA TÉCNICA SEI Nº 6600/2023/CIPRO/GERER/SUOD/DIR/ANTT (172031), tem-se que:

“...As equipes de fiscalização da Autarquia não são geradoras de "ordem de serviço" para a Concessionária; que entende, erroneamente, que a atividade regulatória de fiscalização deve ter

como objetivo primeiro orientar o particular e auxiliá-lo à efetiva e adequada consecução do objeto contratado, aplicando as medidas administrativas cabíveis e, apenas em último caso, sancionar administrativamente as Concessionárias.

[...] uma vez que as atividades de Fiscalização da ANTT focam no que está determinado no Contrato de Concessão e no PER e, na observância de qualquer irregularidade que caracterize inconformidades, seus fiscais devem agir usando os instrumentos que a legislação disponibiliza para o registro e solução do problema encontrado (TRO's ou A's). A falta de ação da Fiscalização da Autarquia frente as inconformidades observadas pelos Fiscais da ANTT, poderia caracterizar o caso de Prevaricação, podendo acarretar uma série de procedimentos administrativos disciplinares pessoais.”.

3.12. Ademais, vale frisar que, de acordo com a Resolução ANTT nº 5.083/2016, normativo vigente, a lavratura do Termo de Registro de Ocorrência - TRO somente ocorrerá, à critério da autoridade competente, quando previsto em regulamentação específica ou contrato, em prazo pré-determinado pelo regulamento a saber:

Art. 20. Atuando em caráter preventivo e orientador, a autoridade competente **poderá**, antes da instauração de procedimento de averiguações preliminares ou de processo administrativo para apuração de infração:

I - nos casos previstos em regulamento específico ou contrato, alertar o ente regulado quanto às inconformidades verificadas, indicando o prazo previsto para que sejam sanadas mediante lavratura do Termo de Registro de Ocorrência - TRO; (**grifo nosso**)

3.13. Portanto, entendo que a decisão não merece reforma.

(c) Da Inexistência de Desequilíbrio da Equação Econômico-Financeira Contratual por Conta da Suspensão Parcial da Eficácia do 12º Termo Aditivo Contratual e da Não Análise de Pleitos de Reequilíbrio Apresentados pela CONCERT.

3.14. No que tange a alegação de desequilíbrio da equação econômico-financeira contratual por conta da suspensão parcial da eficácia do 12º Termo Aditivo Contratual, a Concessionária afirma que a Decisão nº 81/2023/CIPRO/SUROD de 03/02/2023 (5151669), ignorou que o desequilíbrio contratual no caso caracteriza verdadeira hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, o que afastaria a responsabilidade do agente, e que, conseqüentemente, deveria ser reconhecida independentemente dos demais procedimentos em curso na ANTT com vistas à recomposição do equilíbrio contratual.

3.15. O 12º Termo Aditivo previu que seriam feitos 3 (três) aportes de recursos federais à CONCERT para promover a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro contratual, no âmbito do qual concluiu que o devido reequilíbrio seria realizado por meio de aportes federais dos custos adicionais ao que havia sido originalmente orçado no Contrato devido à construção da nova pista de subida de serra em direção a Petrópolis, contendo um túnel de aproximadamente 5 km de extensão, tendo sido iniciada a execução do projeto aprovado do empreendimento da NSS, com a contratação de empréstimos, cujas garantias apresentadas foram justamente as contrapartidas previstas contratualmente.

3.16. Nesse sentido, a Concessionária Recorrente alega que além do inadimplemento, o Poder Concedente deixou de adotar, tempestivamente, as medidas cabíveis para a recomposição do equilíbrio contratual, em razão da sua inadimplência aos termos do 12º Termo Aditivo e, por isso, a Concessionária não honrou com os seus compromissos, tornando deficitária a sua situação econômica e majorando o desequilíbrio contratual. Ainda, aduz que, por essas razões, seria incoerente que executasse investimentos previstos pelo PER, tal como seria exigível em cenário de absoluta normalidade contratual.

3.17. Ocorre que, conforme **exaustivamente** demonstrado nos autos do processo, 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.**

3.18. Cabe registrar que a concessão de serviço público é a delegação de sua prestação, feita pelo Poder Concedente. Essa concessão se dá mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, no qual a pessoa jurídica ou consórcio de empresas deve demonstrar 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.

3.19. Portanto, **não há possibilidade de inversão do risco contratual assumido**, imputando ao Poder Público a obrigação de assunção das obrigações da Recorrente.

3.20.

3.21. Por fim, expôs a área técnica que o fato gerador do Auto de Infração nº 1611/2018/PFR-AREAL/URRJ/SUROD (fls. 22), foi em “decorrência de condições inadequadas de limpeza nas pistas da rodovia BR-040/MG/RJ, observadas pela fiscalização da ANTT, conforme especificação presente no Capítulo 11 do PER e no Art. 26, caput, da Resolução ANTT nº 5.083/2016”, sendo que esta matéria já foi analisada no âmbito da Proposta de 24ª Revisão Ordinária da Tarifa Básica de Pedágio da concessão administrada pela CONCERT, conforme se verifica nos itens 250/267 da Nota Técnica nº 023/2017/GEINV/SUINF.

3.22. Nessa oportunidade, a área técnica preferiu entendimento no sentido de que a execução de obras expressamente previstas no item 2.6 (Estruturas de Contenção), não tem o condão de provocar o reequilíbrio contratual e, portanto, não cabem e nem devem prosperar os argumentos da concessionária nesse ponto.

(d) Da devida proporcionalidade da multa aplicada à concessionária e da correta análise das atenuantes.

3.23. A Concessionária alega que a multa moratória aplicada ao caso é desproporcional e inadequada, em vista das circunstâncias anteriormente alegadas referentes ao suposto desequilíbrio

contratual, com o fito de tentar emplacar a sua tese de defesa para eximir-se da responsabilidade de arcar com o pagamento da multa ou, subsidiariamente, de diminuir o valor da penalidade aplicada ao caso.

3.24. Contudo, em relação à proporcionalidade da multa, a área técnica, por meio Parecer Técnico nº 60/2020/GEFIR/SUINF de 15/01/2020 (450893), foi minuciosa ao realizar o cálculo da penalidade, levando em consideração todos os parâmetros mandatórios, qual seja, a cláusula 225 do Contrato de Concessão, que diz o seguinte:

225. Pela inexecução parcial ou total deste CONTRATO, o DNER poderá, garantida prévia defesa, aplicar à CONCESSIONÁRIA as seguintes sanções:

I- advertência;

II- multa, de 100 (cem) até 1000 (mil) URT's;

III- rescisão contratual, na forma prevista neste CONTRATO.

3.25. Ainda, com relação à dosimetria, a Procuradoria Federal junto à ANTT, analisou a possibilidade de aplicação retroativa das normas que tratam da dosimetria no Parecer n. 00388/2019/PF-ANTT/PGF/AGU (4466395), entendendo o seguinte:

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.

[...] 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).

3.26. Portanto, o entendimento da PF-ANTT é de que tais normas se revestem de caráter material, devendo ser aplicados os dispositivos legais vigentes ao tempo da infração. Ou seja, no presente caso, a norma vigente à época dos fatos e que disciplinava a aplicação das agravantes e atenuantes, era a Resolução ANTT nº 442/2004, que previa como agravante a existência de reincidência genérica ou específica, *in verbis*:

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).

[...] § 2º São circunstâncias agravantes, entre outras:

I - a reincidência, genérica ou específica;

[...] § 4º A reincidência é genérica quando as infrações cometidas são de natureza diversa, e específica quando da mesma natureza.

3.27. Portanto, não há dúvidas de que a dosimetria foi realizada de forma correta e em atenção aos parâmetros necessários, sendo de bom alvitre ressaltar que a Concessionária, desde o processo licitatório, tinha amplo conhecimento das hipóteses e do espectro de valores previstos para sanções pecuniárias, sendo que a multa ora em apreço consiste em sanção administrativa contratualmente prevista, aplicável aos casos de descumprimento das obrigações descritas no instrumento de outorga ou na legislação aplicável aos serviços de exploração da infraestrutura rodoviária federal.

3.28. A própria Lei de Criação da Autarquia, em seu art. 78-F, §1º, que determina a consideração do princípio da proporcionalidade, mensurado entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção, como pressuposto para aplicação de penalidades pecuniárias.

3.29. Diante disso, é evidente que as condições agravantes e atenuantes da penalidade foram vastamente analisadas no Parecer Técnico nº 60/2020/GEFIR/SUINF de 15/01/2020 (450893), estando em total consonância com a legislação vigente e não havendo motivos para sua modificação, devendo ser mantida inalterada a decisão recorrida pela improcedência do recurso, com a consequente manutenção da penalidade anteriormente aplicada, tendo sido observado o princípio da individualização da pena.

4. DA PROPOSIÇÃO FINAL

4.1. Ante o exposto, voto por conhecer o Recurso interposto pela Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora-Rio - CONCERT, e, no mérito, negar-lhe provimento, julgando improcedentes os argumentos trazidos, devendo ser mantida a penalidade de multa no patamar de 210 (duzentos e dez) Unidades de Referência de Tarifa - URT's, por violação dos itens do Capítulo 11 do PER, e com fulcro no Art. 26, caput, da Resolução ANTT nº 5.083/2016, nos termos da Minuta de Deliberação DLL (21664840).

Brasília, 31 de janeiro de 2024.

LUCIANO LOURENÇO DA SILVA
DIRETOR



Documento assinado eletronicamente por LUCIANO LOURENÇO DA SILVA, Diretor, em 31/01/2024, às 13:24, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 21, inciso II,



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 **21664818** e o código CRC **E2F2267A**.

Referência: Processo nº 50505.078932/2018-92

SEI nº 21664818

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