

RELATORIA:	DSL
TERMO:	VOTO À DIRETORIA COLEGIADA
NÚMERO:	254/2018
OBJETO:	RECURSO ADMINISTRATIVO CONTRA A DECISÃO Nº 033/2018/SUINF - PROCESSO ADMINISTRATIVO SIMPLIFICADO - PAS. CONCESSIONÁRIA DA RODOVIA OSÓRIO-PORTO ALEGRE S.A. - CONCEPA.
ORIGEM:	SUINF
PROCESSO(s):	50500.131323/2013-12
PROPOSIÇÃO PRG:	PARECER Nº 01569/2018/PF-ANTT/PGF/AGU
PROPOSIÇÃO DSL:	CONHECER O RECURSO INTERPOSTO E, NO MÉRITO, NEGAR-LHE PROVIMENTO.
ENCAMINHAMENTO:	À VOTAÇÃO - DIRETORIA COLEGIADA

I - DAS PRELIMINARES

Trata-se da análise do Recurso Administrativo interposto pela Concessionária da Rodovia Osório-Porto Alegre S.A. – CONCEPA em face da Decisão nº 033/2018/SUINF, proferida em 04/06/2018, por meio da qual foi conhecido e negado o Recurso contra a Decisão nº 101/2016/GEFOR/SUINF, e que aplicou a penalidade de multa no patamar de 900 (novecentos) Unidades de Referência de Tarifa – URTs, por violação ao item 31 da Cláusula 224 do Contrato de Concessão Edital PG-016/97-00.

II – DOS FATOS

Em 05/07/2013, foi emitido o Auto de Infração – AI nº 1422/2013/GEFOR/SINF (fl. 02) em desfavor da Concessionária da Rodovia Osório-Porto Alegre S.A. – CONCEPA, por inexecução contratual referente ao 13º ano de concessão (2009), item F 1.8.1.2 – faixas Adicionais de Tráfego – Trecho Osório-Gravataí (pista sul), conforme fatos e fundamentos explicitados nos Pareceres Técnicos nº 029/2010/GEINV/SUINF (fls. 06-09) e nº 099/2013/2013/GEFOR/SUINF (fls. 03-05v.).

Após ter sido notificada mediante o Ofício nº 245/2015/GEFOR/SUINF, de 10/04/2015 (fl. 13), a empresa apresentou tempestivamente a Defesa Prévia em 15/05/2015 (fls. 16-56), na qual sustentou, em síntese, que a Agência deixou de considerar as explicações prévias externadas por ela, que demonstrariam que as causas que ocasionaram a não conclusão, no ano de 2009, das Faixas Adicionais de Tráfego – Trecho Osório-Gravataí (pista sul); invocou a aplicação da cláusula 214 do Contrato de Concessão que a exoneraria de responsabilidade em casos cujo descumprimento seria decorrente de “interferências imprevisíveis”; defendeu que eventual inércia ou morosidade sua já teria sido considerada em revisão tarifária e que a penalidade seria desarrazoada e desproporcional além de insistir no arquivamento dos autos por suposta ocorrência de prescrição da ação punitiva da ANTT.

A Defesa apresentada foi analisada e indeferida pela Coordenação de Exploração da Infraestrutura Rodoviária da Unidade Regional do Rio Grande do Sul – COINF/URRS, vinculada à Superintendência de Exploração da Infraestrutura Rodoviária – SUINF, conforme consta do Parecer Técnico nº 011/2016/COINF-URRS/SUINF, de 26/01/2016 (fls. 59-62).

Desse modo, a Gerência de Fiscalização e Controle Operacional de Rodovias – GEFOR, nos termos da Decisão nº 101/2016/GEFOR/SUINF, de 06/05/2016 (fl. 79), aplicou a penalidade de multa no valor de 1.000 (mil) Unidades de Referência de Tarifa – URTs, equivalente, à época a R\$ 1.561.983,47 (um milhão, quinhentos e sessenta e um mil, novecentos e oitenta e três reais e quarenta e sete centavos), por violação ao item 31 da cláusula 224 do Contrato de Concessão Edital PG-016/97-00.

Assim, em 03/06/2016, a GEFOR/SUINF emitiu a Notificação de Multa nº 077/2016/GEFOR/SUINF (fl. 87), e comunicou a decisão à autuada mediante o Ofício nº 322/2016/GEFOR/SUINF, de 06/06/2016 (fl. 89).

Diante disso, a concessionária interpôs Recurso (fls. 93-193), em 22/06/2016, em que sustentou os argumentos apresentados na Defesa Prévia. Assim, após análise, a SUINF se pronunciou por meio do Parecer Técnico nº 010/2018/GEFIR/SUINF4, de 28/08/2015 (fls. 198-200) e da Nota Técnica nº 027/2018/PAS/CIPRO/SUINF, de 25/05/2018 (fls. 203-205), nos quais sugeriu a

aplicação de atenuante da multa aplicada, no patamar de **10% (dez por cento)** – tendo em vista a primariedade da concessionária –, e o indeferimento do Recurso apresentado.

Então, nos termos da Decisão nº 033/2018/SUINF (fls.206), o Recurso foi conhecido e julgado improcedente, bem como a penalidade de multa foi atualizada para 900 (novecentas) URTs, correspondentes a R\$ 791.861,60 (setecentos e noventa e um mil, oitocentos e sessenta e um reais e sessenta centavos).

A CONCEPA foi comunicada dessa Decisão por intermédio do Ofício nº 244/2018/SUINF, de 04/06/2018 (fl. 207), ato em razão do qual interpôs Recurso Voluntário em 14/06/2018 (fls. 210-240), no qual alegou a ocorrência de graves vícios de legalidade, quais sejam: (i) a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva da ANTT; (ii) a inexistência da Infração; (iii) a desproporcionalidade da multa aplicada; e, (iv) a necessidade de verificação dos atenuantes no presente caso.

Diante disso, a SUINF se pronunciou por meio do Relatório à Diretoria nº 013/2018/CIPRO/SUINF, de 12/07/2018 (fls. 244-247), no qual sugeriu à Diretoria que conhecesse o Recurso, para que deferisse o efeito suspensivo, e no mérito, o indeferisse, como se vê:

“(…)

Atento à gravidade da penalidade e, reconhecendo o justo receio de que o pagamento imediato da multa aplicada crie um prejuízo de difícil reparação à Concessionária, bem como ao Erário, no caso de eventual deferimento do Recurso e conseqüente necessidade de ressarcimento dos valores pagos, sugere-se o DEFERIMENTO do efeito suspensivo, de ofício, nos termos do artigo 59, parágrafo único, da Resolução ANTT nº 5.083/2016.

ANÁLISE

Da ocorrência de Prescrição da Pretensão Punitiva da ANTT

Inicialmente, esclarecemos que esta CIPRO/SUINF entende que a inexecução contratual apurada nos autos do processo em epígrafe constitui infração permanente, salientando que neste tipo de infração a conduta irregular se protraí no tempo, persistindo até a sua cessação. Em tais casos, a Lei nº 9.873/99 estabeleceu como marco inicial para contagem da prescrição da pretensão punitiva a interrupção da conduta infracional, in verbis:

Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado (grifo nosso).

Sobre o assunto, lembramos que a cessação da mora nos casos de execução de obras contratualmente previstas podem ocorrer em duas situações, quais sejam: execução das obras pela concessionária ou reprogramação das referidas obrigações pela ANTT. No caso em epígrafe, o marco temporal que cessou a conduta infracional foi a publicação da Resolução ANTT nº 3595, de 14 de outubro de 2010, que aprovou a 21ª Revisão Ordinária do Contrato

de Concessão administrado pela CONCEPA, reprogramando o prazo para conclusão do investimento previsto para o ano de 2009.

Sendo assim, a partir da publicação da referida resolução em 21/10/2010 iniciou-se a contagem do prazo de 05 (cinco) anos para o início do processo que visem a apuração da irregularidade apontada no Parecer nº 029/2010/GEINV/SUINF, de 09 de julho de 2010. Ademais, considerando que a Concessionária foi cientificada da instauração do processo 15/04/2015 através do Ofício nº 245/2015/GEFOR/SUINF (fls.13), o marco interruptivo da prescrição punitiva ocorreu no prazo regulamentar de 05 (cinco) anos, não ocorrendo a prescrição no presente caso.

Sendo assim, entendemos que não deve prospera argumento da recorrente.

Inexistência da Infração

Sobre o assunto, esclarecemos que nos itens 09-11 do Parecer Técnico nº 029/2010/GEINV/SUINF (fls.06/09) foi descrito que a Concessionária não apresentou justificativa para a inexecução no item F.1.8.1.2 Pista Sul, ressaltando que a COINF/URRS verificou in loco a inexecução da referida obra.

Ademais, lembramos que o planejamento de obras apresentado pela Concessionária deve contemplar uma margem de folga no prazo de entrega, de modo a considerar eventuais acidentes ou quaisquer outros imprevistos, tais como altos índices pluviométricos.

Sendo assim, entendemos que não deve prosperar o argumento da recorrente.

Desproporcionalidade da multa aplicada

Esclarecemos que a Concessionária conhecia desde o processo licitatório as hipóteses e gradação de valores para sanções pecuniárias, sendo que as multas ora em apreço consistem em sanções administrativas, contratualmente previstas, aplicáveis aos casos de descumprimento das obrigações descritas no instrumento de outorga ou na legislação aplicável aos serviços de exploração da infraestrutura rodoviária federal.

Ademais, lembramos que na celebração do Contrato de Concessão Edital PG-016/97-00, a CONCEPA estava ciente e de acordo com os valores das multas moratórias definidas no instrumento de outorga.

Contudo, necessário estabelecer os marcos inicial e final da mora decorrente da inexecução contratual objeto do presente, com vistas a apurar o quantum sancionatório. Nesse sentido, referindo-se a infração à inexecução de obra obrigatória constante do Programa de Exploração da Rodovia – PER, a Concessionária deveria concluir os trabalhos até o último dia do respectivo ano calendário, passando a atuar em mora a partir de 1º de janeiro do ano seguinte até a data de seu efetivo término ou, caso alterada a obrigação ou seu prazo, até a data do ato que modificou ou reprogramou o investimento.

No caso em epígrafe, a obra refere-se ao cronograma de investimentos de 2009, e deveria estar concluído até 31/12/2009, estando em mora a Concessionária a partir de 1º/01/2010 até 21/10/2010, data de publicação da Resolução ANTT nº 3.595, de 14 de outubro de 2010, que aprovou a 21ª Revisão Ordinária do Contrato de Concessão administrado pela CONCEPA, reprogramando o prazo para conclusão do investimento, totalizando assim 293 (duzentos e noventa e três) dias de mora.

Sendo assim, conforme previsão contratual, será aplicada penalidade no patamar de 04 (quatro) URT's por dia de atraso para obras previstas no item 31 da cláusula 224 do instrumento de outorga, o que em tese resultaria na aplicação de pena-base no patamar de 1172 (um mil e cento e setenta e dois) URT. Contudo em face de previsão contratual (cláusula 226, II), as penas-bases devem ser limitadas ao patamar de 1000 (um mil) URT, sendo este o valor aplicado no caso em epígrafe.

Sendo assim, entendemos que não deve prosperar o argumento da recorrente.

Necessidade de verificação dos atenuantes no presente caso

Sobre o assunto, lembramos que através do Parecer Técnico nº 010/2018/GEFIR/SUINF (fls. 197/200) a área técnica da SUINF sugeriu a aplicação de atenuante no patamar de 10% (dez por cento), tendo em vista a primariedade da concessionária.

Ademais, esclarecemos que tal sugestão foi tratada pela Nota Técnica nº 027/2018/PAS/CIPRO/SUINF, sendo aplicada a penalidade de 900 (novecentas) URT nos termos da Decisão nº 033/2018/SUINF (fls.206). Assim, entendemos que no processo em epígrafe foi respeitado o princípio da individualização da pena. (Artigo 78 - D da Lei nº 10.233/2001).

PROPOSIÇÃO

Pelo exposto, verifica-se 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, que permite a utilização pela Administração Pública Federal do instituto jurídico da fundamentação remissiva ou motivação "per relationem", colacionam-se ao presente as considerações técnicas trazidas à baila dos autos por meio da Nota Técnica nº 027/2018/PAS/CIPRO/SUINF, justificando-se a manutenção da penalidade cabível, consoante já determinado em sede da Decisão nº 033/2018/SUINF (fls.206).

Em face do exposto, sugere-se:

- i) *consoante admite o art. 50, §1º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, adoção do presente como motivação para CONHECIMENTO, DEFERIMENTO DO EFEITO SUSPENSIVO, e no mérito, INDEFERIMENTO do Recurso apresentado pela autuada;" (sic)*

Assim, a SUINF juntou aos presentes autos a minuta de Deliberação (fl. 248) e os encaminhou à consideração da Diretoria Colegiada.

Após instada, a Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres – PF-ANTT se manifestou mediante o Parecer nº 01569/2018/PF-ANTT/PGF/AGU (fls. 250-251), no qual concluiu pela possibilidade jurídica da edição de deliberação nos moldes propostos pela SUINF à fl. 248.

Assim, em 28 de agosto de 2018, o presente processo administrativo foi distribuído a esta Diretoria DSL, nos termos do Despacho nº 2.199/2018 (fls. 254), oriundo da Secretaria-Geral – SEGER.

III – DA ANÁLISE PROCESSUAL

A Resolução ANTT nº 4.071, de 03 de abril de 2013, que regulamenta as infrações sujeitas às penalidades de advertência e multa por inexecução contratual na exploração da infraestrutura rodoviária federal concedida, prevê em seu Art. 19º que:

“Art. 19. À inexecução parcial ou total, correspondente aos valores financeiros apurados anualmente a partir do cronograma total, vigente da concessão, será aplicada sanção, garantida prévia defesa, no valor de 25% (vinte e cinco por cento) do valor financeiro da inexecução, respeitados os limites mínimo e máximo estabelecidos nos art. 2º e art. 3º desta Resolução, sem prejuízo da declaração de caducidade, a critério da ANTT.;

(...)”

No que diz respeito à natureza e a gravidade da infração, a Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, estabelece que:

“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. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)

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

No que concerne às circunstâncias agravantes ou atenuantes, foi considerado o Art. 94 do Anexo da Resolução ANTT nº 5.083, de 27 de abril de 2016, que aprova o Regulamento disciplinando, no âmbito da ANTT, 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, *in verbis*:

“(…)

Art. 66. A imposição de penalidade dar-se-á sem prejuízo de apuração da responsabilidade civil e penal.

Art. 67. 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, para os danos resultantes para os serviços e para os usuários e para a vantagem auferida pelo infrator.

§1º São circunstâncias atenuantes, dentre outras:

I - a confissão da autoria da infração;

II - a 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;

III - a inexistência de infrações que tiverem o mesmo fato gerador, definitivamente julgadas, praticadas pelo mesmo infrator nos três anos anteriores.

§2º São circunstâncias agravantes, dentre outras:

I - a recusa em adotar medidas para reparação dos efeitos da infração;

II - levar alguém à prática de infração, mediante coação, induzimento ou instigação, ou, ainda, mediante oferta de pagamento ou recompensa;

III - praticar a infração para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outra infração;

IV - a obtenção, para outrem, de vantagens resultantes da infração;

V - expor a risco a integridade física de pessoas;

VI - a destruição de bens públicos;

VII - a não correção da infração, conforme determinado no Auto de Infração.

§3º Ocorre reincidência quando o agente comete nova infração legal, regulamentar ou contratual, que tiver o mesmo fato gerador, depois de ter sido punido anteriormente por força de decisão definitiva, salvo se decorridos três anos, pelo menos, do cumprimento da respectiva punição.

§4º A ANTT disciplinará em ato específico, para cada setor regulado, os limites mínimo e máximo de acréscimo ou redução decorrentes da aplicação do disposto neste artigo. ”

A Procuradoria Federal Junto à ANTT – PF/ANTT se pronunciou por meio do Parecer nº 01569/2018/PF-ANTT/PGF/AGU, de 22/08/2018 (fls. 250-251), do qual cabe destacar o que segue:

“(…)

6. Pois bem. É possível constatar que à Concessionária foi conferido o mais amplo direito de defesa, tendo sido intimada de todos os atos do processo, o que possibilitou a apresentação

da defesa prévia e dos recursos administrativos cabíveis. Além disso, seus argumentos foram devidamente enfrentados e, de forma motivada, afastados.

7. Assim é que, em sede de defesa prévia, recurso administrativo à SUINF e também desta feita ao pretender submissão da matéria à Diretoria colegiada, a Concessionária sustenta em síntese que a Agência deixou de considera as explicações prévias externadas por ela, que demonstrariam que as causas que ocasionaram a não conclusão, no ano de 2009, das Faixas Adicionais de Tráfego – Trecho Osório-Gravataí (pista sul); invoca a aplicação da cláusula 214 do Contrato de Concessão que a exoneraria de responsabilidade em casos cujo descumprimento seria decorrente de “interferências imprevisíveis”; defende que eventual inércia ou morosidade sua já teria sido considerada em revisão tarifária e que a penalidade seria desarrazoada e desproporcional além de insistir no arquivamento dos autos por suposta ocorrência de prescrição da ação punitiva da ANTT.

8. Por sua vez, a SUINF afastou cada uma das alegações da Concessionária ao analisar, em três momentos distintos, seus argumentos: demonstrou que, de fato, não se operou a prescrição, levando em conta que a cessação da infração só se deu com a efetiva reprogramação das obrigações por ela assumidas, o que significa dizer que a Agência não ficou-se inerte, mas desde 2010 vem se empenhando em apurar e mensurar o descumprimento a que incorreu. Restou constatado que a Concessionária não foi capaz de comprovar que interferências imprevisíveis teriam dado causa à inexecução contratual, afirmando, de toda forma, “que o planejamento de obras apresentado pela Concessionária deve contemplar uma margem de folga no prazo de entrega, de modo a considerar eventuais acidentes ou quaisquer imprevistos, tais como altos índices pluviométricos”.

(...)

10. Assim sendo, constata-se que a matéria foi devidamente enfrentada, o feito está embasado nas normas de regência, e que foi seguido o rito aplicável.

II - Da Conclusão

11. Diante do acima exposto, resta-nos conhecer que foi possibilitado o contraditório e ampla defesa e obedecido o devido processo legal, e considerando a descrição e documentação dos fatos contidos nos autos, concluímos pelo acolhimento das proposições do Relatório à Diretoria nº 013/2018/CIPRO/SUINF, devendo ser aplicada a multa pecuniária em desfavor da Concessionária da Rodovia Osório – Porto Alegre – CONCEPA, por violação ao item 31 da cláusula 224 do Contrato de Concessão Edital PG-016/97-0, bem como pela possibilidade de edição de deliberação nos moldes propostos às fls. 248.” (sic)

Assim, pelo o que consta nos autos, considerando os termos das manifestações técnicas e jurídica, esta DSL entende por conhecer o recurso administrativo interposto pela Concessionária da Rodovia Osório – Porto Alegre – CONCEPA e, no mérito, ~~negar-lhe provimento.~~


IV – DA PROPOSIÇÃO FINAL

Desta forma, acolhendo os encaminhamentos propostos pelas áreas técnica e jurídica, proponho ao colegiado que delibere por:

- I. Conhecer o Recurso Administrativo interposto pela Concessionária da Rodovia Osório-Porto Alegre S.A. – CONCEPA, para conceder efeito suspensivo desde sua interposição e, no mérito, negar-lhe provimento, julgando improcedentes os argumentos trazidos, conforme fundamentado nos presentes autos;
- II. Manter a penalidade de multa de 900 (novecentas) URTs, por violação ao item 31 da cláusula 224 do Contrato de Concessão Edital PG-016/97-00, nos termos da Decisão nº 033/2018/SUINF, de 04/06/2018 (fl. 206).

Brasília, 12 de setembro de 2018.


SÉRGIO DE ASSIS LOBO
Diretor

 À Secretaria Geral, para prosseguimento.

Em, 12 de setembro de 2018.

Ass: 

Wilma Virginia A. Ribeiro Assunção
Matricula 1006863
Assessora
Diretoria: Sergio Lobo - DSL