



AGÊNCIA ESTADUAL DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DO RIO GRANDE DO SUL
Av. Borges de Medeiros, 659 - 14º andar - Bairro Centro - CEP 90020-023 - Porto Alegre - RS - www.agergs.rs.gov.br
CNPJ 01.962.045/0001-00

INFORMAÇÃO - DIRETORIA DE ASSUNTOS JURÍDICOS Nº 256/2023 - DJ

Expediente: 000747-39.00/21-9

Origem: Diretoria-Geral

Objeto: Exame das contribuições recebidas em Audiência e Consulta Públicas realizadas.

REGULAÇÃO. Proposta de Resolução Normativa que estabelece as infrações e sanções para o descumprimento dos contratos e da legislação pelas concessionárias de rodovias. Análise jurídica das contribuições apresentadas na Audiência e Consulta Pública nº 01/2023 em face da legislação vigente. Verificada razão nas contribuições apresentadas.

Senhor Diretor Jurídico,

Vem a esta Diretoria, por meio do ENCAMINHAMENTO Nº 374/2023 – DG, expediente para o exame, quanto aos aspectos jurídicos das contribuições apresentadas na Consulta Pública nº 01/2023, realizada entre 17/03/2023 a 05/04/2023, e na Audiência Pública nº 01/2023, realizada dia 05/04/2023 (quarta-feira) às 14h, conforme consta na ATA Nº 1/2023 - SE-ASSESSORIA (SEI nº 0379929), que tratam da proposta de Resolução Normativa que estabelece as infrações e sanções para o descumprimento dos contratos e da legislação pelas concessionárias de rodovias.

Na Consulta Pública foram apresentadas as seguintes contribuições:

- SEI nº 0378087 e 0378088 - Contribuições da concessionária Caminhos da Serra Gaúcha S/A - CSG;
- SEI nº 0378656 e 0378657 - Contribuições da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR;
- SEI nº 0378730, 0378732, 0378733 e 0378734 - Contribuições da Concessionária Rota de Santa Maria S/A - SACYR;

É o relatório.

Inicialmente, importante referir que a presente manifestação tem cunho consultivo e eminentemente jurídico, não tendo caráter decisório e não adentrando esta diretoria em questões técnicas que desbordem da competência da DAJ.

Ainda, cabe salientar que Audiência e Consulta Pública tratam-se de mecanismos de participação social, previstos no Regimento Interno da AGERGS, e têm por objetivo ampliar a transparência em relação aos instrumentos regulatórios na elaboração da norma.

Analisando todas as contribuições apresentadas na Audiência e Consulta Pública no processo em tela, verificamos que, em que pese todos tenham apresentado suas contribuições em diversos tópicos, **todos eles questionam a possibilidade de a AGERGS, por meio de resolução normativa, inovar ao pactuado em contrato entre e Concessionária e o Poder Concedente, e as consequências desta inovação.**

Assim, de modo a evitar argumentações tautológicas e/ou desnecessárias, transcreveremos a seguir as contribuições apresentadas pelos contribuintes (itens 1, 2, 3 e 4) na Audiência e Consulta Pública nº 01/2023, e na sequência faremos a análise jurídica que couber (item 5) desta informação.

Item 1) Contribuições coletadas na Audiência Pública nº 01/2023, conforme consta na ATA Nº 1/2023 - SE-ASSESSORIA (SEI nº 0379929)

Na Audiência Pública nº 01/2023 foram apresentadas as seguintes contribuições:

1.1) o Prefeito do município de Santa Maria, sr. Jorge Pozzobom, fez as seguintes ponderações:

(...)

como advogado tem o dever de pensar no futuro e cita os vários desafios que os municípios terão frente às novas determinações do Governo Federal, mas tratando especificamente sobre a resolução, no capítulo 3, no grupo de infrações das soluções e das dosimetrias registra que achou extremamente pesado o grupo de infrações;

(...)

entende que as imposições estão muito pesadas, sugere que se analise melhor frente aos contratos das outras concessões que se têm atualmente, pensando em como se cobrará as responsabilidades na prática; destaca sobre a questão da segurança jurídica visando o futuro para a estrutura das futuras concessões, confessa que ficou extremamente preocupado ao ler os tipos de infrações e dosimetrias que serão aplicadas e em sua opinião deve se avaliar a compatibilidade destas resoluções com o contrato já feito, porque não se pode chegar a ponto da Concessionária romper o contrato e acabar com a negociação com o município, por exemplo, Santa Maria já teria um problema;

(...)

registra que olhando a resolução, se fosse a empresa Rota de Santa Maria buscaria uma maneira de rescindir o contrato ou buscaria um reequilíbrio financeiro tendo em vista que se deve também pensar no consumidor; destaca que o questionamento é de que maneira então se cobraria da empresa, tem dúvidas se é impondo sanções pesadas e acredita que quando se pensa em apenas em punir não se consegue um resultado imediato;

(...)

1.2) o Prefeito do município de Santa Cruz do Sul, sr. Elstor Renato Desbessell, fez as seguintes ponderações:

(...)

registra que tem a mesma preocupação que o Prefeito de Santa Maria, que colocou muito bem a questão da empresa Rota de Santa Maria, houve uma licitação, se tinha regras previstas e a preocupação hoje é que isso trará uma

insegurança jurídica ao trabalho da continuidade da empresa Rota Santa Maria, mas diz isso não desmerecendo o trabalho técnico realizado pela AGERGS; registra que em nome do município de Santa Cruz do Sul solicita que haja uma reconsideração aos números, hoje colocados em razão à segurança jurídica ao trabalho, ao desenvolvimento e ao progresso de toda região central do RS.

(...)

1.3) o Sr. Gabriel Ribeiro Fajardo, Secretário Adjunto de Parcerias e Concessões do RS, fez as seguintes ponderações:

(...)

a respeito das penalizações dentro do serviços públicos que são regulados pela Agência, existe de outro lado a necessidade de serem observados os termos contratados pelas concessões e também trabalhar para que esses normativos possam conversar com o Programa Estadual de Concessão de Rodoviárias que vem sendo estruturado pela Secretaria de Parcerias e Concessões. Registra que pelo Governo do Estado, que já possui duas rodovias concedidas, a “Rota de Santa Maria” e a “Caminhos da Serra Gaúcha”, tem termos obviamente contratados e contratualizados e que, sobre pena da segurança jurídica, da previsibilidade do investimento privado, poderiam ser comprometidos caso algum desses termos seja violado com base em alguma normativa posterior; logo o posicionamento do Estado vai só ao sentido de se conseguir harmonizar aquilo que precisa ser aprimorado do ponto de vista de técnica regulatória, mas também daquilo que já vem sendo protegido ou deve ser protegido sobre o manto do ato jurídico perfeito e dos contratos celebrados para que se possa não ter nenhum comprometimento daquilo que já foi avançado, mas também que não possa paralisar a atividade regulatória da agência reguladora, no sentido que ela precisa avançar; registra que vem se observando o movimento hoje, muito positivo da ANTT de fazer um regulamento de concessão de rodoviárias que pretende uniformizar regras regulatórias, dado ao que já se têm atualmente, respeitando os termos em que foram atualizados, permitindo que as empresas privadas sejam contratadas pelo Governo Federal e possam aderir ao chamado regulamento de concessões rodoviárias, ou seja, prestigiando os contratos de concessão, mas também permitindo que aqueles avanços regulatórios, colocados em normativos submetidos à consulta, bem como se está vivenciando agora, possam ser objeto de adesão por parte das empresas privadas;

(...)

1.4) o representante da ABCR, sr. Marco Aurélio Barcelos, ponderou o que segue:

(...)

primeiro item a ponderar é sobre o conjunto de sanções em si e a avaliação da ABCR, bem como falado pelo próprio Prefeito Jorge do Município de Santa Maria, ela transcende o que parecem parâmetros de proporcionalidade, razoabilidade; ressalta que o papel aceita tudo, mas é importante que se saiba qual é a materialidade, qual é implementabilidade dessas ações e o mais importante, qual é o impacto que essas sanções geram, especialmente para os usuários; observando o programa de concessões do Rio Grande do Sul, que ainda tem uma série de projetos sanções e irrazoáveis e desproporcionais como são estas que aparentam

estarem traduzidas no normativo, elas implicam em sua opinião um aumento tarifário, porque isso significa um incremento do ônus operacional por parte das Concessionárias e registra mais, se não o incremento tarifário, a possibilidade dos investidores serem afugentados do ambiente de negócios do Rio Grande do Sul, porque ninguém quer arriscar um empreendimento que, por qualquer deslize, ainda que justificável, ou ainda que contrário à própria ingerência da Concessionária, dispare uma penalidade que coloque em xeque a sustentabilidade do negócio; destaca que esse é o ponto principal da norma; outro ponto de destaque são alguns aspectos de governança regulatória e se entende todo o esforço, de diálogo e de construção que AGERGS promoveu, mas o prazo pareceu exíguo para que se fizesse uma avaliação de forma mais aprofundada. Informa que se teve 13 dias úteis para a ABCR se pronunciar, para empreender a análise, o estudo e a reflexão sobre a proposta e adicionalmente a despeito, está muito bem feita à apresentação da Diretoria Jurídica, registra que sentiu falta no site da agência, nos documentos disponibilizados para essa reflexão, por exemplo, nos estudos de análise de impacto regulatório, sentiu dificuldades para que se pudesse dialogar com as preocupações da ABCR sobre o prospectivo ou futuro do programa de concessões e o retrospectivo, mas ressalta que as ponderações da ABCR elas irão orbitar sobre 3 camadas: a primeira camada é do sistema sancionatório em si, a sua razoabilidade, a sua proporcionalidade, o quanto ele pode ser benéfico e efetivo para usuário ou o quanto ele vai tornar a vida da AGERGS um inferno burocrático cartorial, e pede desculpa pela expressão, no sentido de aplicação das sanções, gerar uma ida e vinda infundável de recursos que acabem igualmente desaguando no Judiciário, incrementando o custo regulatório, sem nenhuma efetividade, sem nenhuma produção de resultado, lá na ponta e a primeira camada, portanto, diz respeito ao sistema em si; a segunda camada diz respeito a essa carência quanto aos substratos, quanto aos elementos que foram veiculados no âmbito da audiência pública para que essa reflexão pudesse ser feita de forma mais contundente, mais refletida, até para quem está hoje contribuindo e participando da audiência pública; e a terceira camada, ela se coaduna, se ajusta a uma preocupação trazida também pelo Secretário Fajardo quanto aos momentos de implementação da normativa, se é uma normativa que virá daqui para adiante com juros, bem como comentado na primeira camada, ou se é um sistema normativo que vai se aplicar de forma universal para todas as concessões de rodovias do Rio Grande do Sul, quer as do futuro, quer as do passado; e em relação às do passado, chama atenção o fato de esse sistema trazer uma oneração em relação àquilo que originalmente constava no contrato; informa que a ABCR fez um cálculo de que há pelo menos 120 novas penalidades, que aflorarão da proposta pela AGERGS e mais, o quanto a referência da dosimetria, destaca que ela alcançou patamares de agigantamento; deixou de ter um valor referencial e passou a se trabalhar com sanções lastreadas no faturamento da Concessionária; grosso modo se fala de sanções que às vezes envolvem a transmissão de documentos burocráticos, que as multas passam a contabilizar algo próximo a R\$40.000, logo em sua opinião fica muito caro por haver uma sob oneração e um impacto sobre as condições operacionais, condições de contorno originárias dessas concessões que já estão celebradas no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul e, é impossível não olhar para essa dinâmica sob o prisma da segurança jurídica e sob o prisma do ato jurídico perfeito. Portanto, se ainda assim for vontade da AGERGS trazer o sistema sancionatório extremamente rigoroso e que transcenderia a razoabilidade, no ponto de vista da ABCR há dúvidas se esse sistema vai seguir daqui para adiante, quais as consequências que isso implicaria ou daqui para trás, o que, no seu entendimento, é infringente, é contrário ao princípio da segurança jurídica e acresce como um sinal negativo para a política de concessões do Rio Grande do Sul;

(...)

1.5) a Secretaria de Logística e Transportes - SELT, sra. Andréa Flores Vieira, registrou o que segue:

(...)

ponderando que adere às manifestações realizadas de todos os colegas que participaram com as suas manifestações, inclusive sobre a questão da segurança jurídica, sobre o princípio do equilíbrio contratual e o futuro das concessões no Rio Grande do Sul, embora a Agência some esforços, compartilha da mesma preocupação com o que pode ocasionar inclusive no que tange aos dois contratos que já se tem que é com a empresa Rota de Santa Maria que irá cumprir 2 anos de contratação de contrato celebrado em dezembro e o contrato assinado recentemente com a empresa Caminhos da Serra gaúcha; em sua opinião tudo isto pode repercutir de maneira muito gravosa, inclusive na possibilidade de rescisão desses contratos ou até mesmo o recuo e comprometimento de todo o programa; ressalta a importância do princípio do equilíbrio contratual.

(...)

Item 2) Contribuições da concessionária Caminhos da Serra Gaúcha S/A - CSG;

Em suma, a concessionária alegou que:

(...) sagrou-se vencedora no certame, assinando em 22/12/2022 o Contrato de Concessão n° 050/2022 e passando a operar as rodovias, pelo prazo de 30 anos.

Nesta esteira, a CSG, para o fim de apresentar a sua proposta comercial, levou em consideração, todos os elementos e normativas disponibilizados pela Administração Concedente, de modo que as obrigações foram fielmente analisadas e qualquer desequilíbrio frente aos encargos contratuais poderá gerar efeitos no bom andamento da execução do instrumento de concessão.

(...)

III.1- Novas obrigações contratuais:

Em que pese os trabalhos desenvolvidos pela AGERGS no sentido de tornar o processo de fiscalização e aplicação de multas mais detalhado, tem-se a ponderar que referente ao Contrato de Concessão n° 050/2022, firmado com Concessionária CSG, a minuta encaminhada para apreciação e objeto da Consulta Pública em menção, oferece várias inovações e obrigações que poderão alterar os encargos desta Concessionária.

Nestes termos, seguem abaixo algumas inovações contratuais verificadas por esta Concessionária de Rodovias no ato normativo em tela:

a) Tipos de infrações:

O Contrato de Concessão em sua cláusula 20 (penalidades), em especial os itens 20.6 a 20.7.4, estabelece os valores máximos, o procedimento de dosimetria e os tipos (45 condutas) de possíveis infrações, agrupados da seguinte forma:

(...)

A minuta de Resolução mantém a base de infrações anteriores, mas expande de forma significativa a tabela de possíveis infrações, alterando a sua classificação para grupos A, B, C, D e E.

De acordo com a minuta em questão, as possíveis infrações a que a Concessionária passa a ser passível de multas foram alteradas de 45 (quarenta e cinco) para 182 (cento e oitenta e duas).

Com efeito, caso esta Resolução seja aprovada, serão inclusos novos encargos ao Contrato de Concessão sem que tenha sido celebrado um Aditivo Contratual, no qual as partes concordem com as referidas alterações.

b) Da Aplicação da Penalidade de Advertência:

(...)

Ainda neste compasso, a minuta sugerida pela AGERGS não permite que outras infrações além das elencadas no grupo A sejam passíveis de aplicação da sanção de advertência, destoando de forma desproporcional do previsto no Contrato de Concessão.

Assim, verifica-se que, no que tange a aplicação da penalidade de advertência, a resolução altera os tipos (condutas) e restringe a sua aplicação a um determinado grupo, excluindo a possibilidade de a Concessionária alcançar em processo derivado de um auto de infração de uma conduta tipificada em outro grupo (B, C, D ou E), cuja ampla defesa e contraditório tenham sido exercidos, a aplicação da penalidade advertência.

c) Da Dosimetria:

Conforme exposto nos itens anteriores, confirma-se que a Resolução em tela considera e aplica dosimetria distinta ao previsto no Contrato de Concessão, tendo inclusive reduzido o desconto para o pagamento espontâneo pela Concessionária da multa para 20% (vinte por cento).

De acordo com o contrato, cláusula 20.22, no caso de reconhecimento espontâneo da Concessionária frente a infração cometida, é devido a aplicação de uma redução de 40% (quarenta por cento).

“20.22. Em qualquer procedimento sancionatório previsto nesta cláusula, caso a CONCESSIONÁRIA opte por reconhecer o cometimento da infração até o término do seu primeiro prazo para manifestação e não apresente defesa prévia, poderá efetuar o pagamento da multa com desconto de 40% (quarenta por cento) do seu valor.”

“ 20.22.1. Caso a Concessionária opte por reconhecer o cometimento da infração até o término do prazo para o oferecimento de recurso administrativo e não apresentar recurso, poderá efetuar o pagamento da multa com desconto de 15% (quinze por cento) do seu valor.”

Deste modo, cumpre asseverar que além de alterar o previsto no Contrato de concessão, com a redução do desconto, a Resolução em análise poderá servir para estimular o aumento de processos administrativos buscando apenas os recolhimentos dos valores das multas em desfavor da conduta ética da Concessionária em reconhecer os seus erros e com isso atenuar a aplicação da pena.

d) Da finalidade da reversão dos valores pagos pela Concessionária a título de multa:

O contrato de concessão no item 20.18 indica que as multas poderão ser revertidas para a modicidade tarifária.

“20.18 As importâncias pecuniárias resultantes da aplicação de multas poderão ser revertidas para a modicidade tarifária, mediante autorização da AGERGS.”

De outro lado, na minuta em pauta, em seu art. 35, estabelece que os valores serão alocados no custeio da ampliação das informações aos usuários e na qualificação das ações de fiscalização.

“Art. 35. O valor das multas aplicadas pela AGERGS será alocado preferencialmente no custeio da ampliação das informações aos usuários das concessões de rodovias e a qualificação das ações de fiscalização.”

Deste modo, além de alterar o previsto no Contrato de Concessão n° 050/2022, referida inovação desprestigia o princípio da modicidade tarifária, o qual deve ser perseguido pelas partes de modo a satisfazer o conceito de serviço adequado.

III.2 - Ato jurídico perfeito

(...)

Ocorre que contratos correspondem a atos jurídicos perfeitos. Como tais, os termos em que foram lançados estão protegidos em relação a atos e normas posteriores, nos termos do art. 5º, XXXVI, da CF.

Conforme restou demonstrado no item anterior, a minuta de Resolução em discussão trará uma série de alterações ao Contrato de Concessão, sendo que aludidas modificações somente poderão ocorrer por concordância entre as partes e que deverão ser suportadas por intermédio de Aditivo Contratual, respeitando os princípios da ampla defesa e contraditório (CF, art. 5º, LIV e LV).

Impõe salientar que a possibilidade de revogação e anulação administrativa está limitada pelo necessário respeito aos direitos adquiridos (Lei n° 9.784/99, art. 53, caput, STF, Súmula 473).

Ou seja, não é cabível a revogação de provimentos administrativos (atos) que tenham gerado efeitos sobre a esfera jurídica dos particulares.

No caso concreto, a minuta de Resolução em questão encontra-se fundamentada nas Resoluções Normativas (Art. 30), respectivamente, de números 029/2016 e 032/2016, vigentes há mais de 05 (cinco) anos.

IV – DO RITO DE FISCALIZAÇÃO, LAVRATURA DE AUTOS E DEFESAS ADMINISTRATIVAS:

A Concessionária entende como salutar a publicação de Resoluções que auxiliem no escopo de esclarecer os procedimentos que deverão ser adotados pelas partes frente ao Contrato de Concessão.

Neste sentido, buscando contribuir de forma cooperativa na execução do Contrato de Concessão, a CSG serve-se do presente para requerer que a Minuta em tela contemple de forma clara os seguintes temas:

a) Que sejam indicados os assuntos que serão de competência da AGERGS para fiscalização e lavratura de autos de infração.

Este esclarecimento é importante para que não ocorram conflitos de competência com os demais órgãos por ocasião da execução contratual e fiscalização de todas as obrigações do ajuste, evitando que para o mesmo fato gerador sejam lavradas multas por mais de um órgão.

b) Realizando uma análise sistemática do contrato de Concessão, Lei Federal 12.846/2013, Lei Estadual nº 15612/2021, Resoluções Normativas nº 029/2016, no 032/2016 e no 053/2019 da lavra da AGERGS, verifica-se que não se encontra claro e convergente o rito de fiscalização.

Os comandos lançados nas referidas Resoluções não indicam as fases como:

(i) Notificação com prazo para regularização,

(ii) Lavratura de auto de infração em razão do não atendimento ao determinado na notificação,

(iii) Apresentação de defesa prévia,

(iv) Decisão da AGERGS,

(v) interposição de recursos e

(vi) indicação dos prazos para cada etapa do processo e seus respectivos endereçamentos.

O detalhamento do rito administrativo pertinente à fiscalização e defesa administrativa contribuirá de forma agregadora na execução do contrato, evitando atos administrativos nulos e defesas desnecessárias.

V - DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Diante da análise realizada por essa Concessionária, conclui-se que a minuta da Resolução em comento poderá:

a) Afetar os encargos da Concessionária, tendo em vista que busca alterar previsões contratuais, criando novas condutas passíveis de autuações e majoração dos valores das multas.

b) Alterar o estabelecido no Contrato de Concessão sem que seja celebrado um Aditivo Contratual, situação esta que poderá oferecer insegurança jurídica a fiel execução do contrato.

c) Deixar de prestigiar o princípio da modicidade tarifária ao definir a alocação dos valores para outra finalidade.

VI - DO PEDIDO:

Diante do exposto, a CONCESSIONÁRIA CAMINHOS DA SERRA GAÚCHA S/A conclui requerendo que essa Agência se manifeste sobre a aplicação desta normativa em relação a CSG, conforme indicado na preliminar.

Alternativamente, esta empresa apresenta a sua manifestação no sentido de asseverar e registrar:

a) A sua não concordância com os termos da minuta da Resolução que busquem modificações contratuais que gerem novas obrigações e encargos a essa Concessionária de Rodovias, conforme exposto no item III supra.

b) E de requerer que seja incluído na Resolução:

b.1 — a indicação dos assuntos que serão objeto de fiscalização e autuação da AGERGS.

b.2 — o rito administrativo contemplando o processo de fiscalização, notificação para adequação anterior a lavratura do auto, defesa prévia e recurso, conforme exposto no item III.

(...)

Item 3) Contribuições da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR

A Associação, da mesma forma, alegou que:

(...)

Em razão deste contexto, é com preocupação que se recebe a notícia de que a AGERGS convocou Audiência e Consulta Públicas sobre Minuta de Resolução que intervém sobre os contratos já celebrados para revisar o sistema de aplicação de penalidades de advertências e multas.

As alterações propostas pela Minuta de Resolução são grandes e afetam as condições originalmente pactuada entre as concessionárias e o Estado do Rio Grande do Sul. Primeiro, porque ampliam de forma desarrazoada o número de penalidades aplicáveis aos parceiros privados.

Os contratos celebrados já contêm listagem de penalidades próprias em seu bojo, tanto pelos descumprimentos quanto pela mora em saná-los, e a norma proposta cria, unilateralmente, cerca de 12 (cento e vinte) novas hipóteses de aplicação de penalidades.

Segundo, porque a Minuta prevê um novo sistema de classificação e de apuração do valor das sanções de multa, que passam a ser ordenadas conforme diferentes grupos e calculadas de acordo com um percentual de faturamento bruto anual das concessionárias. Isto representa um aumento considerável em relação às sanções originalmente previstas nos contratos, que adotam por referência múltiplos do valor médio tarifário praticado na concessão.

Terceiro, por que a norma proposta não se limita a estabelecer novas sanções, mas avança em temas obrigacionais das concessões, criando deveres que não eram previstos nas cláusulas contratuais e, ainda assim, cominando sanções específicas em caso de seu inadimplemento. Por fim, ainda, a norma institui sanções divergentes dos parâmetros operacionais dos projetos, pressupondo a existência de obrigações que não eram exigidas pelos contratos pré-existentes perante as concessionárias.

As alterações, neste sentido, impactam de forma considerável as condições de execução desses contratos e frustram as premissas pactuadas junto às concessionárias durante a licitação. A Minuta de Resolução não apenas eleva os custos operacionais associados à execução contratual, como também amplia o risco à viabilidade econômico-financeira dos contratos. Nenhum destes fatores pôde ser avaliados pelos parceiros privados quando decidiram assumir a operação destes projetos.

(...)

Imbuídos da certeza de compromisso do Estado do Rio Grande do Sul com o sucesso de longo prazo dos projetos em andamento e com a continuidade de seu programa de concessões rodoviárias, a Melhores Rodovias do Brasil – ABCR manifesta sua preocupação com a possibilidade de se levar adiante as alterações propostas pela AGERGS na Audiência e Consulta Pública nº 001/2023. Ato contínuo, esta Associação propõe a suspensão deste processo de participação social, para que os requisitos legais à realização das

alterações propostas possam ser atendidos pela Agência e todos os interessados possam realizar suas contribuições em tempo e forma adequados, em benefício do interesse público.

(...)

Item 4) Contribuições da Concessionária Rota de Santa Maria S/A - SACYR (SEI nº 0378730, 0378732, 0378733 e 0378734)

No Ofício RSM nº 106/2023-PC (SEI nº 0378734) a concessionária SACYR argumentou, em suma, que:

(...)

Ao que se extrai da análise preliminar feita, a Minuta de Resolução Normativa proposta pela AGERGS (“Minuta de Resolução”) pretende criar cerca de 124 (cento e vinte e quatro) novas infrações e impor diferentes e muito mais elevadas sanções direcionando a sua aplicação às concessões rodoviárias estaduais do Rio Grande do Sul, incluindo a de que é detentora a Rota de Santa Maria.

As infrações e sanções propostas são diversas e mais severas que as constantes no Contrato de Concessão n.º 20/2021 (“Contrato de Concessão” ou “Contrato”), com base no qual a Concessionária formulou e elaborou sua oferta quando da Concorrência Internacional n.º 0001/2020, em dezembro/2020.

Enquanto o Contrato elencava cerca de 23 infrações, a Minuta de Resolução as mantém e propõe acrescentar mais de 124 (cento e vinte e quatro) novas infrações, com sanções que partem do percentual de 0,5% e podem atingir até 2,5% d o faturamento bruto da Concessionária, e o mais grave, altera de modo severo a matriz e condições contratuais durante o franco andamento da vigência do contrato.

Ocorre que, com o devido respeito, a AGERGS, ao pretender editar uma Resolução estabelecendo novas infrações e diferentes sanções para o descumprimento dos contratos e da legislação pelas concessionárias de rodovias – e conseqüentemente, modificando as regras dos contratos de concessão vigentes – não o observou relevantes preceitos do Direito Administrativo previstos em nossa Carta Magna, como os Princípios do Devido Processo Legal (art. 5º, LIV, CF), da Segurança Jurídica, da Confiança Legítima e da Boa-Fé (art. 2º, parágrafo único, inciso IV e art. 2º, parágrafo único, inciso XIII ambos da Lei 9.784/1999), e sobretudo, procedimentos existentes no Contrato de Concessão e seus anexos, dos quais jamais poderia se descurar, e que, inegavelmente, ocasionam severo prejuízo à Concessionária quando pretende alterar as regras e procedimentos contratuais de forma unilateral e repentinamente.

Diante disso, a Concessionária apresenta adiante considerações sobre a mesma, assim como sobre as pretensões da Audiência e Consulta Pública em apreço, sobre a forma unilateral com que a mesma foi editada, e sobre preceitos normativos e contratuais que incidem na relação Poder Concedente, Concessionária e Agência Reguladora e regem a atuação destas partes, os quais, data vênua, se efetivamente observados, não permitem a edição da Minuta de Resolução Normativa tal qual pretendida.

(...)

03.1. Da ilegalidade da imposição unilateral da Resolução Normativa ao Contrato de Concessão 20/2021 da RSC-287

Antes de se adentrar especificamente nos dispositivos da Minuta de Resolução Normativa, a Concessionária vem desde já expressar a impossibilidade injurídica de imposição da norma ao Contrato de Concessão atualmente em curso, sob pena de se configurar grave e insanável ilegalidade.

Isto porque, como destacado acima, a atual Minuta de Resolução Normativa proposta pela AGERGS prevê diversas sanções, encargos e penalidades extremamente gravosas, que não estão previstas no Contrato de Concessão, e que, portanto, não foram consideradas inicialmente pela Concessionária para a elaboração da sua proposta à época da licitação, não integrando o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

Desse modo, caso a Minuta de Resolução Normativa seja imposta de maneira unilateral pela AGERGS, ocorrerá grave ruptura do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, tendo em vista que, para o cumprimento dos novos, supervenientes e expressivos encargos previstos na minuta, serão exigidos da Concessionária custos adicionais e imprevistos.

(...)

03.2. A Norma Viola Preceitos Fundamentais do Direito Administrativo: segurança jurídica, boa-fé objetiva e da confiança legítima

Não fossem as relevantes questões indicadas acima, cabe destacar que a modificação normativa pretendida pela AGERGS, caso aplicada ao Contrato de Concessão da RSC-287, resultará em grave violação à segurança jurídica, boa-fé objetiva e confiança legítima, o que não pode ser aceito de forma alguma, especialmente no âmbito de uma parceria de longo prazo, na qual a Concessionária realizará vultosos e importantes investimentos na malha rodoviária concedida, a bem do interesse público e usuários.

(...)

Em análise da situação posta, identifica-se clara violação ao princípio: o Contrato de Concessão 20/2021 foi editado especificamente para a Concessão da RSC-287, pelo Estado do Rio Grande do Sul, e homologado previamente pela AGERGS. É dizer, antes da assinatura do Contrato de Concessão, esta mesma Agência analisou a Minuta de Contrato e a aprovou, inclusive no que diz respeito ao sistema de penalidades ali estabelecido.

Esta aprovação, vale dizer, não ocorreu em passado remoto. Pelo contrário, a aprovação da AGERGS ocorreu em 17 de setembro de 2020 – cerca de dois anos e seis meses atrás. Agora, neste breve espaço de tempo, esta mesma Agência propõe Resolução Normativa para estabelecer um novo parâmetro sancionador e punitivo. Trata-se de conduta incompatível com a confiança legítima e contrária ao dever de boa-fé nas relações estabelecidas com seus administrados.

(...)

03.3. A Necessidade de Análise de Impacto Regulatório

Ainda em sede preliminar, cumpre salientar que a norma em questão também se mostra irregular por não observar o devido processo administrativo em sua elaboração, em especial, no que diz respeito aos deveres especiais de motivação essenciais ao exercício da função pública de regulação. Como é cediço, esta implica o sopesamento de inúmeros interesses, direitos e obrigações titularizados por diversos agentes abrangidos pelas regras de funcionamento do setor.

(...)

03.4. A Norma é Irregular por Dispor sobre Temas de Competência do Poder Concedente

A Minuta de Resolução apresentada por esta Agência viola o devido processo legal também por desconsiderar o arranjo de competências instituídos pela Lei Estadual nº 14.875/2016 e pelo Decreto nº 53.490/2017 para a fiscalização das concessões rodoviárias estaduais.

Viola ainda as competências trazidas pelo próprio contrato de concessão, ao que citamos a Cláusula 19.3.15., que estabelece que apenas o Poder Concedente poderá alterar unilateralmente o PER e/ou o Contrato de Concessão para incluir e modificar obras e serviços, sendo que para estes casos a Concessionária terá direito ao respectivo reequilíbrio econômico-financeiro, nos termos da já mencionada Cláusula 20.1.1.1. A

(...)

04.1. Da Impossibilidade de Alteração Unilateral do Contrato sem Reequilíbrio Concomitante

Primeiro aspecto relevante relacionado ao mérito da norma ora discutida é que a forma pela qual esta Agência pretende publicá-la descumpra o dever de se assegurar a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Assegurado pelo art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, este preconiza que as condições econômicas e financeiras originais da contratação não podem ser alteradas pela administração pública. Caso estas, por qualquer razão não imputável ao contratado, sejam impactadas, há o dever, constitucionalmente imposto ao Poder Público, de recompô-las.

(...)

04.2. Sobreposição das Sanções com o IQD e o Sistema de Desconto e Acréscimo de Reequilíbrio

Segundo ponto relevante sobre o mérito na Resolução proposta por esta Agência refere-se ao teor das novas sanções impostas às concessionárias. Conforme salientado, longe de simplesmente reestruturar o sistema de penalidades do Contrato de Concessão, a norma institui novas penalidades a serem aplicadas à Concessionária.

A inovação normativa – além de ser ilegal por afrontar o equilíbrio contratual, sem o concomitante reequilíbrio – também se mostra indevida por ser absolutamente incompatível com o sistema de incentivos concebido para o Contrato de Concessão. Certamente por sua elaboração ter sido conduzida sem análises de impacto regulatório, esta Agência, inadvertidamente, criou sanções que se sobrepõem às condutas submetidas pelo Contrato ao IQD e ao sistema de Desconto e Acréscimo de Reequilíbrio.

(...)

04.3. Violação aos Deveres de Proporcionalidade

A norma proposta por esta Agência ainda se mostra incapaz de se tornar um documento de regulação efetiva das rodovias gaúchas por não atender a um pressuposto normativo fundamental ao direito sancionador. Em diversas perspectivas, as novas sanções instituídas pela Minuta de Resolução contrariam o dever de proporcionalidade que rege as relações de direito sancionatório.

Previsto pela Lei Estadual nº 15.612/2021, em seu art. 2º, inc. IX, este preconiza que o poder sancionatório da administração pública seja exercido de forma comedida, como um instrumento de ultima ratio destinado a assegurar a observância de finalidades de interesse coletivo, distribuindo as sanções conforme a efetiva gravidade da conduta infracional. Neste sentido, não se franqueia à administração pública a prerrogativa de se aplicar penalidades pela pura e simples finalidade de sancionar. Dentro de um direito administrativo moderno, instrumental à consecução de direitos fundamentais e finalidades de interesse público, o poder sancionador deve também ser capaz de resguardar, de forma eficaz, alguma garantia ou interesse de relevância pública.

(...)

04.4. Sigilo Indevido na Apuração de Irregularidades

O artigo 11, §2º, da Resolução proposta pela AGERGS prevê a possibilidade de as averiguações preliminares serem realizadas mediante sigilo temporário de, no máximo, noventa dias. A hipótese é absolutamente ilegal e contrária ao exercício do direito de defesa e ao princípio da publicidade, ambos de aplicação mandatória em qualquer processo administrativo.

Note-se que no caso de infrações administrativas, não se está diante de uma persecução penal, que tem início em um procedimento investigatório inicial, conduzido pelo Delegado de Polícia, sem a obrigatoriedade da observância ao contraditório e a ampla defesa, para só então se adentrar em uma fase judicial – aqui sim, resguardados os direitos de ampla defesa. No processo administrativo, tudo se desenvolve no âmbito da administração pública, que deverá observar as regras e princípios aplicáveis ao processo administrativo em qualquer de suas etapas.

(...)

04.5. Incongruências Materiais da Resolução com o Contrato de Concessão

Por fim, cumpre salientar que a norma apresentada pela AGERGS também não reúne condições de prosseguir em seu procedimento de elaboração normativa por apresentar inúmeras incongruências, de diversas naturezas, em relação ao estabelecido pelo Contrato de Concessão. Em linhas gerais, as desconformidades normativas instituídas pela Resolução são de três tipos:

- *Primeiro Tipo: Normas que instituem prazos divergentes em relação aos do Contrato;*
- *Segundo Tipo: Normas que Instituem Sanções para Obrigações não Previstas em Contrato*
- *Terceiro Tipo: Normas que criam Obrigações não Previstas em Contrato*

(...)

05. Conclusão e Requerimentos:

Diante de todo o acima exposto, a Rota de Santa Maria reforça a impossibilidade jurídica e ilegalidade da alteração unilateral contratual pretendida mediante a edição de novo normativo pela AGERGS, que modifica substancialmente as obrigações, infrações e penalidades contratuais.

(...)

Por tais motivos, este processo de edição normativa é nulo de pleno direito, razão pela qual a Concessionária respeitosamente requer à AGERGS que suspenda imediatamente o seu andamento e reinicie o seu processo de elaboração, realizando a devida Análise de Impacto Regulatório e a avaliação das consequências práticas das alterações pretendidas, com ampla participação da Concessionária e do Poder Concedente e todos os demais interessados a integrá-lo.

(...)

Item 5) Análise da DAJ/AGERGS

5.1) Como se pode depreender das contribuições acima transcritas, todos os contribuintes da Audiência e Consulta Pública nº 01/2023 questionaram, de forma uníssona, a possibilidade de a AGERGS, por meio de resolução normativa, inovar ao pactuado em contratos de concessão, decorrente de licitações, firmados entre o Poder Concedente e as Concessionárias, e as consequências desta inovação.

Quanto a esse item, atentamos a todas as razões apresentadas nas manifestações dos contribuintes da Audiência e Consulta Pública e, de fato, com as novas proposições da DQ apresentadas na INFORMAÇÃO Nº 173/2023 - DQ e as contribuições desta Diretoria de Assuntos Jurídicos apresentadas nesta informação, entendemos que serão reformulados os itens questionados na minuta de resolução, corroborando com os parâmetros estabelecidos nos Contratos de Concessões firmados entre as partes, tornando desnecessária a reprodução de penalidades por meio da resolução da AGERGS.

Cumpre lembrar que o estipulado nas cláusulas contratuais da concessão constituem instrumentos para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, com fundamento constitucional no art. 37, inciso XXI, da CF:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Grifos nossos).

Na legislação ordinária, o equilíbrio econômico-financeiro está assegurado em diversos diplomas legais aplicáveis às concessões. Dentre eles, veja-se evidentemente a Lei n.º 8.987/95, da qual transcrevemos os seguintes dispositivos:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação **e modicidade das tarifas.**

(...)

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

(...)

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

(...)

Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

E, mais explicitamente, no art. 65 da Lei n. 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos), consta:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II- por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Isto posto, reiteramos que com as novas proposições da DQ apresentadas na INFORMAÇÃO Nº 173/2023 - DQ e as contribuições desta Diretoria de Assuntos Jurídicos apresentadas nesta informação, **entendemos** que serão reformulados os itens questionados na minuta de resolução, corroborando com os parâmetros estabelecidos nos Contratos de Concessões firmados entre as partes, estando superados os questionamentos discutidos neste item.

5.2) Quanto aos questionamentos da necessidade de ser realizada Análise de Impacto Regulatório, de modo a evitar argumentações tautológicas e/ou desnecessárias, este tema foi analisado na INFORMAÇÃO DJ AGERGS N.º 149/2021 (SEI nº 0323208), de autoria da Dra. Luciana Luso de Carvalho, entendendo ser dispensável a AIR, a critério do Conselho Superior, pelos argumentos que seguem:

(...)

Os trabalhos foram desenvolvidos em reuniões entre as três diretorias, em trabalho multidisciplinar que envolveu servidores com formação em Direito, Economia, Engenharia Civil e Contabilidade. Além disso, na maioria das oportunidades as reuniões contaram com a presença dos respectivos diretores.

Cabe ainda breve manifestação sobre a dispensa da Análise de Impacto Regulatório neste caso específico. A Resolução Normativa n.º 59/2020 estabelece as diretrizes básicas para a Análise de Impacto Regulatório, que

constitui instrumento de qualificação da motivação dos atos regulatórios, na qual são examinados determinado problema regulatório, as alternativas possíveis, inclusive a não ação, e os impactos das diversas alternativas de solução do problema, dentre outras questões.

Visa a AIR, portanto, em essência, o mapeamento de alternativas a um problema regulatório sobretudo interventivo na esfera de direitos e obrigações privadas. No entanto, no processo em exame, a margem de alternativas mostra-se reduzida, uma vez que as infrações previstas estão definidas fundamentalmente no contrato de concessão firmado com a Concessionária Rota de Santa Maria S.A.

As sanções aplicáveis pela Agência são apenas de duas espécies, conforme também está definido no contrato: advertência e multa. De igual forma, o limite percentual para a aplicação de multa e a respectiva base de cálculo: 3% sobre o faturamento anual bruto da concessionária.

Portanto, em tese, restaria para proposição de alternativas apenas o enquadramento das dezenas de infrações, o percentual dos respectivos grupos e alguns critérios de dosimetria. Mas, mesmo diante dessas questões, entende-se que não se aplica a Análise de Impacto Regulatório, sem prejuízo da realização de consulta e de audiência públicas, que são indispensáveis para as contribuições da concessionária, de usuários, do poder concedente e de todos os demais interessados.

A dispensa justifica-se porque, conforme dispõe o art. 2º, da REN n.º 59/2020[1], a AIR é um processo baseado em evidências, que visa à avaliação dos possíveis impactos para o alcance dos objetivos desejados. No entanto, a concessão foi contratada em 20 de julho de 2021 e efetivamente assumida pela Concessionária em 31 de agosto de 2021. Logo, ainda não há evidências fáticas e técnicas a serem consideradas quanto à execução contratual, ao eventual cometimento de infrações e à aplicação de sanções.

Portanto, diante desse cenário de início de um importante serviço concedido, após cerca de 8 anos da extinção do Programa Estadual de Concessões Rodoviárias, ocorrido em 2013, e com modelagem bastante modificada, a apresentação de alternativas aos possíveis enquadramentos das infrações nos grupos de sanções não alcançaria a finalidade para a qual é destinada a AIR.

Além disso, o art. 7º, V, da REN n.º 59/2020 dispõe que a AIR poderá ser dispensada para atos normativos “voltados a disciplinar direitos e obrigações definidos em norma ou instrumento legal superior que não permitam diferentes alternativas regulatórias”.

Assim, considerando-se que o contrato de concessão e o PER já estabelecem as infrações passíveis de sanções pela AGERGS, seu limite e base de cálculo, é possível a interpretação extensiva desse dispositivo para considerar a previsão de direitos e obrigações também em instrumento contratual, que vincula as partes e Agência.

Portanto, entende-se dispensável a AIR, a critério do Conselho Superior, pelos fundamentos acima alinhados. No entanto, já se pode antecipar que a Análise de Resultado Regulatório é medida prevista no art. 2º, V, da REN n.º 59/2020[2], que se apresenta plenamente cabível para avaliação futura da qualidade e dos efeitos da resolução normativa em questão, bem como o atingimento de sua finalidade, que é a observância integral das disposições contratuais pela(s) concessionária(s). Por isso, está prevista na minuta a realização de revisão da Resolução no prazo de 3 (três) anos.

(...)

Isto posto, corroboramos com tais razões, e entendemos ser neste momento "(...) dispensável a AIR, a critério do Conselho Superior, pelos fundamentos acima alinhados. No entanto, já se pode antecipar que a Análise de Resultado Regulatório é medida prevista no art. 2º, V, da REN n.º 59/2020[2], que se apresenta plenamente cabível para avaliação futura da qualidade e dos efeitos da resolução normativa em questão, bem como o atingimento de sua finalidade, que é a observância integral das disposições contratuais pela(s) concessionária(s). Por isso, está prevista na minuta a realização de revisão da Resolução no prazo de 3 (três) anos (...)"

Por fim, verificamos que na INFORMAÇÃO Nº 173/2023 - DQ (SEI nº 0405370) a Diretoria de Qualidade apresentou diversas sugestões de exclusões e alterações na minuta de resolução em análise. **Esta Diretoria de Assuntos Jurídicos concorda com as sugestões apresentadas pela Diretoria de Qualidade, fazendo uma ressalva em relação à sugestões de exclusão dos artigos 28 e 29 da minuta**, que tratam da dosimetria na aplicação de eventual penalidade.

Entendemos que a dosimetria deve seguir critérios objetivos, evitando subjetividades nos cálculos de eventuais aplicações de penalidades. Desta forma, considerando que, conforme consta no art. 5º da minuta em análise, "(...) Compete às Diretorias de Qualidade dos Serviços e de Tarifas e Estudos Econômico-Financeiros, no âmbito de suas competências a autuação das concessionárias (...)", **sugerimos** que a eventual exclusão ou alteração destes artigos 28 e 29 seja um consenso entre essas duas diretorias, visto que elas efetivamente autuarão e calcularão as dosimetrias das penalidades a serem aplicadas.

Por todo o exposto, analisando estritamente os aspectos jurídicos das contribuições apresentadas na Audiência e Consulta Pública nº 01/2023, são essas as considerações desta DAJ, e sugerimos que a eventual exclusão ou alteração os artigos 28 e 29 sejam analisados de forma conjunta pelas Diretorias de Qualidade dos Serviços e de Tarifas e Estudos Econômico-Financeiros.

É a informação.



Documento assinado eletronicamente por **Wesley Oliveira Ribeiro, Técnico Superior - OAB/RS nº 89.917**, em 27/10/2023, às 16:10, conforme Medida Provisória nº 2.200-2/2001.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <https://sei.agergs.rs.gov.br/processos/verifica.php> informando o código verificador **0407106** e o código CRC **F0B11492**.