

Ofício RSM n.º 106/2023-PC  
ENG.  
Santa Cruz do Sul, 05 de abril de 2023

A/C Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul ("AGERGS")

- Exmo. Sr. **Luiz Afonso Senna** - Conselheiro Presidente da AGERGS

C/C Secretária de Logística e Transportes do Estado do Rio Grande do Sul ("SELT" ou "Poder Concedente")

- Exmo. Sr. **Juvir Costella** - Secretário de Logística e Transportes

C/C Secretária de Parcerias e Concessões do Estado do Rio Grande do Sul ("SEPAR")

- Exmo. Sr. **Pedro Capeluppi** - Secretário de Parcerias e Concessões

**Referência:** Concessão da RSC-287  
Ofício Nº 10/2023 - GP-CS  
Processo Administrativo SEI AGERGS n.º 000747-39.00/21-9  
Consulta Pública nº 01/2023 e Audiência Pública n.º 01/2023  
Proposta da AGERGS que de Resolução Normativa que estabelece novas infrações e diferentes sanções para o descumprimento dos contratos e da legislação pelas concessionárias de rodovias

**Assunto:** Manifestação da Concessionária no âmbito da Consulta Pública e Minuta de Resolução

Prezados Senhores,

A **Concessionária Rota de Santa Maria S.A.** ("Rota de Santa Maria" ou "Concessionária"), pessoa jurídica inscrita no CNPJ/MF sob n.º 41.886.692/0001-02, sociedade de propósito específico constituída pelo consórcio vencedor da Concorrência Internacional n.º 0001/2020 para administrar a Concessão da Rodovia RSC-287, com sede na Av. Independência, n.º 3284, Renascença, em Santa Cruz do Sul, Estado do Rio Grande do Sul, vem em atenção à Consulta Pública nº 01/2023 e Audiência Pública n.º 01/2023, manifestar-se com o devido respeito, nos termos adiante expostos:

## 01. Breve Resumo:

A Rota de Santa Maria foi informada pela AGERGS em 15/03/2023 por e-mail da diretoria de qualidade, e em 16/03/2023, através do Ofício Nº 10/2023 - GP-CS, de que a agência promoveria de 17/03/2023 a 05/04/2023 uma Consulta Pública no Processo SEI AGERGS n.º 000747-39.00/21-9 que versa sobre Proposta de Resolução Normativa que estabelece as infrações e sanções para o descumprimento dos contratos e da legislação pelas concessionárias de rodovias.

Na página da agência, foram disponibilizados os seguintes documentos: (i) súmula de publicação no DOE-RS de [edital de convocação para audiência pública](#), (ii) [regulamento da referida audiência](#), e (iii) [minuta de resolução normativa](#) que a AGERGS pretende implantar.

A Concessionária requereu cópia do processo SEI em referência em 16/03/2023, e teve acesso concedido, pelo prazo de 03 (três) dias, em 20/03/2023.

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 Consulta e Audiência 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 vênia*, se efetivamente observados, não permitem a edição da Minuta de Resolução Normativa tal qual pretendida.

## 02. Tempestividade:

A AGERGS abriu consulta pública a ocorrer no período de 17/03/2023 a 05/04/2023, com possibilidade de manifestação até 05/04/2023. A presente manifestação ocorre antes de findo o intervalo, portanto, tempestiva.

## 03. Preliminarmente:

A Concessionária ressalta que a presente manifestação ocorre em caráter preliminar, eis que dispôs de poucos dias para avaliar extenso material, motivo pelo qual o faz em caráter contributivo, a fim de explicitar à Agência a gravidade da proposta de resolução e de seus graves impactos, o que faz sem prejuízo do mais amplo e irrestrito direito de discutir em todas as esferas a Minuta de Resolução Normativa caso esta venha, de fato, ser publicada, através de todos os meios e instrumentos legais disponíveis – o que fica expressamente ressalvado.

### 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.

E isso pois, as infrações e sanções propostas são diversas, mais extensas e severas do que as constantes no Contrato de Concessão, com base no qual a Concessionária formulou e elaborou sua oferta quando da Concorrência Internacional n.º 0001/2020, em dezembro/2020, que foi aceita pelo Poder Público, dando origem à contratação em questão.

A minuta do Contrato e conseqüentemente o rol de infrações e penalidades estavam divulgados já como anexos do Edital, no âmbito do processo de Concorrência Internacional. Foi com base nessas previsões que a então proponente calculou riscos e formou o preço que daria sustentação à proposta econômica apresentada que teve um deságio de 54%

E, nesse sentido, o Contrato de Concessão é expresso ao prever que o equilíbrio econômico-financeiro só estará mantido quando atendidas as condições do contrato e mantida a respectiva alocação de riscos:

*20.1.1. Sempre que atendida as condições do CONTRATO e mantida a alocação de riscos nele estabelecida, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.*

*20.1.1.1. Considera-se caracterizado o desequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO quando qualquer das partes sofrer efeitos, positivos ou negativos, de evento cujo risco não tenha sido a ela alocado.*

Na hipótese da imposição unilateral da nova norma, haverá evidente materialização do risco previsto na Cláusula 19.3.5 do Contrato de Concessão, uma vez que, como destacado, a Concessionária terá que assumir novos encargos e dispender recursos adicionais não previstos à época da contratação para cumprimento das supervenientes e inúmeras novas obrigações que a AGERGS pretende impor no âmbito da minuta de resolução em discussão:

*19.3. O PODER CONCEDENTE é responsável pelos seguintes riscos relacionados à CONCESSÃO: (...)*

*19.3.5. alteração na legislação e regulamentação, inclusive aceca de criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos, que alterem a composição econômico-financeira da CONCESSÃO, excetuada a legislação dos impostos sobre a renda;*

(...)

*19.3.18 fato do príncipe ou fato da administração que provoque impacto econômico-financeiro no CONTRATO.*

E como se sabe, o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão é assegurado pelo art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, que prevê a necessidade de que sejam sempre mantidas as condições efetivas da proposta.

A preservação destas condições nada mais é do que a obrigação de se preservar, ao longo de toda a vigência contratual, as premissas técnicas, jurídicas, econômicas e financeiras, bem como os riscos, direitos e obrigações contratuais, consideradas pelas partes quando da contratação.

Não obstante o ora exposto, extrai-se do art. 1º da Minuta da Resolução Normativa que a norma será aplicada pela AGERGS "às concessionárias de rodovias do Estado do Rio Grande do Sul", entretanto, de maneira contraditória, nos "considerandos" da minuta há a menção expressa ao Contrato de Concessão da Rodovia RSC-287, muito embora este instrumento já possua detalhamento sobre as obrigações, infrações e penalidades aplicáveis:

*CONSIDERANDO o que dispõe o Contrato de Concessão da Rodovia RSC 287, em especial as cláusulas 13, item 13.3, e 18, item 18.1, pertinentes à fiscalização do serviço e à aplicação de sanções pela AGERGS;*

(...)

*Art. 1º Esta Resolução disciplina a aplicação de sanções pela AGERGS às concessionárias de rodovias no Estado do Rio Grande do Sul, pelo descumprimento dos contratos de concessão e da legislação aplicável, incluindo as normas emitidas pela Agência, os níveis de serviço, as obrigações regulatórias e os padrões de desempenho dos serviços.*

Embora esta Agência tenha trazido ao conhecimento da sociedade a resolução apenas neste momento, quando o Estado já detém novas concessões rodoviárias, a exemplo da Concessionária Caminhos da Serra Gaúcha, há apenas a menção ao Contrato de Concessão sob responsabilidade da Rota de Santa Maria, o que demonstra ainda de maneira mais clara a intenção desta Agência de impor de maneira unilateral a Resolução à Concessionária, alterando ilegal e unilateralmente o próprio Contrato de Concessão da RSC287 e seu respectivo equilíbrio econômico-financeiro.

Mais grave ainda, a pretendida alteração se dá sem a observância do devido processo legal administrativo, contraditório e ampla defesa. Qualquer medida de revisão e alteração dos procedimentos ou encargos contratuais não pode prescindir da instauração de processo administrativo com todas as garantias a ele inerentes, não havendo espaço para alteração dos encargos do pacto concessório mediante ato unilateral dessa r. Agência, ao menos não sem que acompanhada de proposta de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, indicação da modalidade adotada, a qual deve ocorrer de forma concomitante e simultânea (artigos 9º, §4º da Lei Federal n.º 8987/1995 e art. 35 da Lei Federal n.º 9075/1995).

É o que prevê o item 20.2.14.1. do Contrato, quando estabelece que os pedidos de alteração unilateral *"deverão ser acompanhados de proposta de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pelo CONCEDENTE, inclusive com a indicação da(s) modalidade(s) de alteração contratual a ser(em) adotada(s)."*

O devido processo legal, insculpido no artigo 5º, LIV da Constituição Federal, possui dois sentidos normativos: **a) sentido procedimental (*procedural due process*)**, no qual a Administração deve respeitar os procedimentos e as formalidades previstas na lei; e **b) sentido substantivo (*substantive due process*)**, que preconiza que a atuação administrativa deverá ser pautada pela razoabilidade, sem excessos.

A imposição da proposta de nova Resolução Normativa, de forma unilateral, mediante a criação de diversas novas obrigações e infrações e modificação da severidade das sanções, não contempla os sentidos normativos do devido processo legal, bem como não aplica a proporcionalidade e a razoabilidade exigidas para o respectivo ato administrativo do Estado, ocasionando insegurança jurídica.

Resta evidente que a minuta de Resolução Normativa não leva em consideração a matriz normativa presente no Próprio Estado Democrático de Direito: o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 2º da Lei 9.784/1999) proíbem o excesso do ato administrativo. Portanto, o Poder Público, representado pela AGERGS, ao propor uma nova Resolução, deveria levar em consideração medidas proporcionais e razoáveis, condizentes com os procedimentos contratuais, e menos gravosas aos direitos fundamentais para a edição de seus atos.

Ainda, a análise da situação à luz do Princípio do Contraditório, inerente ao Princípio da Ampla Defesa, viabiliza o acompanhamento do ato fiscalizatório – direito franqueado também pela Resolução Normativa n.º REN 32, de 18 de outubro de 2016 da AGERGS ("REN 32/2026"), em seu art. 8º, parágrafos 4 a 6 –, por razões de legalidade (caso em questão) e publicidade (normas e princípios aplicáveis) em processos administrativos (art. 56 da Lei. 9.784/1999 e art. 8º da REN 32/2026).

Em reforço da disposição constitucional, a Lei Geral do Processo Administrativo traz disposição expressa sobre a necessidade de observância dos meios e mecanismos para exercício contraditório e da ampla defesa (Lei 9.784/1999, art. 2º, caput, parágrafo único, I, VIII, X; art. 3, II e III; art. 29, art. 38; art. 44). Não se trata de uma faculdade da Administração ouvir o interessado, mas, sim, uma obrigação, *rectius*, imposição legal e contratual, sob pena de nulidade do ato.

Também não se pode deixar de mencionar a Lei n.º 8.987/95 que, ao mesmo tempo que prevê entre as incumbências do poder concedente – e no caso do Rio Grande do Sul, que conta com uma agência reguladora, desta no âmbito de sua competência avocada – “homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas”, impõe a este, atuação “na forma da lei, das normas pertinentes e do contrato”, bem assim o dever de “cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão” (art. 29, V e VI).

E não se trata apenas de imposição legal. O Contrato de Concessão dispõe sobre a necessária participação e aquiescência da Concessionária para fins de revisão tarifária e alteração dos encargos, mediante estabelecimento de procedimento para este fim (Cláusula 20.2.14.1.).

Em reforço desta noção, merece transcrição julgado do Superior Tribunal de Justiça, como contribuição à compreensão definitiva deste aspecto da questão:

*“Constitucional – Administrativo – Contrato de concessão de serviço público – Exclusividade – Alteração unilateral pela Administração de cláusula regulamentar da concessão. Impossibilidade. O contrato de concessão da Administração com terceiros, para a realização do serviço público, constitui ajuste de Direito Administrativo bilateral e oneroso, inalterável, unilateralmente, especialmente em relação às cláusulas que ocasionem manifesto prejuízo ao concessionário. A concessão de serviço público, nos termos da legislação pertinente, só é alterável, com dano ao concessionário, se observado o devido processo legal, em que se assegure ampla defesa ao contratante prejudicado (...)”.* (STJ, RMS 1603 TO/1992/0007013-2, Min. Demócrito Reinaldo, j. 03/03/199, T1, DJ 29/03/1993)

Não há como se cogitar suprimir, portanto, o direito da Concessionária de participar ativamente de qualquer procedimento visando alterar quaisquer das condições atuais do Contrato de Concessão.

Qualquer das condições da concessão, que se estribem em formulações impostas unilateralmente e que não sejam pontualmente submetidas ao contraditório com a Rota de Santa Maria, nem acompanhadas de proposta que promova o concomitante e simultâneo reequilíbrio contratual, ofende a regra do Contrato e as normas legais e regulamentares incidentes.

Ainda neste contexto, convém lembrar a própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prevê expressamente que:

*Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.*

*Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (...)*

*Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. (...)*

*Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. (...)*

Logo, uma alteração de encargos da Concessão deve ser acompanhada da definição de mecanismos de transição proporcionais, equânimes e eficientes que afastem eventuais prejuízos à Concessionária e ao interesse dos usuários das rodovias – sempre ressalvado o direito de compensação dos prejuízos impostos à Concessionária em decorrência da implementação de tais medidas.

Não fosse isso, considerando que a minuta de resolução apresentada pela AGERGS pretende alterar substancialmente ato normativo de interesse geral dos agentes econômicos e usuários, é de suma importância que, antes da edição da minuta, que a Agência realize uma análise de impacto regulatório (AIR), conforme determina o art. 6º da Lei n. 13.848/2019<sup>1</sup>, regulamentado pelo Decreto n.

<sup>1</sup> Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

10.411/2020, avaliando adequadamente todos os possíveis impactos e efeitos do ato normativo, considerando os objetivos pretendidos.

Não há dúvidas de que a realização de uma AIR permitirá se expor, de forma clara, os graves impactos da nova norma, inclusive quanto aos seus custos regulatórios, e a identificação e definição dos efeitos e riscos decorrentes da edição do ato normativo, conforme art. 6º, VII e X, do Decreto n. 10.411/2020.

Por todos esses motivos, com o devido respeito, se mostra ilícita e temerária a modificação normativa pretendida pela AGERGS, que prejudicará gravemente a relação contratual já constituída em relação à concessão da RSC-287, devendo a proposta de alteração normativa ser ampla e devidamente discutida com todos os agentes públicos e privados envolvidos, no âmbito de um devido processo legal administrativo, com observância da ampla defesa e contraditório e , de todos os procedimentos aplicáveis, especialmente com a realização da necessária AIR.

### 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.

Faz-se necessário tecer alguns comentários sobre preceitos, normas e procedimentos aplicáveis à relação *Agência Reguladora <-> Poder Concedente <-> Concessionária*, e especialmente, aplicáveis sobre a Concessão e sobre a matriz contratual que se estabeleceu com a adjudicação dessa Concessão, havida em 14/12/2020.

Estas normas são de observância obrigatória por esta Agência no exercício de sua função administrativa, inclusive e sobretudo, na elaboração de normas setoriais que impactem os direitos das concessionárias, do Poder Concedente e dos próprios usuários.

A respeito destes, a Agência não pode nunca se descurar, inclusive e sobretudo quando pretende editar um novo ato que deva surtir efeitos neste Contrato.

A começar pelo Princípio da Segurança Jurídica, que preconiza o dever jurídico de se assegurar a estabilidade das relações estabelecidas no ambiente regulado. A observância deste princípio não é eletiva a esta Agência, afinal, este é previsto pelo art. 2º, inciso II, da Lei Estadual nº 15.612/2021, que rege todo e qualquer processo administrativo conduzido no Estado:

*Art. 2º O processo administrativo estadual será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal e na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, observando-se os seguintes princípios:*

(...)

*II - a segurança jurídica;*

O contrato administrativo tem uma rigidez tal que não permite que se imponham condições outras que não vislumbrem os deveres e obrigações estabelecidos em contrato, posto que as regras e normas são específicas ao caso concreto de se estabelecer as condições do negócio firmado.

Ao pretender alterar, unilateralmente, os contratos de concessão de rodovias recém celebrados no Estado do Rio Grande do Sul, há ofensa à segurança jurídica. Ao invés de estabilidade preconizada, a Minuta de Resolução proposta frustra por completo as expectativas dos contratados – e até mesmo do Poder Concedente – em relação ao funcionamento do sistema sancionatório das concessões rodoviárias.

Estes foram estruturados de forma a refletir um sistema equilibrado, que permitisse o desincentivo às infrações contratuais sem criar o risco de a sua aplicação dar ensejo à inviabilidade econômico-financeira do projeto. O volume de penalidades e o seu valor, assim, é produto de um balanço delicado entre a sustentabilidade econômica do empreendimento e o desincentivo a condutas indesejadas – que por sua vez, é considerado pelos interessados nas propostas apresentadas durante a licitação.

Isto é, o sistema de penalidades não é aspecto acessório ou lateral do contrato. Pelo contrário, é um dos fatores centrais considerados pelos licitantes para estruturar o preço ofertado na licitação. A partir dele se estima o risco a que o privado estará exposto, o que impacta o seu custo de capital, bem como a estimativa dos custos de cobertura de seguros e garantias e, por certo, a taxa de juros a que a concessionária estará sujeita em seus contratos de financiamento.

A ruptura, integral e abrupta, com as regras de penalidade estabelecidas em contrato desnaturam por completo as premissas econômicas, jurídicas e financeiras inicialmente pactuadas entre o

Poder Concedente e a Concessionária. Alteram de forma radical as condições do negócio que, originalmente, foram consideradas por ambas as partes para decidir prosseguir com a assinatura do Contrato de Concessão.

A Minuta proposta, portanto, não atende ao Princípio da Segurança Jurídica. Viola frontalmente ao art. 2º, inc. II, da Lei Estadual nº 15.612/2021 e, por este motivo, não merece prosperar no ambiente regulatório do Estado.

Como se isto não fosse o suficiente, a alteração proposta também viola o princípio da confiança legítima, que impõe à administração pública - direta ou indireta - o dever de atuação legal e coerente do Estado. Este princípio extrai seu fundamento da **Teoria dos Atos Próprios** (*venire contra factum proprium*) aplicável ao Direito Administrativo, conforme nos ensina Rafael Carvalho Rezende de Oliveira:

*"A teoria dos atos próprios, no campo do Direito Administrativo, tem por objetivo principal evitar atuações contraditórias e desleais nas relações jurídico-administrativas, com violação aos princípios da proteção da confiança legítima e da boa-fé"*

(Curso de Direito Administrativo, 6ª Ed. Ver. Atual. Ampl. SP, Ed. Método. 2017)

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.

A Lei n. 8.987/1995 dispõe o seguinte:

*Art. 1ª As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.*

*Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.*

*Art. 6ª 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.*

Já a Lei n. 8.666/1993 dispõe o seguinte:

*Art. 4. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.*

*§ 1ª. Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.*

*§ 2ª. Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta.*

Atender a estes preceitos não é cortesia que se franqueia à administração. Trata-se de dever legal, novamente instituído pela Lei Estadual nº 15.612/2021, cujo art. 2º, inc. IV, assim dispõe:

Art. 2º O processo administrativo estadual será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal e na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, observando-se os seguintes princípios:

(...)

V - a boa-fé objetiva e a moralidade administrativa;

Cita-se J. H. Meirelles TEIXEIRA, *in verbis*:

*"Uma vez efetuada a concessão, o Poder Público se acha vinculado às suas cláusulas com a mesma força, o mesmo vigor e a mesma obrigatoriedade que o concessionário; assim como êste não pode faltar impunemente ao estipulado, aquele não poderá, sob pretexto da sua qualidade, subtrair-se ao exato cumprimento das obrigações e dos compromissos assumidos no ato da concessão. A concessão, representada pelo complexo das suas vantagens, se integra no patrimônio do concessionário, e qualquer ato da Administração, que importe em atentado contra a sua integridade, resultará para êle no direito de se reintegrar à custa do patrimônio coletivo.*

*A concessão é, portanto, o que os americanos chamam property (Abott, **Municipal Corporation**, vol. II, § 751; Dillon, **Municipal Corporation**, vol. III), isto é, um direito incorporado no patrimônio do concessionário, e que não é lícito ao poder público revogar, anular, diminuir ou alterar, na qualidade, que é a sua, de direito adquirido pelo concessionário, a saber, integrado no conjunto ou no complexo de valores, protegidos pelo direito, e que constituem o seu patrimônio."*

(TEIXEIRA, J. H. Meirelles. Parecer publicado na Revista de Direito Administrativo, v. 50, p. 422 – destaques acrescentados)

Como consequência de uma obrigação, o Contrato resulta de um acordo de vontades. A autonomia da vontade é elemento imprescindível a ser observado em qualquer contratação. Do mesmo modo, os princípios *lex inter partem* e *pacta sunt servanda*, fazem certo que o contrato é a lei entre as partes e que estas, devidamente ajustadas, devem observar o que foi pactuado.

Assim como a Concessionária deve cumprir com suas obrigações contratuais, também o Estado (enquanto Poder Concedente e Regulador) deve sujeitar-se às normas e procedimentos estabelecidos na relação entre as partes, não podendo, unilateralmente, alterá-las de modo a onerar – de forma não prevista em Contrato – a Concessionária, **sob pena de ocasionar desequilíbrio a relação entre as partes e ao Contrato como um todo.**

A AGERGS, ao editar, unilateralmente, nova Resolução Normativa contradiz por completo sua postura anterior, comportamento este totalmente **incompatível** com os preceitos fundamentais garantidos pela própria legislação estadual de processo administrativo. Impensável permitir a continuidade da edição de norma deste jaez.

É lícito concluir, desta forma, que todas as prescrições da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) e da Lei nº 8.987/95 (Lei de Concessões e Permissões) que tratam do assunto devem ser consideradas normas gerais juntamente com as cláusulas contratuais, inexistindo, portanto, permissão legal ou contratual que autorize a edição de uma nova Resolução de penalidades que altere os procedimentos contratuais, de forma mais onerosa à Concessionária, tal qual pretendido pela minuta de Resolução Normativa em análise.

Por outro lado, caso esta Agência decida por seguir com a edição da minuta da Resolução da maneira como proposta, ou seja, se aplicando a contratos de concessão que já estão em

curso, como é o presente caso, o equilíbrio econômico-financeiro da relação restará gravemente violado e rompido.

A alteração retroativa, arbitrária e unilateral das condições inicialmente pactuadas entre as partes, consubstanciada na edição da Resolução representa um comportamento agressivo à segurança jurídica, sendo violada a palavra empenhada pelo Estado, decorrente de um contrato administrativo licitamente firmado, agravando a situação do particular que cumpriu, de boa-fé, com as condições contratadas sob o pressuposto de que a Administração também cumpriria com suas obrigações, nos termos regularmente propostos e contratados.

Com efeito, permitir a alteração unilateral do contrato da maneira como proposta, impondo novos critérios e obrigações à Concessionária (não considerados em sua proposta à época da licitação) sem que antes seja analisado o impacto que será ocasionado a toda a concessão, viola a segurança jurídica e representa uma condição puramente potestativa, que como se sabe é vedada pelo ordenamento jurídico (art. 122 do Código Civil e art. 54 da Lei n. 8.666/93).

Por fim, cabe mencionar como um exemplo de boa prática regulatória, o atual movimento que vem sendo realizado pela ANTT no âmbito da edição do Regulamento das Concessões Rodoviárias (RCR). Trata-se de um conjunto de normas que vem sendo construídas pela Agência com todo o setor rodoviário, incluindo Concessionárias, associações e representantes dos usuários, para padronização e regulação das regras, obrigações e direitos aplicáveis na exploração da infraestrutura rodoviária no âmbito federal<sup>2</sup>.

Referido regulamento, que consta na agenda regulatória da ANTT, vem sendo objeto de ampla discussão e participação social há vários meses, desde 2021, com realização de diversas reuniões participativas, consultas e audiências pública, com o objetivo de prestigiar e legitimar democraticamente a regulamentação em construção, com maior precisão regulatória e segurança jurídica, de modo a produzir uma norma mais próxima aos anseios e necessidades não só do setor, mas também da sociedade civil.

Considerando as diversas discussões e ponderações apresentadas, a fim de resguardar a segurança jurídica dos contratos sob responsabilidade da ANTT que já estão em curso, o art. 3º da Resolução n. 5950/2021 (RCR1) é expresso ao prever que o Regulamento será aplicável aos contratos celebrados após a sua publicação, sendo também aplicável para os anteriores desde que as partes tenham celebrado o necessário Termo Aditivo para adequação do contrato às disposições da resolução, evitando

<sup>2</sup> Disponível em: [https://portal.antt.gov.br/ca/resultado/-/asset\\_publisher/m2By5inRuGGs/content/id/3514700](https://portal.antt.gov.br/ca/resultado/-/asset_publisher/m2By5inRuGGs/content/id/3514700)

a criação e imposição de novas obrigações não inicialmente estabelecidas no contrato, em respeito à segurança jurídica, boa-fé objetiva e à legítima confiança do cumprimento da avença.

Resguardando ainda mais a boa-fé e a confiança na relação, há também a expressa disposição de que, em caso de divergência entre o Regulamento e o contrato de concessão, este último prevalecerá, exceto para os casos em que este se faça omissivo ou as partes tenham consensualmente optado pela sua aplicação:

### Resolução 5950/2021 (RCR1)

3º O Regulamento das Concessões Rodoviárias se aplica aos contratos de concessão:

I - celebrados após a publicação desta Resolução;

II - aditados para adequação aos termos desta Resolução; ou

III - celebrados antes da publicação desta Resolução, quando o dispositivo contratual fizer remissão genérica à regulamentação da ANTT ou quando não houver tratamento contratual em sentido diverso, observadas as diretrizes do art. 4º e as disposições finais e transitórias.

4º Em caso de divergência entre a regulamentação da ANTT e o contrato de concessão, devem ser observadas as seguintes regras:

I - o contrato de concessão prevalece sobre a regulamentação da ANTT nas matérias em que discipline expressamente;

II - caso o contrato de concessão não discipline suficientemente a matéria, a regulamentação da ANTT deve ser aplicada supletivamente, desde que não contrarie as disposições do contrato;

III - no que o contrato de concessão for omissivo, aplica-se a regulamentação da ANTT.

Parágrafo único. As partes poderão, de comum acordo, optar pela aplicação da regulamentação da ANTT em detrimento do contrato de concessão, mediante adesão expressa à resolução, por meio de aditamento do contrato de concessão.

O posicionamento da ANTT de prestigiar a participação, diálogo com os agentes privados, consenso e de resguardar a execução dos contratos anteriormente celebrados, vem repercutindo de maneira positiva no setor, que demonstra o seu interesse em aderir ao Regulamento, o que impactará de maneira positiva concessões rodoviárias federais, com possíveis bons reflexos para a prestação dos serviços aos usuários das rodovias.

Em suma, antes mesmo de se adentrar no mérito da Resolução, nota-se que a alteração normativa pretendida por esta Agência produz efeitos não albergados pelo ordenamento jurídico, além de pressupor a observância prévia de exigências legais que simplesmente não foram atendidas. Por esta razão,

esta Concessionária entende que é imperativa a suspensão da presente Consulta e Audiência Públicas, para que a norma não seja publicada com vícios insanáveis em sua legalidade.

Após corrigirem-se os vícios apontados, requer-se ainda que o salutar exemplo da ANTT seja considerado também pela AGERGS para o processo construtivo e participativo.

### 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.

Para que normas regulatórias que restrinjam, condicionem ou criem direitos e obrigações sejam válidas, a legislação exige o atendimento a uma série de pressupostos. Do ponto de vista material, a norma deve atender aos limites constitucionais à função regulatória, em especial, os limites à intervenção sobre o domínio econômico. Do ponto de vista formal, o exercício da função regulatória pressupõe a observância ao devido processo administrativo e a um dever especial de motivação, reforçado nos últimos anos por uma série de normas que buscam conferir à ação administrativa um caráter mais concreto e consequencialista.

Sob o prisma do devido processo administrativo, é imprescindível que as regras aplicáveis ao procedimento de elaboração da norma sejam respeitadas. Isto só, porém, não basta. Para o pleno atendimento a este preceito, faz-se necessário oportunizar a manifestação qualificada aos agentes do setor, para que estes possam apresentar suas considerações e contribuir para o aperfeiçoamento do processo regulatório.

Já no que tange aos deveres de motivação, é importante não os confundir apenas com a enunciação geral das razões que motivam o poder público a conduzir determinada alteração regulatória. Por se dar em ambiente regulado, a motivação, aqui, pressupõe a análise e o sopesamento dos interesses almejados com a alteração, a identificação das razões que motivam a sua realização e, mais importante, o mapeamento dos impactos e consequências concretas sobre os diferentes agentes (usuários, concessionária e Poder Concedente) eventualmente afetados pela medida.

Este tipo específico de motivação tem encontrado cada vez mais respaldo no ordenamento jurídico brasileiro. Em âmbito federal, por exemplo, a Lei nº 13.848/2019, é expressa ao exigir que as Agências Reguladoras demonstrem, em suas decisões administrativas, a adequação das medidas impostas aos fins pretendidos (art. 4º), além de ser necessária a expressa indicação dos pressupostos de fato e de direito que motivam a decisão (art. 5º) e a apresentação de Análise de Impacto Regulatório, inclusive, nos processos administrativos de elaboração de normas (art. 6º).

A avaliação do impacto regulatório da norma pretendida tem a finalidade de introduzir uma avaliação consequencialista no processo de decisão da agência sobre a edição de normas. É preciso, antes de publicá-las, que a Agência sopesse os impactos que a sua edição ensejará para o setor regulado. Trata-se de análise, necessariamente, pautada por dados concretos e estimativas realistas das consequências que podem decorrer de eventuais normas a serem editadas.

Este dever é reiterado pela Lei Federal nº 13.665/2018, que alterou o Decreto Lei nº 4.657/1942, para introduzir exigências relativas a avaliações de impacto e consequências em processos administrativos em geral. De acordo com o art. 20, introduzido no Decreto Lei, é vedado à administração pública decidir *“com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”*. Tais consequências devem ser expostas na motivação do ato, conforme se depreende do parágrafo único deste dispositivo:

Art.20 (...)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

O exercício da função pública de regulação, neste sentido, é vinculado a um espectro especial de motivação. Os entes reguladores são obrigados a identificar, de forma concreta e consequencialista, quais os objetivos pretendidos com a edição de novas normas, avaliar os impactos que estas podem gerar sobre o setor regulado e justificar a adequação e a necessidade das medidas instituídas pela nova norma.

O descumprimento destes deveres não é de pouca valia. Os deveres especiais de motivação são incorporados como pressupostos de validade de qualquer ato de regulação que provoque algum tipo de impacto relevante sobre a esfera jurídica dos agentes regulados. Não os atender é causa de nulidade absoluta do ato emanado pelo órgão regulador recalcitrante.

Desafortunadamente, este parece ser o destino da Minuta de Resolução proposta pela AGERGS. A norma, conforme se pôde demonstrar nos itens anteriores e se demonstrará em itens mais a frente, produz diversos impactos sobre a esfera jurídica das concessionárias do setor. Cria desequilíbrio econômico-financeiro, altera o sistema de incentivos e desincentivos dos contratos assinados e abre campo desproporcionalmente amplo para o apenamento das concessionárias.

Trata-se, em última análise, do típico ato de regulação que deveria ser antecedido de estudos e análises de impacto regulatório, com a estimativa das consequências concretas de sua edição. Não obstante isso, a AGERGS não apresentou nenhuma análise sequer neste sentido. No *site* da Consulta Pública nº 001/2023, consta apenas o texto da minuta de resolução. Não há sequer a justificativa para a sua edição ou os estudos técnicos que a instruíram.

Ao não apresentar estes estudos, a Agência conduz processo de alteração normativa absolutamente viciado, por não atender às exigências legais de motivação. Não é preciso muito para se constatar que a própria Lei Estadual nº 15.612/2021 incorporou a exigência de avaliação das consequências das decisões administrativas como um pressuposto de sua validade. Vale transcrever o art. 55 da norma referida:

Art. 55. Não se decidirá com base em conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais **sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.**

Parágrafo único. **A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta** ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, **inclusive em face das possíveis alternativas.**

A AGERGS não apresentou as alternativas avaliadas e tampouco apresentou considerações sobre os impactos que a presente Minuta enseja para o setor. A se levar a sério os deveres de motivação a que esta Agência está adstrita, não há como se admitir a continuidade do presente processo de revisão normativa. Breve passar de olhos na experiência nacional de regulação do setor de rodovias evidencia que a observância destes deveres é pressuposto de validade de qualquer alteração regulatória.

A ANTT conta com regramento específico dos processos participativos em sua atividade normativa, previstos em seu Regimento Interno e em sua Resolução n.º 5.624/2017. Esta dispõe sobre o PPCS – Processo de Participação e Controle Social, já citado anteriormente nesta carta, descrevendo meios de construção participativa do conhecimento sobre uma determinada matéria regulatória – Tomada de

Subsídio e Reunião Participativa – e de contribuições a propostas finais de ação regulatória – Consulta Pública e Audiência Pública.

Exemplo de uma revisão normativa que tem aplicado todo este aparato de participação e discussão setorial é a quarta norma do Regulamento das Concessões Rodoviárias – RCR-4, que disporá sobre o sistema de fiscalização e penalidades nas concessões federais, passa por processo participativo. A sua elaboração tem sido discutida pela ANTT através da Reunião Participativa nº 6/2022, nas quais as contribuições de interessados na alteração do regramento de sanções proposto pela ANTT foram subsidiadas por uma série de notas técnicas, além de Relatório de Análise de Impacto Regulatório - AIR, cujo conteúdo merece especial atenção.

A Análise de Impacto Regulatório empreendida pela ANTT expõe fatores a serem considerados na revisão do regramento de penalidades de concessões rodoviárias. O relatório apresentado na discussão do RCR-4 aborda diferentes questões atinentes ao sistema de fiscalização. O primeiro deles expõe detalhadamente problemas regulatórios da fiscalização e penalização em concessões rodoviárias, a partir de recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, ponderados em face da regulação existente da ANTT e de possíveis soluções. O item seguinte identifica os atores afetados por esses problemas regulatórios. Posteriormente, é exposta a base legal para a promoção da alteração normativa. O quarto item descreve detalhadamente os objetivos dessa alteração, fazendo referência aos problemas regulatórios que se busca atacar. O quinto item expõe as alternativas de ação disponíveis ao regulador, ponderando as vantagens e desvantagens da adoção de cada uma delas, e justificando expressamente a opção pela edição de resolução que discipline uma fiscalização e regulação mais responsiva. Por fim, o Relatório de Análise de Impacto Regulatório descreve normas sobre fiscalização e penalidades de outras agências reguladores brasileiras.

Trata-se, portanto, de documento que qualifica o debate sobre a proposta de alteração normativa, de modo que a participação dos interessados se dê não apenas para a defesa de seus interesses e a contraposição a soluções propostas pelo regulador, mas também para a sofisticação da regulação, a partir de uma mesma base de informações. A necessidade de Análise de Impacto Regulatório já foi apresentada no tópico 03.4 acima, e a abordagem da ANTT pode servir de referência para a alteração pretendida pela AGERGS.

Do que se verifica pela consulta ao site da ANTT até o momento, o Relatório Simplificado do PPCS que foi produzido a partir da Reunião Participativa n.º 6/2022<sup>3</sup> sumariza os seus eventos e indica

<sup>3</sup> Documento SEI ANTT nº 15575594. Disponível em: <<https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=524>>.

que será divulgada uma nota técnica a partir da reunião, analisando as contribuições escritas enviadas, em considerações que serão posteriormente incorporadas na produção de uma nova minuta normativa, a ser debatida em audiência pública.

Como se vê, as alterações normativas realizadas em âmbito federal pressupõem um debate segmentado em etapas, destinadas ao amadurecimento do tema, à publicização da intenção do regulador junto ao mercado, aos usuários e à sociedade civil e ao aprofundamento e aperfeiçoamento de normas que disciplinam temas complexos. Essas etapas certamente contribuem para que a norma em discussão considere todos os aspectos relevantes à matéria que regula.

A AGERGS, no presente processo, afastou-se não apenas de seus deveres legais, mas também, das boas práticas de governança regulatória – dando origem a um processo administrativo de alteração normativa que é nulo em essência. Por ser nulo, desde a sua origem, parece-nos de rigor paralisar, imediatamente, o seu andamento, ao menos, até que se realizem os estudos e as discussões adequadas com o setor regulado.

Uma última preliminar ainda se faz necessária.

#### **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 competência exclusiva do Poder Concedente é também reforçada pelo disposto no §4º, do art. 9º da Lei n. 8.987/95.

Conforme se depreende das normas, a opção do legislador estadual também foi pela instituição de um sistema compartilhado de competências, em que a AGERGS e o Poder Concedente concorrerão no exercício de diversas facetas do poder de polícia aplicável a estes contratos.

Como se sabe, as prerrogativas de polícia administrativa designam um conjunto de atribuições estatais, que autorizam a restrição, parcial ou integral, de direitos de titularidade dos particulares com a finalidade de se assegurar o atendimento a finalidades públicas. Na perspectiva das parcerias celebradas com a iniciativa privada, estes poderes se repartem, *grosso modo*, nas competências de fiscalização, aplicação de sanções e nas diferentes formas de intervenção sobre a execução do contrato.

No que interessa à concessão de rodovias, a legislação do Estado do Rio Grande do Sul compartimentou o exercício dos poderes de fiscalização e sanção, dividindo-os entre a AGERGS e o Poder Concedente. Os agentes do Poder Concedente e da AGERGS terão de observar esta repartição legal – tanto no exercício de atos materiais de fiscalização e sanção, quanto no exercício de atos de regulação – sob pena de nulidade de suas ações por falta de um pressuposto de validade intrínseco dos atos administrativos: a competência legal para exercê-los.

No que diz respeito à fiscalização e ao controle das concessões rodoviárias, a divisão destas atribuições já resta clara nas próprias disposições da Lei Estadual nº 14.875/2016 – lei quadro que autoriza o Estado do Rio Grande do Sul a conceder rodovias e estabelece as diretrizes gerais a serem observadas nestes contratos. Conforme se depreende do excerto a seguir transcrito, o art. 5º da Lei expressamente reserva um tipo de fiscalização ao Poder Concedente:

Art. 5.º Caberá à Secretaria de Parcerias e Concessões realizar **a fiscalização do contrato e aprovar os projetos de engenharia** apresentados pela concessionária, **sem prejuízo da fiscalização das obras pela Secretaria de Logística e Transportes.**  
(Redação dada pela Lei n.º 15.934/23)

Parágrafo único. Para a realização das atribuições referidas neste artigo, a Secretaria de Parcerias e Concessões poderá firmar convênios, termos de cooperação e contratar serviços de terceiros. (Redação dada pela Lei n.º 15.934/23)

Nota-se que o exercício do poder de polícia de fiscalização e controle em relação a temas afeitos aos projetos e às obras de engenharia são atribuídos a órgãos da administração direta do Estado do Rio Grande do Sul. A fiscalização, análise e aprovação dos projetos fica a cargo da Secretaria de

Parcerias e Concessões, enquanto o acompanhamento e fiscalização das obras em si é atribuição da Secretaria de Logística e Transportes do Estado - ambos integrantes do Poder Concedente.

O Decreto Estadual nº 53.490/2017, que regulamenta a Lei Estadual nº 14.875/2016, confere maior detalhamento para as competências reconhecidas ao Poder Concedente em seu art. 66. A longa lista de incisos contempla a descrição das atividades que lhe são atribuídas, evidenciando a intenção normativa de se atribuir ao Poder Concedente a primazia quanto ao exercício das prerrogativas de polícia administrativa em relação ao atendimento dos parâmetros contratuais pelo concessionário.

Em outras palavras, o subsistema normativo instituído pela Lei Estadual nº 14.875/2016 e o seu Decreto nº 53.490/2017, desvela um arranjo de competências em que o Poder Concedente é o responsável por fiscalizar e, por conseguinte, aplicar sanções, relativas a obras e projetos de engenharia em sentido amplo. Não se trata, aqui, de uma competência de mera aprovação de projetos e acompanhamento do avanço das obras. Trata-se de competência para, também, avaliar o atendimento a todo o conjunto de parâmetros que orientam a sua execução, bem como os serviços necessários à operação e manutenção das rodovias após as intervenções de engenharia e das obrigações referentes à interface do usuário com a rodovia.

O legislador, neste sentido, outorgou ao Poder Concedente o dever de exercer a fiscalização técnica da infraestrutura concedida em uma perspectiva integral, que abrange não apenas os projetos de engenharia e as obras, mas também o atendimento aos parâmetros técnicos e de desempenho exigidos pelo contrato e os demais serviços operacionais – imprescindíveis para que os usuários possam desfrutar de uma infraestrutura rodoviária adequada.

Ao fim e ao cabo, a função primordial do Poder Concedente no exercício das prerrogativas de polícia em relação à concessão é verificar o cumprimento do Programa de Exploração da Rodovia pela Concessionária – como bem estabelece o art. 63, do Decreto Estadual nº 53.490/2017:

Art. 63. A fiscalização do cumprimento das especificações técnicas de execução das obras previstas no Plano de Outorga – PO - e a aprovação das escolhas técnicas apresentadas pela concessionária, quando cabível, será realizada pelo Poder Concedente.

Não por outra razão, ao detalhar as competências do Poder Concedente em seu art. 66, o Decreto Estadual nº 53.490/2017 lhe atribui um espectro de atribuições que vão além da simples fiscalização de obras e projetos de engenharia. De acordo com o dispositivo, compete ao Poder Concedente zelar, de forma geral, pelo cumprimento do contrato e seus anexos (art. 66, inc. V), bem como

assegurar a qualidade do serviço concedido, recebendo e monitoramento o atendimento de queixas apresentadas pelos usuários (art. 66, inc. VII). Para além disso, compete ao Poder Concedente aprovar escolhas técnicas relativas à administração, operação, manutenção, ampliação e conservação do sistema rodoviário (art. 66, inc. XII, *in fine*).

Para todo este conjunto de temas, o art. 66, inc. I e II do Decreto Estadual nº 53.490/2017, reconhece a competência do Poder Concedente para fiscalizá-los, regulá-los e para aplicar penalidades em caso de seu descumprimento.

Em contrapartida, as prerrogativas de fiscalização, controle e apenamento das concessões reconhecidas à AGERGS são aquelas relativas aos temas que não foram reservados ao Poder Concedente. Neste sentido, o art. 75 do Decreto Estadual nº 53.490/2017 trata de estabelecer as atividades sujeitas ao poder de polícia desta Agência, cujo *caput* assim dispõe:

Art. 75. A Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS exercerá a regulação das concessões de que trata este Decreto, competindo-lhe, observada a competência do Poder Concedente: (...)

Note-se que a norma é expressa em ressaltar as competências do Poder Concedente ao estabelecer quais são as atribuições da AGERGS. Isto não ocorre sem motivo, trata-se de reforço normativo à ideia de que as atribuições da Agência são residuais em relação àquelas atribuídas ao Poder Concedente. Assim, não se reconhece legitimidade jurídica à AGERGS para regular, fiscalizar ou apenar obrigações que foram submetidas à atuação do Poder Concedente.

Não por outro motivo, os incisos do artigo 75 do Decreto Estadual nº 53.490/2017 indicam uma lista de atividades sem qualquer sobreposição em relação aos temas atribuídos pelo art. 66 ao Poder Concedente. À Agência, neste sentido, compete a garantia do equilíbrio econômico-financeiro da contratação (art. 75, inc. II, IV, VI, X), acessar dados contábeis, administrativos e operacionais para o acompanhamento econômico e financeiro da concessão (art. 75, inc. VII) e disciplinar atividades auxiliares, complementares ou decorrentes dos serviços concedidos (art. 75, XII). A AGERGS ainda desempenha papel relevante enquanto instância administrativa de resolução de controvérsias (art. 75, inc. VIII e XIV), no entanto, em nenhum dos incisos constam competências para a fiscalização da infraestrutura concedida.

A atribuição reconhecida à Agência para a aplicação de penalidades é limitada aos temas sujeitos a sua competência, conforme se depreende do próprio art. 75, inc. III:

Art. 75. A Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS exercerá a regulação das concessões de que trata este Decreto, competindo-lhe, observada a competência do Poder Concedente: (...)

III - aplicar sanções regulatórias, inclusive multas, **sem prejuízo das competências do Poder concedente** e dos órgãos de controle externo;

Diante deste cenário normativo, tem-se um cenário claro de repartições de competência, em que o legislador reservou o exercício da fiscalização e do poder de sanção a temas relacionados à infraestrutura rodoviária ao Poder Concedente e, residualmente, autorizou à AGERGS a atuar nos demais temas ancilares da concessão. De forma alguma, porém, permitiu uma espécie de competência concorrente entre ambas as instituições – o que é expressamente consignado ao longo de todo o Decreto nº 53.490/2017 através das constantes ressalvas às competências do Poder Concedente.

A despeito disso, a Minuta de Resolução ora apresentada desconsidera por completo o âmbito de atuação desta Agência. Conforme se depreende de suas disposições, a Resolução avança disposições sobre a fiscalização e sancionamento de temas afeitos ao (i) atendimento aos usuários; (ii) à qualidade da infraestrutura rodoviária; (iii) às regras aplicáveis serviços operacionais e de atendimento ao usuário – todos estes, temas de competência reservada pela legislação ao Poder Concedente.

As sanções do grupo A, por exemplo, criadas pelo art. 14 da norma, versam sobre obrigações relativas ao Centro de Controle Operacional (art. 14, inc. II), sinalização dos marcos quilométricos das rodovias (art. 14, inc. VI), qualidade técnica dos meios fios (art. 14, inc. VII), dos veículos utilizados na operação da concessão (art. 14, inc. VIII), parâmetros de avaliação das obras de arte especiais (art. 14, IX e X) e a uniformização dos profissionais envolvidos na prestação de serviços (art. 14, inc. VIII).

Note-se que os exemplos acima são de obrigações relacionadas à infraestrutura em si e à operação dos serviços a ela associados – temas que não foram atribuídos à AGERGS, mas, sim, reservados ao Poder Concedente. Os mesmos equívocos são notados nas sanções dos grupos B, C, D e E da norma, instituem normas sobre (i) atendimento aos usuários; (ii) parâmetros técnicos e de qualidade da infraestrutura e dos serviços operacionais.

A ausência de competência para editar normas sobre as sanções que invadem temas de competência do Poder Concedente torna a Minuta de Resolução absolutamente nula, por falta de pressuposto intrínseco à juridicidade do ato regulatório. Violação deste jaez não é passível de convalidação superveniente, o que torna imperativa a imediata extinção deste processo de alteração normativa e a revisão de todo o conteúdo da norma.

Destaca-se que, não se questiona na presente manifestação a competência da AGERGS para expedir atos normativos de regulação das concessões rodoviárias estaduais, o que se impugna é o fato de a norma proposta impor de maneira unilateral novas obrigações à Concessionária, o que não pode ser admitido.

Diante do exposto, com o devido respeito, do viés contratual e legal não se mostra de igual modo possível que a AGERGS imponha a Resolução ora em discussão à Rota de Santa Maria, no âmbito da concessão da RSC-287.

#### 04. Mérito:

Sem prejuízo das importantes questões apresentadas acima, que explicitam a necessidade de suspensão imediata da edição da minuta de resolução pretendida, devendo ser iniciado um amplo processo administrativo de discussão da norma, com a participação de todos os possíveis interessados e adoção de todos os procedimentos previstos em lei, em especial com a realização de uma análise de impacto regulatório, a Concessionária, de boa-fé e visando contribuir com as discussões e melhoria da regulação setorial, vem apresentar no documento em anexo contribuições iniciais a respeito da minuta de resolução, que reforçam a importância de ampla discussão e negociação consensual, preservando o projeto de concessão da RSC-287 e seu equilíbrio econômico-financeiro.

Abaixo, listam-se ainda outros pontos relevantes a serem considerados juntamente dos contidos no anexo:

##### 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.

A Lei Federal nº 8.987/1995 suplementa este dever em seu art. 9º, §4º, ao dizer, expressamente que, em caso de alteração unilateral do contrato, a recomposição das condições econômico-financeiras deve ser concomitante à modificação contratual:

*Art. 9º. (...)*

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

Ao pretender impor, unilateralmente, a alteração do sistema de penalidades da Concessão, a AGERGS viola este preceito. As normas previstas na Resolução criam custos inéditos para a Concessionária – decorrentes do incremento de seu custo de capital, do custo de seus seguros e garantias e eventuais impactos sobre os juros de seus financiamentos. Todos estes incrementos decorrem de alteração regulamentar unilateralmente exercida pela administração estadual, configurando hipótese de risco alocada ao Poder Concedente pelo Contrato de Concessão:

*19.3. O PODER CONCEDENTE é responsável pelos seguintes riscos relacionados à CONCESSÃO:*

*(...)*

*19.3.5. alterações na legislação e regulamentação, inclusive acerca de criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos, que alterem a composição econômico-financeira da CONCESSÃO, excetuada a legislação dos impostos sobre a renda;*

Neste caso, trata-se de alteração regulamentar com impacto sobre a composição econômico-financeira da concessão. Até mesmo as variações de custo de capital, ordinariamente de risco da concessionária, nesta hipótese, tornam-se risco do Poder Concedente. Isto porque, a própria Cláusula 19.2.18 do Contrato excepciona a alocação deste risco nas hipóteses em que o aumento do custo de capital tenha causa em fato reconhecido como de risco do Poder Concedente. É o que se depreende de sua redação:

*19.2.18. aumento do custo de capital, inclusive os resultantes de aumentos das taxas de juros e variação cambial, excetuando-se os casos previstos na subcláusula 19.3;*

Não resta dúvidas, portanto, que a norma ora discutida altera o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. A despeito disso, a proposta objeto de discussão ignora este fato e não observa as exigências da Lei Federal nº 8.987/1995 quanto a obrigatoriedade da recomposição do equilíbrio contratual de forma concomitante a sua alteração.

Mais do que isso, a forma como está sendo conduzida a alteração normativa descumpre o próprio Contrato de Concessão. Como já se pôde destacar em diversas outras ocasiões, a Cláusula 20.2.14.1. do Contrato determina que os pedidos de alteração unilateral *"deverão ser acompanhados de proposta de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pelo CONCEDENTE, inclusive com a indicação da(s) modalidade(s) de alteração contratual a ser(em) adotada(s)".*

Assim é que uma alteração contratual como a que a minuta de Resolução Normativa em comento propõe não pode ser avaliada desacompanhada de uma proposta de simultânea recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Conforme salientado anteriormente, a minuta do Contrato e conseqüentemente o rol de infrações e penalidades estavam divulgados já como anexos do Edital, no âmbito do processo de Concorrência Internacional. Foi com base nestas que a então proponente calculou riscos e formou o preço que daria sustentação à proposta econômica apresentada.

O deságio de 54% ofertado pelo Consórcio Via Centra pautou-se em um estudo robusto de tráfego, condições do pavimento, e, também, dos instrumentos a serem firmados, como a minuta do Contrato de Concessão e do PER.

Em linhas gerais, o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão é assegurado pelo art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal e traduzido no dever de se preservar as condições econômicas e financeiras originalmente estabelecidas para a contratação. É o que se depreende do texto constitucional quando este determina a manutenção das *"condições efetivas da proposta"*:

Art. 37. (...)

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.

(destaques acrescentados)

A preservação destas condições nada mais é do que a obrigação de se preservar, ao longo de toda a vigência contratual, as premissas técnicas e econômicas consideradas pelo parceiro privado em sua proposta.

Com a adjudicação da Concessão, fixada a tarifa vencedora, formou-se o valor econômico que traduz de forma objetiva o estado de equilíbrio original da contratação. Edital e Contrato, por sua vez, definem as premissas técnicas, econômicas e jurídicas que conferem substrato a seu valor e, indiretamente, ao próprio equilíbrio contratual.

Modificar o rol e quantidade de infrações, o valor das sanções, impor novas condições agravantes, qualificadoras, criar cadastro negativo e hipóteses de reincidências de uma forma não prevista no Contrato original, onerando o fluxo de caixa da concessão e as suas condições de financiamento significa romper com o equilíbrio original da contratação e ofender as premissas técnicas, econômicas e jurídicas que conferem substrato a seu valor

Assim, não se pode aquiescer com a proposta de edição de uma Resolução Normativa que modifique a matriz contratual sem que, antes, se discuta ampla e profundamente todas essas modificações e seus impactos no equilíbrio originário da Concessão.

#### **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.

A norma, neste sentido, cria verdadeira sobreposição de restrições à esfera de direitos da concessionária, que se levada a diante poderá resultar na inviabilização da execução do Contrato. Isto

evidencia que esta Agência reforma o sistema de penalidades do Contrato de Concessão como se este fosse um fim em si mesmo, absolutamente independente em relação aos demais instrumentos regulatórios estabelecidos para incentivar o correto cumprimento da avença. Nas concessões, no entanto, esta premissa não apenas é equivocada do ponto de vista conceitual como também contraria o que a legislação preconiza para estes contratos.

As concessões não se confundem com contratos administrativos tradicionais, em que o particular contratado não assume riscos relacionados a operação e gestão de determinado serviço. Nestes, a obrigação assumida pelo contratado se resume à correta execução da obra ou serviço, com sua posterior entrega ao Estado. Para assegurar a boa performance do contratado, estas avenças pressupõe um sistema de penalidades focado em cada etapa da execução dos serviços ou obras, a ser acionado sempre que o prestador não atender aos parâmetros esperados.

As concessões seguem lógica distinta. A sua celebração tem a finalidade de transferir a gestão de determinada infraestrutura a um parceiro privado, para que este, mediante o uso de sua *expertise* gerencial e de engenharia ofereça soluções que permitam o aprimoramento da qualidade dos serviços disponibilizados aos usuários. Em contrapartida, este poderá amortizar os investimentos realizados mediante a cobrança de um valor tarifário ao longo da vigência do contrato.

As técnicas, as etapas de obra ou a forma como estas serão executadas não são parte central da contratação. O que de fato é relevante nas concessões são os resultados atingidos pelo parceiro privado. É posta esta razão que a legislação autoriza, em seu art. 18, inc. XV, que estes contratos sejam licitados com meros “elementos de projeto básico”. Não é necessário o detalhamento exato de como as intervenções serão realizadas, pelo contrário, pressupõe-se maior liberdade nesta seara justamente para se permitir que o parceiro privado possa imprimir as suas soluções para atingir os resultados almejados.

O referencial para o controle dos resultados atingidos são os parâmetros de desempenho e de qualidade estabelecidos pelo contrato. A celebração de um contrato de concessão, sob esta perspectiva, implica a transição de um modelo de controle de meios – focado em cada etapa da execução das obras – para um controle de resultados, em que o prestador dos serviços é avaliado pelo atendimento de indicadores de performance.

Não por outro motivo, o anexo 2 do Contrato de Concessão, o Programa de Exploração da Rodovia (“PER”) – que contempla o cerne obrigacional das concessões de rodovias - não estabelece detalhamentos de engenharia. O conjunto de obrigações, ali definidos, contemplam prazos de conclusão de obras, parâmetros técnicos e de desempenho a serem atendidos nas obras, na operação da infraestrutura rodoviária e na disponibilização de serviços aos usuários. O cumprimento ou não destes

parâmetros não é unicamente vinculado ao sistema de penalidades da concessão. Primeiro, estes são abrangidos pelo sistema de Desconto e Acréscimo de Reequilíbrio, que sujeitam a remuneração da concessionária a variações conforme o seu desempenho no atendimento às exigências do PER.

Segundo, estão sujeitos a um Índice de Qualidade e Desempenho – que também gera variações na remuneração do privado em caso de falha no atendimento a parâmetros específicos, voltados a aferir a qualidade da operação da concessão.

Apenas as obrigações não abrangidas por estes sistemas, ou que apresentem alguma criticidade essencial, estão submetidas ao sistema de penalidades do Contrato.

E por isso o Contrato de Concessão firmado pela esta Concessionária conta com um número reduzido de penalidades – são apenas de 23 infrações contratuais. Isto não significa maior leniência ou incentivo inadequado a boa performance, mas tão somente a orientação do sistema de incentivos do contrato a uma fiscalização e controle de resultados, ao invés de um controle de meios – como sói nos contratos de concessão.

A AGERGS desconsidera por completo este sistema na Minuta de Resolução proposta. Parece tomar a concessão por um contrato de empreitada, tradicionalmente regido pela legislação geral de contratos administrativos. Assim, trata de instituir cerca de 124 novas infrações, abrangendo um sem-número de obrigações de meio e associando infrações de advertência e, em especial, multas ao descumprimento de parâmetros de qualidade e desempenho sobre obras, operação da concessão e atendimento aos usuários.

No que diz respeito à disponibilização de informações aos usuários, por exemplo, muito embora este seja um parâmetro de avaliação previsto pelo Anexo 7 para o IQD e sujeito a penalidades instituídas pela Cláusula 18.2 do Contrato de Concessão, a Minuta de Resolução institui, desnecessariamente, novas cominações para estas obrigações em seus artigos 14, inc. I, III e VI.

No que diz respeito às obrigações de sinalização da rodovia, a Minuta de Resolução institui uma série de novas penalidades em seus artigos 15, inc. V, art. 16, inc. VIII e IX, art. 17, inc. VII e art. 18, inc. III e XXIII. Ocorre que todas as obrigações ali referidas são previstas pelo PER (item 3.1.2) e abrangidas, pelo Sistema de Desconto e Acréscimo de Reequilíbrio, caso descumpridas pela Concessionária, que já institui, na Tabela I, do Anexo V do Contrato, reduções tarifárias para o caso de descumprimento destes parâmetros, conforme se vê:

5	Atendimento aos parâmetros de desempenho de sinalização vertical	0,00122%	Por km	D
6	Atendimento aos parâmetros de desempenho de sinalização horizontal	0,00794%	Por km	D
7	Atendimento aos parâmetros de desempenho de dispositivos de proteção e segurança	0,00057%	Por km	D
8	Atendimento aos parâmetros de desempenho de dispositivos de sistemas elétricos e iluminação	0,00011%	Por km	D
<b>IMPACTO MÁXIMO ANUAL DE SINALIZAÇÃO, DISP. DE SEG. E SIST. ELET. E DE ILUM.</b>		<b>0,00983%</b>		--

A norma institui novas sanções também para obrigações relativas à qualidade do pavimento, dos serviços e sistemas operacionais e as obrigações de manutenção da rodovia, conforme se depreende do art. 14, inc. II, V, VII, IX, X, do art. 15, inc. III, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XIX, do art. 16, inc. IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXII, XXIII, XXVI, XXVII, XXVIII, XXIX, do art. 17, inc. IV, V, VI, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXII, XXIV, XXIX e do art. 18, inc. IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI e XXVIII.

As obrigações mais relevantes contempladas pelos artigos anteriores, tais como as de se (i) evitar trilhas de roda em pavimento, (ii) a observância dos limites de irregularidade longitudinal máxima (IRI), (iii) a ausência de desnível entre faixas contíguas e (iv) entre a faixa de tráfego e o acostamento, (v) o atendimento aos parâmetros de sinalização vertical e horizontal da rodovia, (vi) o atendimento aos parâmetros de desempenho de dispositivos de segurança e proteção, bem como (vii) aos parâmetros dos sistemas elétricos, são abrangidas pelo sistema de Desconto e Acréscimo de Reequilíbrio.

Os descumprimentos aos IRI máximo admitido pelo PER, a manutenção de buracos na faixa de rolamento e acostamentos após 24 horas de sua constatação e, por fim, a deflexão característica em desacordo com a prevista pelo PER ainda são objeto de penalidades específicas, previstas pela Cláusula 18.2 do Contrato de Concessão.

Nota-se, portanto, que o plexo de obrigações que esta Agência pretende, agora, submeter a um novo regime de penalidades já encontra endereçamento dentro dos sistemas de incentivo ao cumprimento contratual, composto pelo IQD, pelo sistema de Desconto e Acréscimo de Reequilíbrio e, por fim, pelo próprio sistema de penalidades instituído pelo Contrato.

A se levar adiante este tipo de norma, o Contrato de Concessão será absolutamente desestruturado. Passará a contar com um sistema de penalidades que, conforme demonstrado nos parágrafos anteriores, estará sobreposto tanto com o sistema e acréscimo de reequilíbrio, quanto em relação ao IQD da concessão. Caso aplicado, portanto, poderá levar a uma penalização tripla da concessionária, que para além do decréscimo em sua remuneração, terá de suportar a incidência de multas de valor absolutamente desproporcionais – conforme se mostra a seguir.

Ainda que um sistema deste tipo possa dar a impressão de uma fiscalização rigorosa pela AGERGS, a sua implantação representa um galopante avanço em direção à inviabilização econômico-financeira do contrato. Afinal, o sistema de penalidades decorrente da contratação, ao invés de contribuir para o desincentivo ao inadimplemento, certamente contribuirá para a impossibilidade de se continuar a executar o contrato de concessão.

As sanções contratuais não podem servir a este fim e, muito menos, devem ser consideradas um fim em si mesmo. Se não atendem a um fim de interesse público e se resumem ao atendimento à pretensão punitiva desta Agência, certamente esta carece de qualquer fundamento legal, em especial, no caso dos contratos de concessão. No presente caso, dada a natureza do contrato e a absoluta suficiência do sistema de incentivos e desincentivos instituídos pelo Sistema de Acréscimo e Desconto de Reequilíbrio, pelo Índice de Qualidade e Desempenho e, por fim, do próprio sistema de penalidades já em vigor, não se vê qualquer legitimidade jurídica na alteração regulatória pretendida por esta Agência.

De rigor, portanto, a imediata paralisação deste processo de revisão normativa.

#### 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.

A sanção não é produto do arbítrio estatal. É instrumento que somente poderá ser legitimamente manejado se o for em prol dos fins que vinculam a atuação da administração pública e observe os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

O principal destes limites é, justamente, o dever de proporcionalidade, que impõe balizas a serem observadas pelo Poder Público sempre que intervir sobre a esfera de direitos de particulares. Especificamente no que tange ao poder sancionador, a proporcionalidade exige que as sanções guardem uma correlação direta e imediata com a gravidade da conduta infracional e dos danos causados pela infração, e tenham o objetivo de instituir constrictões à esfera de direitos do privado na exata medida do necessário para assegurar o desestímulo ao inadimplemento.

A Minuta de Resolução da AGERGS fracassa, ao menos em três perspectivas, em atender a estes deveres. É o que se passa a demonstrar.

#### 04.3.1. Valor das Multas

A primeira violação ao dever de proporcionalidade consta de seu art. 23, que institui metodologia absolutamente inadequada de apuração do valor das penalidades de multa. Conforme se depreende do dispositivo, a AGERGS pretende calcular o valor destas penalidades com base no faturamento anual bruto da Concessionária. A redação do dispositivo é a seguinte:

Art. 23. As multas terão os seguintes percentuais, por grupo, calculados sobre o faturamento bruto anual verificado no ano imediatamente anterior à aplicação das penalidades:

I – Grupo B – 0,5%

II – Grupo C – 1%

III – Grupo D – 2%

IV – Grupo E – 2,5%

O critério é avesso ao dever de proporcionalidade. Primeiro, por não ter qualquer relação com a gravidade da conduta do parceiro privado ou com os danos causados. A bem da verdade, ao adotar esta metodologia, o art. 23 da Resolução proposta rompe com qualquer possibilidade de proporção entre a gravidade da conduta e a sanção a ser imposta e cria situação teratológica, **em que condutas infracionais idênticas e, porquanto, de mesma gravidade, possam ser penalizadas com multas de valores distintos ao longo da concessão.**

Caso a infração seja cometida em ano de menor faturamento, a sanção será menor, ao passo que, caso a conduta seja cometida em ano de faturamento superior, a sanção será maior. Evidente

que um sistema punitivo deste tipo é ilícito. As sanções carecem de qualquer objetividade e se torna impossível, tanto ao ente regulador e ao Poder Concedente, quanto à Concessionária, saber ao certo a extensão das sanções que poderão ser aplicadas ao longo do contrato.

Para além da ruptura com o dever de proporcionalidade, esta situação denuncia evidente violação **ao princípio de legalidade estrita** – de aplicação obrigatória a qualquer procedimento sancionatório, seja ele administrativo ou judicial. Consagrado pelo art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 5º (...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Conforme se depreende de sua redação, a aplicação de qualquer sanção no direito brasileiro pressupõe a prévia definição normativa da sanção a ser aplicada. No sistema instituído pelo art. 23, há absoluta indefinição normativa sobre o efetivo valor das multas a serem aplicadas – afinal, a sua definição sempre dependerá de evento futuro e incerto, qual seja, o faturamento anual bruto da concessionária.

Trata-se, portanto, de norma inconstitucional e que não pode ser levada adiante. Como se isto não fosse gravoso o suficiente, a metodologia instituída pelo art. 23 da Resolução proposta ainda padece de uma terceira ilegalidade – desta vez, novamente relacionada ao princípio da proporcionalidade. Ao adotar o faturamento bruto da concessionária como referência para a definição do valor das multas, a norma institui valor absolutamente exorbitantes para as penalidades aplicáveis às concessões.

Conforme visto acima, o valor das multas poderá variar de 0,5% a 2,5% do faturamento anual bruto da Concessionária. A se considerar as projeções mais recentes de faturamento bruto da Rota de Santa Maria, esta estaria exposta a sanções de cerca de R\$ 500.000,00 a R\$ 2,5 milhões, por evento. O montante dá pista da dimensão assumida pelas penalidades contempladas na Resolução.

A sua comparação com os valores previstos originalmente pelo Contrato de Concessão torna ainda mais evidente a sua desproporcionalidade. No Contrato original, o valor das sanções é definido em função da URT, uma unidade de referência fixa que determinaria a conversão do valor da multa em recursos financeiros, que ao fim e ao cabo, resulta em uma pena de multa mínima de R\$ 410,00 por evento e uma pena de multa máxima de R\$ 41 mil por evento. A inovação pretendida pela AGERGS, portanto, aumenta em mais de 10.000 (dez mil) vezes o valor das sanções aplicáveis à Concessionária.

Ainda que se desconsidere o contrato originalmente celebrado, a metodologia instituída pela AGERGS não encontra respaldo nas experiências nacionais mais relevantes do setor. Tome-se como exemplo, a estrutura jurídica do sistema de penalidades adotado pela ANTT na modelagem do Lote de Rodovias Federais do Rio Grande do Sul, apresentado durante a Audiência Pública nº 10/2022. Neste, constata-se que as penalidades são estabelecidas a partir de valores monetários fixos e previamente definidos, cuja incidência varia conforme o tipo de infração e a gravidade da conduta.

Para as infrações relativas a atrasos, as penalidades são aplicadas por dia de mora. O menor valor aplicável a infrações deste tipo é de R\$ 139,00, enquanto a maior multa possível para eventos deste tipo é de R\$ 5.376,00. Para infrações de obrigações que tenham um marco inicial e um marco final para o seu cumprimento, a ANTT institui multas específicas para o descumprimento destas datas. Para estas infrações, a menor multa pelo descumprimento do marco inicial será de R\$ 3.000,00, enquanto a maior será de R\$ 28 mil. Para o descumprimento do marco final, a menor multa aplicável será de R\$ 30 mil, enquanto a maior multa aplicável será de R\$ 960 mil.

O projeto em questão apresenta porte consideravelmente maior do que a concessão da RSC 287 – o que significa que os investimentos exigidos são de maior porte e o fluxo de caixa do projeto também conta com um volume maior de receitas, apto a suportar multas de maior valor. O quadro abaixo apresenta breve comparação entre os projetos:

<i>Lote Rio Grande do Sul</i>	<i>RSC 287</i>
<i>Extensão: 674,1 km</i>	<i>Extensão: 204,51 km</i>
<i>Investimentos: R\$ 4,4 bilhões</i>	<i>Investimentos: R\$ 2,27 bilhões</i>

Ainda assim, quando se compara o vulto das multas consideradas no projeto federal com as pretendidas pela nova Resolução da AGERGS, nota-se que os valores desta última são, em muito, superiores aos praticados pela ANTT. A norma, portanto, extrapola por completo dos deveres de proporcionalidade, buscando aplicar para as concessões do Estado sanções que não são consideradas nem mesmo nos maiores projetos do país.

O mesmo se pode notar em relação à experiência do Estado de São Paulo com as concessões rodoviárias. As sanções aplicadas pela ARTESP seguem tabelas contratuais que estabelecem

valores fixos por grupo de infração. Para se ter um exemplo, a tabela do Contrato de Concessão do Sistema Rodoviário Piracicaba-Panorama segue os seguintes valores:

### 3. VALORES DE MULTAS

**Tabela I**  
**Definições dos Grupos**  
(março/2019)

Grupos	Valores de Multas
I	R\$ 45.041,84
II	R\$ 225.209,18
III	R\$ 405.376,54
IV	R\$ 540.502,05

Conforme se vê, mesmo neste caso, as multas estão em valores consideravelmente menores do que os pretendidos pela AGERGS.

Em decorrência da exorbitância dos valores sancionatórios, as penalidades estabelecidas pela Resolução proposta pela AGERGS também se tornam desproporcionais quando se compara a gravidade das condutas apenadas e o valor da sanção. Se levada adiante, a minuta de Resolução Normativa punirá com sanções da ordem de milhões de reais uma série de Infrações de baixa criticidade.

Listamos como exemplo:

- **Infrações do Grupo B: 21 novas infrações – penalidade de 0,5% a ser calculado sobre o faturamento bruto da Concessionária, ou seja, cerca de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais):**

Imagine-se a título de exemplo que uma área de meio metro ao longo dos 409.020 metros lineares existentes sob concessão atinja, em um período de excesso de chuvas alternadas com calor e sol intenso, vegetação com altura de 31cm, ou seja, com altura superior a 30cm. Esta conduta, segundo o art. 15, inciso VII, da minuta de Resolução Normativa, constitui infração média e sujeita-se a uma sanção de cerca de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Igual multa seria aplicada se a Concessionária não mantivesse uma cópia impressa junto ao “local da obra” do projeto executivo que já fora protocolado previamente perante Poder Concedente e Agência e por esses aprovados antes do início dessa obra. Referida obrigação não consta no Contrato nem no PER, constituindo ônus adicional ao escopo inicial, sem previsão, contudo, de medida a mitigar seu impacto.

Também pretende incida no caso de a Concessionária “deixar de adotar medidas, ainda que provisórias, para reparação de cercamento nas áreas operacionais por prazo superior a 24 (vinte e quatro) horas;”. Trata-se de mais uma situação de obrigação nova, que não consta no Contrato nem no PER, constituindo ônus adicional ao escopo inicial, sem previsão, contudo, de medida a mitigar seu impacto.

O risco de reparar as áreas operacionais no prazo contratual é da Concessionária e não há obrigação de adotar medidas provisórias no escopo inicial que deu ensejo à formação do preço. Modificar essa matriz impõe a adoção de medidas de revisão para reequilibrá-la.

Por tais motivos, não podem ser admitidas.

- **Infrações do Grupo C: 31 novas infrações – penalidade de 1% a ser calculado sobre o faturamento bruto da Concessionária, ou seja, cerca de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);**

Imagine-se a título de exemplo que uma obra de duplicação ou uma passagem de cabos demande a interdição temporária de uma das pistas por alguns minutos e a AGEGRS, apesar de possuir acesso ao SGO e aos canais de comunicação da concessionária, não seja “diretamente” comunicada. A resolução propõe a aplicação de penalidade de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para a ausência dessa comunicação que, merece destaque, não consta no Contrato nem no PER, constituindo ônus adicional ao escopo inicial que impunha apenas a comunicação aos usuários através dos meios de comunicação da concessionária.

A mesma penalidade pretende ser aplicada quando qualquer equipamento da praça de pedágio apresentar mal funcionamento por mais de 6 (seis) horas, ainda que durante todo esse período medidas mitigadoras tenham sido adotadas e os parâmetros contratuais tenham conseguido ser mantidos. Trata-se de mais uma imposição que não consta no Contrato nem no PER, constituindo ônus adicional ao escopo inicial e, novamente, desacompanhada de proposta de revisão contratual a mitigar seu impacto.

O ônus da operação é um risco da Concessionária, assim como da manutenção dos parâmetros, cujo não atingimento ou manutenção enseja as penalidades contratuais já aplicáveis.

A Concessionária deve gerenciar a via, e lidar com falhas, mantendo os níveis de atendimento. O contrato admite e permite que falhas em equipamentos ocorram, desde que mantidos os parâmetros. É o que estabelece a matriz de risco e o contrato já trouxe mecanismos para punir o não atingimento ou manutenção de parâmetros.

A resolução enrijece a lista de obrigações e afeta a matriz de risco. A Agência propõe apenação e impõe novos parâmetros e obrigações no caso de problemas, mesmo quando haja manutenção dos referidos parâmetros durante essas situações, propondo uma penalidade milionária para tais casos.

Por tais motivos, não podem ser admitidas.

- **Infrações do Grupo D: 30 novas infrações – penalidade de 2% a ser calculado sobre o faturamento bruto da Concessionária, ou seja, cerca de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais);**

A resolução pretende aplicar punição da ordem de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) para o caso de a Concessionária *"efetuar com atraso ou mesmo deixar de destinar recursos a projetos e estudos que visem ao desenvolvimento tecnológico do Sistema Rodoviário;"*.

A concessionária não é responsável por elaborar os projetos, nem por aplicar o recurso quando não há projeto submetido, ou quando esse não for apreciado de forma célere pelos órgãos responsáveis.

Merece destaque, a verba não foi aplicada no primeiro ano da concessão, e a toda evidência, também não deve ser aplicada no segundo ano, apesar de submetido projeto previamente, por falta de apreciação em tempo pelo Concedente/Regulador.

Prevê ainda a penalização para casos genéricos e amplos, sujeitos ao arbítrio do agente fiscalizador e julgador, como para quando a concessionária *"deixar de cumprir determinação da AGERGS no prazo estabelecido referente à qualidade dos serviços e à regulação econômica;"*.

É fato que a AGERGS possui poder de fiscalização regulatória contratual, mas isso não lhe confere o poder de emitir determinações que fujam do seu limite de atuação contratual e legal e, menos ainda, enseja que o descumprimento destas se tornem diretamente uma penalidade sujeita à uma sanção de dois milhões de reais.

Trata-se de mais uma inovação, constituindo outro ônus ao escopo inicial, e, novamente, desacompanhada de proposta de revisão contratual a mitigar seu impacto.

A mesma sanção pretende seja aplicada para quando resíduos não foram retirados de acostamentos *"no prazo de 6 (seis) horas a partir do evento que lhe deu origem;"*. Trata-se de mais uma

inovação que afeta a matriz de risco. A um, pois os prazos contam-se sempre da notificação e não do evento que lhes deram origem e, a dois, pois o PER estabelece o prazo de 72 (setenta e duas) horas para tanto. A resolução muda a base de contagem do prazo e o diminui em doze vezes.

Trata-se de mais uma inovação, constituindo outro ônus ao escopo inicial, e, novamente, desacompanhada de proposta de revisão contratual a mitigar seu impacto.

Por tais motivos, não podem ser admitidas.

- **Infrações do Grupo E: 28 novas infrações – penalidade de 2,5% a ser calculado sobre o faturamento bruto da Concessionária, ou seja, cerca de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais);**

Para tal grupo, a resolução pretende aplicar as penalidades mais severas, na ordem de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais).

Lista como infração “deixar de cumprir determinação da AGERGS no prazo estabelecido referente à segurança de pessoas e bens públicos e privados;”. Ou seja, imposições da agência que não sejam obrigação contratual se tornam encargos sujeitos a penalidades milionárias. Trata-se de mais uma inovação, constituindo outro ônus ao escopo inicial, e, novamente, desacompanhada de proposta de revisão contratual a mitigar seu impacto.

A mesma penalidade pretende seja aplicada para quando uma única trinca superar os índices previstos no Contrato ou PER. Aqui, vale destaque, a resolução não lista prazo nem condiciona a aplicação após a notificação, ou seja, inova novamente em obrigação não prevista. O Contrato traça parâmetros e concede prazos de atuação, contados sempre da notificação do fiscalizador. A resolução inova condicionando o descumprimento à mera ocorrência do fato e não de seu apontamento.

Trata-se de mais uma inovação, constituindo outro ônus ao escopo inicial, e, novamente, desacompanhada de proposta de revisão contratual a mitigar seu impacto.

Igual penalidade é proposta para quando um único ponto do pavimento apresente índice superior ao previsto no Contrato do parâmetro de irregularidade longitudinal. Aqui, vale o destaque: o Contrato já traz penalidade para esse item, na cláusula 18, assim como no Fator D, para o caso de descumprimento, sendo que a resolução ignora a referida penalidade e pretende aplicar uma punição 3048 vezes maior.

Por tais motivos, não podem ser admitidas.

Ainda a título de comparação, a Lei Geral de Proteção de Dados (“LGPD” ou Lei n.º 13.709/2018), prevê como pena máxima para um descumprimento legal ou vazamento de dados a pena de 2% sobre o faturamento da empresa ou grupo conglomerado que incorrer na infração ou incidente de vazamento.

Ora, a título de exemplo: uma multinacional de telefonia que tiver seu banco de dados invadido e divulgado ilegalmente, com o vazamento de dados pessoais sensíveis de milhões de usuário pode receber, na pior das hipóteses, uma multa de 2% (dois por cento) do faturamento, enquanto a resolução pretende aplicar uma multa de 2,5% (dois e meio por cento) do faturamento à Rota de Santa Maria por ter 1 ponto de ocorrência de deflexão fora do padrão previsto no PER.

Permitir a incidência deste novo sistema de penalidades sobre os contratos de concessão de rodovias do Estado do Rio Grande do Sul é lhes atribuir uma matriz sancionatória absolutamente incompatível com o seu porte econômico-financeiro. Trata-se de imputação de sistema sancionatório com multas em muito superiores às necessárias para se assegurar a boa execução contratual. Neste sentido, a norma viola, também, esta dimensão do dever de proporcionalidade.

Não por outra razão, o STJ tem reputado ilegais cláusulas que estabeleçam valores exorbitantes de multa:

CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA. MORA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. REDUÇÃO. INOCORRÊNCIA DE INVASÃO DE COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PELO JUDICIÁRIO. INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA DA LEI. APLICAÇÃO SUPLETIVA DA LEGISLAÇÃO CIVIL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. (...) 3. O art. 86, da Lei nº 8.666/93, impõe multa administrativa pela mora no adimplemento do serviço contratado por meio de certame licitatório, o que não autoriza sua fixação em percentual exorbitante que importe em locupletamento ilícito dos órgãos públicos. 4. Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações). 5. Princípio da Razoabilidade. 6. Recurso improvido<sup>4</sup>.

A Resolução proposta por esta Agência, assim, não reúne os pressupostos jurídicos necessários para que possa ser publicada de forma válida.

---

<sup>4</sup> REsp 330677/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 02/10/2001, DJ 04/02/2002, p. 306.

#### 04.3.2. Sistema de Atenuantes e Agravantes Incompatível com o Dever de Proporcionalidade e a Ampla Defesa

O sistema de atenuantes e agravantes instituído pela nova Resolução também se mostra contrário ao dever de proporcionalidade. Previsto pelos §§ 1º e 2º, do art. 27, este prevê um conjunto de fatos que poderão minorar ou majorar a sanção aplicável ao parceiro privado, conforme se vê:

Art. 27. A dosimetria na aplicação de sanção considerará a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pela concessionária, as circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como os antecedentes da concessionária.

§ 1º São circunstâncias atenuantes, dentre outras:

I – o reconhecimento da autoria da infração;

II - a adoção voluntária de providências eficazes para evitar ou mitigar as consequências da infração, ou para reparar, antes da decisão do processo ou de determinação da autoridade competente, os efeitos da infração.

§ 2º São circunstâncias agravantes as seguintes condutas da concessionária:

I – recusar a adoção de 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 – auferir vantagens em decorrência da infração;

V - expor a risco a integridade física de pessoas;

VI – destruir bens públicos, parcial ou totalmente;

VII - não corrigir a infração no prazo determinado no Auto de Infração;

VIII – agir com dolo direto ou eventual;

IX – cometer infração em reincidência.

A breve leitura dos dispositivos transcritos evidencia a desproporção entre as hipóteses atenuantes e agravantes instituídas pela norma. Em suma, a Concessionária só poderá usufruir de uma atenuante se confessar a infração ou adotar medidas para a correção da infração, pouco importando a sua conduta pretérita ao longo do contrato. Inclusive, quanto a esta, a norma determina que a conduta passada da concessionária somente servirá como antecedente negativo (art. 32).

Para as agravantes, o rol é consideravelmente mais extenso – contando com nove hipóteses.

A desproporção entre as atenuantes e agravantes denotam certo viés sancionatório na norma proposta pela AGERGS. Sob este prisma, a sua redação se afasta do dever de proporcionalidade, que pressupõe um exercício ponderado das prerrogativas sancionatórias. Ponderado porque leva em consideração todo o conjunto de fatos e circunstâncias envolvidas na análise da conduta do particular, para que a sanção possa, de fato, corresponder a um ônus compatível com a gravidade da conduta.

Ao restringir as hipóteses de atenuantes a duas situações e desconsiderar, por completo, todos os demais fatores que podem contribuir para o dimensionamento da gravidade da conduta do parceiro privado, a norma impõe à AGERGS um juízo de proporcionalidade incompleto. Em outras palavras, da forma como redigida, a norma impede que a Agência valore adequadamente a conduta infracional e, por consequência, pode levar à aplicação de penalidades absolutamente desarrazoadas.

É justamente para se evitar este tipo de cenário que o Contrato de Concessão nº 21/2020 determina, em sua redação original, que a decisão dos processos administrativos leve em considerações situações atenuantes e agravantes de maneira geral, sem restringi-las a um rol estreito (Cláusula 18.7, item iv. Desta forma, permite-se que o Poder Público avalie, de forma integral, todas as circunstâncias envolvidas na conduta infracional e ajuste a penalidade a ser aplicada à gravidade da violação contratual.

A norma proposta por esta Agência contraria o racional estabelecido no Contrato de Concessão e limita, inadvertidamente, o espectro de razões atenuantes e agravantes que poderão ser consideradas nos processos sancionatórios. Pior, no caso específico das atenuantes, a limitação apresentada opera em desfavor do próprio direito de defesa.

Trata-se de mais uma teratologia criada pela norma proposta pela AGERGS. Ao limitar as hipóteses de atenuantes à confissão ou a adoção de medidas para a correção do suposto ilícito, a norma impede o benefício das atenuantes a qualquer concessionária que exerça legitimamente o seu direito de defesa. Isto porque, caso a concessionária discorde da existência de infração e, portanto, não confesse e

não adote medidas para corrigir aquilo que considera lícito, automaticamente, não poderá usufruir de atenuantes, pois não se enquadrará nas hipóteses do §1º, do art. 27 da Resolução.

Em outras palavras, a Resolução da AGERGS institui um tratamento procedimental inadequado àqueles que simplesmente optarem por exercer o seu direito de defesa. Estes, por conta da estreiteza das hipóteses previstas como atenuantes, estarão automaticamente proibidos de usufruir destes benefícios na dosimetria da pena.

Importante salientar, ainda, que a norma também descarta a proporcionalidade ao instituir que as agravantes são sempre percentualmente maiores que as atenuantes. Conforme se depreende dos §§ 2º e 3º do art. 27, enquanto as agravantes majoram a pena em 30%, o reconhecimento de responsabilidade e pagamento espontâneo da multa gera um desconto de apenas 20%. Trata-se, novamente, de viés puramente sancionatório, que descarta dos fins associados ao sistema de penalidades.

Por estas razões, o art. 27 é absolutamente incompatível com o ordenamento jurídico pátrio. Por um lado, viola o dever de proporcionalidade ao limitar o juízo de adequação da pena à gravidade do ilícito. De outro, viola o direito à ampla defesa por impor consequência mais gravosa àqueles que simplesmente optarem por exercer o seu direito de defesa, sem confessar qualquer suposto ilícito ou adotar medidas para corrigir a suposta infração.

#### 04.3.3. Reincidência em Desacordo com os Limites ao Dever Sancionador

Por fim, ainda cumpre salientar uma terceira e última violação ao princípio da proporcionalidade. Como é cediço, este preconiza um uso ponderado do poder sancionador, instruído por fins de interesse público e pelo comedimento, traduzido na ideia de imputação apenas da restrição de direitos necessária ao atendimento dos fins da sanção. A norma proposta pela AGERGS falha em atender este parâmetro também ao estipular o prazo considerado para a configuração de reincidência.

De acordo com o art. 31 da norma, a reincidência será caracterizada sempre que concessionária, no período de 4 (quatro) anos, cometer nova infração legal, regulamentar ou contratual, com o mesmo fato gerador de infração antecedente, punível com multa, definitivamente decidida pela AGERGS. O prazo quadrienal para a configuração de reincidência também é previsto pelo parágrafo único do art. 20, da norma, reiterando o entendimento da Agência sobre a matéria.

Novamente, aqui, a AGERGS adota parâmetro mais rigoroso do que o necessário para atender à finalidade da norma. O intuito da reincidência é agravar a sanção aplicável ao descumpridor

contumaz do contrato. A contumácia, por sua vez, pressupõe habitualidade no inadimplemento às obrigações contratuais – conceito este incompatível com descumprimentos ocasionais, espaçados no tempo. Para que certo agente, portanto, possa ser considerado reincidente, é imprescindível que o seu histórico revele, em curto espaço de tempo, uma série de descumprimentos de suas obrigações.

O prazo quadrienal não pode ser considerado breve ou mesmo suficiente para configurar alguma contumácia. Pelo contrário, trata-se de prazo alongado, que pode terminar por submeter à situação de reincidência e, portanto, ao agravamento da pena, concessionárias que apresentem descumprimentos pontuais no período, sem qualquer habitualidade.

O uso deste prazo, inclusive, não foi incorporado nas maiores experiências nacionais de concessões de rodovias. A ANTT, por exemplo, determina a contabilização da reincidência em prazo menor, de três anos. É o que determina o art. 67, §3º, da Resolução nº 5.083/2016:

Art. 67. (...) §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.

No Estado do Paraná, a reincidência leva em conta um prazo ainda menor – de 02 (dois) anos - conforme se depreende da Resolução nº 12/2021:

Art.14 (...).

§ 3º Considera-se reincidência a prática de infração tipificada no mesmo dispositivo regulamentar em que o autuado tenha sido penalizado anteriormente, no âmbito do mesmo contrato de prestação de serviços, **dentro do período de 2 (dois) anos**, contados desde a publicação em Diário Oficial do Estado da decisão administrativa da qual não caiba mais recurso, até a notificação da lavratura do novo Auto de Infração.

Diante deste cenário, a norma da AGERGS se alija das melhores práticas consagradas na experiência nacional do setor de rodovias. Mais grave que isso, cria critério temporal para a configuração da reincidência demasiadamente longo, que o torna inadequado para cumprir com as finalidades do instituto. Ao estender demais o prazo, a norma passará a sujeitar aos efeitos da reincidência, prestadores que, ao fim e ao cabo, podem ser meros descumprimentos ocasionais do contrato. A norma, portanto, parece-nos desnecessariamente gravosa e favorece tão somente o uso arbitrário dos poderes

sancionatórios da administração pública. A sua revogação ou a revisão do prazo são imperativos para que esta norma possa seguir sua tramitação.

#### 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.

No caso específico do Estado do Rio Grande do Sul, o legislador foi claro ao exigir a observância tanto do princípio da publicidade, quanto da ampla defesa. É o que se depreende do art. 2º, inc. VII e VIII, da Lei Estadual nº 15.612/2021, que assim dispõem:

Art. 2º O processo administrativo estadual será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal e na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, observando-se os seguintes princípios: (...)

VII - a publicidade e a transparência dos atos administrativos;

VIII - a garantia do contraditório e da ampla defesa;

Note-se que os procedimentos de averiguação preliminar, mencionados pelo art. 11, §2º, da Resolução proposta pela AGERGS tampouco atendem às hipóteses em que a Constituição Federal, em seu art. 93, inc. IX, admite a mitigação do princípio da publicidade. Fala-se ali de preservação à intimidade – o que certamente não aplicação ao caso concreto.

A REN 32/2016 da AGERGS, que segue vigente, prevê, no seu artigo 8º, parágrafos 4 a 6, a necessidade de notificação prévia ao fiscalizado para permitir-lhes o acompanhamento das ações de fiscalização, assim como apresentarem documentos ou justificativas durante o ato:

§ 4º É facultado aos prepostos designados pelo delegatário **acompanhar a fiscalização, sendo-lhes vedados quaisquer atos que venham a obstar ou dificultar a ação fiscalizadora da AGERGS.**

§ 5º Os agentes fiscalizados serão notificados com antecedência mínima de 10 (dez) dias da data da realização da fiscalização, salvo se, justificadamente, a notificação prévia puder comprometer os resultados da ação fiscalizadora ou ocorrer situação de urgência, casos em que os agentes serão notificados no início da fiscalização.

§ 6º A notificação deverá informar, no mínimo, o objeto da fiscalização, data e local, bem como os documentos e as informações que deverão ser disponibilizados à Equipe de Fiscalização. (grifo nosso)

A previsão do art. 8º não é uma faculdade, é um DEVER da administração, a fim de viabilizar o contraditório e ampla defesa.

Assim, a imposição do sigilo, além de violar o preceito da publicidade, previsto tanto pela legislação estadual, quanto pela Constituição Federal, é irregular por dificultar o exercício do direito de defesa das concessionárias, afinal, estas sequer poderão ter acesso aos fatos e às diligências realizadas contra a sua atuação. Por estas razões, o sigilo temporário do art. 11, §2º, da Resolução merece ser integralmente retirado da norma proposta pela AGERGS.

#### 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

Em relação às incongruências do primeiro tipo, isto é, normas da Resolução que instituem prazos divergentes em relação aos estabelecidos pelo Contrato de Concessão, estas são identificadas em diversos dispositivos. O primeiro que se pode mencionar é o inciso XVII, do art. 15, que assim dispõe:

Art. 15 (...)

XVII – deixar de adotar providências para corrigir desnível entre faixas contíguas, ainda que em caráter provisório, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, ou deixar e implementar a solução definitiva para correção no prazo estabelecido no contrato de concessão ou PER;

Ora, não obstante a previsão da Resolução outorgar apenas 24 horas para a correção do desnível, o PER é expresso, em seu item 3.1.1 ao determinar um prazo de 72 horas para este tipo de correção. Somente no caso de panelas é que este prazo é reduzido a 24 horas. Absolutamente imprópria a previsão normativa, portanto.

Situação similar abrange o inciso VII, do art. 16 da Resolução. Neste, fala-se em 48 horas para a correção de defeitos de alçamento de placa, fissura de canto, placa dividida (rompida), escalonamento ou degrau, placa bailarina, quebras localizadas e buracos. No entanto, o PER, em seu item 3.1.1 outorga um prazo de 72 horas para estas correções.

O inciso XXVI do art. 16 traz situação similar. O inciso institui penalidade para o caso de a Concessionária não cortar e/ou remover ou proteger árvores e arbustos que afetem a visibilidade dos usuários e que representem perigo à segurança do tráfego, observadas as correspondentes restrições ambientais. Ocorre que esta obrigação, conforme disposta no PER, está sujeita a um prazo de 72 horas para ser cumprida, o que torna inservível a infração prevista no referido inciso.

O inciso X e XII, do art. 17, por sua vez aduz prazo de 48 horas para obrigação que, de acordo com o PER, deve ser cumprida em 72 horas. O inciso XIII do dispositivo vai além, reduzindo um prazo que, no PER, é de 72 horas, para o prazo de 24 horas. Situação mais grave ainda se constata no inciso XXIV, do art. 17, que institui penalidade para o caso de o serviço de pesagem restar paralisado. Na resolução da AGERGS, o prazo máximo, por ano, em que este serviço poderá deixar de operar é indicado como sendo o de 72 horas. Ocorre que o PER é específico ao dizer que este prazo é de 120 horas.

As obrigações previstas nos incisos XI, XV, XVI, XVII, XXIII, XXVI, XXVIII, do art. 17, por sua vez, possuem penalidades cominadas sem a indicação específica do prazo em que a obrigação terá de ser cumprida, criando situação de absoluta incerteza jurídica. Situação idêntica ocorre nos incisos III, IV, V, VI, X, do art. 18 da Resolução.

No que diz respeito às incongruências de segundo tipo, quais sejam, normas da Resolução que instituem sanções para obrigações não previstas em Contrato, pode-se mencionar a prevista pelo art. 15, inc. VIII, que considera infração do Grupo B, portanto, sujeita à penalidade de multa de 0,5% do faturamento bruto anual da concessionária, a conduta de *"deixar de adotar medidas, ainda que provisórias, para reparação de cercamento nas áreas operacionais por prazo superior a 24 (vinte e quatro) horas"*. Ora, com a devida vênia, o PER, não estabelece obrigação de a Concessionária reparar cercamentos em áreas operacionais. E quando o faz, aduz prazo de 72 horas para a correção e não de 24 horas. A sanção, neste sentido, não tem o condão, sequer, de ser aplicada sobre o Contrato.

O mesmo ocorre em relação ao inciso XVI, do art. 15, que considera infração do Grupo B a seguinte conduta: *"deixar de manter no local da obra uma via completa do projeto executivo cancelado, para consulta da fiscalização"*. Em nenhum momento, Contrato ou PER, estabelecem obrigação desta natureza à Concessionária.

Isto se repete em relação ao inciso III, do art. 16 da Resolução proposta pela AGERGS, que passa a exigir prévia notificação à Agência de bloqueios de pista em decorrência de obras ou serviços que possam ser objeto de programação. O PER não estabelece esta obrigação – que além de imprevista, caso levada adiante, trará considerável morosidade para todo o processo de aprovação e execução de obras na concessão.

Já no que se refere à criação imprópria de novas obrigações, tem-se como exemplo, o inc. XX, do art. 15 e no inciso XXX, do art. 16 da Resolução, que exigem a suposta entrega de um Relatório Técnico, Operacional, Físico e Financeiro (RETOFF). Em que pese o PER exigir a entrega de um relatório, este é apenas um Relatório Técnico, Operacional e Físico, inexistindo a obrigatoriedade de se entregar qualquer relatório Financeiro à AGERGS ou ao Poder Concedente.

Outra inovação consagrada na norma consta de seu art. 16, inc. XV, que imputa prazo, não previsto pelo PER, de 6 horas para a correção de falhas em equipamentos das praças de pedágio. Em nenhum momento esta obrigação é mencionada pelo Contrato. O inciso XIX deste mesmo artigo também cria obrigação que não consta da contratação, referente a necessidade de se manter cadastro contendo dados e informações sobre as obras e serviços realizados no Lote Rodoviário. Ocorre que este cadastro não é previsto no PER ou no Contrato de Concessão.

O inciso IX, do art. 17 também cria prazo de 6 horas para o cumprimento de obrigação que, nos termos do Contrato de Concessão, não está sujeito a este prazo. O seu inciso XXI cria prazo de 24 horas para informar a AGERGS sobre a realização de obra ou serviço emergencial. Por fim, o art. 18, em seu inciso XXVIII, também cria prazo de sete dias para corrigir, no pavimento rígido, defeitos com grau de severidade alto, muito embora o PER assim não disponha.

O volume de incongruências constatado indica que esta Resolução não está em condições de ser discutida na presente Audiência Pública. Trata-se de documento incompleto, que não se comunica adequadamente com a matriz contratual celebrada com esta Concessionária. Por esta razão, esta audiência e consulta pública não podem ser levadas adiante, merecendo imediata suspensão e reinício do processo de elaboração desta norma.

## 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.

Nesta manifestação contributiva, apresentou os motivos pelos quais entende que a Minuta de Resolução ora discutida não observou os relevantes princípios do Direito Administrativo e Público, normas aplicáveis ao caso, e sobretudo, procedimentos existentes no Contrato de Concessão e seus anexos, dos quais jamais poderia descuidar, além de não ter respeitado o devido processo legal, instando a participação prévia da Concessionária.

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.

A Rota de Santa Maria aguarda as providências de Vs. Sas. no sentido de imediatamente suspender este procedimento e a tramitação da Minuta de Resolução, bem como, em caso de início de procedimento administrativo de edição de uma nova (e válida) Portaria de penalidades, seja cientificada a integrá-lo através das devidas intimações e comunicações, a fim de que as eventuais revisões da Concessão dela decorrentes, não descurem de observar o devido processo administrativo, na forma disciplinada pela Lei e no Contrato de Concessão, com todas as garantias a ele inerentes, de forma a se buscar uma

regulamentação consensual, que respeite o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão da RSC-287.

A signatária coloca-se à disposição de Vs. Sas. para a prestação de todas as informações e esclarecimentos necessários, ressaltando seu mais amplo direito e irrestrito direito de se insurgir contra a eventual norma publicada e demais atos praticados pelo Poder Concedente e pela AGERGS com fulcro nesta, através de todos os meios e instrumentos legais disponíveis.

Como nota adicional, a signatária ressalva que as considerações trazidas e elencadas nesta manifestação não são exaustivas, e servem apenas para exemplificar, de forma breve, os motivos pelos quais a norma apresentada é nula de pleno direito e não deve entrar em vigor, de modo que nada nesta manifestação deve ser entendido como confissão em matéria de fato ou renúncia a seu direito de controverter a legalidade da referida Portaria e atos desta derivados nas instâncias apropriadas.

Por fim, a Rota de Santa Maria ressalva o direito de ser plenamente recomposta pelas perdas e prejuízos decorrentes das medidas adotadas, por meio de processo administrativo e/ou judicial cabível, mediante promoção de reequilíbrio econômico-financeiro da Concessão e/ou a devida indenização.

Essas são as considerações que tínhamos a prestar e, pela oportunidade, manifestamos protestos da mais elevada estima e consideração, permanecendo à disposição para eventuais esclarecimentos adicionais.

Atenciosamente,

RENATO RIBEIRO  
BORTOLETTI:0273369  
6440

Assinado de forma digital por  
RENATO RIBEIRO  
BORTOLETTI:02733696440  
Dados: 2023.04.05 13:38:14 -03'00'

**Concessionária Rota de Santa Maria S.A.**

Renato Ribeiro Bortoletti  
Diretor-Geral

Rafael Fernandes  
OAB/SP nº 373.994

## PROTOCOLO DE ASSINATURA(S)

O documento acima foi proposto para assinatura digital na plataforma IziSign. Para verificar as assinaturas clique no link: <https://www.portaldeassinaturas.com.br/Verificar/2B52-BBF5-F4F3-29EF> ou vá até o site <https://www.portaldeassinaturas.com.br:443> e utilize o código abaixo para verificar se este documento é válido.

Código para verificação: 2B52-BBF5-F4F3-29EF



### Hash do Documento

D3F70B572A2E1B5D4376A779A23128FAFD9ED78F1AB33578D0573F033866C7B8

O(s) nome(s) indicado(s) para assinatura, bem como seu(s) status em 05/04/2023 é(são) :

- Rafael Pereira Fernandes (Signatário) - 025.623.181-88 em 05/04/2023 13:02 UTC-03:00

**Tipo:** Assinatura Eletrônica

**Identificação:** Por email: [rafael.fernandes@manesco.com.br](mailto:rafael.fernandes@manesco.com.br)

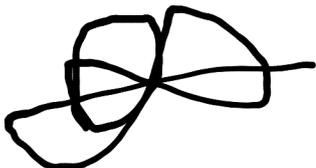
### Evidências

**Client Timestamp** Wed Apr 05 2023 12:02:21 GMT-0400 (Horário Padrão do Amazonas)

**Geolocation** Latitude: -15.589125840360419 Longitude: -56.09716817742295 Accuracy: 68.4636990628

**IP** 187.183.171.40

**Assinatura:**



**Hash Evidências:**

5AE0FA10286602E1257C49BE8728F4270801A7B30842660711FE68B90D24FFC9

