

Ofício: DP-020

Farroupilha/RS, 30 de março de 2023.

A

AGERGS - Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul
A/C Sr. Luiz Afonso dos Santos Senna
Conselheiro-Presidente

Ref.: Consulta Pública n.º 01/2023
Processo SEI AGERGS nº 000312-39.00/23-3

Prezado Senhor Conselheiro-Presidente,

CAMINHOS DA SERRA GAÚCHA S/A (“CSG” ou “CONCESSIONÁRIA”), pessoa jurídica de direito privado, sociedade anônima de capital fechado, inscrita no CNPJ sob nº. 47.815.827/0001-17, por seu Representante Legal, abaixo assinado, vem, em resposta ao vosso Ofício Nº 23/2023 - GP-CS, apresentar, em anexo, Manifestação à Consulta Pública em epígrafe.

Sendo só para o momento, renovamos nossos votos de estima e consideração para com esta Agência.

Atenciosamente,

CAMINHOS DA SERRA GAÚCHA S/A
Ricardo José Peres – Diretor Presidente
CPF 857.029.359-34

CONCESSIONÁRIA CAMINHOS DA SERRA GAÚCHA S/A (“CSG” ou “Concessionária”), pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n.º 47.815.827/0001-17, com sede na Rua José Dalla Riva, n.º 441, em Farroupilhas, CEP 95.170-214, comparece a presença desta Agência Reguladora para apresentar a sua

MANIFESTAÇÃO CONSULTA PÚBLICA 001-2023 – Minuta resolução normativa que disciplina a aplicação, pela AGERGS, das sanções de advertência escrita e multa às Concessionárias de Rodovias do Rio Grande do Sul.

I – PRELIMINAR:

Em primeira ordem, em atenção ao segundo considerando apresentado na minuta¹, o qual faz menção expressa à Rodovia RSC-287, esta Concessionária de Rodovias serve-se deste expediente para requerer que essa Agência esclareça se a aplicação da normativa em análise se aplica também à Concessionária Caminhos da Serra Gaúcha S/A.

Alternativamente, para que não ocorra qualquer prejuízo ao processo de Audiência Pública em curso, em especial ao interesse público, esta empresa apresenta abaixo a sua manifestação.

II – CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

O Contrato de Concessão n.º 050/2022, firmado pela Concessionária em epígrafe, decorre das licitações de rodovias processadas a partir de abril de 2022 (Concorrência Internacional n.º0001/2022), da política adotada pelo Governo Estadual que concedeu à iniciativa privada sua exploração econômica.

¹ “ 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;

A Concessionária Caminhos da Serra Gaúcha S/A sagrou-se vencedora no certame, assinando em 22/12/2022 o Contrato de Concessão nº 050/2022 e passando a operar as rodovias, pelo prazo de 30 anos.

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

Não obstante ao processo de audiência pública, esta Concessionária utiliza-se da presente para parabenizar esta Agência pela condução deste processo, no qual oferece a oportunidade às partes envolvidas apresentarem suas insurgências, sugestões anteriormente à publicação e vigência de ato normativo.

Assim, a CSG apresenta abaixo as suas considerações e pedidos.

III.DA RESOLUÇÃO EM DISCUSSÃO:

III.1- Novas obrigações contratuais:

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

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

a) Tipos de infrações:

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

- a) Recuperação e Manutenção,
- b) Ampliação de Capacidade e Melhorias.
- c) Obras de Manutenção do Nível de Serviço,
- d) Estoque de Melhorias,
- e) Parâmetros Técnicos,
- f) Serviços Operacionais,
- g) Monitoração e Relatórios
- h) Garantias, Seguros e Capital Social,
- i) Gestão Ambiental,
- j) Gestão Social e Prestações de Informações.

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

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

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

b) Da Aplicação da Penalidade de Advertência:

O Contrato de Concessão, na sua cláusula 20 (vinte) item 20.8, estabelece que a todos os tipos (condutas) indicados, poderão incidir a aplicação da penalidade de advertência, desde que as infrações cometidas pela Concessionária sejam consideradas leves.

Ainda nesta linha, a título de esclarecimento, o instrumento contratual define que uma infração leve é aquela que deriva de condutas involuntárias ou escusáveis da Concessionária.

“20.7.1 A infração será considerada leve, quando decorrer de condutas involuntárias ou escusáveis da CONCESSIONÁRIA e das quais ela não se beneficie;”

Por outro lado, na Minuta da Resolução em debate, essa aplicação de penalidade é restringida as infrações inseridas no grupo A, que indica um rol taxativo de condutas divergentes do previsto no Contrato de Concessão.

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

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

c) Valores das multas e reajuste:

No contrato de Concessão as graduações de multas são classificadas em leve, média, grave e gravíssima, variando entre 01 a 40 URT por evento, dia ou mês.

Na resolução ora objeto da Consulta verifica-se que as multas se encontram classificadas em grupos de A até E, com a indicação de percentuais conforme abaixo transcrito:

“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%

Parágrafo único. Para o primeiro ano da concessão, a multa será calculada com base no faturamento estimado.

Da transcrição acima, verifica-se que se a presente Resolução for aprovada e publicada surtirá alterações aos encargos e obrigações desta Concessionária de Rodovias, tendo em vista a possibilidade de majoração dos valores estabelecidos no contrato para fins de aplicação de multas.

d) Da Dosimetria:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III.2 - Ato jurídico perfeito

Apesar de especiais, Contratos administrativos permanecem sendo *contratos*. Isto é, trata-se de um negócio jurídico bilateral, apto a produzir os efeitos para os quais foi praticado. Como destaca MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO,

“O conceito de contrato não é específico do direito privado, devendo ser dado pela teoria geral do direito. Ele existe também no âmbito do direito público, compondo a espécie contrato de direito público, que, por sua vez, abrange contratos de direito internacional e de direito administrativo.”²

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

Conforme restou demonstrado no item anterior, a minuta de Resolução em discussão trará uma série de alterações ao Contrato de Concessão, sendo que aludidas modificações somente poderão ocorrer por concordância entre as partes e que deverão ser

² *Direito Administrativo*. 20ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 235.

suportadas por intermédio de Aditivo Contratual, respeitando os princípios da ampla defesa e contraditório (CF, art. 5º, LIV e LV).

Impõe salientar que a possibilidade de revogação e anulação administrativa está limitada pelo necessário respeito aos **direitos adquiridos** (Lei nº 9.784/99, art. 53, *caput*; STF, Súmula 473).

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

No caso concreto, a minuta de Resolução em questão encontra-se fundamentada nas Resoluções Normativas (Art. 3º), respectivamente, de números 029/2016 e 032/2016, vigentes há mais de 05 (cinco) anos.

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

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

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

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

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

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

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

- (i) Notificação com prazo para regularização,
- (ii) Lavratura de auto de infração em razão do não atendimento ao determinado na notificação,
- (iii) Apresentação de defesa prévia,
- (iv) Decisão da AGERGS,
- (v) interposição de recursos e
- (vi) indicação dos prazos para cada etapa do processo e seus respectivos endereçamentos.

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

V – DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS:

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

- a) Afetar os encargos da Concessionária, tendo em vista que busca alterar previsões contratuais, criando novas condutas passíveis de autuações e majoração dos valores das multas.
- b) Alterar o estabelecido no Contrato de Concessão sem que seja celebrado um Aditivo Contratual, situação esta que poderá oferecer insegurança jurídica a fiel execução do contrato.
- c) Deixar de prestigiar o princípio da modicidade tarifária ao definir a alocação dos valores para outra finalidade.

VI – DO PEDIDO:

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

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

- a) A sua **não concordância** com os termos da minuta da Resolução que busquem modificações contratuais que gerem novas obrigações e encargos a essa Concessionária de Rodovias, conforme exposto no item III supra.
- b) E de requerer que seja incluído na Resolução:
 - b.1 – a indicação dos assuntos que serão objeto de fiscalização e autuação da AGERGS.
 - b.2 – o rito administrativo contemplando o processo de fiscalização, notificação para adequação anterior a lavratura do auto, defesa prévia e recurso, conforme exposto no item III.

Posto isto a CSG conclui colocando-se a disposição da AGERGS para esclarecimentos que esta Agência julgue necessários.

Farroupilha – RS, 30 de março de 2023.

CAMINHOS DA SERRA GAÚCHA S/A
Ricardo José Peres – Diretor Presidente
CPF 857.029.359-34