

Diretoria de Fiscalização e Qualidade dos Serviços - DFQS

Protocolo nº: 15.510.553-4
Interessado: Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná – DER/PR.
Assunto: Contrato de Concessão n.º 073/1997. Lote 03. 5º Termo Aditivo. Não efetivação.
Data: 04/05/2021

VOTO

EMENTA: Solicitação de informações. DER/PR. Concessão de Rodovias. Ecocataratas. Resolução Homologatória n.º 0001/2018-AGEPAR. Contrato de Concessão n.º 073/1997. Lote 03. Não efetivação do 5º Termo Aditivo. Necessidade de apuração de eventual infração administrativa. Determinação de lavratura de auto de infração. Instauração de processo administrativo sancionador.

1. RELATÓRIO

1.1 Em 16/01/2018 a AGEPAR emitiu a Resolução Homologatória de n.º 001/2018 que homologou a minuta do 5º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão de 073/1997, *verbis*:

Art. 1º - Homologar, nos termos dos pareceres técnicos, jurídicos e do voto do Relator desta AGEPAR, a minuta do Quinto Termo Aditivo ao Contrato de Concessão n.º 073/97 – DER/PR, com a consequente aplicação de um degraú médio de (-) 0,243% a ser aplicado sobre as Tarifas Básicas, constantes do protocolo n.º 14.739.546-9.

1.2 Em razão disso, o então Gerente de Regulação Econômica e Financeira, ao constatar que as tarifas reajustadas para o período de 2018-2019 estavam utilizando como base as tarifas básicas do 4º Termo Aditivo (cf. protocolo n.º 15.486.110-6, p. 8), questionou, por meio do Memorando de n.º 09/2018 (cf. fls. 02), o Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná (DER/PR) sobre os motivos da não efetivação do 5º Termo Aditivo, cuja minuta já havia sido homologada pela Resolução Homologatória de n.º 001/2018.

1.3 Em resposta, o DER/PR informou que (cf. fls. 07):

(...) a revisão homologada foi encaminhada ao DER posteriormente ao reajuste anual de 2017. Além disso, devidos aos acontecimentos no ano de 2018 como Lei Federal “eixo suspenso” entre outros

1 | 7

Diretoria de Fiscalização e Qualidade dos Serviços - DFQS

Protocolo nº: 15.510.553-4
Interessado: Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná – DER/PR.
Assunto: Contrato de Concessão n.º 073/1997. Lote 03. 5º Termo Aditivo. Não efetivação.
Data: 04/05/2021

aguarda-se definições do executivo para revisão e andamento do “5º Termo Aditivo” do Lote 3.

1.4 Na sequência, a Gerência de Regulação Econômica e Financeira (GREF) solicitou à Gerência Jurídica (GJUR) “um melhor entendimento jurídico quanto da obrigatoriedade ou não desta Agência aplicar alguma sanção ao Poder Concedente, tendo em vista a não efetivação do 5º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, homologado pela Agepar por meio da Resolução Homologatória nº 001/2018” (cf. mov. 11).

1.5 A GJUR então se manifestou no sentido de que “devidamente analisado, encaminhamos o presente para ao Gabinete da Agepar, para as devidas providências no sentido de aplicar a sanção prevista em lei” (cf. mov. 13).

1.6 Após, a GREF informou que (cf. mov. 17):

Considerando que:

1) Nos despachos e pareceres contidos no presente protocolado não encontramos tacitamente embasamentos jurídicos que justifiquem a aplicação de sanção;

2) A Resolução Homologatória 05/2018 resolveu homologar a minuta do quinto Termo Aditivo o que, no entendimento desta GREF, não obrigou as partes a firmar o referido aditivo.

Diante do exposto, esta Gerência não encontrou elementos para aplicação de sanção contra o Poder Concedente e/ou Empresa Concessionária.

1.7 Porém, em nova análise, a GJUR destacou que (cf. mov. 19):

Importante destacar que não se está aqui afastando a possibilidade de instauração de processo administrativo sancionador, mas sim recomendando ao douto Conselho Diretor desta Agência a apreciação pela GREF do objeto deste protocolado (como, v.g., sobre o teor da informação prestada pelo DER/PR, os reflexos da ocorrência sobre a tarifa do serviço, como a questão foi tratada no último processo de reajuste, se houve infração pelas entidades reguladas etc.), pois, afinal, o mesmo versa sobre uma solicitação do referido Setor.

(...).

Ao final, na hipótese da GREF entender pela existência de infração,

Diretoria de Fiscalização e Qualidade dos Serviços - DFQS

Protocolo nº: 15.510.553-4
Interessado: Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná – DER/PR.
Assunto: Contrato de Concessão n.º 073/1997. Lote 03. 5º Termo Aditivo. Não efetivação.
Data: 04/05/2021

poderá dar início ao processo administrativo sancionador, na forma da Resolução Normativa n.º 009/2016 (alterada pela Resolução Normativa n.º 002/2018).

Caso seu entendimento seja pela inexistência de infração – não havendo necessidade de diligências complementares – poderá solicitar o arquivamento dos presentes autos.

De todo modo, em ambos os casos, cabe ao douto Conselho Diretor da AGEPAR apreciar a decisão da GREF e, se entender – ainda que a contrario sensu –, pela subsistência de infração por parte da(s) entidade(s) regulada(s), determinar a instauração do processo sancionador competente (art. 46, inc. I, “I”, c/c art. 119, ambos da Resolução Normativa n.º 003/2018 – Regimento Interno da AGEPAR).

1.8 Por último, a GREF emitiu mais um parecer destacando que (cf. mov. 21):

Um ponto importante a ser destacado, inicialmente, é que a não aplicação da redução tarifária de 0,243% não isenta a Concessionária de pagar tal valor, em momento futuro, capitalizado pela taxa de equilíbrio do Contrato. Ademais, vale informar sobre o protocolado 16.585.966-9, que visa corrigir o equilíbrio deste Contrato, cujos resultados apontam na necessidade de zerarem as tarifas, restando ainda uma dívida, a preços de 1997, de R\$ 132.379.014,16.

Sobre a resposta do DER/PR, cabe-nos confirmar que de fato houveram eventos ligados aos Contratos de Concessão, como a citada Lei Federal dos “Eixos Suspensos”, bem como, as duas fases da Operação Integração que investiga o esquema de corrupção nos Contratos de Concessão Rodoviário do Estado do Paraná.

Independentemente dos citados eventos terem prejudicado ou não assinatura do 5º Termo Aditivo (TA), esta GREF buscou saber se a não efetivação do TA implicaria na obrigatoriedade da Agepar aplicar sanção contra o Poder Concedente, em face da Resolução 01/2018 – o que posteriormente entendeu-se que não cabe tal sanção, uma vez que a Resolução 01/2018 tão somente homologou a minuta do 5º Termo Aditivo, não obrigando as partes a firmar o TA. Assim, em nosso entendimento, não houve descumprimento de normas regulatórias emitidas pela Agência Reguladora, passível de aplicação de sanção contra o Poder Concedente.

1.9 Como se pode verificar, instaurou-se uma dúvida entre os posicionamentos da GREF e da GJUR sobre a possível existência ou não de uma infração no caso em tela, e que essa dúvida, por orientação da própria GJUR, deve ser esclarecida por

Diretoria de Fiscalização e Qualidade dos Serviços - DFQS

Protocolo nº: 15.510.553-4
Interessado: Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná – DER/PR.
Assunto: Contrato de Concessão n.º 073/1997. Lote 03. 5º Termo Aditivo. Não efetivação.
Data: 04/05/2021

este Conselho Diretor, conforme estatuem o artigo 84 do Decreto de n.º 6265/2020 (Regulamento) e o artigo 119 da Resolução de n.º 003/2018 (Regimento Interno da AGEPAR).

1.10 O processo então foi distribuído por meio de sorteio eletrônico a este Relator para decisão (cf. mov. 23).

Esse é o Relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Primeiramente, é importante deixar claro que a Resolução Homologatória de n.º 001/2018, que contém a previsão do degrau médio de (-) 0,243% a ser aplicado sobre as tarifas básicas, não implica em obrigação de fazer, pois, como a GREF apontou, a mesma homologou a minuta do 5º Termo Aditivo, mas não obriga as partes a efetivamente firmá-lo.

2.2 Entre as justificativas para a não efetivação do 5º Termo Aditivo, o DER/PR alegou “(...) que a **revisão homologada foi encaminhada ao DER posteriormente ao reajuste anual de 2017**” (cf. fls. 07).

2.2.1 Ocorre que o DER/PR encaminhou a esta Agência o pedido de revisão referente à concessionária Ecocataratas para homologação da minuta de aditivo apenas em 17/11/2017, ou seja, em data muito próxima à da aplicação do reajuste, que ocorre todo dia 1º de dezembro (cf. protocolo n.º 14.739.546-9).

2.2.2 E, em razão disso, por falta de tempo hábil para análise do processo de revisão, a homologação do termo aditivo da Ecocataratas acabou acontecendo com atraso, em 16/01/2018 (cf. protocolo n.º 14.739.546-9).

2.2.3 Contudo, não merece prosperar esse argumento do DER/PR de que o termo aditivo não foi efetivado porque a minuta homologada só foi lhe encaminhada após a data base do reajuste anual, pois, como se pode verificar no caso de outra concessionária, a Viapar, a minuta do termo aditivo, com previsão de incremento efetivo de 0,8558% na tarifa básica, foi homologada em 23/01/2018 (cf. Resolução Homologatória n.º 003/2018), ou seja, também com atraso, mas não foi impeditivo para celebração do aditivo pelas partes em 07/02/2018.

Diretoria de Fiscalização e Qualidade dos Serviços - DFQS

Protocolo nº: 15.510.553-4
Interessado: Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná – DER/PR.
Assunto: Contrato de Concessão n.º 073/1997. Lote 03. 5º Termo Aditivo. Não efetivação.
Data: 04/05/2021

2.2.4 Outro exemplo é o da concessionária Econorte, que também teve a minuta do seu 6º Termo Aditivo homologada com atraso em 23/01/2018 (cf. Resolução Homologatória n.º 002/2018), o que, no entanto, não impediu as partes celebrarem o aditivo dois dias depois em 25/01/2018.

2.3 O DER/PR também apresentou como justificativa para a não efetivação do 5º Termo Aditivo “acontecimentos no ano de 2018” como o advento da “Lei Federal ‘eixo suspenso’”. Porém, a Medida Provisória de n.º 833/2018, posteriormente convertida em lei, que concedeu a isenção dos eixos suspensos dos veículos de carga que estivessem vazios, entrou em vigor somente em 27/05/2018, quer dizer, mais de 04 meses após a homologação da minuta do termo aditivo por esta Agência, o que ocorreu 16/01/2018.

2.4 Outro argumento do DER/PR para a não efetivação do 5º Aditivo Contratual foi que se estaria aguardando “definições do executivo para revisão e andamento do ‘5º Termo Aditivo’ do Lote 3”. Porém, a autarquia não apontou quais seriam essas definições, o que representa uma justificativa muito genérica e pouco consistente.

2.5 Portanto, é possível concluir que o DER-PR não apresentou argumentos suficientes para justificar, numa análise preliminar, a não efetivação do 5º Termo Aditivo, cuja minuta foi homologada por esta Agência.

2.6 E é importante destacar também que a não aplicação da redução tarifária de 0,243% não isenta a Concessionária de futuramente pagar tal valor capitalizado pela taxa de equilíbrio do Contrato, conforme deixou claro a GREF em seu parecer de mov. 21.

2.7 Com relação ao fato do DER/PR ter ou não cumprido com suas obrigações contratuais à época da homologação do aditivo contratual por esta Agência, cumpre analisar o que consta no Contrato de Concessão de n.º 073/1997:

Cláusula XXIII - “Dos Direitos e das Obrigações do DER”

Incumbe ao DER:
(...).

e) homologar os reajustes das tarifas de pedágio e proceder a revisão das mesmas, nas condições estabelecidas neste CONTRATO;

Diretoria de Fiscalização e Qualidade dos Serviços - DFQS

Protocolo nº: 15.510.553-4
Interessado: Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná – DER/PR.
Assunto: Contrato de Concessão n.º 073/1997. Lote 03. 5º Termo Aditivo. Não efetivação.
Data: 04/05/2021

f) cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares da concessão e as cláusulas deste CONTRATO;
(...).

Cláusula XVI - “Do Serviço Adequado”

(...).

2. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, conforto, segurança, fluidez do tráfego, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

3. Para os fins previstos neste CONTRATO, considera-se:
(...).

j) modicidade da tarifa: a justa correlação entre os encargos da CONCESSIONÁRIA e a retribuição dos usuários, expressa no valor das TARIFAS DE PEDÁGIO.

Cláusula XXIV “Dos Direitos e das Obrigações da CONCESSIONÁRIA”

1. Sem prejuízo do cumprimento dos encargos previstos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO LOTE, incumbe à CONCESSIONÁRIA:
(...).

f) cumprir e fazer cumprir as normas regulamentares da concessão e as cláusulas deste CONTRATO;
(...).

2.7.1 Da análise desses dispositivos, pode-se concluir que era obrigação do DER/PR revisar as tarifas de pedágio junto à Concessionária por meio da celebração do 5º Termo Aditivo, cumprindo e fazendo cumprir os termos contratuais quanto à satisfação da condição de modicidade da tarifa, por meio da aplicação da redução de 0,243%.

2.8 Considerando todos os fatos ora descritos, a suposta conduta do DER/PR poderia, em tese, ser enquadrada no artigo 4º, inciso XII, da Resolução Normativa de n.º 008/2016 desta AGEPAR, com redação alterada pela Resolução Normativa de n.º 001/2018, tendo em vista o hipotético descumprimento de disposições contratuais relativas à modicidade tarifária:

Art. 4.º Constitui infração sujeita advertência e/ou multa:

Diretoria de Fiscalização e Qualidade dos Serviços - DFQS

Protocolo nº: 15.510.553-4
Interessado: Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná – DER/PR.
Assunto: Contrato de Concessão n.º 073/1997. Lote 03. 5º Termo Aditivo. Não efetivação.
Data: 04/05/2021

XII – deixar de cumprir disposições legais, contratuais ou regulamentares relativas à modicidade tarifária, eficiência, adequação e qualidade dos serviços prestados.

2.9 Entendendo-se, num juízo preliminar, que o DER/PR teve a possibilidade, mesmo com atraso, de efetivar com a Ecocataratas a celebração do 5º Termo Aditivo, como fez com outras duas concessionárias, conclui-se que deve ser lavrado auto de infração e instaurado de processo administrativo sancionador em face da autarquia.

3. DISPOSITIVO

3.1 Em razão do exposto, este Relator vota no sentido de se determinar a lavratura de auto de infração, com a consequente instauração de processo administrativo sancionador, em face do DER/PR, para apuração de suposta prática de infração administrativa.

É como se vota.

Providências administrativas: a) a juntada aos autos da ata desta sessão devidamente assinada; b) a intimação do DER/PR desta decisão; e, após, c) o encaminhamento dos autos ao Chefe de Coordenadoria de Fiscalização para lavratura de auto de infração e instauração de processo administrativo sancionador.

Curitiba, 04 de maio de 2021.

Antenor Demeterco Neto
Conselheiro Relator