

Conselho Diretor**VOTO**

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: 28/09/2021

Ementa: Concessão de Infraestrutura de Transporte. Recurso contra decisão do Conselho Diretor que determina o início do processo sancionador. Manifestação de insurgência por meio de “defesa prévia”. Conhecimento como recurso. Alegação de incompetência da Agepar e impossibilidade de aplicação de sanções ao poder concedente. Competência reconhecida em âmbito administrativo e judicial, inclusive por meio de Termo Aditivo ao Contrato de Concessão. Argumentos refutados. Pedido preliminar de suspensão do trâmite do expediente até conclusão da análise jurídica pela Procuradoria-Geral do Estado. Cabimento, diante da possibilidade de influência da manifestação jurídica na decisão sobre o mérito recursal. Recurso acolhido em parte.

I - RELATÓRIO

1. O Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná – DER/PR interpôs “defesa prévia” face à deliberação deste Conselho Diretor, proferida na Reunião Ordinária ocorrida em 20 de julho de 2021, por meio da qual, em processo relatado pelo Conselheiro Antenor Demeterco Neto, deliberou-se – por unanimidade – “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” (mov. 24).

2. A determinação de que o processo sancionador tivesse início decorreu do fato de que, embora homologado por esta Agência Reguladora, o DER/PR não firmou o 5º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº 73/1997 (3º Lote), celebrado com a Concessionária Ecocataratas, que implicaria no degraú médio de (-) 0,243% a ser aplicado sobre as tarifas básicas.

Conselho Diretor**VOTO**

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: 28/09/2021

3. Os argumentos apresentados pelo DER/PR para justificar a não celebração do Termo Aditivo não se sustentaram ao ver deste Conselho Diretor, haja vista que (a) quanto à alegação de “ausência de tempo hábil”, outros termos foram celebrados à época com prazo menor; (b) a chamada “Lei Federal Eixo Suspenso” sobreveio mais de quatro meses após a homologação do Termo Aditivo pela Agepar; (c) não especificou quais seriam as “definições do executivo” que estariam pendentes para, então, firmar o Termo Aditivo.

4. Em seu recurso (denominado “defesa prévia” – mov. 30), o DER/PR argumenta, preliminarmente, que há necessidade de suspensão da análise deste processo considerando que o protocolo no qual foi homologado o Termo Aditivo não firmado (nº 14.739.546-9) foi encaminhado para análise da Procuradoria-Geral do Estado, “a fim de se verificar a legalidade do inteiro teor contido no referido processo, inclusive da celebração do 5º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão n.º 073/97”.

5. No mérito, alega: (a) necessidade de que, na dúvida, se aplique o entendimento mais favorável ao autuado (aplicação do princípio “in dubio pro reo”); (b) a Agência deve limitar sua atuação aos limites da Lei, sendo certo que o art. 7º, inc. VIII restringe a aplicação de penalidades às entidades reguladas; (c) há incompetência da Agepar para atuar frente aos contratos de concessão rodoviárias, visto que se tratou de delegação federal; (d) “não há previsão legal para a aplicação de penalidade em caso de eventual ausência de assinatura de Termo de Aditamento de Contrato, mas somente para o caso de recusa em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente”.

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

6. A questão de fundo versa sobre recurso apresentado pelo Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná – DER/PR, sob o título de “Defesa Prévia”, contra deliberação deste Conselho Diretor, proferida na Reunião nº 22/2021 - Ordinária, por meio da qual determinou-se “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”.

7. A LCE nº 222/2020 prevê que “Qualquer pessoa terá o direito de peticionar ou de recorrer

Conselho Diretor**VOTO**

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: 28/09/2021

contra ato da Agência, no prazo máximo de trinta dias, devendo a decisão da Agência ser conhecida em até sessenta dias” (art. 51).

8. No caso, a decisão proferida pelo Conselho Diretor foi conhecida pelo DER/PR em 27 de julho de 2021 (conforme certidão contida no mov. 29) e o recurso foi interposto em 2 de agosto de 2021 (mov. 30), portanto, dentro do prazo recursal. Quanto à nomeação da insurgência equivocadamente como “defesa prévia”, trata-se de questão meramente formal, a qual não impede o conhecimento do recurso. Além disso, o DER/PR foi diretamente afetado pela decisão da Agepar, razão pela qual tem legitimidade recursal.

9. Preenchidas, assim, as condições para análise do pedido, eis que presentes o interesse processual e a legitimidade da parte.

10. Não tem razão o DER/PR ao pretender afastar a atuação da Agepar no presente caso, seja em razão de eventual incompetência para regular os contratos de concessão rodoviária, seja em razão de as penalidades não poderem atingir o poder concedente.

11. Com efeito, há entendimento pacificado no âmbito desta Agência no sentido de reconhecer a competência da Agepar para atuar em relação ao Contrato de Concessão nº 73/1997, firmado com a Concessionária Rodovia das Cataratas (Ecocataratas).

12. Primeiro, porque até recentemente havia reconhecimento administrativo – explícito e implícito – da Ecocataratas e do DER/PR de que a Agepar é sim o ente regulador das concessões rodoviárias feitas pelo Estado do Paraná, mais especificamente do Lote 3. Não por outro motivo, por sete vezes¹, desde a sua efetiva instalação (em 2013), os protocolos relativos a tarifas foram previamente homologados pela Agepar como etapa obrigatória – e não acessória ou consultiva. Somente depois de homologado pelo ente regulador, como ocorre em todas as regulações exercidas pela Agepar, é que a Concessionária aplicava o novo valor na cancela. Esses requerimentos de aplicação do reajuste eram enviados pela Concessionária não apenas ao DER, mas também diretamente à Agepar, como se pode ver

¹ Resoluções Homologatórias nº 08/2014, 12/2015, 11/2016, 10/2017, 01/2018, 14/2018, 14/2019. Documentos disponíveis em: <https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=iniciarProcesso&tipoAto=13&orgaoUnidade=9800&retiraLista=true&site=1>. Acesso realizado em 15 de set. de 21.

Resolução Homologatória nº 15/2013. Disponível em: <https://www.documentador.pr.gov.br/documentador/pub.do?action=d&uuid=@gtf-escriba-agepar@ad9bb86d-a282-4efc-ba45-28caf97c03a9&emPg=true>. Acesso realizado em 6 de set. de 21.

Conselho Diretor**VOTO**

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: 28/09/2021

dos protocolos que deram origem às resoluções homologatórias, reconhecendo-se, repita-se, a competência da Agepar.

13. Segundo, porque, se houve decisão afastando a competência da Agepar como ente regulador nas concessões rodoviárias paranaenses – esta, ainda não transitada em julgado e proferida em análise superficial (liminar) –, por outro lado, ficou decidido também pela Justiça Federal, nos Autos 5016891-47.2019.4.04.7000/PR (v. Evento 66), que a Agepar é sim o “ente responsável regulador do setor no Estado”, decisão essa coberta pelo manto da coisa julgada.

14. Terceiro, porque, não fosse o reiterado reconhecimento administrativo e a declaração judicial transitada em julgado, por outros meios irrefutáveis se poderia comprovar a certeza da competência da Agepar para atuar nas concessões rodoviárias como ente regulador. É que o Contrato de Concessão n.º 73/97, em sua Cláusula III, foi devidamente alterado pelo Termo Aditivo nº 87/2002², subscrito por todas as partes, inclusive pelo “Delegante” (Ministro de Transportes), para fazer constar no Contrato que a concessão do LOTE 3 reger-se-á, dentre outras, “pela Lei Complementar Estadual n.º 094, de 23 de julho de 2002” e essa é justamente a Lei que instituiu e regulamentou a Agepar.

15. Quarto, porque o início do programa de concessões rodoviárias remonta aos anos de 1996 e 1997. A Agepar, por outro lado, somente foi criada por Lei em julho de 2002, e instalada em 2013. No entanto, já em outubro de 2002 foi firmado referido Termo Aditivo (nº 87/2002) prevendo-se a subordinação do Contrato à Lei da Agepar e, em consequência, à sua ação regulatória.

16. Nem se alegue a necessidade de que se firmasse – além do Termo Aditivo – instrumento de convênio, pois este somente é exigido quando exclusivamente à Agepar é atribuída a competência regulatória, sem necessariamente que o serviço tenha sido delegado ao Estado do Paraná ou, em outras palavras, para hipóteses em que o Poder Concedente é outra esfera federativa. No caso, o convênio celebrado antes da existência da Agepar delegou a exploração das rodovias à pessoa política “Estado do Paraná”, da qual a Agepar é entidade integrante, vinculada à Governadoria (art. 1º, caput, da LCE nº 222/2020) e com independência técnica (§ 1º), encontrando-se no campo da administração pública

² Disponível em: http://www.der.pr.gov.br/sites/der/arquivos_restritos/files/documento/2019-10/termoaditivon0872002lote03.pdf
Acesso realizado em 15 de set. de 21.

Conselho Diretor**VOTO**

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: 28/09/2021

indireta. Nos termos da Constituição do Estado, compete exclusivamente ao Governador do Estado iniciativas para organização da administração pública (art. 79) e, no exercício dessa competência, decidiu-se pela criação do ente regulador oficial do Estado. Como consequência disso, incluiu-se no Contrato de Concessão a menção específica à Lei instituidora da autarquia especial.

17. Em relação à aplicação de penalidades ao poder concedente, este Conselho Diretor, em protocolo de minha relatoria (Protocolo nº 17.057.402-8)³, já analisou a matéria quando da deliberação acerca da Resolução do Processo Sancionador. Nessa ocasião foram validadas, à unanimidade por este Conselho, as conclusões constantes da “Análise das Contribuições da Consulta Pública nº 002/2021”⁴, elaborada pelos Especialistas em Regulação Ricardo Marcassa Ribeiro da Silva e Mariana Ribeiro Facunco de Souza, sendo oportuna a transcrição do seguinte trecho:

A regulação envolve o exercício de uma série de ações dirigidas ao escopo de planejamento, organização, execução e fiscalização de uma determinada atividade ou setor econômico.

(...)

Assim, às agências cabe a gestão dos variados – e, não raras vezes, contrapostos – interesses que incidem na prestação de determinado serviço, dentre os quais se inserem os do usuário, da concessionária e, pois, do próprio poder concedente, que ocupa um dos polos deste “tripé” de interessados.

Deste modo, é importante destacar que as agências reguladoras, embora integrantes da Administração Pública indireta, não se confundem com a figura do poder concedente, devendo, inclusive, se distanciar dele.

(...)

³ Disponível em: <http://www.agepar.pr.gov.br/Pagina/Reunioes-do-Conselho-Diretor> Acesso realizado em 27 de setembro de 2021.

⁴ Disponível em: <https://www.documentador.pr.gov.br/documentador/pub.do?action=d&uuid=@gtf-escriba-agepar@35d4b0ca-342d-4542-9262-926caa29fd1&emPg=true>. Acesso realizado em 27 de setembro de 2021.

Conselho Diretor**VOTO**

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: 28/09/2021

Destarte, **quando a Constituição e, na sequência, a legislação, outorga o poder de regulação e fiscalização setorial, necessariamente elas também conferem todos os meios e competências indispensáveis para seu exercício finalístico.** Pois, como já mencionado, ao se regular tão somente o comportamento de um dos atores, isto é, da concessionária, o mister institucional das agências resta prejudicado, tornando-se ineficiente e se confundindo o papel desempenhado pelo poder concedente, que já fiscaliza a delegatária na prestação do serviço. É do teor da Constituição Federal de 1988, que (destacamos):

*Art. 174. Como **agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.***

Observa-se, como mencionado alhures, que o constituinte se preocupou em conferir ao Estado a missão de atuar como regulador, exercendo, dentre outras, as funções de fiscalização. Assim, **se há a outorga constitucional do dever de fiscalizar, como o agente regulador poderá exercer tal atribuição a contento se estiver tolhido de agir em relação a uma parte do todo?**

(...)

Com efeito, tomando-se em consideração os pontos acima, uma interpretação sistemática da Lei Complementar Estadual n.º 222, de 5 de maio de 2020, vai de encontro à necessidade de se prever – tal como já o fazia a norma anterior (cuja resolução sob consulta se propõe a substituir) – a figura do poder concedente no ato normativo em tela, pois, **ao preconizar o exercício da competência regulatória (e demais atribuições decorrentes de seu espectro de atividades), a legislação invariavelmente exige a atuação completa da Agepar nos setores regulados, sob pena de esvaziar a razão do seu funcionamento, em verdadeiro “faz-de-conta” institucional.**

Pede-se vênha, ainda, para transcrever excerto da já mencionada Informação n.º 183/2020 – AT/GAB/PGE, na qual a Procuradoria-Geral do Estado, ao responder consulta a respeito da competência da Agepar para exercer seus poderes em face do poder concedente, asseverou que *“conclui-se a partir da consulta realizada*

Conselho Diretor**VOTO**

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: 28/09/2021

nesto protocolado, que a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Paraná possui competência regulatória, fiscalizatória e sancionatória em face do Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná, o que inclui a emissão de autos de infrações e aplicação de penalidade, nos termos da legislação de regência.

18. Não obstante desde já afastados os argumentos do DER/PR quanto à competência da Agepar para atuar e a possibilidade de o poder concedente sofrer sanções em decorrência do descumprimento de disposições legais, regulamentares ou contratuais, há pertinência na solicitação do recorrente de suspender o trâmite processual até que sobrevenha análise jurídica requerida à Procuradoria-Geral do Estado.

19. E isso porque, conforme alegado em recurso, o protocolo no qual foi homologado o Termo Aditivo não firmado (nº 14.739.546-9) foi encaminhado para análise da PGE, “a fim de se verificar a legalidade do inteiro teor contido no referido processo, inclusive da celebração do 5º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão n.º 073/97”.

20. Em consulta ao andamento do referido protocolado junto ao sistema eProtocolo (www.eprotocolo.pr.gov.br), verifica-se que, de fato, ele está pendente de análise pela Procuradoria-Geral do Estado, mais precisamente na Procuradoria de Ações Coletivas – PGE/PAC, e a conclusão da manifestação técnica que sobrevier pode influir, substancialmente, na análise deste Conselho Diretor sobre a procedência, ou não, da insurgência manifestada pelo DER/PR.

21. Em razão disso, mostra-se adequado sobrestar o andamento dos presentes autos, enquanto são solicitadas informações à Procuradoria-Geral do Estado a respeito do andamento da consulta jurídica solicitada pelo Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná – DER/PR por meio do Protocolo nº 14.739.546-9.

III – DISPOSITIVO

22. Pelo exposto, propõe-se como decisão deste Conselho Diretor:

- a) **conhecer** a “defesa prévia” apresentada pelo Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná – DER/PR como Recurso, nos termos do art. 51 da LCE nº 222/2020;

Conselho Diretor**VOTO**

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: 28/09/2021

- b) reafirmar** a competência da Agepar para atuar nos contratos de concessão rodoviárias, incluindo-se o Contrato de Concessão nº 73/1997, bem como a possibilidade de o poder concedente sofrer sanções em decorrência do descumprimento de disposições legais, regulamentares ou contratuais, **rejeitando-se** desde já o recurso do DER/PR nesses pontos;
- c) acolher** a preliminar formulada no Recurso do DER/PR para sobrestar o trâmite destes autos até que sobrevenha manifestação da Procuradoria-Geral do Estado no Protocolo nº 14.739.546-9, no qual o DER/PR formulou consulta jurídica sobre a legalidade dos atos praticados;
- d) determinar** o envio dos autos à Procuradoria-Geral do Estado para solicitar informações sobre o andamento do referido protocolo e perspectiva de conclusão da análise, em prazo a ser assinalado pelo Diretor-Presidente;
- e) sobrestar** a análise das demais alegações recursais para após a manifestação jurídica conclusiva da Procuradoria-Geral do Estado no Protocolo nº 14.739.546-9.

23. Providencias administrativas: i) juntada da ata assinada da reunião ordinária; ii) notificação do Departamento de Estradas de Rodagem – DER/PR e da Coordenadoria de Fiscalização – CF/DFQS quanto a esta deliberação; iii) envio dos autos à Procuradoria-Geral do Estado para solicitar informações sobre andamento do Protocolo nº 14.739.546-9 e perspectiva de conclusão da análise, em prazo a ser assinalado pelo Diretor-Presidente; iv) após resposta da PGE, restituir o protocolado ao Conselheiro-Relator.

Bráulio Cesco Fleury
Conselheiro-Relator
Diretor de Normas e Regulamentação