

Parecer nº 03/2015-FDCB - Felipe Derbli C. Baptista

Processo nº E-12/004.339/2014

EMENTA: Direito Regulatório. Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro - AGE-TRANSP. Inteligência do Parecer nº 08/2011-GUB. Conversão de multa em investimentos a cargo do concessionário do serviço público. Proposição de requisitos para a normatização do tema . Inexistência de reserva legal, cabendo a disciplina da matéria por ato normativo da agência reguladora. Manifestação obrigatória do poder concedente. Vinculação do investimento ao serviço público concedido. Impossibilidade de repercussão no equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Celebração de Termo de Ajustamento de Gestão (TAG). Obrigatoriedade de prévia submissão da minuta do TAG à Procuradoria Geral do Estado.

Senhor Procurador-Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos,

Trata-se de consulta quanto a aspectos da normatização da possibilidade de conversão de multas, aplicadas por agência reguladora a concessionário de serviço público, em obrigação de realização de investimentos a cargo deste último. Como pano de fundo, têm-se a imposição de penalidade e a pretensão de sua conversão em investimentos na realização de obras para a instalação de escola de ensino técnico-profissionalizante de formação relacionada com o transporte público metroviário.

Proceda-se, primeiramente, a brevíssimo relatório da situação do processo.

I – Do Relatório

Inaugura o processo a CI AGETRANSP/SECEX nº 463/14, da Secretaria Executiva da Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro – AGETRANSP, solicitando a abertura de processo cujo objeto é descrito como “*estudos para verificar a viabilidade de normatização de procedimentos relativos à conversão de multa pecuniária em investimentos*” (fl. 03), seguido de cópia da Deliberação Interna CODIR nº 047/14, do Conselho Diretor daquela Agência Reguladora, que, em apreciação do processo E-12/010.137/2011, da Concessionária *Metrô Rio* “*sobre Fato Relevante da Operação – Descarrilamento de Veículos de Serviço em 30/03/2011 – Registro de Ocorrência 517 do CMC, em cujos autos a multa aplicada foi convertida em investimentos*”, determinando o sobrestamento daquele feito até que concluído o objeto do presente (fl. 04).

Às fls. 06-08 está o pronunciamento do insigne Diretor-Presidente da AGETRANSP, dirigido à Procuradoria Geral daquela Agência. Afirma o Diretor-Presidente a necessidade de, previamente à normatização do tema, abordagem de alguns pontos. O primeiro deles seria relacionado com o que dispõe o art. 4º, II, do Decreto nº 38.617, de 08.12.2005, que regulamenta a Lei nº 4.555/2005, segundo o qual as multas

aplicadas pelo Conselho Diretor da AGETRANSP, quando não tiverem destinação prevista nos contratos de concessão, constituiriam receitas da Agência. Nesse sentido, assinala que os contratos de concessão da *Metrô Rio* e da *Supervia* seriam silentes quanto ao tema – diversamente do contrato da *Barcas S/A*, que determina a reversão do valor das multas em favor dos usuários.

Indaga-se, então, se, nesses casos, a conversão das multas em investimentos poderia caracterizar renúncia de receita e, em caso afirmativo, qual ato normativo poderia viabilizar tal conversão. Em caso negativo e com base em precedentes da própria AGETRANSP, são formuladas várias questões, adiante resumidas:

1. até que momento poderiam as multas ser convertidas em investimentos?
2. Deveria o poder concedente ser previamente ouvido em todos os casos?
3. Seria possível fixar um valor mínimo de multa para permitir sua conversão em investimentos e, em caso afirmativo, admitir a reunião de duas ou mais multas não pagas e não inscritas em dívida ativa para atingimento desse valor mínimo?
4. Acaso viável a fixação desse valor mínimo, o ato normativo a disciplinar a questão poderá também prever o parcelamento da multa de forma escalonada e devidamente corrigida?
5. É possível definir quais investimentos poderiam ser custeados com essas multas convertidas? Em caso afirmativo, estariam incluídos – ou se restringiriam – aos investimentos a cargo do poder concedente?
6. É possível a aplicação dos valores em obras na área de influência dos sistemas de transportes regulados pela AGETRANSP – como, por exemplo, recuperação de passarelas ou calçadas, fechamento de passagens clandestinas etc. –, ainda que geralmente sejam de responsabilidade dos municípios? Em caso afirmativo, como proceder?
7. O valor convertido em investimento pode ser computado para fins de equilíbrio econômico e financeiro do contrato? Em caso negativo, como se dará a respectiva escrituração contábil?
8. Caso o valor correspondente às multas seja utilizado na aquisição de bens, tratar-se-á de bens reversíveis? Em caso afirmativo, como se dará o ingresso desses bens no respectivo rol?
9. Como se darão o adimplemento e a extinção da obrigação?
10. É possível fixar sanção por eventual descumprimento, além do pagamento da multa anteriormente aplicada?

Às fls. 09-18 está a cópia do Parecer nº 08/2011-GUB, da lavra do i. Procurador do Estado GUSTAVO BINENBOJM, que concluiu, *em determinado caso concreto*, pela inviabilidade da conversão da penalidade de multa em investimento a cargo do concessionário. No entanto, admitiu, *em tese*, tal possibilidade, desde que observado o atendimento dos seguintes requisitos: (i) edição de marco legal autorizativo; (ii) edição de ato regulamentar que discipline os aspectos não abordados em lei; (iii) admissibilidade da conversão da multa em investimento sem descaracterização ou desvio da finalidade pedagógica e prospectiva da aplicação de sanções pela agência reguladora; (iv) prévia anuência da agência reguladora e do poder concedente; e (v) modificação do contrato de concessão para que, de acordo com a lei e o regulamento, sejam devidamente especificados a destinação das multas convertidas em investimentos, os prazos, as metas a atingir e a

forma pela qual tais recursos impactarão na equação econômico-financeira do contrato.

Manifesta-se a Procuradoria Geral da AGETRANSP, por intermédio de seu então Procurador-Geral, o Procurador do Estado LUIS MARCELO MARQUES DO NASCIMENTO (fls. 19-25), que, primeiramente, assinala inexistir na hipótese renúncia de receita, uma vez que, como já reconhecido no Parecer nº 08/2011-GUB, a disciplina da matéria na Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) cuida de receitas tributárias e seria inaplicável às multas regulatórias. Nesse sentido, aduz que a finalidade da agência reguladora não é a aplicação de multas, mas “a obtenção de metas e resultados estabelecidos pelo ordenamento jurídico vigente”. Passa, então, a responder os quesitos formulados pelo i. Diretor-Presidente da Agência, nos termos adiante sintetizados:

1. a conversão da multa em obrigação de investimento deve ser requerida antes de formada a “coisa julgada administrativa”;
2. é indispensável a oitiva do poder concedente;
3. a fixação de um valor mínimo para multas suscetíveis de conversão em investimento – somadas ou individualmente – pode dar-se mediante ato normativo, conforme avaliação fundamentada do Conselho Diretor da Agência Reguladora;
4. é possível, no mesmo ato, autorizar-se o parcelamento, desde que já autorizada a conversão;
5. os investimentos custeados com o valor originariamente destinado ao pagamento de multas não se inserem nas obrigações contratuais ordinárias da concessionária, afigurando-se contrário à moralidade administrativa que custeiem investimentos já previamente estabelecidos nos instrumentos contratuais ou obrigações anteriormente assumidas;
6. a aplicação desses recursos em área de influência dos serviços concedidos, mas em investimentos legalmente confiados a outro ente federativo (normalmente, os Municípios), podem ocorrer mediante a prévia celebração de convênio de cooperação entre as Prefeituras e o poder concedente, mas os convênios não poderão vincular-se à conversão da multa;
7. o investimento decorrente da conversão da multa deve ser computado para os fins de verificação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pois podem gerar receitas adicionais para a concessionária;
8. caso sejam adquiridos bens com esses valores, serão reversíveis apenas aqueles essenciais à prestação do serviço, sendo os demais de titularidade plena da concessionária;
9. a extinção da obrigação se dará por deliberação da Agência Reguladora, que, na oportunidade, declarará se o investimento atendeu à finalidade.

Sustenta, ainda, o então Procurador-Geral da AGETRANSP que a disciplina da conversão de multa em investimento poderia se dar por ato normativo da própria Agência, prescindindo-se de lei formal, tendo em vista a chancela do Supremo Tribunal Federal às disposições legais que concedem poder normativo às agências reguladoras e, em especial, os incisos I e V do art. 3º da Lei Estadual nº 4.555/05.

À fl. 26-28 está o Ofício SETRANS/SET nº 122/2015, firmado pelo Exmo. Sr. Secretário de Estado de Transportes, instruído com cópia do Ofício FAETEC/CG nº 002/2015, da lavra do Ilmo. Sr. Presidente da FAETEC. Relata-se o interesse da mencionada fundação estadual na transferência da *Escola Técnica Estadual Engenheiro Silva Freire*, especializada na formação de técnicos para o setor metroferroviário, para

local cedido pela *Supervia*, ao custo estimado de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais). Considerando as medidas de contenção de despesas atualmente em implementação no âmbito do Poder Executivo Estadual, a SETRANS solicita à FAETEC a realização de estudos que possibilitem a substituição de multas ou obrigações da Concessionária por recursos para a construção da indigitada unidade escolar.

À fl. 29-31 consta relatório de penalidades pecuniárias aplicadas à *Supervia*, informando-se que mais de R\$ 4.400.000,00 (quatro milhões e quatrocentos mil reais) já haviam sido inscritos em dívida ativa, dos quais cerca de R\$ 1.800.000,00 (um milhão e oitocentos mil reais) já teriam sido pagos, constando, ainda, aproximadamente R\$ 853.000,00 (oitocentos e cinquenta e três mil reais) pagos administrativamente à AGETRANSP. O valor convertido em investimentos (*sic*), sobre o qual inexistiria definição quanto a qual investimento deveria ser realizado, seria de R\$ 1.145.186,96 (um milhão cento e quarenta e cinco mil cento e oitenta e seis reais e noventa e seis centavos).

Consta a seguir o Parecer nº 023/2015-LMMN, também de autoria do Procurador do Estado LUIS MARCELO MARQUES DO NASCIMENTO, enfrentando especificamente a solicitação da SETRANS. Na oportunidade, opinou-se favoravelmente à proposta de conversão das multas da *Supervia* em investimento na construção das novas instalações da *Escola Técnica Estadual Engenheiro Silva Freire*, assinalando que:

1. havia manifestação favorável do poder concedente;
 2. os investimentos devem ser destinados exclusivamente ao fim proposto, expurgando-se quaisquer despesas a ele estranhas;
 3. há precedentes em âmbito federal;
 4. caberá ao Conselho Diretor da AGETRANSP, em caráter privativo, avaliar, sob o aspecto regulatório, a relação custo-benefício da medida, de modo a identificar se existe pertinência da proposta com a política pública delineada pelo poder concedente, bem como o impacto econômico-financeiro da medida, com vistas à manutenção do equilíbrio do contrato de concessão;
 5. a conversão deve ser consignada em termo aditivo ao contrato de concessão, com a fixação de prazos e, para eventual descumprimento, as sanções cabíveis;
 6. a Procuradoria Geral do Estado deverá pronunciar-se quanto à questão e, em particular, quanto aos valores de multas já em fase de execução fiscal, sugerindo-se, no entanto, a suspensão do processo com esteio no art. 265, II, do Código de Processo Civil.
- Este o relatório. Passo a opinar.

II – Da análise do caso

1. Da desnecessidade de previsão legal ou contratual expressa da conversão da multa em investimento

Em primeiro lugar, é de se aderir às conclusões do i. Procurador do Estado FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMAN, expostas em sede doutrinária, quanto à desnecessidade de previsão legal específica para que as sanções pecuniárias possam, por decisão da agência reguladora, converter-se em investimentos a cargo do

concessionário¹. Com efeito, a submissão da matéria à estrita reserva de lei é visão que não se coaduna com a contemporânea *concepção pós-positivista do princípio da legalidade*, bem demonstrada por ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO², que, forte nas lições de EISENMANN, assinala que a total vinculação do conteúdo da ação administrativa à lei, suprimindo qualquer atividade criativa e flexibilidade, impede a apropriação da Administração em contextos dinâmicos do Estado de Direito, com múltiplas e complexas atribuições.

Impõe-se, portanto, que, na perspectiva do Estado regulador, baste a habilitação formal da agência reguladora na lei, cabendo este ao ato infralegal. Tal habilitação, no entanto, não se resumiria à mera previsão de competências normativas, cabendo à lei, de igual maneira, princípios, finalidades, políticas públicas ou *standards* que propiciem o controle do regulamento (o que a experiência norte-americana denomina *intelligible principles doctrine* ou doutrina dos princípios inteligíveis), sob pena de se conferirem poderes ilimitados ao ente regulador³.

Impende verificar, portanto, se a Lei Estadual nº 4.555/05 cumpre a contento o propósito de oferecer parâmetros razoavelmente seguros para o exercício de poderes normativos pela AGETRANSP.

Especificamente quanto à matéria versada neste parecer – a conversão de penalidade administrativa pecuniária em investimento –, a resposta deve ser *afirmativa*. Com efeito, assim dispõe o mencionado diploma legal:

Art. 3º No exercício de suas atividades, pugnará a AGETRANSP pela garantia dos seguintes princípios fundamentais:

I – prestação pelos concessionários, de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, tanto qualitativa quanto quantitativamente; [...]

III – estabilidade nas relações envolvendo o Poder Concedente, concessionários e usuários, no interesse de todas as partes envolvidas; [...]

V – a expansão dos sistemas, o atendimento abrangente da população, a otimização ao uso dos bens coletivos e a modernização e aperfeiçoamento dos serviços prestados; [...]

Art. 4º Compete à AGETRANSP, no âmbito de suas atribuições e responsabilidades, observadas as disposições legais e pactuais pertinentes:

I – zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições; [...]

IV – fiscalizar, diretamente ou mediante delegação, os aspectos

¹ WILLEMAN, Flávio de Araújo. Termo de Ajustamento de Gestão nas Concessões: Conversibilidade das Sanções Administrativas Pecuniárias em Investimentos. In *Revista de Direito da Procuradoria Geral* 68: 161-170, Rio de Janeiro, Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, junho 2013/junho 2014.

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Concepção Pós-Positivista do Princípio da Legalidade. In *Revista de Direito Administrativo* 236: 51-64, Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2004.

³ ARAGÃO, ob .cit..

técnico, econômico, contábil e financeiro, sempre nos limites estabelecidos em normas legais, regulamentares ou pactuais, os contratos de concessão ou permissão de serviços públicos, aplicando diretamente as sanções cabíveis;

V – expedir deliberações e instruções tendo por objeto os contratos submetidos a sua competência, inclusive fixando prazos para cumprimento de obrigações por parte das concessionárias e permissionárias, voluntariamente ou quando instada por conflito de interesses; [...]

XV – estabelecer padrões de serviço adequado, garantindo ao usuário regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas;

XVI – exigir, conforme previsto nos contratos de concessão ou permissão, a expansão e a modernização dos serviços delegados, de modo a buscar a sua universalização e melhoria dos padrões de qualidade, ressalvada a competência do Estado quanto à definição das políticas setoriais e seu caráter de intermodalidade; [...]

Como se nota, a lei estabelece, s.m.j., *princípios inteligíveis* para *nortear* o exercício de poderes normativos – deverão ser sempre orientados pela adequação quantitativa e qualitativa dos serviços concedidos, pela modicidade tarifária, pela universalização, pela regularidade, pela eficiência etc. e, naquilo que ora interessa, pelos contínuos *aperfeiçoamento, expansão e modernização*. Por outro lado, o poder normativo da AGETRANSP será *limitado* pela manutenção da *estabilidade nas relações* entre o poder concedente, o concessionário e os usuários, bem como pela *fidel observância da legislação de regência e dos contratos de concessão*.

A conversão de multa administrativa em obrigação de investimento infraestrutural, como já afirmado não apenas nas várias manifestações proferidas nestes autos, como também nas obras doutrinárias e nos pareceres anteriormente referidos, é medida claramente dirigida à modernização e ao aperfeiçoamento dos serviços públicos concedidos, em benefício do usuário, que, evidentemente, deverão prevalecer ante a questão meramente financeira da arrecadação da multa. Nesse sentido, FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO é preciso:

“Temos, então, uma primeira nota relevante: a finalidade da atividade regulatória estatal não é a aplicação das sanções e sim a obtenção das metas, pautas e finalidades que o legislador elegeu como relevantes alcançar. Para o atingimento destas finalidades primaciais pode lançar mão, dentre outros instrumentos, do poder de sancionar. *As penas nunca são um fim em si mesmo, mas um instrumento de que se utiliza o ente estatal para obrigar aos particulares condutas desejadas*”.⁴

⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica (Parecer). In *Revista de Direito Administrativo* 221:353-370, Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 2000, p. 357. Os grifos são do original.

E nem poderia ser diferente. Consubstanciando-se a regulação, segundo VITAL MOREIRA, no “estabelecimento e [n]a implementação de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos”⁵, é bastante claro que a sanção, conquanto se trate de aspecto importante da ação regulatória, funciona precipuamente como mecanismo de incentivo à adoção, pelo particular, das condutas lícitas – quando este se propõe a adotar conduta que, para além do aspecto meramente punitivo (sobretudo quanto a punição se restringe à questão pecuniária), também converge para os objetivos da regulação, a Administração Pública deve preferir esta solução.

Trata-se de raciocínio que se lastreia, basicamente, em três premissas teóricas. A primeira delas diz com a própria posição do Estado regulador em suas relações com o(s) particular(es), que, novamente segundo FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, se dá à luz da “necessidade do órgão regulador equilibrar-se entre o exercício da autoridade pública e a composição dos interesses privados (dos usuários ou dos diversos exploradores de atividades econômicas no âmbito do setor regulado)”⁶. Em síntese:

“[...] A unilateralidade e a exorbitância tradicionais no exercício da autoridade pública (poder extroverso) têm que dar lugar à interlocução, a mediação e à ponderação entre os interesses divergentes, sem descuidar, por óbvio, da proteção da coletividade contra abusos dos agentes econômicos.”⁷

Da transcrição acima já se extrai a referência à segunda importante premissa teórica, qual seja, a de atuação da Administração Pública segundo os ditames da *proporcionalidade*⁸. Com efeito, também o Estado regulador se submete, nos atos que geram efeitos sobre a esfera do particular, ao triplo e sucessivo teste de: (i) *adequação*, ou seja, a medida deve ser apta aos fins a que se destina; (ii) *necessidade ou exigibilidade*, consubstanciando-se no meio menos gravoso possível para atingir os fins colimados, e (iii) *proporcionalidade em sentido estrito*, vale dizer, preponderância dos benefícios atingidos em face dos custos suportados⁹.

Assim sendo, a oportunidade de se admitir que o particular regulado, *sponte propria*, realize investimentos condizentes com os objetivos da regulação e benéficos aos usuários do serviço público, poderá, dentro de limites razoáveis, prevalecer sobre a tão-só exigência de pagamento de pena pecuniária, porquanto mais consentânea com os propósitos da regulação.

A terceira premissa, por fim, é a inserção de mecanismo de *consensualidade* na práxis do Direito Administrativo Regulatório, consagrando-se clara tendência doutrinária contemporânea, que enxerga nas ferramentas consensuais não apenas

⁵ MOREIRA, Vital. *Auto-regulamentação profissional e Administração Pública*. Coibra: Almedina, 1997, p. 34.

⁶ MARQUES NETO, ob. cit., p. 355.

⁷ MARQUES NETO, ob. e loc. cit.

⁸ [...] o que deve pautar a atividade punitiva do Estado não é a sanha de punir (ou de arrecadar multas) e sim o equilibrado exercício da função sancionadora que, observada a ponderabilidade fato-pena e a proporcionalidade, seja a um só tempo razoável e eficaz para o atingimento das finalidades que justificam a existência da sanção. [...]” (MARQUES NETO, ob. cit., p. 357-358).

⁹ Sobre o princípio da proporcionalidade, v. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 13. ed.. São Paulo: Malheiros, 2012.

uma maior legitimidade, como também maior eficácia. Com efeito, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, abeberando-se das lições da Antropologia Social, assinala a maior eficácia do *consenso*, em oposição à *coerção*, para a durabilidade e a estabilidade das relações. Ensina o mestre:

“É certo, não obstante, que ao lado do *consenso* existe o fenômeno antípoda da pura *imposição da força* (ou de qualquer outra modalidade cratológica de coerção, como poderá ser, por exemplo, uma simples ameaça ou o mero temor reverencial), o que também desta faz uma fonte paralela de *relações interindividuais reiteradas e estáveis*, aptas a atingir a escala necessária para gerar instituições e proporcionar segurança no meio social.

O que as distingue, entretanto, é que as relações fundadas apenas ou predominantemente na *coerção* não serão tão duradouras quanto as que se fundem no *consenso*, situando-se entre ambas as relações *híbridas*, que, embora suportadas pela coerção, contam com um mínimo de aceitação do grupo – o que as aproximam das características consensuais espontâneas.”¹⁰

Destarte, resta evidente que a possibilidade de conversão de penalidade administrativa pecuniária em investimento não requer exaustiva previsão em lei, ou seja, não é caso de reserva legal absoluta. Especificamente quanto aos transportes públicos estaduais concedidos sob regulação da AGETRANSP, a legislação estadual oferece parâmetros seguros para que, por ato normativo próprio, a Agência Reguladora discipline a matéria.

Não é demais registrar que a conversão da multa em investimento se afigurará, *atendidos os requisitos formais aplicáveis* (v. *infra*), uma *opção do concessionário*, na medida em que, cuidando-se de mecanismo *consensual*, o mesmo não estará obrigado a aderir – pode, por óbvio, optar por simplesmente pagar a multa. Logo, se é de se supor que aderirá apenas quando a hipótese lhe parecer benéfica, afigura-se igualmente dispensável – ainda que fosse eventualmente desejável – a existência de prévia cláusula permissiva para tal conversão no contrato de concessão. Bastarão, portanto, a normatização do tema pela AGETRANSP e, atendidos os requisitos normativos, a manifestação de interesse do concessionário.

Cumprido, então, parâmetros para a edição da norma regulatória.

2. Do conteúdo da normatização propriamente dita

a. Da formalização da conversão

A formalização do negócio, como proposto por WILLEMAN¹¹, deverá dar-se

¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade – Finalidade – Eficiência – Resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 36. Grifos do original.

¹¹ WILLEMAN, Flávio de Araújo. Termo de Ajustamento de Gestão nas Concessões: Conversibilidade das Sanções Administrativas Pecuniárias em Investimentos. In *Revista de Direito da Procuradoria Geral* 68: 161-170, Rio de Janeiro, Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, junho 2013/junho 2014. A locução *Termo de Ajustamento de Gestão*, segundo o autor, teria

mediante a lavratura de *Termo de Ajustamento de Gestão*, em que constem todos os elementos aqui propostos e mais tantos quantos sejam necessários. Em alguns casos – como, por exemplo, na hipótese de ampliação do rol de bens reversíveis (v. *infra*), poderá ser necessária também a celebração de *termo aditivo ao próprio contrato de concessão*.

b. Do momento da conversão

É de se assinalar a pequena divergência, *data venia*, entre o entendimento ora esposado e aquele anteriormente manifestado pela Procuradoria-Geral da AGETRANSP, segundo o qual a conversão da multa em investimento teria como limite temporal a formação da chamada *coisa julgada administrativa*, isto é, quando tornada irrecurável, em sede administrativa, a decisão regulatória sancionadora.

Com efeito, não me parece haver qualquer impeditivo legal para que a AGETRANSP autorize tal conversão em qualquer momento, isto é, *até o momento em que a multa for paga (ou, caso tenha havido depósito judicial, até o momento da respectiva conversão em renda da agência reguladora)*, uma vez que persistirão os objetivos da atividade regulatória. Por outro lado, consumada a transferência dos valores da multa à agência reguladora, estará satisfeita a obrigação inicial, descabendo, por questão de lógica, a conversão de obrigação já extinta.

É importante assinalar que, proposta a conversão da multa em investimento no curso de execução fiscal, será cabível a suspensão do processo por convenção entre as partes. Contudo, recorde-se que tanto o CPC atualmente vigente como o novo Código (Lei nº 13.105/2015, ainda em *vacatio legis*) anotam prazo máximo de 6 (seis) meses para suspensão do processo nessa hipótese. Confira-se:

CPC - 1973	CPC - 2015
Art. 265. Suspende-se o processo: [...]	Art. 313. Suspende-se o processo: [...]
II - pela convenção das partes; [...]	II - pela convenção das partes; [...]
§ 3º A suspensão do processo por convenção das partes, de que trata o nº II, <i>nunca poderá exceder 6 (seis) meses</i> ; findo o prazo, o escrivão fará os autos conclusos ao juiz, que ordenará o prosseguimento do processo.	§ 4º O prazo de suspensão do processo <i>nunca poderá exceder 1 (um) ano</i> nas hipóteses do inciso V e 6 (seis) meses <i>naquela prevista no inciso II</i> .
	§ 5º O juiz determinará o prosseguimento do processo assim que esgotados os prazos previstos no § 4º.

_____ sido formulada por LUCIANO FERRAZ (cf. FERRAZ, Luciano. Termos de Ajustamento de Gestão (TAG): do sonho à realidade. In *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, ano 1, n. 1, abr./jun./2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 43-50.

Investimentos na área de infraestrutura, em geral, possuem custos elevados e demandam tempos relativamente consideráveis para que alcancem seus resultados. Diante disso, o tempo legalmente admitido para suspensão do processo pode afigurar-se insuficiente para o integral cumprimento das obrigações atinentes ao investimento, sujeitando a agência reguladora, com isso, à retomada do curso do prazo prescricional.

Parece-me que será o caso de, mediante a homologação do *Termo de Ajustamento de Gestão* pelo juízo competente, extinga-se o feito com resolução de mérito, por motivo de transação entre as partes (art. 269, III, do CPC atual; art. 487, III, “b”, do CPC/2015). Afinal, disporá a agência reguladora, no caso de eventual descumprimento do Termo, de título executivo judicial para, eventualmente, propor nova ação (art. 475-N, III, do CPC atual; art. 515, II, do CPC/2015).

c. Da indispensável oitiva do poder concedente

Neste tópico, não há maiores dúvidas: a manifestação favorável do poder concedente é indispensável, uma vez que este é o responsável pela formulação das políticas públicas atinentes aos serviços públicos concedidos.

Ressalte-se, neste ponto, que o pronunciamento do poder concedente é *discricionário*, isto é, a avaliação do investimento proposto em substituição ao pagamento da multa insere-se no juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública, ou melhor, no juízo de adesão desse investimento à política pública formulada pelo Estado para o segmento.

In casu, o Estado terá legitimidade para avaliar se o investimento cogitado se insere na política pública de transporte de passageiros. Em caso negativo, não poderá a AGETRANSP autorizar a conversão; se, por outro lado, for favorável o pronunciamento do poder concedente, será necessário verificar se terão sido preenchidos os requisitos definidos no ato normativo próprio para tanto.

Daí se infere que, diversamente do que parece afirmar WILLEMANN¹², não vejo tal análise como exclusivamente *técnica*. Ao revés, a exigência de manifestação do poder concedente – momento em que haverá pronunciamento quanto à adequação da conversão da multa em investimento à política pública de transportes coletivos – insere uma inegável componente *política* na apreciação.

Naturalmente, ainda restará a componente *técnica*, especificamente quanto à eficiência do investimento para a consecução dos objetivos da política. Vale dizer, a apreciação quantitativa e qualitativa das obras, instalações ou reformas a serem realizadas, dos valores estimados, dos respectivos prazos de cumprimento e de outros aspectos operacionais e econômico-financeiros certamente caberá à agência reguladora.

d. Dos requisitos para a conversão: valor, interstícios mínimos etc

Sem prejuízo da discricionariedade do juízo do poder concedente para anuir com a conversão da multa em investimento, não seria razoável admitir que apenas a sua aquiescência poderia ser o suficiente. Tal hipótese, por deixar a questão tão-somente ao alvedrio da autoridade pública, subverteria demasiadamente a *nota punitivo-pedagógica* das sanções administrativas regulatórias. Explica-se.

¹² WILLEMANN, ob. cit., *passim*.

O Direito Administrativo Sancionador ocupa-se de oferecer à Administração Pública ferramentas não apenas para *punir* o administrado que transgride, mas também – talvez sobretudo – para *desestimular* a prática definida na norma como ilícita. É nessa toada a lição de FÁBIO MEDINA OSÓRIO, que, recusando o caráter puramente repressivo da sanção administrativa, afirma textualmente que “[o] *exercício do poder disciplinar é, necessariamente, em alguma medida, também punitivo, embora busque um acentuado objetivo pedagógico. [...]*”¹³.

Portanto, a sanção administrativa – como, de resto, as sanções em geral – exhibe uma faceta *punitiva*, de modo a imputar a *responsabilidade* àquele que viola a norma, e, ainda, outra faceta *pedagógica*, como um *desincentivo* à reincidência do transgressor punido e à prática do ilícito por ele e pelos demais administrados, reincidentes ou não.

É possível admitir, reconheça-se, que a conversão da multa em investimento *atenua*, de certo modo, o lado *punitivo* da sanção, uma vez que, mesmo ainda havendo um desembolso, este terá uma destinação específica, definida de forma *consensual* entre as partes. No entanto, condicionar a conversão à pura e simples aceitação discricionária do poder concedente, mais do que meramente atenuar, esvaziaria completamente a sanção, na medida em que bastaria ao concessionário, sempre que apenado, propor a conversão da multa em investimentos alinhados com a política pública eleita pelo poder concedente – eventualmente, negociados¹⁴ nesse sentido; com isso, livrar-se-ia não só do desembolso simples, como impediria a caracterização de antecedentes, a serem considerados em posteriores processos sancionadores.

Da mesma forma, a livre conversão, sem limites, desmontaria também o elemento *pedagógico* da sanção regulatória, na medida em que permitiria ao concessionário condicionar investimentos à conversão de penalidades, o que, a rigor, mais funcionaria como um estímulo à transgressão e não o contrário: não haveria problema em violar as normas – bastaria, posteriormente, propor investimentos com o valor das multas.

Logo, é necessário que a norma da agência reguladora estabeleça *requisitos e limites* para a conversão da multa em investimento, que aqui se sugerem em relação meramente *exemplificativa*.

A já mencionada *aquiescência do poder concedente* deverá constar como exigência inafastável.

Caberia, ademais, a definição do *valor* do investimento: parece-me claro que o investimento não pode representar uma medida de *economia* para o concessionário – portanto, o investimento deve *corresponder ao valor da multa ou, eventualmente, ser maior*.

Não parece haver impeditivo para que o investimento resulte da conversão de várias multas, o que assinala que a agência reguladora também poderia fixar, *dentro dos limites da razoabilidade*, um *valor mínimo* de multa suscetível de conversão. Faz sentido, aliás, que assim seja, uma vez que multas de valores muito baixos, convertidas isoladamente em investimentos, poderiam representar ganhos irrisórios para o bom

¹³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 78.

¹⁴ Uma nota aqui é necessária. A expressão *negociados*, devidamente contextualizada, está longe de sugerir qualquer ilegalidade. Desde o início, deixou-se claro que a conversão de multa em investimento é uma solução *consensual* – logo, negociada. O que se quer repudiar, no caso, é a negociação absolutamente livre de quaisquer limites, que tornaria o instituto um *salvo-conduto* para a prática de outras transgressões à norma regulatória.

funcionamento do serviço concedido e, novamente, descaracterizar o efeito punitivo-pedagógico da sanção.

Considere-se, ainda, a possibilidade de *conversão parcial da multa em investimento*, com o pagamento do restante em espécie. Nesse caso, também deverá ser observado, para fins de conversão, o limite mínimo acima referido.

Por outro lado, afigurar-se-ia *equivocada*, s.m.j., uma limitação *máxima* para a multa conversível. Com efeito, uma vez estabelecida essa relação entre o valor da multa e o valor *mínimo* a ser investido, é de interesse público que, quanto mais grave a transgressão – e, portanto, maior o valor da multa – maior seja o comprometimento do concessionário com a modernização e com o aperfeiçoamento dos serviços públicos e, portanto, maior seja o vulto do investimento. Destarte, não faria sentido que, podendo o concessionário apresentar alternativas de investimentos de maior porte (desonerando, pois, o poder concedente de todas as obrigações daí decorrentes, que vão muito além da disponibilidade financeira), fosse preferida a simples arrecadação da multa.

Para evitar abuso do instituto, impõe-se que a norma regulatória estabeleça *intervalos temporais mínimos* para a fruição do benefício da conversão. Do contrário, ressurgiria o desestímulo ao cumprimento das normas: se o concessionário puder sempre converter a multa em investimento, será menor o incentivo à atuação lícita regular. Nesse mesmo sentido, também é relevante estabelecer interstício mínimo específico para o caso de eventual descumprimento de *Termo de Ajustamento de Gestão* anterior.

Sugere-se, *como mera fonte de inspiração*, a legislação que disciplina a atividade de saúde suplementar, também sujeita à regulação. A Lei Federal nº 9.656/98 – alterada pela Medida Provisória nº 2.177-44/2001 – estabeleceu parâmetros bastante razoáveis. Confirmam-se:

Art. 29. As infrações serão apuradas mediante processo administrativo que tenha por base o auto de infração, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares, cabendo à ANS dispor sobre normas para instauração, recursos e seus efeitos, instâncias e prazos.

§ 1º O processo administrativo, antes de aplicada a penalidade, poderá, a título excepcional, ser suspenso, pela ANS, se a operadora ou prestadora de serviço assinar termo de compromisso de ajuste de conduta, perante a diretoria colegiada, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, obrigando-se a:

I – cessar a prática de atividades ou atos objetos da apuração; e

II – corrigir as irregularidades, inclusive indenizando os prejuízos delas decorrentes.

§ 2º O termo de compromisso de ajuste de conduta conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas:

I - obrigações do compromissário de fazer cessar a prática objeto da apuração, no prazo estabelecido;

II – valor da multa a ser imposta no caso de descumprimento, não inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e não superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) de acordo com o porte econômico da operadora ou da prestadora de serviço.

§ 3º A assinatura do termo de compromisso de ajuste de conduta não importa confissão do compromissário quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração.

§ 4º O descumprimento do termo de compromisso de ajuste de conduta, sem prejuízo da aplicação da multa a que se refere o inciso II do § 2º, acarreta a revogação da suspensão do processo.

§ 5º Cumpridas as obrigações assumidas no termo de compromisso de ajuste de conduta, será extinto o processo.

[...]

§ 7º Não poderá ser firmado termo de compromisso de ajuste de conduta quando tiver havido descumprimento de outro termo de compromisso de ajuste de conduta nos termos desta Lei, dentro do prazo de dois anos.

§ 8º O termo de compromisso de ajuste de conduta deverá ser publicado no Diário Oficial da União

§ 9º A ANS regulamentará a aplicação do disposto nos §§ 1º a 7º deste artigo.

Art. 29-A. A ANS poderá celebrar com as operadoras termo de compromisso, quando houver interesse na implementação de práticas que consistam em vantagens para os consumidores, com vistas a assegurar a manutenção da qualidade dos serviços de assistência à saúde.

§ 1º O termo de compromisso referido no *caput* não poderá implicar restrição de direitos do usuário.

§ 2º Na definição do termo de que trata este artigo serão considerados os critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços a serem oferecidos pelas operadoras.

§ 3º O descumprimento injustificado do termo de compromisso poderá importar na aplicação da penalidade de multa a que se refere o inciso II, § 2º, do art. 29 desta Lei.¹⁵

Naturalmente, poderá a AGETRANSP eleger critérios diversos daqueles indicados no diploma legal acima transcrito, caso conclua haver requisitos quantitativos e temporais mais adequados aos serviços públicos concedidos que se encontram sob sua regulação, observando-se, em qualquer caso, os limites da razoabilidade.

e. Dos investimentos admissíveis

Relativamente à natureza dos investimentos admissíveis para a conversão, há boas razões para que se adote uma perspectiva um tanto quanto restritiva. Com efeito, se o produto da arrecadação das multas regulatórias é, em princípio, receita da AGETRANSP, parece inadequado que, s.m.j., os investimentos resultantes de conversão dessas multas atendam a outras finalidades que não aquelas atinentes ao serviço público regulado. Tal hipótese converteria a AGETRANSP em entidade anômala de execução e/ou de fiscalização do cumprimento de outras políticas públicas, desviando-a de seus objetivos institucionais legalmente definidos.

Portanto, é indispensável que os investimentos sejam minimamente (*mesmo que não exclusivamente*) relacionados com o serviço público concedido sob regulação da agência. Vale dizer, devem ser direcionados à manutenção, à modernização ou ao aperfeiçoamento do serviço público de transporte coletivo de passageiros do qual o concessionário, por contrato, esteja incumbido. Não caberá o investimento em setores alheios à regulação da AGETRANSP. Nesse sentido opina WILLEMANN, *verbis*:

“Possível, assim, caso exista provocação fundamentada, justa e razoável do concessionário, que o Poder Público decida, de forma motivada e técnica, pela conversão da multa em obrigação de fazer ou mesmo do seu conteúdo em investimento no segmento objeto da regulação. Com efeito, tenho que não é possível, *sob pena de desvio de finalidade*, que o valor da multa, em se tratando de concessão, seja convertido para fim outro que não o de aprimoramento extraordinário (fora dos deveres de investimento previstos no contrato) do serviço concedido, com a expressa modificação da postura tida por irregular pelo Poder Público.”¹⁶

Observada essa restrição, é certo, por outro lado, que ainda existirá boa margem de aplicabilidade para a destinação dos investimentos. O caso em apreço é

¹⁵ Omitiu-se da transcrição o § 6º do art. 29 da Lei, segundo o qual se suspende a prescrição durante a vigência do termo de compromisso de ajuste de conduta. Se, por um lado, admite-se neste parecer que o termo seja lavrado mesmo sem previsão legal expressa – sendo possível, pois, a sua disciplina em ato normativo infralegal da agência reguladora –, é certo que apenas a lei formal poderá prever hipóteses de suspensão de prazos prescricionais.

¹⁶ WILLEMANN, ob. cit., p. 167. O grifo é do original.

um bom exemplo: cuida-se da construção de novas instalações para a *Escola Técnica Estadual Engenheiro Silva Freire*, especializada na formação de técnicos para o setor metroferroviário. Evidentemente, trata-se de medida que atende aos reclamos legais de aperfeiçoamento do serviço, contribuindo para a formação e a qualificação de pessoal empregado na consecução do serviço de transporte metroviário e, *também*, ferroviário (outro modal de transporte público coletivo de passageiros sob regulação da AGETRANSP).

Nessa mesma linha de raciocínio, não parece haver obstáculo jurídico a que o investimento seja destinado a intervenções urbanísticas, a saber, obras na área de influência dos sistemas de transportes regulados pela AGETRANSP (como, nos exemplos dados anteriormente, na recuperação de passarelas ou calçadas, no fechamento de passagens clandestinas etc.). Como, por óbvio, serão medidas de competência dos Municípios, será perfeitamente cabível a celebração de *convênio de cooperação* entre o Estado (como poder concedente) e o Município envolvido, com a interveniência da AGETRANSP.

Haverá, então, dois instrumentos conexos: o *Termo de Ajustamento de Gestão* entre a AGETRANSP e o concessionário, com a anuência do Estado (poder concedente), e o *convênio de cooperação* entre o Estado e o Município em que se realizará a intervenção urbanística, participando a AGETRANSP como interveniente.

Os investimentos deverão ser minuciosamente detalhados no Termo de Ajustamento de Gestão, prevendo-se as obrigações a serem cumpridas (obras, instalações, reformas etc.) os valores estimados e os respectivos prazos, dentre outras, de modo a permitir a fiscalização do seu cumprimento pela AGETRANSP.

f. Do impacto sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos

Pede-se vênua para, novamente, divergir da insigne Procuradoria-Geral da AGETRANSP, para propor que os investimentos decorrentes da conversão de multas *não* sejam considerados para fins de determinação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, para o bem ou para o mal. É que a multa, por si só, não impacta no equilíbrio econômico-financeiro da concessão – *mutatis mutandis*, o investimento que, em última análise, corresponderá a algo como uma destinação direta do numerário ao bem do serviço público (ou seja, sem a intermediação da agência reguladora como ente arrecadador), também não deverá ser considerado para esse fim.

Não impressiona, *data venia*, o argumento de que o investimento poderá gerar receitas adicionais para o concessionário, o que, em tese, poderia ensejar uma redução tarifária. A questão, neste ponto, é de simetria: não é completamente impossível que o investimento ocasione, ainda que eventualmente, novas despesas para o concessionário, que, assim como a multa, não poderão repercutir no equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

g. Dos bens reversíveis

Quanto aos investimentos a que se comprometer o concessionário que envolverem a aquisição de bens, é de se acolher a tese sufragada pela douta Procuradoria-Geral da AGETRANSP: *serão bens reversíveis apenas aqueles necessários à prestação do serviço público concedido*, vale dizer, apenas a estes se aplicará o regime jurídico

específico que se caracteriza, dentre outras características, pela *afetação* (vedação de destinação diversa), pela *inalienabilidade* e pela *impenhorabilidade*¹⁷.

O ingresso de tais bens no rol de bens reversíveis da concessão se dará por intermédio de *termo aditivo ao contrato de concessão*, devendo exigir-se que também conste do *Termo de Ajustamento de Gestão* a relação desses bens. Caso não seja imediatamente possível a identificação de todos os bens a serem adquiridos e posteriormente afetados à concessão, não se vislumbra óbice a que haja, *também*, uma cláusula aberta no *Termo de Ajustamento de Gestão* que preveja a ulterior inclusão de novos bens reversíveis e, sobretudo, obrigue a celebração de novos termos aditivos ao contrato de concessão com essa finalidade.

Não é demais ressaltar que a aquisição, pelo concessionário, de bens a serem classificados como bens reversíveis não os transfere de imediato à titularidade do Estado *durante a vigência do contrato de concessão*. É plenamente possível que, durante o período, sejam de propriedade do concessionário, transferindo-se a respectiva propriedade ao poder concedente somente após expirado o prazo da concessão¹⁸.

h. Da extinção da obrigação e das sanções

É necessário que a normativa da agência reguladora determine a expressa previsão, no *Termo de Ajustamento de Gestão*, dos prazos e dos meios de verificação do cumprimento das obrigações atinentes ao investimento e, ainda, da sanção pelo eventual descumprimento das obrigações assumidas, que pode importar, por exemplo, o restabelecimento da multa originária, corrigida monetariamente e acrescida de juros.

Mister, ademais, que se preveja a responsabilidade do concessionário pela reparação dos danos relativos às despesas em que, eventualmente, houver de incorrer o Poder Público para a conclusão de investimentos inacabados ou outros prejuízos materiais.

Deve constar do *Termo de Ajustamento de Gestão*, ainda, que a extinção da obrigação se dará mediante a atestação, pela AGETRANSP, do integral cumprimento das obrigações atinentes ao investimento acordado, mediante a edição de ato declaratório expresso e específico, de modo a garantir a segurança jurídica de ambas as partes pactuantes.

i. Da obrigatoriedade de análise da minuta do Termo de Ajustamento de Gestão Procuradoria Geral da AGETRANSP e pela Procuradoria Geral do Estado

É imperioso, por fim, que a minuta do *Termo de Ajustamento de Gestão*, *previamente à sua efetiva lavratura*, seja submetida não apenas à apreciação da Procuradoria Geral da AGETRANSP, como também – e principalmente – à Procuradoria

¹⁷ V., por todos, JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 330-331.

¹⁸ Nesse sentido, confira-se o entendimento esposado no *Parecer nº06/2012-FDCB*, de minha autoria, de cujas conclusões se extrai a seguinte síntese: “os bens reversíveis no contrato de concessão de serviço público poderão ser de titularidade do poder concedente, do concessionário ou mesmo de terceiros, conforme as suas características, a forma de sua utilização e a própria modelagem da concessão, de modo a que sejam tomadas em consideração circunstâncias como, por exemplo, a depreciação e a obsolescência tecnológica, em observância dos princípios constitucionais da eficiência administrativa e da economicidade”.

Geral do Estado, que, na qualidade de Órgão Central do Sistema Jurídico e, ainda, como órgão constitucionalmente competente para a consultoria e o assessoramento jurídico da Administração Pública Estadual (*in casu*, o poder concedente), avalie a respectiva validade jurídica, no exercício de suas competências previstas, em caráter privativo, no art. 2º, incisos IV, X, XII e XIV, da Lei Complementar nº 15/80¹⁹.

III – Considerações Finais – O Caso *Sub Examine*

No que concerne ao caso vertente, a conversão da multa, imposta pela AGETRANSP à Concessionária *Metrô Rio*, na obrigação de realização de investimentos na construção de novas instalações para a *Escola Técnica Estadual Engenheiro Silva Freire* afigura-se, *em tese*, alinhada com as ideias esposadas neste parecer. Tratando-se de unidade de ensino profissionalizante destinada à formação de técnicos para o setor metroferroviário, é clara a sua relação com o serviço público regulado, delegado à concessionária. Há, outrossim, indicativo de aquiescência do poder concedente – no caso, a Secretaria de Estado de Transportes – SETRANS.

Esses, no entanto, são, *por ora*, os únicos dentre os elementos presentes dentre aqueles acima indicados. Ausente uma disciplina própria, a ser emitida pela própria AGETRANSP, também não há, obviamente, uma minuta de *Termo de Ajustamento de Gestão* submetida à consideração desta Procuradoria Geral do Estado, o que, ao fim e ao cabo, impede a manifestação conclusiva do Órgão Central do Sistema Jurídico especificamente sobre o caso concreto.

IV – Das Conclusões

Em virtude do acima exposto, são alcançadas as seguintes conclusões:

1. a conversão da multa em investimento prescinde de previsão legal ou contratual expressa, sendo indispensável, no entanto, a aquiescência do poder concedente;
2. o tema, portanto, deve ser objeto de disciplina por *ato normativo da agência reguladora*, que deve, necessariamente, contemplar as seguintes previsões:
 - a. o cabimento da conversão até o momento do efetivo pagamento da multa (ou da conversão do respectivo depósito judicial em renda da agência reguladora);

¹⁹ Art. 2º - A Procuradoria Geral do Estado tem autonomia administrativa e financeira, dispondo de dotação orçamentária própria. Suas atribuições são as previstas no art. 176 e parágrafos da Constituição do Estado, competindo-lhe: [...]

IV - o exercício de funções de consultoria jurídica da administração direta, no plano superior, inclusive no que respeita às decisões das questões interadministrativas, bem como emitir pareceres, normativos ou não, para fixar a interpretação governamental de leis ou atos administrativos; [...]

X - defender os interesses do Estado e do Governador junto aos contenciosos administrativos; [...]

XII - opinar sobre providência de ordem jurídica aconselhadas pelo interesse público e pela aplicação das leis vigentes; [...]

XIV - propor ao Governador, para os órgãos da administração direta ou indireta e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, medidas de caráter jurídico que visem a proteger-lhes o patrimônio, ou aperfeiçoar as práticas administrativas; [...]

- b. a formalização mediante a celebração de *Termo de Ajustamento de Gestão*, celebrado entre a agência reguladora e o concessionário, em que se prevejam todas as condições para a conversão;
- c. o valor mínimo para a conversão, observados:
- i. os limites da razoabilidade;
 - ii. a possibilidade de reunião de várias multas para que se atinja o valor mínimo para a conversão;
 - iii. a possibilidade de conversão meramente parcial da multa em investimento, desde que atendido o valor mínimo;
 - iv. a impossibilidade de investimentos em valor inferior ao(s) valor(es) da(s) multa(s) convertida(s); e
 - v. o cabimento da realização de investimentos em valores superiores ao(s) da(s) multa(s) convertida(s);
- d. a previsão de intervalos temporais mínimos para a fruição do benefício da conversão da multa em investimento e/ou a ausência, por determinado período, de descumprimento de *Termos de Ajustamento de Gestão* anteriormente celebrados;
- e. a restrição da conversibilidade da multa aos investimentos minimamente (ainda que não exclusivamente) relacionados com o serviço público concedido sob regulação da agência;
- f. as obrigações a serem cumpridas (obras, instalações, reformas etc.) os valores estimados e os respectivos prazos, dentre outras, para a plena consecução do investimento;
- g. a caracterização, como bens reversíveis, unicamente daqueles que, uma vez adquiridos no contexto dos investimentos resultantes da conversão de multas regulatórias, sejam necessários à prestação do serviço público concedido, inexistindo obrigação de que sejam imediatamente transferidos à titularidade do Estado;
- h. a obrigatoriedade da edição de ato declaratório expresso e específico, pela agência reguladora, para a extinção das obrigações atinentes ao investimento;
- i. as sanções cabíveis em caso de descumprimento das obrigações pactuadas, que podem importar, por exemplo, no pleno restabelecimento da multa anteriormente convertida, corrigida monetariamente e acrescida dos juros, além da reparação dos danos relativos às despesas em que, eventualmente, houver de incorrer o Poder Público para a conclusão de investimentos inacabados ou outros prejuízos materiais;
3. os investimentos decorrentes da conversão de multas *não* devem ser considerados para fins de determinação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;
4. havendo bens reversíveis adquiridos para os fins dos investimentos, os mesmos deverão constar não apenas do *Termo de Ajustamento de Gestão*, como também de termo aditivo ao contrato de concessão; caso não seja imediatamente possível a identificação de todos os bens a serem adquiridos e posteriormente afetados à concessão, admite-se que haja, *também*, uma cláusula aberta no *Termo de Ajustamento de Gestão* que preveja a ulterior inclusão de novos bens reversíveis e, sobretudo, obrigue a celebração de novos termos aditivos ao contrato de concessão com essa finalidade;

5. é obrigatória a *prévia* análise da minuta do Termo de Ajustamento de Gestão pela Procuradoria da agência reguladora e, *sobretudo*, pela Procuradoria Geral do Estado;

6. no caso em apreço, parece legítima, *em tese*, a conversão da multa em investimento, na medida em que a proposta, concernente à construção de novas instalações para a *Escola Técnica Estadual Engenheiro Silva Freire*, especializada na formação de técnicos para o setor metroferroviário, guarda relação com o serviço público regulado pela AGETRANSP; no entanto, a inexistência de outros parâmetros normativamente definidos e, portanto, a ausência de uma minuta de *Termo de Ajustamento de Gestão* impedem, por ora, a respectiva apreciação conclusiva pela Procuradoria Geral do Estado.

Este o parecer, *sub censura*. À consideração superior.

Rio de Janeiro, 4 de setembro de 2015.

FELIPE DERBLI C. BAPTISTA
Procurador do Estado

Processo nº E-12/004.339/2014

Visto. Aprovo o Parecer nº 03/15- FDCB da lavra do ilustre Procurador do Estado **FELIPE DERBLI C. BAPTISTA**, devidamente chancelado pelo ilustre Procurador-Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos, **BRUNO VELOSO DE MESQUITA**, que examinou consulta formulada pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários, Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro — AGETRANSP, acerca da viabilidade jurídica da conversão das multas aplicadas aos concessionários de serviço público em investimentos.

Conforme assentado no opinamento, a conversão da multa em investimento prescinde de previsão legal ou contratual expressa, podendo ser objeto de disciplina por ato normativo da AGETRANSP. Cabe registrar, por oportuno, que diversas Agências Reguladoras disciplinaram o tema por meio de atos normativos próprios, como se vê, a título de exemplo, no art. 21²⁰ da Resolução Normativa nº 63/04 da ANEEL, e o art. 22²¹ da Resolução nº 987/08 da ANTAQ.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, importante ressaltar o disposto no artigo 76²² da Lei nº 5427/09 - Lei do Processo Administrativo Estadual - que permite que a Administração Pública celebre quaisquer contratos, consórcios, convênios e acordos administrativos na persecução de seus fins e observados os limites do poder discricionário, o que, também, confere fundamento jurídico para a pretendida conversão.

A formalização da conversão deverá ocorrer por meio de Termo de Ajustamento de Gestão e com a indispensável manifestação favorável do Poder Concedente. A depender da situação concreta, poderá também ser necessária a celebração de termo aditivo ao contrato de concessão. A minuta de Termo de Ajustamento de Conduta deverá ser submetida à análise jurídica da Procuradoria da AGENTRANSP e da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

Em relação ao momento da conversão, não há qualquer vedação legal para que a AGETRANSP a autorize até o momento em que a multa for paga (ou caso tenha havido depósito judicial, até a respectiva conversão em renda, da Agência Reguladora). Consumada a transferência dos valores da multa, estará satisfeita a obrigação inicial, descabendo cogitar de conversão de obrigação já extinta. No caso de multa inscrita em dívida ativa, deverão ser observados os parâmetros e cautelas fixados no Parecer

²⁰ Artigo 21. Poderá, a ANEEL, alternativamente à imposição de penalidade, firmar com a concessionária, permissionária ou autorizada de serviços e instalações de energia elétrica termo de compromisso de ajuste de conduta, visando à adequação da conduta irregular às disposições regulamentares e/ou contratuais aplicáveis, conforme regulamentação específica.

²¹ Artigo 22. Antes da instauração ou no curso de Processo Administrativo Contencioso, a ANTAQ, por intermédio das Superintendências, das Gerências de Fiscalização ou das UAR., poderá, caso haja interesse da pessoa física ou jurídica infratora, celebrar Termo de Ajuste de Conduta — TAC, com a finalidade de corrigir pendências, irregularidades ou infrações.

²² Artigo 76. A Administração Pública pode, na persecução de seus fins e nos limites do seu poder discricionário, celebrar quaisquer contratos, consórcios, convênios e acordos administrativos, inclusive pactos de subordinação com seus órgãos ou com administrados, salvo impedimento legal ou decorrente da natureza e das circunstâncias da relação jurídica envolvida, observados os princípios previstos no art. 20, desta Lei

nº 01/08 SESP, da lavra do ilustre Procurador do Estado **SÉRGIO PYRRHO**, cuja cópia segue anexa ao presente Visto.

O parecerista recomenda a previsão de condições e requisitos no ato normativo a ser editado, tais como valores mínimos dotados de razoabilidade, a admissão de reunião de várias multas para que se atinja o valor mínimo para conversão, a possibilidade de conversão meramente parcial da multa em investimento (desde que atendido o valor mínimo), o descabimento de investimentos em valores inferiores aos valores das multas convertidas e o cabimento de investimentos em valores superiores aos valores das multas convertidas.

Também devem ser previstos intervalos temporais mínimos para a fruição do benefício da conversão da multa em investimentos, avaliando as consequências no caso de descumprimento de Termos de Ajustamento de Gestão anteriormente celebrados.

A conversão das multas em investimentos deve guardar direta relação com o serviço público concedido e regulado, não sendo admissível o investimento em setores alheios à área de atuação da AGETRANSP.

Os investimentos deverão ser minuciosamente detalhados no Termo de Ajustamento de Gestão, prevendo-se as obrigações a serem cumpridas (obras, instalações, reformas etc.), os valores estimados e os respectivos prazos, dentre outras condições, com vistas a permitir a fiscalização pelo ente regulador. Para fins de extinção das obrigações atinentes aos investimentos, obrigatória a edição de ato declaratório expresso e específico do ente regulador.

Também se revela indispensável a previsão das sanções cabíveis no caso de descumprimento das obrigações pactuadas, que podem importar, por exemplo, no pleno restabelecimento da multa anteriormente convertida, corrigida monetariamente e acrescida de juros, além da reparação dos danos relativos às despesas em que, eventualmente, houver de incorrer o Poder Público para a conversão de investimentos inacabados ou outros prejuízos materiais.

No caso dos investimentos resultarem na aquisição de bens reversíveis (assim considerados aqueles necessários à prestação do serviço público), tais bens deverão ser caracterizados e qualificados, não existindo obrigatoriedade na sua imediata transferência à titularidade do Estado, consoante restou assentado no Parecer n.º 06/12 FDCB.

Havendo bens reversíveis adquiridos para fins de investimentos, os mesmos deverão constar do Termo de Ajustamento de Gestão e de tendo aditivo ao contrato de concessão. Caso não seja imediatamente possível a identificação de todos os bens a serem adquiridos e posteriormente afetados à concessão, é admissível a previsão de cláusula aberta que preveja a ulterior inclusão de novos bens reversíveis, com a obrigação de posterior celebração de novos termos aditivos ao contrato de concessão para essa finalidade.

Um aspecto fundamental a destacar e que foi contentamente enfrentado na manifestação de fls. 19/25 do então Procurador-Geral da AGETRANSP e ilustre Procurador do Estado, **LUIS MARCELO MARQUES DO NASCIMENTO**, é que os investimentos custeados pelas multas devem ser aqueles não inseridos nas obrigações contratuais ordinárias dos concessionários, sob pena e se desvirtuar os objetivos finalísticos da conversão e acarretar um indevido privilégio para o contratado, desatendendo o interesse público que suporta a própria racionalidade da conversão.

Em relação a divergência entre o parecer e o Visto acerca da possibilidade do valor convertido em investimento ser computado para fins do equilíbrio econômico-financeiro, fica evidente que se trata de tema que comporta mais de uma interpretação razoável.

Entretanto, parece mais adequado, como regra, não englobar estes investimentos no cômputo do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, porquanto se a multa por si só não tem o condão de impactar a relação econômica originariamente estabelecida, o mesmo raciocínio deve valer para os investimentos que decorrem da sua conversão.

Mas considerando as diversas particularidades que podem decorrer da natureza dos investimentos e do seu efetivo impacto no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, melhor compreender que essa avaliação deverá ser casuística e à luz do substrato fático de cada situação específica, sem ignorar que a regra é a não inclusão dos investimentos como variável a ser considerada na definição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Por derradeiro, foi enfrentada no opinamento a questão concreta a propósito do interesse da FAETEC na transferência da Escola Técnica Estadual Engenheiro Silva Freire, especializada na formação de técnicos para o setor metroferroviário, para local cedido pela SUPERVIA, ao custo estimado de RS 3.000.000,00 (três milhões de reais).

Entendeu o parecerista que afigura-se, em tese, passível a conversão, porquanto a unidade de ensino profissionalizante destinada à formação de técnicos para o setor metroferroviário guarda relação com o serviço público regulado e delegado à SUPERVIA. Há, também, indicativo de aquiescência do Poder Concedente, por intermédio da manifestação da Secretaria de Estado de Transportes.

Mas esses são os únicos elementos presentes no processo administrativo, a demandar reforço da instrução processual a partir das considerações e premissas fixadas no parecer, com vistas a uma avaliação jurídica mais detalhada acerca da real possibilidade da conversão na hipótese, sendo, como anteriormente ressaltado, indispensável o exame prévio e eventual minuta de Termo de Ajustamento de Gestão.

Ao Apoio da PG-02 para extrair cópia do Parecer e dos respectivos Vistos, com posterior encaminhamento à Coordenadoria do Sistema Jurídico para ciência do entendimento ora fixado.

À Casa Civil, em devolução.

Rio de Janeiro, 30 de dezembro de 2015

RODRIGO TOSTES MASCARENHAS
Procurador -Geral do Estado em Exercício