



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5059841-85.2020.4.04.0000/PR

PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 5057801-82.2020.4.04.7000/PR

RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA

AGRAVANTE: AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE INFRA-ESTRUTURA DO PARANÁ - AGEPAR

AGRAVADO: RODOVIA DAS CATARATAS S/A

ADVOGADO: GUILHERME AUGUSTO VEZARO EIRAS (OAB PR061483)

ADVOGADO: ANDRE GUSKOW CARDOSO (OAB PR027074)

ADVOGADO: RAFAEL WALLBACH SCHWIND (OAB PR035318)

ADVOGADO: MÔNICA BANDEIRA DE MELLO LEFEVRE (OAB PR057540)

ADVOGADO: BRUNO GRESSLER WONTROBA (OAB PR082113)

ADVOGADO: DOSHIN WATANABE (OAB PR086674)

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão proferida em ação de procedimento comum, nos seguintes termos:

1. Trata-se de ação de pedido de tutela de urgência procedimento comum ajuizada por RODOVIA DAS CATARATAS S/A em face de UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, ESTADO DO PARANÁ, DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES - DNIT, DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DO PARANÁ - DER/PR, AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE INFRA-ESTRUTURA DO PARANÁ - AGEPAR e AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT visando à:

1) suspensão de "todos os efeitos da decisão proferida pela AGEPAR, sustentando a integralidade das determinações nela constantes";

2) ordem aos Réus que "se abtenham de adotar quaisquer medidas decorrentes dos atos e decisões do processo de autotutela, especialmente no que diz respeito (b.1.) ao devido processamento dos pedidos de reajuste tarifário, nos exatos termos do contrato de concessão e de seus aditivos, (b.2) ao recálculo da tarifa com base nas premissas constantes das Notas Técnicas 01 e 02/2019 e (b.3) à apresentação de proposta de ressarcimento de valores residuais supostamente recebidos a maior pela Autora".

Narra que a AGEPAR instaurou processo de autotutela diante de suspostas falhas na Resolução Homologatória 11/2016, que autorizou o reajuste anual das tarifas de pedágio no trecho

concedido à Autora. Explica que, como resultado do processo de autotutela, as tarifas seriam equivalente a zero e ao mesmo tempo gerariam uma dívida superior a 130 milhões de reais a ser paga pela concessionária.

Sustenta que apresentou defesa administrativa rechaçando as conclusões de mérito da AGEPAR, mas chama a atenção para as supostas arbitrariedades da Agência na condução do processo:

a) desvio de finalidade pois sustenta ter havido pré-julgamento e independente da defesa da Autora, a decisão já estava tomada desde o início, baseada nas Notas Técnicas 01 e 02/2019 e no Parecer 007/2020 -GREF;

b) incompetência da AGEPAR para rever a TIR do empreendimento, pois além de prevista contratualmente, a AGEPAR apenas pode decidir sobre casos de revisão e reajuste de tarifas;

c) existência de coisa julgada, pois os aditivos de 200 e 2002 que promoveram as alterações questionadas pela AGEPAR foram objeto de processo judicial já transitado em julgado (autos 5050284-02.2015.404.7000);

d) a TIR de 16,43% foi objeto de decisão judicial transitada em julgado 0004071-72.2005.7.04.7000 e não pode ser modificado;

e) operou-se a decadência da administração pública exercer a autotutela;

f) "a AGEPAR aplicou solução padronizada para as diferentes concessões do Anel de Integração, sem sequer examinar a situação específica da Autora";

g) o Memorando enviado à Autora limitou-se a mencionar as Notas Técnicas 01 e 02/2019, deixando de especificar as circunstâncias em relação às quais ela deveria se manifestar;

h) houve cerceamento de defesa, pois o pedido de produção de prova efetuado pela Autora foi ignorado, bem como a AGEPAR descumpriu o dever de instaurar a fase instrutória;

i) a AGEPAR não juntou ao processo de autotutela os estudos técnicos produzidos pela Autora;

j) não houve qualquer intimação para complementação da Autora em sua argumentação, diferente do que consta do Relatório;

k) ausência de publicação e divulgação regular da pauta da sessão de julgamento, de modo que a Autora não pode fazer sua sustentação oral;

l) alteração do objeto processual, pois o processo de autotutela foi instaurado com o objetivo de rever a "resolução homologatória nº 011/2016), que chancelou o reajuste anual das tarifas de pedágio, mas culminou na própria revisão do contrato;

m) há desvinculação entre o direito ao reajuste tarifário e a revisão da tarifa-base de concessão;

O pedido de tutela de urgência foi justificado porque as tarifas são a principal fonte de receita da Autora e porque como o contrato termina em novembro de 2021, eventuais compensações não poderiam ser efetuadas em exercícios posteriores.

É o relatório. Decido.

2. A proximidade do prazo para a revisão tarifária justifica a apreciação do pedido de urgência.

3. Contornos fáticos

O processo de autotutela 16.844.187-8 teve início com o Memorando 08/2020/GREF pelo qual AGEPAR apontou inconsistências na Resolução Homologatória nº 011/2016 e, por isso, a tarifas deveriam ser de zero real tanto para veículos leves como para veículos comerciais (ev. 1, procadm23, fl. 03). Tal conclusão baseiou-se nas Nota Técnicas 01 e 02 (ev. 1, out39/40).

A Nota Técnica nº 01/2019, em resumo, apontou problemas no degrau tarifário e, por isso, caso não comprovada a duplicação de trechos da rodovia deveria haver "uma nova TIR: inferior àquela antiga TIR base para equilíbrio. Essa nova TIR deve ser tratada como o novo parâmetro para equilíbrio do contrato" (ev. 1, out39, fl. 08).

Já a Nota Técnica nº 02/2019 entendeu que os valores apresentados na proposta comercial não levaram em consideração a ampliação no tempo de vida útil dos investimentos, de modo que a TIR também deveria ser revista.

Após manifestação da Autora na qual afirma, em linhas gerais, que a Taxa de Retorno não poderia ser modificada pelos motivos trazidos nas notas técnicas (ev. 1, procadm33, fl. 14 e seguintes), a Gerência de Regulação Econômica Financeira emitiu o Parecer 07/2020A - GREF atendo-se a questões técnicas, deixando de lado a análise jurídica da questão (ev. 1, procadm23, fls. 58/75).

A Diretora de Regulação Econômica fez a análise jurídica da questão e propôs o seguinte (fls. 99/100 do proadm23 do evento1):

"a) a anulação da Resolução Homologatória nº 05/2016, pela invalidade de sua instrução;

b) a suspensão dos pedidos de reajuste tarifário eventualmente solicitados pela Concessionária, em virtude das graves distorções tarifárias encontradas;

c) a determinação, ao DER, para que, até o dia 30 de novembro de 2020, apresente para a homologação desta Agência, nova proposta tarifária referente ao Contrato 73/97, firmado com a

Concessionária Ecocataratas, a ser aplicado com base nas correções técnicas e de valores constantes nas Notas Técnicas nº 01/2019 e 02/2019;

d) a determinação, ao DER, de que a proposta acima mencionada seja acompanhada de planejamento que contemple o valor da tarifa vigente a partir de 1º de dezembro de 2020, que assegure a cobertura mínima dos custos operacionais de da contratada, bem como proposta de ressarcimento da contratada ao Poder Concedente, no que se refere aos valores resicuais recebidos a maior e não cobertos pela redução tarifária" (fl. 100)

Após, foi publicada a Resolução 027/2020 - AGEPAR que "anula a Resolução Homologatória nº 05/2016 AGEPAR e suspende a tramitação dos pedidos de reajuste tarifária solicitados pela Empresa Concessionária ECOCATARATAS" (fl. 117, procadm23).

3. Alteração do objeto dos autos de autotutela e ausência de intimação da Autora para se manifestar quanto a Resolução Homologatória nº 05/2016

Percebe-se, que o processo de autotutela nº 16.844.187-8 iniciou-se com proposta de anulação da Resolução Homologatória nº 11/16 e terminou com a anulação da Resolução Homologatória nº 05/16.

A Resolução Homologatória 11/2016 homologou o reajuste anual da tarifa básica do Lote 3 no percentual de 5,198% a partir de 1º de dezembro de 2016 (ev. 1, out37). Já a Resolução Homologatória nº 05/2016 homologou o 4º Termo Aditivo, que tratou da taxa de retorno (ev.1, out59).

Ao perceber que a anulação da Resolução Homologatória nº 11/2016 implicaria em revisão da TIR, a AGEPAR determinou a intimação para a autora se manifestar quanto ao novo objeto (fl. 80, procadm23, ev. 1). Contudo, como se verifica na numeração constante do lado direito superior das folhas, após essa intimação não há nenhum comprovante de recebimento por parte da concessionária e as folhas seguem a numeração sucessiva da folha 73 e 74.

Além disso, verifica-se pela movimentação processual juntada aos autos que a Autora não foi intimada para nova manifestação. Isso porque no extrato de movimentação processual, constata-se que houve a intimação para a Autora se manifestar apenas em relação ao Memorando inicial, não havendo outras intimações. Veja-se que no movimento 4, há comunicação entre a AGEPAR e a ECOCATARATAS, o que não se constata no movimento 13 para o 14 (ev. 1, out36):

Andamentos							
Parer de andamento	Seqüência	Data	Local De	Local Para	Motivo	Enviado Por	Recebido Órgão Per Recebido/F
	26	19/11/2020 13:59	DER/DG/GAB	DER/DOP/CCPR	PROVIDENCIAS	Jussara de Macedo B. Helleiros	
	25	19/11/2020 13:51	DER/DG/GAB	DER/DG/GAB	PROVIDENCIAS	Jussara de Macedo B. Helleiros	
	24	19/11/2020 13:39	AGEPAR/GAB	DER/DG/GAB	PROVIDENCIAS	Marcos Teodoro Schemmela	
	23	17/11/2020 10:26	AGEPAR/GAB	AGEPAR/GAB	PROVIDENCIAS	Helena Schubert Esperidiao Aichinger	
	22	16/11/2020 11:33	AGEPAR/GAB	AGEPAR/GAB	PROVIDENCIAS	Helena Schubert Esperidiao Aichinger	
	21	13/11/2020 16:50	AGEPAR/GAB	AGEPAR/GAB	INCLUIR DOCUMENTACAO	Marcos Teodoro Schemmela	
	20	12/11/2020 11:04	AGEPAR/DRE	AGEPAR/GAB	PROVIDENCIAS	Marcia Carla Pereira Ribeiro	
	19	09/11/2020 13:35	AGEPAR/DRE	AGEPAR/DRE	PROVIDENCIAS	João Victor Ruiz Martins	
	18	05/11/2020 10:49	AGEPAR/DRE	AGEPAR/DRE	PROVIDENCIAS	Giselle de Andrade Colle	
	17	30/10/2020 22:57	AGEPAR/DRE	AGEPAR/DRE	PROVIDENCIAS	Thiago Petzold Gomes	
	16	08/10/2020 12:17	AGEPAR/DRE	AGEPAR/DRE	PROVIDENCIAS	Giselle de Andrade Colle	
	15	07/10/2020 15:45	AGEPAR/DRE	AGEPAR/DRE	PROVIDENCIAS	Marcia Carla Pereira Ribeiro	
	14	07/10/2020 10:15	AGEPAR/GAB	AGEPAR/DRE	PROVIDENCIAS	Helena Schubert Esperidiao Aichinger	
	13	06/10/2020 18:24	AGEPAR/DFQS	AGEPAR/GAB	PROVIDENCIAS	Antenor Demetério Neto	
	12	06/10/2020 18:09	AGEPAR/DRE	AGEPAR/DFQS	PROVIDENCIAS	Thiago Petzold Gomes	
	11	05/10/2020 11:08	AGEPAR/GAB	AGEPAR/DRE	PROVIDENCIAS	Ernesto Brandalize Neto	
	10	01/10/2020 16:56	AGEPAR/DP	AGEPAR/GAB	ANALISAR	Antenor Demetério Neto	
	9	01/10/2020 10:23	AGEPAR/GAB	AGEPAR/DP	PROVIDENCIAS	Helena Schubert Esperidiao Aichinger	
	8	01/10/2020 10:20	AGEPAR/DP	AGEPAR/GAB	PROVIDENCIAS	Helena Schubert Esperidiao Aichinger	
	7	25/09/2020 10:53	AGEPAR/GAB	AGEPAR/DP	PROVIDENCIAS	Helena Schubert Esperidiao Aichinger	
	6	25/09/2020 09:07	AGEPAR/PTG	AGEPAR/GAB	PROVIDENCIAS	Suelen dos Santos	
	5	24/09/2020 20:10	ECCOCATARATAS	AGEPAR/PTG	PROVIDENCIAS	Fernando Rafael Federizzi	
	4	25/08/2020 19:33	AGEPAR/GAB	ECCOCATARATAS	PROVIDENCIAS	Helena Schubert Esperidiao Aichinger	
	3	25/08/2020 18:08	AGEPAR/GAB	AGEPAR/GAB	PROVIDENCIAS	Thiago Petzold Gomes	
	2	25/08/2020 16:14	AGEPAR/GAB	AGEPAR/GAB	PROVIDENCIAS	Thiago Petzold Gomes	
	1	25/08/2020 16:12	AGEPAR/GAB	AGEPAR/GAB	ANDAMENTO INICIAL	Thiago Petzold Gomes	

É claro que no decorrer na instrução processual, a AGEPAR poderá comprovar ter intimado a Autora e, caso isso tenha ocorrido, a Autora sofrerá a sanções processuais cabíveis. Contudo, neste momento inicial, **há indícios de que não houve a intimação da Autora quanto à ampliação do objeto dos autos de autotutela.**

4. Ausência de intimação da sessão administrativa

Da análise do inteiro teor do processo administrativo (ev. 1, procadm33) percebe-se que após a intimação - por enquanto inexistente - para a Autora se manifestar quanto à modificação do objeto da autotutela, já foi proferido o voto da Diretora de Regulação Econômica (fls. 82/100) e a sessão do Conselho Diretor ocorreu em 10 de novembro de 2020 (ev. 1, procadm33, fl. 106).

Dois fatos chamam atenção neste caso:

1. O artigo 43, §1º, da Lei Complementar Estadual nº 222/2020 estabelece que a "pauta de reunião deliberativa deverá ser divulgada no sítio da agência na internet com antecedência mínima de três dias úteis" (ev. 1, out64).

O dia 10 de novembro de 2020 caiu numa terça-feira. Logo, considerando que a regra da contagem de prazo é a da exclusão do dia inicial (art. 66 da Lei 9.784/99, lei federal mas que frequentemente é aplicada nas outras esferas federativas), a intimação deveria ter ocorrido no dia 5 de novembro, para início no dia 6 e término no próprio dia 10.

Ao procurar no site da AGEPAR a data da publicação da convocação, não a encontrei (<http://www.agepar.pr.gov.br/Pagina/Reunioes-do-Conselho-Diretor>, acesso em 28/11/2020, às 11:34), sendo que o documento referente à convocação da ROCD 023/2020 encontra-se no meio da ata, de forma desordenada. Além disso, é interessante notar que nas outras convocações existentes no site, a ROCD 22, por exemplo, consta a data em que o documento foi inserido no site e a data da sua assinatura pelo Diretor Presidente, o que se verifica também na ROCD 24. Contudo, se olharmos no site os documentos referentes a ROCD 23/2020, não há a assinatura eletrônica e a data de elaboração do documento convocatório.

Além disso, há indícios (ev. 1, out72) de que o documento convocatório foi editado no próprio dia 06/11, o que evidenciaria que a convocação não foi publicada no prazo legal.

2. Em se tratando de deliberação tomada em um processo administrativo, tenho que em nome do contraditório e da ampla defesa, a data da sessão deveria estar mencionada nos autos e a parte interessada intimada. Por mais que tenha consciência que a Lei do Processo Administrativo Federal não se aplica ao caso em questão, não tenho dúvida que a Constituição Federal se aplica, de modo que descuidar do efetividade material do artigo 5º, LV, da Constituição, ao não efetivar a intimação necessária, macula o processo em questão.

5. Considerações sobre a abrangência do 4º Termo Aditivo e seus efeitos na presente lide

O Quarto Termo Aditivo ao Contrato de Concessão foi afirmado em 17 de outubro de 2016 e fixou uma nova TIR considerando vários cenários (ev. 01, out43/44).

Em cognição sumária e diante da exiguidade do tempo disponível para analisar com profundidade todos os elementos dos autos tendo em vista o prazo de 1º de dezembro, utilizo a constatação da Diretoria de Regulação da AGEPAR como ponto de partida. A Diretora Márcia Carla Ribeiro assim se manifestou:

"Conforme explanado pela GREF, tanto nas Notas Técnicas que deram origem a este processo, como no Parecer n.º 007/2020A (mov. 10), a alteração da regra de depreciação do Contrato, modificou a equação econômico-financeira inicial, sem a devida contrapartida da Concessionária. Conforme explicado pela GREF, ao se alterar a regra de depreciação, modifica-se a equação econômico-financeira inicial. Isso não seria um problema caso, por exemplo, fosse mudado o cronograma de obras, antecipando-as em benefício aos usuários, com contrapartida de igual à valor à Concessionária. Contudo, no presente caso, mudou-se a regra de depreciação, isentando a parte beneficiada sem o oferecimento de contrapartida ao Poder Concedente e aos usuários das rodovias. Ao não corrigir tal distorção, que vem sendo aplicada há anos pela Concessionária, o 4º Termo Aditivo está eivado de vício, pois é incapaz de reequilibrar econômica-financeiramente o Contrato de Concessão" (ev. 1, procadm33, fl. 92.

Antes de prosseguir, é importante mencionar que o artigo 1º da Resolução 05/2011, de 11 de outubro de 2016, possui a seguinte redação:

Art. 1º - Homologar a proposta e minuta do 4º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº 073/97 – DER/PR, nos termos dos pareceres técnicos, jurídicos e do voto do Relator desta Agepar, constantes do protocolo nº 14.170.220-3.

O Termo Aditivo em questão foi assinado em 17 de outubro de 2016, ou seja, é posterior à homologação do seu conteúdo pela agência reguladora.

Portanto, a AGEPAR reconheceu que o 4º Termo Aditivo possui vícios e que deveriam ser sanados. A questão é: a AGEPAR poderia deixar de aplicar o 4º Termo Aditivo sem a participação dos outros entes que os assinaram, mesmo já o tendo homologado? A AGEPAR poderia anular os efeitos um termo aditivo que ensejou a extinção sem julgamento do mérito de uma ação no judiciário sem levar a conhecimento do juízo tal fato?

O quarto termo aditivo foi assinado pelo Estado do Paraná (representado pelo então Governador Beto Richa), pela Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística (representado pelo então Secretário Richa Filho), Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná (representado por Nelson Leal Junior), além da concessionária (ev. 1, out42). Não consta o nome da AGEPAR dentre as pessoas que assinaram o convênio. Contudo, como mencionado acima, a publicação da Resolução 5/2016 é anterior à assinatura do Termo Aditivo.

A homologação pela autoridade regulatória anterior à assinatura do termo aditivo induziu a efeitos concretos, pois sinalizou não apenas para o Poder Concedente, mas também para o regulado que tudo estava em conformidade. Essa homologação prévia gerou não apenas os efeitos concretos do Quarto Termo Aditivo, mas também criou uma estabilização nos conflitos entre as partes, o que culminou com a extinção do feito sem resolução do mérito por perda superveniente do interesse de agir.

É claro que o juízo não analisa a fundo a questão de mérito dos acordos, sobretudo os extrajudiciais, como foi o caso dos autos. Contudo, a partir do momento que eles são firmados, as partes vinculam-se a eles, não cabendo nenhuma outra modificação. A autoridade reguladora também deve contribuir para a segurança das relações e usar a autotutela para rever algo homologado pela própria Agência e assinado pelos representantes estatais há mais de quatro anos, o que ensejou inclusive a extinção de um processo judicial, atenta contra a segurança das relações.

Já tive a oportunidade de me manifestar sobre a necessidade de se preservar os acordos firmados nos autos 5051170.64.2016.404.7000, que tratam de ação de improbidade administrativa dentro da Operação Lava Jato.

É claro que a Administração pode rever os atos nulos, contudo deve levar em conta os efeitos que produziu (art. 24 da LINDB), assim como deve se nortear pelos princípios do direito administrativo e, sobretudo, pelo princípio geral da boa-fé. A extinção da lide ocorreu porque Poder Concedente e Concessionário entenderam que tudo estava correto e o Termo Aditivo teria efeitos concretos. Agora, decorridos quatro anos da extinção de demanda, a AGEPAR diz que os efeitos não poderão existir, o que atenta contra a boa-fé e a segurança jurídica.

No presente caso, o processo de autotutela deveria privilegiar o contraditório e a ampla defesa qualificados, materiais e efetivos, de modo que, se realmente houve um erro na homologação do Termo Aditivo, não apenas a concessionária deveria ser chamada a se manifestar, o que não ocorreu, como também as pessoas que assinaram o termo aditivo.

A AGEPAR pode rever os seus atos, mas deve levar em consideração o artigo 24 da LINDB. Além disso, pode rever os seus atos, desde que dentro das competências trazidas pelo artigo 6º e 7º da Lei Complementar nº 122/20.

No presente caso, a AGEPAR deseja rever o ato jurídico perfeito de um acordo que foi amparado por sua sinalização positiva, mas não foi por ela assinado. Logo, não possui competência para rever a Taxa de Retorno, no problema trazido aos autos, porque: (i) não assinou o quarto termo aditivo; (ii) não se manifestou em relação a eventuais erros quando foi consultada; (iii) os efeitos do quarto termo aditivo são concretos e vão além do que a fixação da TIR, irradiando-se para o campo jurisdicional; (iv) não há legalmente competência para rever as bases contratuais, apenas devendo verificar se é devido o reajuste ou a revisão das tarifas; (v) mesmo se houvesse a competência, a AGEPAR deveria ter observado o contraditório e a ampla defesa para suspender os efeitos da Resolução 05/2016, inclusive chamando o Poder Concedente para ter ciência desta decisão.

Percebe-se, pelo todo exposto, que a AGEPAR não pode modificar a TIR tendo em vista o disposto no Quarto Termo Aditivo do Contrato de Concessão (e o que foi admitido expressamente pela Diretora de Regulação da Agência Estadual), logo nem início ao processo de autotutela, sob tais argumentos, poderia ter iniciado. E, quando deu tramitação ao processo, desrespeitou o contraditório e a ampla defesa, de modo que não apenas o início do processo não poderia ter ocorrido, como também o seu desenrolar.

6. Ante ao exposto, concedo a tutela de urgência para determinar a suspensão dos efeitos Resolução 27/2020 AGEPAR (ev. 1, procadm33, fl. 117), bem como atos dela decorrentes.

7. Intimem-se.

8. Citem-se os réus para apresentar contestação no prazo legal.

Em suas razões, a agravante alegou que: (1) a conduta de anular a Resolução Homologatória n.º 05/2016 decorre da aplicação da Súmula n.º 473 do Supremo Tribunal Federal, que serve de baliza para os procedimentos de correção de atos administrativos nacionalmente, bem como no entendimento pacífico segundo o qual, nos casos em que haja erro fundamental quanto ao objeto do processo, não resta outra alternativa à Administração senão rever seu ato, para fins de concretização dos princípios constitucionais da Administração Pública; (2) diante da possibilidade de erros substanciais na formação das tarifas, não há como esta Agência reguladora ignorar tais e atender os pedidos de reajuste e/ou revisão, sem considerar o andamento de processos em que se questionam incompatibilidades apontadas, as quais impactam significativamente no equilíbrio econômico e financeiro do Contrato de Concessão; (3) é plenamente aplicável ao presente caso o dever geral de cautela da Administração Pública; (4) em que pese tenha sido juntado documento de convocação, equivocadamente, no meio da Ata da ROCD n.º 023/2020, a reedição do mesmo teve, apenas e tão somente, finalidade de corrigir erro insignificante (“mera irregularidade”) no nome do Diretor-Presidente, que havia sido escrito com erro gráfico na real convocação, realizada, de fato, no dia 5 de novembro de 2020, de modo que não consistiu em uma convocação propriamente dita, que foi disponibilizada, devidamente assinada e atendendo a todas as formalidades legais, naquela data; (5) quanto à suposta ausência de oportunidade para manifestação sobre a análise da Resolução Homologatória n.º 005/2016, observa-se que a concessionária agravada foi sim devidamente cientificada, nos termos do Ofício n.º 115/2020 – GAB/AGEPAR (inserido em anexo), a ela enviado diretamente através de e-mail encaminhado pelo Chefe de Gabinete desta Agência Reguladora à pessoa por ela informada como hábil para recebimento de tais comunicações, sendo ônus da parte interessada a atualização das informações que constam nos bancos de dados da Administração; (6) não houve má-fé por parte da agravante, seja em relação ao fato de a pessoa que recebeu a comunicação ter poderes para tanto (teoria da aparência), seja porque a agravada não cumpriu o dever de manter seus dados de contato e recebimento de comunicações atualizados, ainda mais sendo interessada em diversos expedientes administrativos no âmbito da Agência Reguladora; (7) o argumento de ausência de intimação para manifestar-se acerca da Resolução n.º 005/2020 também se encontra dissociado da realidade, devendo ser rechaçado; (8) não há se falar em incompetência da Agência Reguladora para exercer a missão institucional legalmente prevista, tampouco em revisão tarifária da AGEPAR por via transversa ou, ainda, modificação contratual ou de ato jurídico perfeito, mas sim, na realidade, a correta aplicação do mecanismo da avença (e demais instrumentos derivados), exigindo-se a contraprestação devida pela contratada ou, então, o ressarcimento em face da sua não verificação ao longo da prestação do serviço; (9) outras concessionárias também ajuizaram demandas com pedidos semelhantes, inclusive em sede liminar, que foram indeferidos, e (10) a suspensão da tramitação dos pedidos de reajuste tarifário pela concessionária Ecocataratas é medida de precaução, que impede que a sociedade e o próprio Estado do Paraná sejam

penalizados, por equívocos contábeis cometidos no passado. Nesses termos, requereu a antecipação de tutela recursal, com a manutenção integral dos efeitos da Resolução n.º 27/2020, da AGEPAR, ou ao menos a suspensão do reajuste tarifário anual, porquanto não há base segura para sua aplicação. Ao final, pugnou pelo provimento do agravo de instrumento (evento 1).

A agravada impugnou a distribuição do recurso por prevenção (evento 2).

Houve a determinação de livre distribuição (evento 3).

Em nova manifestação, a agravada noticiou que o (1) *DER/PR deu seguimento ao processo de reajuste tarifário, tendo calculado os valores a serem cobrados pela Peticionária em decorrência dos índices contratualmente previstos(doc. 1, fls. 10/17 e 18/21), e (2) Subsequentemente, a própria Assessoria Técnica da AGEPAR chancelou os cálculos em questão, concluindo que os valores são tecnicamente adequados e estão de acordo com os parâmetros estipulados no Contrato de Concessão* (evento 6).

Foi deferido em parte o pedido de antecipação de tutela recursal.

Interposto agravo interno (evento 12).

Com contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

Por ocasião da análise do pedido suspensivo foi deferida em parte a tutela para que mantivesse a suspensão da tramitação dos pedidos de reajuste tarifário anual encaminhados pela concessionária, até ulterior deliberação.

Não obstante, a 4ª Turma no julgamento de caso semelhante, AI nº 5060537-24.2020.404.0000, decidiu que não há previsão contratual autorizando a suspensão de reajuste tarifário pela AGEPAR, ou mesmo para a revisão de equilíbrio econômico-financeiro de contrato de concessão pela autarquia estadual.

Desse modo, valho-me dos fundamentos do acórdão da 4ª Turma supracitado como razões de decidir. *In verbis*:

As tutelas provisórias podem ser de urgência ou da evidência (art. 294 do CPC), encontrando-se assim definidas no novo diploma processual:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Da leitura do artigo referido, denota-se que dois são os requisitos que sempre devem estar presentes para a concessão da tutela de urgência: a) a probabilidade do direito pleiteado, isto é, uma plausibilidade lógica que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, do que decorre um provável reconhecimento do direito, obviamente baseada em uma cognição sumária; e b) o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo caso não concedida, ou seja, quando houver uma situação de urgência em que se não se justifique aguardar o desenvolvimento natural do processo sob pena de ineficácia ou inutilidade do provimento final.

A tutela de evidência, por sua vez, dispensa a prova do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo, mas seu cabimento está restrito ao rol taxativo do art. 311, I ao IV, do CPC/2015.

No caso dos autos, tratando-se de pleito antecipatório fundado na urgência, passo ao exame do pedido à luz do art. 300 do CPC/2015.

A decisão agravada, da lavra do Juiz Federal FRIEDMANN ANDERSON WENDPAP, da 1ª Vara Federal de Curitiba/PR, foi proferida nos seguintes termos (evento 3 do processo originário):

(...)

2. As tutelas de urgência vêm reguladas pelo artigo 300 do CPC, no qual se exige a presença de probabilidade do direito e do receio de dano no curso do processo.

No mérito, há verossimilhança na alegação de que a AGEPAR não possui competência para promover quaisquer atos de autotutela a fim de interferir diretamente no equilíbrio econômico financeiro do contrato. Isso porque, como é notório, a titularidade dos bens e do serviço, mesmo com a delegação da Lei 9.277/1996, permanece com a União:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM 1ª INSTÂNCIA. MANIFESTAÇÃO DA PROCURADORIA EM 2º GRAU. AUSÊNCIA DE NULIDADE PORQUE AUSENTE PREJUÍZO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, DNIT E ANTT. AÇÃO DISCUTINDO TARIFAS DE PEDÁGIOS EM RODOVIA FEDERAL CONCEDIDA. INDISPENSABILIDADE DE MAIOR DILAÇÃO PROBATÓRIA.

1. Não merece acolhida a alegação de nulidade do processo por ausência de intervenção do Ministério Público em primeira instância, quando há manifestação da Procuradoria em segundo grau de jurisdição, especialmente porque não demonstrado efetivo prejuízo às partes ou ao andamento do processo. Prevalência dos princípios da celeridade processual e da instrumentalidade, erigidos em direito fundamental. Precedentes do E. STJ.

2. O contrato de concessão que instrui os autos é resultado de convênio de delegação firmado entre a União e o Estado do Paraná, com fundamento na Lei nº 9.277/1996. Em se tratando de delegação para a realização de serviços públicos, transfere-se a execução do serviço, não a titularidade do bem. Tanto assim que, no contrato, a União atua como interveniente, através do Ministério dos Transportes. Assim, forçoso reconhecer o interesse jurídico da União, tendo em vista se tratar de bem de sua propriedade. Precedentes do E. STJ.

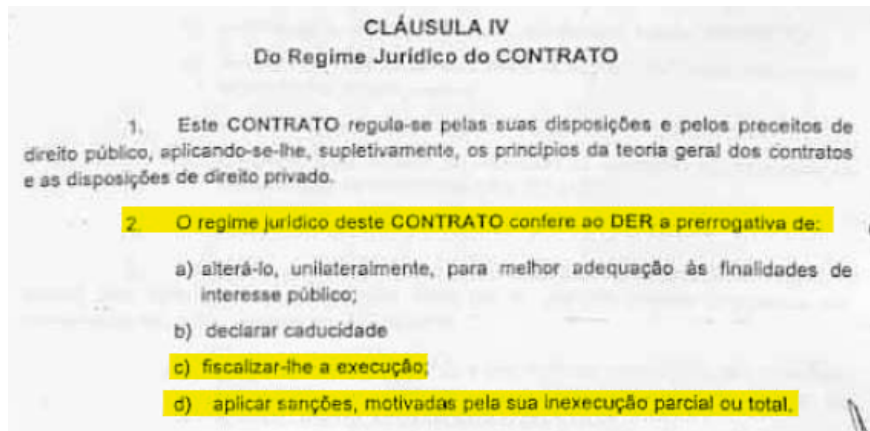
3. A legitimidade do DNIT para a causa se configura na medida em que sucedeu o DNER, que firmou a concessão juntamente com a União. Uma vez que é de competência da ANTT fiscalizar o cumprimento das cláusulas contratuais de concessão que integram rodovias federais, inclusive as formalizadas antes da edição da Lei nº 10.233/2001, como é o caso dos autos, em que a concessão se iniciou no ano de 1997, resta configurada a sua legitimidade para figurar no polo passivo da ação.

4. Considerando a complexidade da causa e a incompletude e a unilateralidade da prova técnica produzida - e a deficiência da instrução dela decorrente -, é devida a anulação da sentença a fim de proporcionar a dilação probatória indispensável ao julgamento da causa.

*Classe: APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
Processo: 0006678-58.2005.4.04.7000UF: PR Data da
Decisão: 23/03/2011 Orgão Julgador: QUARTA TURMA Relatora Des.
Fed. MARGA INGE BARTH TESSLER*

O ato impugnado foi exercido sob o argumento da autotutela da AGEPAR no acompanhamento do contrato administrativo. Sendo bem de titularidade da União, de regra seria sua, ou de sua agência específica (ANTT), realizar as fiscalizações e autuações como as questionadas nos autos.

Porém, em razão da delegação da gestão das rodovias federais situadas no Estado do Paraná, ficou fixado que agência específica (DER) do ente federado atuaria neste sentido, conforme se depreende da cláusula IV do Contrato (evento 1, OUT5, p. 23):



A LCE 94/20021 que criou a AGEPAR assim fixou quais seriam as competências da agência e como a delegação da parcela de poder aconteceria:

***Art. 5º.** À AGÊNCIA compete regular, fiscalizar e controlar, nos termos desta Lei, os serviços públicos delegados de infraestrutura do Paraná, conforme definidos nos incisos VII e VIII do art. 2º desta Lei.*

***§ 1º.** Com exceção do disposto no § 2º deste artigo, a competência da AGÊNCIA, nos casos em que o serviço público delegado não for de titularidade do Estado do Paraná, nos termos dos incisos VII e VIII do art. 2º desta Lei, dar-se-á por delegação prévia e expressa, por meio de convênio específico, a ser firmado com o ente titular do serviço público, de qualquer nível federativo.*

***§ 2º.** Nos casos em que houver gestão associada entre o Estado do Paraná e os municípios para a prestação dos serviços de saneamento básico previstos na alínea “i” do inciso VII do art. 2º desta Lei, nos termos das Leis Federais nºs 11.107, de 6 de abril de 2005 e 11.445, de 2007, a delegação das competências de regulação e fiscalização deverá constar do Convênio de Cooperação firmado entre os entes federados convenientes, figurando a AGÊNCIA como interveniente.*

Ora, se o serviço era da União, a União por convênio o repassa ao Estado do Paraná, e, nesse mesmo convênio, essas partes elegem o DER/PR como responsável pela fiscalização, a conclusão é que apenas por um adendo ao convênio original, do qual participe a titular do bem, poderia ser alterada essa competência, na forma como estabelecido pela norma estadual.

Ou seja, não se nega que a AGEPAR possa vir a fiscalizar o cumprimento do contrato, mas precisará, para isso, refazer o convênio atual. Até que esse convênio venha, poderá atuar como qualquer pessoa e usuário do serviço: verificando alguma desconformidade, incumbe-lhe representar ao órgão competente, para que este tome as providências devidas.

Aliás, pode até haver convênio do DER/PR com a AGEPAR para atos materiais de fiscalização — tal como existe entre o IPER/PR e INMETRO, p. ex. —, mas não competência própria para aplicar multas e autuações. Reitero, a própria norma estadual coloca que a atuação da AGEPAR, no caso de serviço delegado da União, depende de convênio expresso e específico.

Não há como se falar em sucessão do DER/PR pela AGEPAR, uma porque ambos continuam a existir, duas não há determinação específica em lei neste sentido. Se houve alteração de competências internas a entidades da administração estadual, a solução é a repactuação do convênio.

Ademais disso, como já explicitado, isso não significa que os concessionários fiquem impunes, basta que a AGEPAR acione o DER/PR para uso de suas competências de aplicação de penalidades.

A sua atuação é exclusivamente no âmbito da verificação de eventuais desconformidade e representação perante ao órgão competente. Ela não detém o poder (competência) para obstar o reajuste anual do contrato em razão de apurações em andamento, com fundamento nas quais provavelmente proporá aos Estado do Paraná e DER/PR a revisão das tarifas atuais.

Da mesma forma que não compete à AGEPAR realizar efetivamente os atos de revisão tarifária, não lhe é dado suspender o reajuste anual do contrato.

Pelo teor do item 5 da cláusula XIX do contrato (evento 1, OUT4, p. 17) a atuação da AGEPAR na questão do reajuste anual seria como órgão consultor do DER/PR para verificação da correção dos cálculos propostos pela Concessionária ou proposição de novos cálculos, apontando de forma clara quais a incorreções verificadas.

Reitero, como a atuação da AGEPAR é acessória ela não possui competência para a realização de atos de "autotutela" acerca do cumprimento regular do contrato administrativo.

Mesmo que a autora não tenha anexados aos autos a ata da reunião ordinária de 08/12/2020 do Conselho Direito da AGEPAR, o vídeo disponibilizado na plataforma do youtube2 e as atas relativas aos contratos da ECONORTE (5059809-32.2020.4.04.7000) e VIAPAR (50140755820204047000) são suficientes para demonstrar a ausência adequação da decisão com os conceitos técnico jurídicos de revisão e reajuste dos contratos administrativos. Sendo que em processo de revisão do contrato, onde não foi concedido acesso integral aos parecer técnicos contábeis, foi determinada a suspensão do reajuste do contrato, bem como a todo e qualquer outro pedido sobre o equilíbrio econômico financeiro do contrato administrativo.

*A AGEPAR em processo relativamente antigo sobre revisão contratual, sem jamais conceder espaço para a concessionária exercer o direito à ampla defesa e contraditório, emitiu ordem sobre o reajuste anual com fundamento na incapacidade da concessionária de comprovar erros de parâmetros ou de cálculo da unidade técnica. **Teratologia ictu oculi.***

Neste contexto, imperioso reconhecer a nulidade da decisão da AGEPAR na análise do item 1 da pauta da Reunião Ordinária de 08/12/2020.

3. Diante do exposto, defiro em parte a antecipação dos efeitos da tutela para:

a) declarar que AGEPAR pode atuar como qualquer pessoa e usuário do serviço: verificando alguma desconformidade, incumbe-lhe representar ao órgão competente, para que este tome as providências devidas. E, além disso, poderá formular convênio com o DER/PR para atos materiais de fiscalização;

b) declarar a nulidade da decisão do Conselho Direto da AGEPAR na análise do item 1 da pauta da Reunião Ordinária de 08/12/2020.

4. Intimem-se as partes.

(...)

Merece referendo a decisão hostilizada.

Aps fins deste momento processual, o qual pressupõe sumária cognição, tenho que a orientação adotada na decisão recorrida está devidamente embasada nas provas dos autos e na legislação aplicável à espécie.

Não há, em princípio, previsão contratual autorizando a suspensão de reajuste tarifário pela AGEPAR, ou mesmo a revisão de equilíbrio econômico-financeiro de contrato de concessão pela referida autarquia estadual.

O convênio de delegação celebrado entre a União e Estado do Paraná (evento 1/OUT5) não afasta a titularidade dos bens e do serviço da União (art. 20, II, da CF). Além do mais, foi conferida ao DER/PR a prerrogativa de fiscalizar a execução do contrato e aplicar sanções. Em primeira análise, pois, para que a AGEPAR possa exercer estas atividades, é necessário novo convênio, expresso e específico, atribuindo-lhe competência nesse sentido, conforme preceitua o art. 5, § 1º, da Lei Complementar nº 94/2002. A inserção da AGEPAR no contexto da relação jurídica, notadamente para fins de alteração das bases que dela decorrem, em princípio não prescinde de alteração do pacto original. A AGEPAR não titulariza o serviço e não firmou o contrato de concessão.

Dessa maneira, deve ser mantida a tutela concedida na origem, afastando-se a suspensão do reajuste tarifário determinada de forma cautelar pelo Conselho Diretor da AGEPAR. Ademais, os elementos trazidos aos autos, por ora, não são suficientes para autorizar o prosseguimento do processo administrativo de autotutela movido pela agência reguladora, antes de realizada a instrução processual.

A questão de fundo, portanto, deverá ser exaustivamente examinada em sede de cognição plena, na qual será possível o devido aprofundamento quanto aos elementos probatórios da lide.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo de instrumento.

Em conclusão, ressalto que na delegação da gestão das rodovias federais situadas no Estado do Paraná foi fixada a competência do Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná - DER/PR - para a fiscalização das concessões.

Assim, se as partes elegeram o DER/PR como responsável pela fiscalização, a conclusão é que apenas por um aditamento ao convênio original poderia ser alterada essa competência.

Prejudicado o agravo interno.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos da fundamentação.

Documento eletrônico assinado por **SERGIO RENATO TEJADA GARCIA, Juiz Federal Convocado**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40002384526v4** e do código CRC **1270cfb7**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): SERGIO RENATO TEJADA GARCIA

Data e Hora: 8/4/2021, às 15:22:17

5059841-85.2020.4.04.0000

40002384526.V4