

Diretoria de Regulação Econômica - DRE

| | |
|---------------|---|
| PROTOCOLO Nº: | 17.093.563-2 |
| Interessado: | Departamento de Estradas de Rodagem |
| Assunto: | Pedido de homologação de reajuste tarifário |
| Data: | 18/05/2021 |

VOTO

EMENTA: Concessão de rodovias. Reajuste Tarifário. Departamento de Estradas de Rodagem. Caminhos do Paraná S.A. Competência regulatória da Agência em discussão judicial (*sub judice*). Decisões liminares que obstam a intervenção da Agepar em questões de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Razões de decidir. Teoria Geral do Processo. Condições da ação administrativa. Impossibilidade de homologação. Suspensão do procedimento enquanto perdurarem os efeitos da decisão judicial, até nova decisão ou trânsito em julgado da decisão atual. Encaminhamento ao Departamento de Estradas de Rodagem dos documentos técnicos até então produzidos pela Coordenadoria de Infraestrutura do Transporte, a título de subsídio para a concretização das finalidades daquela autarquia.

I – RELATÓRIO

1. Trata-se de protocolado em que o Departamento de Estradas de Rodagem – DER encaminhou a esta Agência, “para análise e manifestação”, protocolado referente ao reajuste da tarifa da concessionária de exploração de rodovias Caminhos do Paraná S.A., objeto do Contrato de Concessão n.º 74/97, a vigorar a partir de 1º de dezembro de 2020 (mov. 17).
2. Ao receber o protocolo, a Coordenadoria de Infraestrutura dos Transportes – CIT, por meio da Informação Técnica n.º 2/2021 (mov. 19) concluiu pela adequação e compatibilidade dos cálculos elaborados pelo DER, concordando com o posicionamento da autarquia. Por outro lado, também manifestou incerteza quanto à possibilidade de prosseguimento do feito, em razão de decisões proferidas pelo Conselho Diretor, que sustaram de modo cautelar os pedidos de reajuste da concessionária, bem como de decisões judiciais que controlavam a regularidade dos atos administrativos proferidos pela Agência.
3. Por essa razão, o protocolado foi encaminhado à Diretoria de Normas e Regulamentação – DNR para pronunciamento quanto à existência de eventual impeditivo para

Diretoria de Regulação Econômica - DRE

| | |
|---------------|---|
| PROTOCOLO Nº: | 17.093.563-2 |
| Interessado: | Departamento de Estradas de Rodagem |
| Assunto: | Pedido de homologação de reajuste tarifário |
| Data: | 18/05/2021 |

a apreciação do pedido de reajuste, de ordem administrativa ou judicial, em razão de medidas cautelares eventualmente expedidas.

4. A DNR respondeu, mediante Informação Técnica n.º 38/2021 de sua Coordenadoria Jurídica - CJ (mov. 22), que decisão judicial liminar declarara nula a decisão cautelar administrativa da Agepar. Assim, inexistiria óbice à análise e continuidade do pedido de reajuste. Quanto ao pedido de reajuste, em si, a CJ reafirmou a competência regulatória da Agepar para a análise e deliberação a respeito de sua correção e eventual homologação.

5. O processo foi então encaminhado para distribuição e a mim foi distribuído, conforme Termo de Distribuição (mov. 24).

6. Por ainda persistir dúvida a respeito da possibilidade de prosseguimento do pedido, em razão das decisões judiciais proferidas pela Justiça Federal, seja pela Seção Judiciária do Paraná, seja pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, reencaminhei o protocolado à DNR (mov. 25). Em resposta, a CJ emitiu a Informação Técnica n.º 44/2021 (mov. 27), no sentido que as decisões proferidas não tolhem por completo a participação da Agepar nos pedidos de reajuste tarifário. Sendo assim, à Agepar ainda caberia uma atuação de natureza consultiva junto ao Poder Concedente. Ainda, afirmou ser temerária a abstenção de qualquer ato da Agepar no processo em tela.

7. É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

8. O tema da competência da Agepar para o exercício da regulação e fiscalização das concessões de rodovias federais delegadas ao Estado do Paraná vem sendo debatido e reafirmado pelo Conselho Diretor, ao menos desde o início da composição de sua nova gestão¹.

¹ A título exemplificativo, as Atas das Reuniões n.º 19/202, 22/2020, 23/2020, 24/2020, 25/2020, 26/2020, 6/2021, 7/2021.

Diretoria de Regulação Econômica - DRE

PROTOCOLO Nº: 17.093.563-2
Interessado: Departamento de Estradas de Rodagem
Assunto: Pedido de homologação de reajuste tarifário
Data: 18/05/2021

9. O argumento defendido é o de que, uma vez delegada as rodovias ao Estado do Paraná – e não ao DER – o ente federativo, em suas prerrogativas constitucionais de desconcentração e descentralização administrativa, pôde melhor estruturar o funcionamento e a execução dessas atividades, bem como o respectivo exercício do Poder de Polícia.

10. O estabelecimento do DER, no Convênio firmado na década de 90, como instância de fiscalização, em nenhum momento determina que apenas aquela entidade deverá atuar como *longa manus* do Estado. Entender em sentido contrário, significaria dizer que qualquer mudança estrutural na Administração Pública do Estado, com relação à regulação e fiscalização das concessões rodoviárias, deveria ser previamente aprovada pelo Poder Executivo da União – em clara ofensa ao federalismo e à separação dos poderes. Em exercício hipotético, caso houvesse a iniciativa legislativa do Estado pela extinção do Departamento de Estradas de Rodagem, o entendimento contrário levaria à conclusão de que as concessões rodoviárias ficariam ausentes de fiscalização e regulação, porque dependeria de alteração em instrumento negocial e infralegal – que é o Convênio.

11. Se o Estado do Paraná, tanto pelo Poder Legislativo, com a promulgação legislativa, como pelo Poder Executivo, na sanção legal, criou entidade própria para regular serviços que lhe foram delegados por outros entes federativos mediante convênio específico, não há de se assumir que instrumentos infralegais, como contratos e convênios, devem se sobrepor aos seus ditames.

12. Tanto a Lei Complementar Estadual n.º 94/2002, como a Lei Complementar Estadual n.º 222/2020, disciplinam que esta Agência tem como atribuições regular, fiscalizar e controlar os serviços públicos delegados do Estado do Paraná, que sejam de sua titularidade. Tais leis ainda prescrevem que compete à Agepar o exercício dessas mesmas atribuições quando os serviços, apesar de serem de titularidade de outros entes, foram ao Estado do Paraná delegados, por meio de convênio específico. É este, justamente, o caso da exploração das rodovias federais localizadas no Estado. A especificidade do convênio reside na delimitação da transferência das competências regulatórias e fiscalizatórias (objeto da delegação) – e não na discriminação do funcionamento de entidades tais como a Agepar, até porque o Convênio, instrumento negocial, não é juridicamente hábil para a criação de entidades ou prescrição de competências, em virtude do princípio administrativo da legalidade.

Diretoria de Regulação Econômica - DRE

| | |
|---------------|---|
| PROTOCOLO Nº: | 17.093.563-2 |
| Interessado: | Departamento de Estradas de Rodagem |
| Assunto: | Pedido de homologação de reajuste tarifário |
| Data: | 18/05/2021 |

13. O argumento de que os contratos de concessão das rodovias delegadas prescrevem apenas ao DER as competências necessárias para a gestão do serviço e, portanto, a Agepar seria incompetente para tanto, não se sustenta, pois ela atribui ao Contrato e ao Convênio valor normativo superior à Lei, em sentido estrito. Aqui, faz-se referência não somente à Lei de instituição da Agepar, mas à própria Lei que autorizou a União a delegar os serviços, já que ela não veda ou disciplina, em qualquer dispositivo, quais serão as entidades responsáveis pela fiscalização, regulação e gestão do serviço, em nome do Poder Concedente. Não havendo limitação na Lei que autorizou o Poder Executivo federal a delegar, também não se pode afirmar que, pelo Convênio, apenas o DER seria o ente responsável pela gestão do serviço.

14. Além disso, a Concessionária, em sua relação com o Poder Público, não apenas se submete aos comandos contidos em seu Contrato de Concessão, mas também às normas legais e constitucionais positivas pelas autoridades competentes. Assim, não já de se negar que as leis promulgadas pelo Poder Legislativo e sancionadas pelo Poder Executivo têm o poder de criar direitos e obrigações, podendo intervir, inclusive, em condições e cláusulas contratuais estabelecidas entre terceiros. Se o Estado do Paraná, pelo devido processo legislativo, criou entidade própria para regular serviços que lhe foram delegados por outros entes federativos, não há de se assumir que instrumentos infralegais, como o convênio e o contrato de concessão, deverão se sobrepor aos seus ditames. Além disso, reitera-se que nenhum desses instrumentos veda a participação de outras entidades na relação jurídica da concessão.

15. Em defesa de sua competência, inclusive, a Agepar vinha não só fiscalizando a execução dos serviços, como também homologando pedidos de reajustes tarifários das concessionárias, desde que encaminhados e aprovados pelo DER, sem qualquer oposição das concessionárias.

16. Todavia, em relação processual jurisdicional em que se discute a regularidade de medidas administrativas adotadas pela Agência, com repercussão no equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, o Poder Judiciário vem proferindo decisões em sentido contrário.

Diretoria de Regulação Econômica - DRE

PROTOCOLO Nº: 17.093.563-2
Interessado: Departamento de Estradas de Rodagem
Assunto: Pedido de homologação de reajuste tarifário
Data: 18/05/2021

17. Para o caso da concessionária Caminhos do Paraná S.A., da análise das decisões proferidas tanto em 1ª como em 2ª instâncias, observa-se que as razões de decidir (*ratio decidendi*) dos órgãos judiciais questionam a competência da Agência para regular, em sentido amplo, a concessionária. Nesse sentido, transcreve-se os seguintes excertos dos julgados:

“A sua atuação [da Agepar] é exclusivamente no âmbito da verificação de eventuais desconformidades 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 ao 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 (...) 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 as incorreções verificadas.

(...)

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

a) declarar que a 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.”

(Seção Judiciária do Paraná, 1ª Vara Federal de Curitiba, Autos n.º 5062387-65.2020.4.04.7000, Juiz Federal Friedmann Anderson Wendpap, decisão proferida em 17/12/2020)

“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 (...) não afasta a titularidade dos bens e do serviço da União (art. 20, II, da CF). Além do mais, foi conferida ao DER/PRE 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. 5º, §1º, da Lei Complementar n.º 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 contrato de concessão.

Diretoria de Regulação Econômica - DRE

PROTOCOLO Nº: 17.093.563-2
Interessado: Departamento de Estradas de Rodagem
Assunto: Pedido de homologação de reajuste tarifário
Data: 18/05/2021

(...)

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

(TRF 4ª Região, 4ª Turma, AI n.º 5060537-24.2020.4.04.0000, Rel. Des. Fed. Ricardo Teixeira do Valle Pereira, julgado em 18/03/2021)

18. Reajustes tarifários são mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato de prestação de serviços públicos. Se a Agepar não possui atribuição para intervir nas bases dessa relação contratual, conforme a justificativa das decisões judiciais vigentes, não parece adequado que a Agepar possa homologar pedidos de reajuste encaminhados pelo DER.

19. Afinal, atos de homologação consistem na aprovação, ratificação ou confirmação de outros atos ou procedimentos, por uma autoridade de direito, a fim de que tais atos ou procedimentos sejam investidos de força executória ou se apresentem com plena validade jurídica. Se, pelas decisões judiciais vigentes, a Agepar não possui atribuição de regular a Caminhos do Paraná S.A., também não parece que lhe seja possível dotar de força executória um ato que, nessa linha argumentativa, não lhe diz respeito.

20. A consequência desse argumento, para o presente processo, é de que a Agepar carece de legitimidade *ad causam*, enquanto perdurar o entendimento judicial vigente. A falta de legitimidade consiste no reconhecimento, pelo Poder Judiciário, ainda que em caráter provisório, de que a Agepar não pode interferir no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, por falta de previsão expressa em Convênio firmado entre União e Estado do Paraná.

21. Por sua vez, com relação ao interesse processual, uma vez que: i) o DER já deliberou sobre a correção do reajuste (cf. mov. 16); ii) existe decisão judicial pela ausência de competência da Agepar; e iii) o fato de que a concessionária já impôs o reajuste nas tarifas da cancela; deve-se reconhecer que a tramitação do feito na Agepar, nas atuais circunstâncias, não é necessária, adequada, ou útil (critérios de reconhecimento do interesse processual²) para a finalidade almejada – qual seja, a concessão do reajuste tarifário.

² São critérios de reconhecimento do interesse processual a necessidade (ideia de que somente o processo é o meio hábil à obtenção da finalidade almejada), a utilidade (que o processo deve propiciar, ao menos em tese, algum proveito ao demandante), e adequação (a via processual escolhida é adequada aos fins que se almeja).

Diretoria de Regulação Econômica - DRE

PROTOCOLO Nº: 17.093.563-2
Interessado: Departamento de Estradas de Rodagem
Assunto: Pedido de homologação de reajuste tarifário
Data: 18/05/2021

22. De acordo com a Teoria Geral do Processo, a legitimidade *ad causam* e o interesse processual são condições da ação, ou seja, requisitos processuais essenciais para o regular trâmite processual e eventual julgamento do mérito. Tais requisitos foram inclusive positivados no Código de Processo Civil e, portanto, são de aplicação subsidiária nos processos administrativos³.

23. A consequência direta desse fato seria a extinção do processo, pela falta de um dos pressupostos de admissibilidade do pronunciamento de mérito. Por outro lado, é de se reconhecer que a ausência das condições da ação neste caso é provisória, porque as decisões judiciais ainda não são definitivas e podem ser modificadas. Assim, não parece que a decisão mais adequada a ser tomada, nestas circunstâncias, seja pela rejeição do pedido sem resolução do mérito, mas pelo reconhecimento de que as decisões vigentes e discussão judicial travada a respeito da competência da Agepar a impede de praticar quaisquer atos que interfiram no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos no momento presente.

24. Portanto, sustenta-se que o presente protocolado deve ficar suspenso, até que haja pronunciamento divergente pelo Poder Judiciário, ou que a atual decisão se consolide no tempo, pelo trânsito em julgado. Ocorrendo um ou outro, esta Agência deverá decidir novamente, seja por meio da análise do mérito (caso as decisões judiciais sejam revertidas), seja pela rejeição do pedido pela falta das condições da ação administrativa (caso se mantenha o entendimento vigente).

25. Ainda que se reconheça a suspensão da atuação da Agepar neste processo, nada impede que se encaminhe ao DER (por meio de notificação no sistema eProtocolo) cópia da Informação Técnica n.º 2/2021, da Coordenadoria de Infraestrutura do Transporte – CIT (mov. 19), para auxílio nas atividades desenvolvidas naquela autarquia.

III – DISPOSITIVO

27. Pelo exposto, vota-se no sentido de: (i) determinar a suspensão do presente protocolado, em razão da discussão judicial a respeito da competência regulatória da Agência

³ CPC, art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

Diretoria de Regulação Econômica - DRE

PROTOCOLO Nº: 17.093.563-2
Interessado: Departamento de Estradas de Rodagem
Assunto: Pedido de homologação de reajuste tarifário
Data: 18/05/2021

sobre as rodovias concedidas à concessionária Caminhos do Paraná S.A., até que sobrevenha nova decisão ou ocorra o trânsito em julgado da decisão com o entendimento atual; (ii) pelo encaminhamento da Informação Técnica n.º 2/2021 da Coordenadoria de Infraestrutura do Transporte ao Departamento de Estradas de Rodagem, como auxílio às atividades de gestão da concessão do Contrato de Concessão n.º 74/97.

28. É o voto.

Providências administrativas a serem adotadas em caso de aprovação: (i) juntada da ata assinada; (ii) notificação ao DER do andamento do presente protocolado e, em especial, da Informação Técnica n.º 2/2021; (iii) notificação à CJ/DNR, para que comunica a DRE quando do advento de nova decisão judicial em sentido favorável ao entendimento da Agepar, ou a ocorrência do trânsito em julgado de decisão com o atual entendimento.

Curitiba, 18 de maio de 2021

Marcia Carla Pereira Ribeiro
Diretora de Regulação Econômica