



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
3ª Vara Federal Cível de Vitória

Av. Marechal Mascarenhas de Moraes, 1877, 6º andar - Bairro: Monte Belo - CEP: 29053-245 - Fone:
(27)3183-5034 - Email: 03vfci@jfes.jus.br

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 5008731-70.2019.4.02.5001/ES

AUTOR: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DO ESPÍRITO SANTO

AUTOR: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RÉU: ECO101 CONCESSIONARIA DE RODOVIAS S/A

ADVOGADO: RAFAEL MARIO FERRARI DEMELLO (OAB ES013902)

ADVOGADO: MARCELO PACHECO MACHADO (OAB ES013527)

RÉU: AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

INTERESSADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

SENTENÇA

I - RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pela **ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SECCIONAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO** em face de **ECO 101 CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S/A** e **AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES**.

Como medida liminar, a parte autora pede a suspensão de qualquer majoração na tarifa atualmente cobrada dos usuários da Rodovia BR-101/ES/BA, objeto do Contrato de Concessão celebrado entre a UNIÃO, por intermédio da ANTT e a ECO 101 Concessionária de Rodovias S/A.

No mérito, como pedido principal, a parte autora pretende seja declarada a impossibilidade de majoração da tarifa atual do contrato de concessão sem o devido cumprimento das obrigações da Concessionária, em especial das duplicações com a possibilidade de tráfego, em conformidade com o cronograma contido no instrumento de concessão.

De acordo com a petição inicial, a ação *“tem por finalidade a obtenção de provimento jurisdicional para eximir que os cidadãos que transitam com seus veículos automotores no Espírito Santo pela BR 101 (contrato de concessão do lote correspondente a 475,9 km da Rodovia BR-101/ES/BA), sejam surpreendidos por aumentos tarifários dos pedágios, incompatíveis com as evidentes/robustas irregularidades e inexecuções contratuais, especialmente em razão das recentes auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas da União e de operação deflagrada pela Polícia Federal que trouxeram à tona e evidenciaram a*



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
3ª Vara Federal Cível de Vitória

apropriação indevida de recursos pagos pelo cidadão-usuário graças a falhas e normas irregulares editadas pela ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres), órgão que deveria fiscalizar o serviço”.

Segundo a autora, o cronograma de obras previsto no Programa de Exploração Rodoviária - PER estabelece que, ao completar seis anos de concessão, a ECO 101 deveria ter duplicado 197,3 quilômetros do trecho da BR-101 que corta o Espírito Santo, mas avançou pouco mais de 10% nas obras, com a duplicação de 20,5 quilômetros – e mesmo neste trecho, somente 15,5 quilômetros estão liberados para tráfego de veículos, o que equivale a menos de 8% do previsto no contrato.

Em suma, a demandante alega que: **(i)** a concessionária não cumpriu o cronograma de obras previsto no contrato de concessão, especialmente no tocante à duplicação da rodovia; **(ii)** a ANTT é omissa na adoção de medidas sancionatórias à concessionária, inclusive autorizando seguidos reajustes da tarifa, em violação aos direitos dos usuários da rodovia; **(iii)** estes fatos vêm sendo amplamente alardeados pela imprensa e pelo Tribunal de Contas da União (vide Acórdão SCN 010.482/2016-4).

Manifestação favorável do MPF acerca do pedido de liminar, Ev. 12.

ANTT manifesta-se desfavoravelmente à concessão do pedido de liminar, Ev. 14. Idem, a ré ECO 101, conforme manifestação no Ev. 16.

O juízo, após rejeitar alegação de conexão e incompetência, deferiu a liminar pleiteada, determinando a suspensão de qualquer reajuste ou revisão (ordinária ou extraordinária) que importe na majoração da Tarifa de Pedágio atualmente em vigor no âmbito do Contrato de Concessão firmado entre as partes, decorrente do Edital de Concessão nº 001/2011, referente à Rodovia Federal BR-101/ES/BA, até a realização de audiência de mediação. (Ev. 19).

Contestação apresentada pela ECO 101, reafirmando as preliminares de incompetência do juízo, argumentando que a decisão que concedeu a liminar não observou a causa de pedir exposta na inicial, e no mérito, em síntese, que não há que se falar em omissão por parte da ANTT, e que os atrasos nas obras são justificados (Ev. 65).

No Ev. 66 a ECO 101 informa interposição de AI, tendo o então juiz presidente do feito negado o juízo de reconsideração.

Informação do TCU sobre o andamento de Tomadas de Contas que corre naquela Corte, atinentes ao objeto deste processo judicial (Ev. 75).



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
3ª Vara Federal Cível de Vitória

Contestação apresentada pela ANTT no Ev. 76. Subsidia a peça de defesa diversos documentos, entre os quais pareceres técnicos. Em síntese, alega a autarquia: litispendência e conexão, regularidade da autarquia no exercício de seu poder-dever fiscalizatório, descumprimento da regra processual da estabilização da demanda, violação ao mérito administrativo, considerações atinentes ao ACÓRDÃO Nº 1.447/2018 E 2.192/2018, DO PLENÁRIO DO TCU - ITENS 9.3.8 E 9.3.9, referente ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato e outras adequações.

Comissão de Defesa do Consumidor, da Assembleia Legislativa do Espírito Santo requer ingresso no feito na qualidade de assistente litisconsorcial (Ev. 108).

No Ev. 109 a ANTT peticiona informando a conclusão das áreas técnicas da ANTT pela redução da tarifa básica, num percentual médio de -2,31%.

No Ev. 110 consta Termo de Audiência no qual o juízo ratificou a liminar concedida, porque *“inexistente fato ou fundamento superveniente que alterasse o entendimento, além de ter sido mantida a referida decisão em sede liminar de Agravo de Instrumento, tendo a Desembargadora Federal relatora analisado os fundamentos em profundidade e mantido o entendimento deste Juízo de primeiro grau. Desse modo, ‘determino a suspensão de qualquer reajuste ou revisão (ordinária ou extraordinária) que importe na majoração da Tarifa de Pedágio atualmente em vigor no âmbito do Contrato de Concessão firmado entre as partes, decorrente do Edital de Concessão nº 001/2011, referente à Rodovia Federal BR-101/ES/BA’. Acrescento que a manutenção da tutela de urgência não acarretará qualquer prejuízo material imediato pela ECO101, já que pelo índice alcançado no processo administrativo nº 50501.320243/2018-26 (Evento 109), haverá redução das tarifas, e não aumento”*.

No Ev. 118, a ECO manifesta-se contrariamente ao ingresso da Comissão de Defesa do Consumidor da ALES no feito.

Réplicas às Contestações nos eventos 121 e 122.

No Evento 132 a ECO 101 novamente se manifesta, reforçando seus argumentos no que concerne à inovação da causa de pedir.

Manifestação da ANTT juntando documentação comprobatória da aprovação da 6ª Revisão Ordinária e a 7ª Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio a ser praticada pela Concessionária ECO101 na Rodovia BR-101/ES/BA, o



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
3ª Vara Federal Cível de Vitória

que “*implicou a redução dos pedágios praticados nas diversas praças do referido trecho, tudo conforme Deliberação nº 922, de 1º de outubro de 2019, publicada no Diário Oficial da União*” (Ev. 133).

No Ev. 140, a ANTT responde as indagações levantadas pela OAB-ES, no Ev. 133.

No Ev. 147, a ECO 101 alega perda do interesse processual, decorrente da demonstração, pela ANTT, de que o pedido autoral (não aumento de tarifa na revisão de 2019) foi satisfeito no âmbito do direito material, não mais se justificando a continuidade da atividade processual.

A ANTT peticiona alegando que, apesar do Pedido de Reexame interposto pela ANTT no Tribunal de Contas da União ainda não ter sido julgado, já houve manifestação do Ministério Público junto ao TCU favorável à ANTT, indicando inclusive ingerência indevida da Corte de Contas no contrato firmado com a concessionária e no papel regulatório da autarquia federal (Ev. 150).

Despacho no Ev. 152, determinando: 1) Incluir a ALES - Assembleia Legislativa do Espírito Santo no polo ativo deste feito, associando o Procurador-Geral como patrono (OAB/ES 14064); 2) Intimar a OAB/ES, o MPF, a ANTT e a ALES: 05 dias, em dobro nos casos dos artigos 180 e 183 do CPC; 3) Havendo manifestação pelo prosseguimento do feito, consultar e juntar aos autos o atual andamento do processo administrativo junto ao TCU, na forma das orientações do Evento 75, parte final, devendo acostar eventual decisão proferida;

No Ev. 159, a ECO 101 informa interposição de AI.

No Ev. 163, a ANTT peticiona requerendo reconhecimento da perda do interesse processual.

Nos Eventos 164 e 165, a OAB e o assistente litisconsorcial se manifestam contrariamente ao pedido de extinção do feito em razão da perda superveniente do interesse processual, alegado pelas rés.

Nos Eventos 169 e 173 são juntados documentos extraídos do sítio do TCU, facultando-se as partes manifestarem sobre tais documentos (Ev. 174).

No Ev. 183 a ANTT solicita mais prazo para juntada de novos documentos.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
3ª Vara Federal Cível de Vitória

No Ev. 184, a ECO 101 se manifesta sobre os documentos juntados pelo juízo, acrescentando que “*A renúncia da OAB/ES ao direito de manifestação sobre os documentos é a maior evidência de que a Requerente jamais pretendeu discutir nestes autos questões técnicas sobre a metodologia do contrato de concessão*”.

Nova manifestação da ANTT, Ev. 190, sobre os documentos juntados nos eventos 169 e 173.

Memoriais da ECO 101, no Ev. 192.

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

As questões preliminares relativas à competência do juízo, litispendência e conexão já foram resolvidas por este juízo, conforme consta do relatório.

No que concerne à alegada perda superveniente do interesse processual, em razão do reconhecimento administrativo da redução tarifária para a competência de 2019, tenho que não assiste razão a ré. A leitura da exordial é convincente quanto à inexistência dessa limitação temporal, conforme se depreende do sentido do advérbio “inclusive” inserido no período do texto, deixando claro que o autor busca vedar qualquer aumento de tarifa. Consta da inicial:

“, o que a Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Espírito Santo, pleiteia nos presentes autos é a obrigação de não fazer por parte da 1ª e 2ª Ré, **impossibilitando-se os aumentos das tarifas/pedágios, inclusive** o previsto para o dia 18 de Maio de 2019, em decorrência do inadimplemento contratual oriundo da prestação inadequada e deficiente do serviço concedido, o que é fato público e notório e que necessita da intervenção deste Poder Judiciário.” (Ev. 1, fl. 3 da petição inicial)

No que tange à alegada inovação pelo juízo da causa de pedir, é matéria que ao meu ver será melhor deslindada quando da análise do próprio mérito, com vantagens de economia processual e para o próprio arguente, conforme se aclarará na fundamentação deste *decisum*, ao seu tempo.

Colho na petição inicial os seguintes excertos:



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
3ª Vara Federal Cível de Vitória

O contrato de concessão já está no seu sexto ano de vigência e até agora apenas 8% (oito) da duplicação previstas foram realizadas. De forma espantosa apenas 15 (quinze) quilômetros foram duplicados até agora. Isso é um absurdo!

...

Logo, constatando-se o que a frente será relatado nos fatos e objetivo da presente demanda, se demonstrará que a atuação da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Espírito Santo visa evitar abusos na cobrança dos pedágios em face dos usuários de serviço público equiparados a consumidores (por se tratar de serviços públicos uti singuli, que são remunerados individualmente por tarifa²), nos trechos territorialmente localizados no Espírito Santo, notadamente em razão do flagrante e contumaz descumprimento contratual por parte da concessionária, por atos e condutas que lhe são imputáveis e em relação aos quais assumiu o risco por força contratual, sem que as respectivas consequências venham sendo aplicadas pela ANTT

...

Certo é que os usuários da Rodovia BR 101 não podem conviver com tamanho descalabro consistente em se ver obrigado diuturnamente a arcar com tarifas de pedágio para transitar em uma Rodovia, sem efetivas contrapartidas, qual seja, a prestação de um serviço adequado, seguro e eficiente, proporcionados pela realização de obras, monitoramento e manutenção que visem garantir a segurança tanto dos usuários como dos moradores de seu entorno.

...

Muitos desses descumprimentos contratuais tem origem na própria captura da ANTT, tendo em vista que tanto no aspecto da regulação individual (consideração das realizações de investimentos, para fins reequilíbrio), quanto no aspecto punitivo, a agência reguladora parece adotar padrão que propositalmente, e independente de considerações quanto ao interesse público e/ou dos usuários, alivia as imposições à concessionária

...



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
3ª Vara Federal Cível de Vitória

De forma espantosa apenas 15 (quinze) quilômetros foram duplicados até agora. É um total descaso da ECO 101 e ANTT com os usuários da rodovia federal. Ou seja, até agora, 92% (noventa e dois por cento) não foram executados pela concessionária, sem que correspondesse ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato e à consequente redução tarifária em percentual compatível com o nível de cumprimento, o que se demonstra no quadro explicativo abaixo:

...

Também o MPF em manifestação (Ev. 12):

Como corretamente afirmado na inicial, os percentuais de inexecução do contrato de concessão atingiram proporção insustentável. Os meios de comunicação têm noticiando diariamente descumprimentos contratuais verdadeiramente insultuosos por parte da Concessionária, dentre os quais destaca-se: ao completar seis anos de concessão, dos 197,3 quilômetros da BR-101 no trecho que a rodovia federal corta o Espírito Santo que deveriam ser duplicados, a empresa realizou somente 10%, com a duplicação de 20,5 quilômetros...

Nesse contexto, em vista da continuidade e gravidade das ilegalidades e insuficiência do controle externo e pressão da sociedade, está correta e juridicamente amparada a atitude da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Estado do Espírito Santo de, na consecução de seus fins institucionais, ajuizar a presente Ação Civil Pública.

...

Em outras palavras, caso não haja ordem judicial em contrário, a inércia da ANTT e a postura da ECO-101 tende a se prolongar durante todo o contrato, por 25 anos, com absurdo e insustentável prejuízo para usuários e sociedade capixaba.

O excesso de adjetivação em ambas as petições é ilustrativo de um problema social muito grave. A rodovia BR101 é uma importante via federal que corta o Espírito Santo. Não é incomum, ademais, notícias na imprensa relacionando acidentes fatais em uma estrada com ínfimos trechos duplicados, sem falar nos prejuízos econômicos decorrentes de uma infraestrutura em boa parte ainda precária.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
3ª Vara Federal Cível de Vitória

A perda de vidas certamente é um fator que explica a revolta traduzida nos trechos acima destacados. Em que pese essa constatação, não tenho como concordar com o encaminhamento técnico-jurídico articulado pelo autor.

Em texto clássico, da década de 50, do século passado, dissertando sobre os contratos de concessão de serviços públicos, exatamente no ponto que diz respeito à fixação das tarifas em tais contratos, anotava FRANCISCO CAMPOS (“A fixação das tarifas dos serviços público concedidos”, *In Direito Administrativo*, volume I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 314-340) que, àquela época, surgia para o poder público novas demandas, que não se reduziam a “*idéias gerais e dos sentimentos, e susceptíveis de encontrar solução adequada ou resposta satisfatória na atmosfera de emoção originadas do debate público e dos encontros das correntes de opinião*”. Essas novas demandas, diversamente:

Tais questões, para a sua discussão e solução, não comportam os processos usualmente empregados na discussão de questões essencialmente políticas. Outra a sua natureza, outros os métodos a lhes serem aplicados. A evolução já se faz sentir na mentalidade política no sentido dessa compreensão. Graham Wallas notava, não fz muito tempo, a êsse propósito:

"It is difficult to realize how short a time it is since questions for which we now rely entirely on official statistics were discussed by the ordinary methods of agitation and advocacy".

Os processos de agitação e de advocacia são, com efeito, os processos próprios aos debate das grandes questões políticas, que não envolvem, nos seus termos obscuros, objetos susceptíveis de serem estudados e iluminados pelos métodos próprios à inteligência na investigação e solução dos seus problemas particulares; inadequados, porém, onde, ao invés de estar em jôgo uma filosofia da vida, o de que se trata é esclarecer um ponto preciso, mais ou menos remoto à equação pessoal ou à tonalidade de sentimento e de emoção, que embebe as controvérsias nas atmosfera difusa de princípios e tendências políticas irracionais, sempre presentes à base de tôda concepção geral da vida e do mundo e, portanto, de tôda política, indissolúvelmente ligada a Weltanschauung que ela necessariamente pressupõe.

Para CAMPOS, “*as questões relativas as tarifas de serviços públicos são questões eminentemente técnicas em todos os seus aspectos, envolvem elementos de especialização de vários domínios, do econômico, do tecnológico*



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
3ª Vara Federal Cível de Vitória

geral e, especialmente, da tecnologia própria a cada ramo de serviço, e, ainda problemas de administração especializada”.

No mesmo trabalho, o autor ainda se questiona sobre processos de controle de que dispõe o Estado sobre os serviços públicos concedidos aos entes privados, refutando o clássico controle contratual: “*O único processo, de que até aqui usamos para controlar os serviços públicos concedidos, é o contrato. Por este processo, os deveres e os direitos do concessionário são fixados de uma vez por todas e para um longo período no próprio instrumento de concessão*”. Conclui que o sistema mais adequado seria o sistema americano de controle via comissões, as quais seriam dotadas de conhecimentos técnicos especializados de forma a melhor garantir o interesse público sem prejudicar os interesses privados, cuja proteção é essencial para atrair os empreendedores a se consorciarem ao poder público na prestação eficiente e econômica do serviço público concedido.

O tempo deu razão àquele jurista, visto que as nossas agências reguladoras desempenham importante função na concessão e na fiscalização dos serviços públicos concedidos à iniciativa privada, no nosso arcabouço administrativo-constitucional e são inspiradas na prática regulatória americana¹.

No caso em apreço, a leitura atenta da inicial mostra uma fundamentação muito deficiente no que tange aos aspectos fáticos, e às consequências jurídicas de direito material (pertinentes ao regramento contratual e as disposições legais) e processual. Deveras, ao que parece, e sem entrar nas razões que podem ser levantadas para justificar esse estado de coisas², o contrato não teve a execução que se esperava, mormente o alegado e provável ínfimo progresso nas duplicações contratadas. Acontece que para isso a solução deve ser buscada na lei e no contrato.

No contrato objeto deste processo judicial, a solução consiste no acionamento ao mecanismo denominado “Desconto de Reequilíbrio”³, espécie de revisão prevista pelo próprio contrato, que enseja ao poder público concedente direito formativo de alterar a relação contratual, para readequar o equilíbrio econômico-financeiro. Observo que este mecanismo deve ser acionado **periodicamente**, em intervalos máximos de 5 anos (Cláusula 20.8.1 do contrato de concessão).

A solução proposta na inicial e implementada pelo juízo, consistente na obrigação genérica de não fazer reajuste positivo das tarifas, enquanto as obrigações do concessionário não forem cumpridas, não tem previsão no contrato e na lei de regência. Não há, na Lei n. 8.987/95, qualquer dispositivo legal criando um



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
3ª Vara Federal Cível de Vitória

poder jurídico semelhante, a ser exercido, em sede de autotutela, pela Administração, ou mediante autorização em título judicial **por período indeterminado**. Por exemplo, em relação ao concessionário, a lei afastou a possibilidade de suspensão dos serviços públicos extrajudicialmente, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, nos termos da lei n. 8.987:

Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado.

Ao deixar de aplicar o regramento contratual, que criou mecanismo próprios de revisão **periódica**⁴ da relação contratual, mormente no que tange à definição de um elemento do direito subjetivo do concessionário (revisão da tarifa no caso de inadimplemento parcial), o provimento jurisdicional operou uma **canhestra** espécie de *exceptio non rite adimpleti contractus*⁵, sem previsão legal e contratual, implicando o congelamento da tarifa contratual não se sabe por quanto tempo.

Ora, em se tratando de contratos administrativos na seara dos serviços públicos, as partes estão vinculadas ao princípio da legalidade, descabendo a criação de mecanismos revisionais que não aqueles estabelecidos na lei ou no contrato. Nas palavras do Prof. FABIO KONDER COMPARATO (**Direito público**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 227):

“Em toda relação administrativa, a liberdade de ação do administrador acha-se vinculada: no campo particular, pela vontade do proprietário, dono do negócio ou mandante; no campo público, não pela vontade do administrador estatal, mas pelo disposto em lei. A discricionariedade decisória ou estipulativa do administrador público somente existe, quando e onde a lei assim o determina. Daí por que não se admite nunca interpretação analógica de lei administrativa nem, a fortiori, a criação normativa pela Administração Pública, fora dos casos especificamente autorizados por lei.”



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
3ª Vara Federal Cível de Vitória

Nesse passo, entendo descabida a interferência no contrato, mediante provimento judicial **proibindo a priori e sine die o reajuste positivo das tarifas** até o cumprimento de todas as obrigações contratuais do concessionário.

No Ev. 19:

Contudo, a questão controvertida é saber se a ANTT, ao interpretar as referidas cláusulas contratuais e normativas, tem elaborado a metodologia correta, conferindo interpretação que atenda ao princípio da modicidade das tarifas, beneficiando TODOS os consumidores (usuários da rodovia), e não apenas a um segmento.

Interpretando tais cláusulas, a ANTT, ao promover o adiamento de obras e serviços não-realizados, desloca os investimentos no fluxo de caixa da concessão e promove descontos tarifários compensatórios, cujos efeitos são **DILUÍDOS pelo restante do prazo de vigência do contrato de concessão.**

Todavia, interpretando essas mesmas cláusulas, o TCU entendeu que esse desconto em decorrência de investimentos programados não executados (a exemplo da duplicação), **deve ser feito de forma CONCENTRADA (de uma vez só no valor da tarifa), e não diluída pelo restante do prazo de vigência do contrato, como faz a ANTT.**

Ora em nenhum momento a petição inicial entra em tal nuance, devendo o julgador, como se sabe, adstringir-se ao pedido e aos seus fundamentos, assim, essa não é a questão controvertida nos autos. O autor não objetivou discutir a metodologia aplicada; quis e deixou claro apenas que não deveria haver reajuste positivo da tarifa, pois as obras entregues não acompanhavam o programa contratual acertado. Do contrário, se assim fosse, atuaria em descompasso com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que refuta ao Poder Judiciário conhecer da metodologia para a fixação de tarifas públicas, por se tratar de questão técnica, para a qual o processo judicial não dispõe de meios técnicos nem de legitimidade institucional. Nesse sentido, veja-se o teor do seguinte julgado, que embora faça menção a uma doutrina americana, nada acrescenta aquilo que o jurista mineiro aqui citado já escrevia há mais de 50 anos:



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
3ª Vara Federal Cível de Vitória

Ação popular. Suspensão de liminar. Discussão de questões referentes ao mérito da causa. Impossibilidade. Grave lesão à ordem pública configurada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado pelo Poder Público. Escolhas políticas governamentais. Metodologia técnica. Invalidação pelo Judiciário apenas se reconhecida ilegalidade.

(...)

Assim, a evidente sofisticação da demanda ventilada na causa principal denota que, ao ratificar o entendimento do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – no sentido de manter suspenso o reajuste tarifário – a decisão primeira desta Corte Superior imiscuiu-se em seara alheia à via suspensiva, que, como visto, não se mostra adequada à análise do mérito da demanda principal. **Sendo assim, a interferência judicial para invalidar a estipulação das tarifas de transporte público urbano não pode ser admitida na hipótese, por violar gravemente a ordem pública.** Frise-se que a legalidade estrita pressupõe a legitimidade do ato administrativo praticado pelo Poder Público, até prova definitiva em contrário – **mormente nos casos em que houver, por parte da Fazenda estadual, esclarecimento de que a metodologia adotada para fixação dos preços era técnica.** Por certo, a cautela impediria a decisão de sustar a recomposição tarifária estipulada pelo Poder Público para a devida manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público. **Postura tão drástica deveria ocorrer somente após a constatação, estreme de dúvidas, de ilegalidade** – desfecho que, em regra, se mostra possível somente após a devida instrução, com o decurso da tramitação completa do processo judicial originário. Por seu turno, a doutrina leciona que o Judiciário esbarra na dificuldade de concluir se um ato administrativo cuja motivação alegadamente política seria concretizado, ou não, caso o órgão público tivesse se valido tão somente de metodologia técnica. De qualquer forma, essa discussão seria inócua, pois, segundo a doutrina Chenery – a qual reconheceu o caráter político da atuação da Administração Pública dos Estados Unidos da América –, as cortes judiciais estão impedidas de adotarem fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente nas questões



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
3ª Vara Federal Cível de Vitória

técnicas e complexas, em que os tribunais não têm a expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos. Por todos esses motivos – inclusive em razão da impossibilidade de se reconhecer, na presente via, que ocorreu aumento abusivo de tarifas, está demonstrada, repita-se, acentuada ofensa à ordem pública – o que legitima a decisão que cassou a tutela antecipada deferida nos autos da ação popular, até o trânsito em julgado da decisão de mérito. (STJ, AgInt no AgInt na SLS 2.240-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, por unanimidade, julgado em 7/6/2017, DJe 20/6/2017. Informativo STJ n. 605)

Não socorre a essa solução as decisões proferidas pela Corte de Contas, que foi citada claramente de forma *en passant* na petição inicial, demandando muito esforço, ao meu ver inútil, para considerar essa excerto da inicial, com uma breve citação da decisão do TCU, como fundamento para discutir a metodologia aplicável na revisão do contrato, se diluída ou concentrada. Eis o que consta da inicial:

Tais inexecuções contratuais já foram objeto de análise pelo Tribunal de Contas da União no ano de 2016, ou seja, no terceiro ano de contrato, que opinou no sentido da revisão extraordinária de tarifa fosse sustada, em razão da desconsideração dos descumprimentos no cálculo tarifário. Conforme se extrai do acórdão SCN 010.482/2016- 4: “(...) entende-se que a inexecução de determinados investimentos (previstos para serem iniciados e/ou concluídos até o 3º ano de concessão) não foram devidamente tratados pela ANTT na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, são eles: duplicação dos Subtrechos D e E, construção do contorno de Iconha, construção de 27 km de vias locais, construção de 16 passarelas de pedestres, retificações de traçados, implantação do sistema de telefonia de emergência, além de desapropriações e indenizações. Ademais, verificou-se que apesar dessas inexecuções, novos investimentos de retificação de traçado foram incluídos para serem executados a partir do 8º ano de concessão, onerando a tarifa básica de pedágio já a partir de 18/5/2016.(...)”



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
3ª Vara Federal Cível de Vitória

Ademais, não se pode presumir que a eventual decisão do TCU (eventual pois pelo que consta a Tomada de Contas referida ainda não teve desfecho definitivo perante aquele sodalício) seria descumprida pela ANTT, reconhecendo-se uma pretensão processual presumida em favor do substituto processual. A análise do conjunto probatório torna ainda mais frágil a pretensão do autor, visto que se fundamenta apenas em matérias jornalísticas que noticiavam um suposto aumento de tarifa, tendo as partes declinado de produzir prova de suas alegações.

A manutenção do provimento judicial na forma como está, especialmente sem um termo final, traz inconvenientes, pois na hipótese de essa decisão ser coberta pelo manto da coisa julgada, suscitaria perplexidades como a transferência ao judiciário da fiscalização do cumprimento das obrigações pelo concessionário e o conseqüente engessamento da relação contratual. Transitada em julgado o comando que veda reajustes positivos, por exemplo, far-se-iam necessárias novas ações judiciais para demonstrar o cumprimento das obrigações pelo concessionário, ou mesmo a revisão da vedação do reajuste mediante ação própria para demonstrar a alteração de fatos supervenientes (no caso a duplicação de trechos da rodovia) que justificassem o reajuste contratual em favor do concessionário, e a revisão do comando judicial qualificado pela coisa julgada. São inconvenientes que demonstram quão equivocado é ressuscitar o controle contratual do serviço público, mediante interpretações errôneas do programa contratual. Não é à toa que o já citado Francisco Campos mostrava-se contrário a intervenção judicial em tais contratos no que tange aos critérios para sua revisão:

“A outra lição que nos dá o exemplo americano é que não se deve confiar aos tribunais a revisão das decisões da comissão de controle, não só no que se refere puramente aos fatos por ela certificados, como ao critério seguido para fixação das tarifas”

É certo que a lição acima precisa ser lida sob as modernas contribuições da doutrina publicista contemporânea, que assegura o controle judicial dos atos administrativos, sendo igualmente certo que tal controle começa pela observância do princípio da legalidade, o que, ao meu sentir, não é contemplado pela pretensão processual na maneira como foi formulada.

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** a pretensão autoral, revogando a liminar concedida nos autos.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
3ª Vara Federal Cível de Vitória

Por via reflexa, **resolvo o mérito da lide**, nos moldes do art. 487, I, do CPC.

Sem custas, e sem condenação em honorários, nos termos do art. 18 da Lei n. 7.347/85.

Comunique-se o teor da presente sentença ao relator dos agravos de instrumento 004348-17.2019.4.02.0000/TRF2 e 5004375-97.2019.4.02.0000 /TRF2.

Sentença não sujeita à remessa necessária, uma vez que favorável à Fazenda Pública.

Após o trânsito em julgado, nada sendo requerido, dê-se baixa e arquivem-se os autos.

Intimem-se.

Documento eletrônico assinado por **EDUARDO FRANCISCO DE SOUZA, Juiz Federal**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 2ª Região nº 17, de 26 de março de 2018. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc.jfes.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador **500001449865v19** e do código CRC **bf59bdd6**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): EDUARDO FRANCISCO DE SOUZA

Data e Hora: 10/12/2021, às 13:49:42

1. "A designação de "agências reguladoras", que vem sendo utilizada pelo legislador brasileiro, originou-se nos Estados Unidos. Impressionados com a terminologia, alguns de meus colegas têm levantado suas vozes contra esses entes, que seriam próprios do Direito Anglo-Saxão e, por isso, incompatíveis com a tradição jurídica brasileira. Vejo diversos equívocos nesse raciocínio. (SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo regulador. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 23).

2. Curiosamente a ANTT, em algumas desapropriações promovidas pelo concessionário ECO 101, ora admite seu interesse jurídico nessas desapropriações, ora diz não haver tal interesse jurídico da autarquia, tendo como consequência o encaminhamento dos autos à justiça estadual. Esse juízo tem decidido que a ANTT faz um abuso de suas prerrogativas processuais e manipula a jurisdição. Não menos curioso é o fato de que um braço da Advocacia Geral da União (AGU), representando a União, já concordou com esta decisão, enquanto a representação judicial da ANTT, também integrante da AGU, discorda e recorre da decisão, com sucesso. A consequência é o encaminhamento dos autos à justiça estadual, o que nos autoriza a refletir se essa postura não trará mais e mais atrasos no cumprimento do contrato de concessão, visto que ao menos na Justiça Federal os processos não se dispersam tanto, como naturalmente ocorre na justiça estadual, mais capilarizada, espalhando-se os processos em diversas comarcas.

3. 20.6.1 A ANTT promoverá a avaliação do desempenho da Concessão de acordo com as regras e procedimentos previstos no Anexo 5, considerando o descumprimento dos indicadores, bem como o atraso e a inexecução de obras de ampliação de capacidade condicionadas ao volume de tráfego e de obras e serviços de caráter não obrigatório.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
3ª Vara Federal Cível de Vitória

4. 20.6.3 O percentual do Desconto de Reequilíbrio de cada ano será deduzido da Tarifa Básica de Pedágio na forma indicada na subcláusula 20.6.5.

5. Trata-se de variante do instituto previsto no CC para obrigações em geral, pela qual se assegura ao contratante uma exceção a ser oposta ao contratante inadimplente. Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento do outro. A exceptio non rite adimpleti contractus diz respeito ao adimplemento insatisfatório (adimplemento ruim). Com essa exceção de direito material o devedor pode deixar de adimplir, legitimamente, e fica livre de quaisquer consequências que teria o inadimplemento, como ensina Pontes de Miranda (Tratado de direito privado, tomo 26, §3.128, p. 104).

5008731-70.2019.4.02.5001

500001449865 .V19