

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 5035335-75.2012.404.7000/PR**

**RELATOR** : **CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ**  
**APELANTE** : **ALL AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA MALHA SUL S A**  
: **ALL- AMERICA LATINA LOGISTICA MALHA NORTE**  
: **S/A**  
: **ALL- AMERICA LATINA LOGISTICA MALHA OESTE**  
: **S.A**  
: **AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA MALHA PAULISTA**  
: **.S.A.**  
**ADVOGADO** : **ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO**  
**APELADO** : **AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES**  
: **TERRESTRES - ANTT**  
: **UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO**  
**MPF** : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**DECISÃO**

Vistos, etc.

A r. sentença (evento 33 na origem) expõe com precisão a controvérsia, *verbis*:

"(...)

*As autoras, acima nomeadas e qualificadas nos autos, ajuizaram a presente ação ordinária contra a ANTT e a União, relatando que se insurgem contra a edição por parte da ANTT da Resolução n. 3.761/2011, que estabelece procedimentos para apresentação do plano trienal de investimentos pelas concessionárias de serviço público de transporte ferroviário de cargas. Sustentam que referida Resolução inovou no mundo jurídico, alterando as avenças contratuais firmadas, impondo, unilateralmente, diversos ônus em desfavor das autoras. Dizem que, até a entrada em vigor da Resolução em pauta, as autoras pautavam seu dever de apresentação do Plano Trienal de Investimentos (PTI) nas regras previstas nos contratos de concessão, segundo as quais cabe às autoras dar prévio conhecimento à concedente de seu plano trienal de investimentos, sendo importante anotar que essa regra consta dos contratos das autoras ALL Malha Sul, ALL Malha Paulista e ALL Malha Oeste, não existindo nenhuma regra sobre a questão no contrato da ALL*

*Malha Norte. Em junho de 2011 a ANTT instaurou a audiência pública n. 119/2011, com a finalidade de receber contribuições sobre a então proposta de regulamentação que pretendia instituir novas regras para a apresentação do PTI. Não obstante terem sido apresentadas diversas críticas pela ANTF (Associação Nacional dos Transportadores Ferroviários), a ANTT somente as respondeu de forma genérica e acabou por editar Resolução praticamente igual à proposta apresentada na audiência pública, sendo de serem destacados três ilegalidades constantes da Resolução: a) alteração da lógica dos contratos de concessão, os quais permitem às concessionárias ampla liberdade para tomada de decisão referente aos investimentos necessários como meio de atingimento das metas contratuais; b) criação de um novo conceito de 'investimento regulatório', com impacto direto na forma de remuneração das concessionárias autoras; c) imposição de novas penalidades em caso de violação das novas obrigações impostas pela Resolução. Alegam afronta aos princípios da segurança jurídica, da moralidade, da boa-fé e da legalidade, não podendo a Resolução ora debatida ser aplicada aos contratos em vigor antes de sua edição nem se podendo admitir que o poder regulamentar da ANTT seja exercido para introduzir normas novas no ordenamento jurídico, já que no Brasil não existe a figura do regulamento autônomo. Reiteram as autoras que, por meio da Resolução em discussão nos autos, a ANTT alterou unilateralmente regras de um contrato de concessão do qual não é parte, tendo ocorrido uma injustificada alteração da lógica dos contratos de concessão, transformando-se a ANTT em gestora da atividade desenvolvida pelas concessionárias autoras, ao alterar o PTI de informativo para autorizativo, com o que ao invés de serem cobrados resultados (metas), passam a ser controlados os meios a serem utilizados para a obtenção dos resultados. Ainda, considerando-se que haverá necessidade de autorização da ANTT para cada alteração que se quiser fazer no PTI, ter-se-á uma excessiva burocratização para a realização dos investimentos, desconsiderando-se a realidade da vida empresarial, que é dinâmica. O segundo ponto contra o qual as autoras se insurgem é o da criação de um novo conceito de investimento regulatório nos arts. 5º e 6º da Resolução, ficando excluídos desse conceito os dispêndios referentes à conservação e manutenção corretiva das instalações ferroviárias, do material rodante, entre outros, o que tem repercussão nas tarifas a serem fixadas para as autoras, assim como nas regras de reversibilidade a que elas estão sujeitas. O terceiro ponto contra o qual se insurgem as autoras diz respeito à criação de novas infrações e à fixação de penalidades na Resolução em epígrafe, o que infringe o princípio da legalidade e também não consta entre as competências da ANTT enumeradas na Lei n. 10.233/2001. Afirmam que as penalidades devem constar dos contratos de concessão, nos termos do art. 23, VIII, da Lei n. 8.987/95. Finalmente, asseveram as autoras que as alterações contratuais levadas a efeito pela ANTT geram custos extras, ocasionando uma indevida alteração na equação econômico-financeira dos contratos. As autoras requereram a concessão de*

*tutela antecipada e, ao final, requerem seja julgada procedente a ação para o fim de ser declarada a nulidade da Resolução n. 3.761/2011 da ANTT e, de consequência, de todos e quaisquer atos praticados pelas rés conducentes a exigir as imposições decorrentes do ato em referência.*

*No despacho do evento 5 deixou-se para apreciar o pedido de antecipação de tutela após as contestações.*

*Solicitada reconsideração na petição do evento 10, com a indicação dos motivos de urgência, foi deferido em parte o pedido de antecipação de tutela no despacho do evento 12.*

*Contra esse despacho foi interposto recurso de agravo de instrumento, ao qual foi negado efeito suspensivo.*

*Em sua contestação (evento 22), a ré ANTT sustenta que a Resolução n. 3.761/2011 não inovou no mundo jurídico, tendo respaldo legal no poder regulamentar da Agência Reguladora, fundado nas Leis n. 8.987/95 e n. 10.233/01, e visando garantir o serviço adequado. Afirma não ter havido vício no processo da audiência pública n. 119/2011, tendo sido respondidas todas as questões ali colocadas, sendo que, de todo modo, a falta de resposta não é causa de nulidade do PPCS. Refuta o argumento das autoras de que não poderia expedir regulamentação que altere o contrato de concessão, aduzindo que o art. 24, VI e VIII, da Lei n. 10.233/01 determina a reunião sob sua administração inclusive dos contratos anteriores, atribuindo-lhe competência para fiscalizar esses contratos. Diz ainda que, em razão do disposto no art. 24 da Lei n. 10.233, subrogou-se no papel de poder concedente, ao qual, nos termos do art. 29 da Lei n. 8.987/95, cabia regulamentar e fiscalizar o serviço concedido e aplicar as penalidades regulamentares e contratuais. Argumenta, mais, que a Resolução n. 3.761 não implica em alteração do contrato de concessão e mesmo que o fosse, isso seria possível, resguardado apenas o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o qual, no caso, não foi afetado. Quanto à fixação de penalidades na Resolução, diz que ela tem fundamento nos arts. 78-A e 78-F, § 1º, da Lei n. 10.233. Alega que não se pode falar em investimento dirigido, pois o que se pretendeu foi apenas dar efetividade ao PTI, eis que anteriormente não havia nenhum compromisso das concessionárias com os investimentos ali informados, não se podendo olvidar que o negócio ferroviário pressupõe investimentos maciços e de longo prazo, com a necessária antecipação do planejamento, não havendo lugar para improviso ou amadorismo. No concernente ao conceito de 'investimento regulatório', assevera que não houve nenhuma mudança, mas simples ratificação do que já vinha acontecendo na prática, com a criação de uma denominação que identificasse o destaque da análise feita pela ANTT, sendo que os demais dispêndios ou investimentos entrarão normalmente na base de remuneração da concessionária, no cálculo tarifário, não havendo risco de impacto no equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Também não há impacto nas regras de reversibilidade, as quais serão tratadas em resolução específica. Reafirma que a ANTT não objetiva dirigir os investimentos, mas sim conhecê-*

los e acompanhar sua implementação, buscando-se a transparência e o compromisso das concessionárias com a assertividade no planejamento. Requer seja julgada improcedente a ação.

A União apresentou contestação no evento 25, alegando, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva. No mérito, aduz que a Resolução n. 3.761/2011 da ANTT apenas agrega valor e transparência aos procedimentos do Plano Trienal de Investimentos (PTI) e que não há exigência de um nível desmedido de informação, como alegam as autoras, exigindo-se somente as informações necessárias à fiscalização, de modo que o PTI não seja mais uma peça decorativa, sem os efeitos práticos a que se propõe. Quanto ao alegado novo conceito de 'investimento regulatório' criado pela Resolução, diz que a figura da manutenção ferroviária não se confunde com o conceito de investimento, que significa a aplicação de capital em meios de produção, visando o aumento da capacidade produtiva. No que se refere à criação de penalidades pela Resolução, a União afirma que as penalidades ali indicadas têm fundamento no art. 29, I e II, da Lei n. 8.987/95 e nos arts. 78-A e 78-F e § 1º, da Lei n. 10.233. Requer seja acolhida a preliminar de ilegitimidade e, no mérito, seja julgada improcedente a ação.

Em sua petição de réplica (evento 28), a autora refuta a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela União e, no mais, reitera o quanto exposto em sua petição inicial.

No evento 32 foi comunicada a conversão do agravo de instrumento em agravo retido.

(...)"

É este o inteiro teor do dispositivo da sentença, *verbis*:

"(...)

**JULGO EXTINTO O PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO**, por falta de interesse de agir, no concernente aos pedidos das letras 'f' e 'h' da petição inicial (p. 49/50 de INIC1 do evento 1) e **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido da letra 'g' e, em consequência, revogo a tutela antecipada anteriormente concedida.

Condeno as autoras ao pagamento das custas processuais e dos honorários de sucumbência, que, considerando o valor atribuído à causa, fixo em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para cada autora, valor a ser acrescido da SELIC (que engloba os juros de mora e a correção monetária) desde a data do ajuizamento da ação até aquela do efetivo pagamento. O valor dos honorários será dividido igualmente entre as duas rés.

(...)"

Irresignada, ALL - América Latina Logística Malha Sul S.A. E OUTROS apelam (evento 55na origem). As razões recursais, em síntese, requerem "seja reconhecido o cerceamento de defesa diante dos termos da decisão que afirmou ser necessária produção de prova pericial para demonstração do evidentíssimo prejuízo da parte sem que se oportunizasse às

*apelantes a sua indicação e necessidade"; que "seja provido o presente recurso para o fim de que a ação proposta seja julgada integralmente procedente para declarar a nulidade da Resolução nº 3761/2011, e, de consequência, quaisquer atos praticados pela apelada e conducentes a exigir a imposições decorrentes do ato em referência, invertendo-se, por óbvio, o ônus da sucumbência". Deduzem prequestionamento jurídico-legal. Requerem o restabelecimento da antecipação de tutela nos autos.*

Com contrarrazões (eventos 61 e 62 na origem), subiram os autos a esta Corte, perante a qual o *Parquet* opinou pelo improvimento do recurso (evento 05).

## DECIDO

A v. sentença recorrida literaliza -

"(...)

*A preliminar de ilegitimidade passiva da União não merece trânsito, porque a União é parte nos contratos em discussão nos autos (ver, a título de exemplo, CONTR8 do evento 1). A par disso e com a ressalva da posição pessoal desta Juíza em sentido diverso, a jurisprudência do e. STJ e do e. TRF4, que jurisdiciona esse juízo, é firme no sentido da legitimidade passiva da União nas causas envolvendo a discussão sobre a concessão das rodovias no Estado do Paraná, discussão esta em tudo similar à presente, sobretudo no que diz respeito à legitimidade passiva da União, consoante se extrai dos precedentes abaixo:*

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. PEDÁGIO. REAJUSTE DE TARIFA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO. RECURSO INCAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO DESPROVIDO.*

*1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.*

*2. A União é parte legítima para integrar lide que trate de reajuste de pedágio em rodovia federal delegada a Estado-membro (AgRg no REsp 851.421/PR, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 14.12.2007; REsp 848.849/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 26.10.2006; REsp 417.804/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, Rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 10.3.2003).*

*3. Agravo regimental desprovido.*

*(STJ, AgRg no REsp 848.121/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 05/02/2009, DJe 16/03/2009, grifou-se)*

*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDÁGIO. REAJUSTE DE TARIFAS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO E ANTT. RECONHECIMENTO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. Na esteira de precedentes do STJ e desta Corte, tanto a União quanto a ANTT detêm legitimidade passiva 'ad causam' por haver interesses jurídico e econômico, uma vez que a questão discutida diz respeito ao reajuste de pedágio em rodovia federal. Competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito. Prequestionamento quanto à legislação invocada estabelecido pelas razões de decidir. Agravo de instrumento provido. (TRF4, AG 2005.04.01.043338-5, Terceira Turma, Relatora Silvia Maria Gonçalves Goraieb, D.E. 25/07/2007, grifou-se)*

No mérito, discute-se nos autos a Resolução n. 3.761/2011 da ANTT, sendo que as autoras se insurgem especificamente contra: a) o novo caráter dado ao Plano Trimestral de Investimentos (PTI); b) a criação de um novo conceito de investimento regulatório nos arts. 5º e 6º da Resolução, ficando excluídos desse conceito os dispêndios referentes à conservação e manutenção corretiva das instalações ferroviárias e do material rodante, entre outros; c) a criação de novas infrações e a fixação de penalidades na Resolução em epígrafe. Alegam haver ofensa aos princípios da segurança jurídica, da moralidade, da boa-fé e da legalidade, não podendo a Resolução ora debatida ser aplicada aos contratos em vigor antes de sua edição nem se podendo admitir que o Poder Regulamentar da ANTT seja exercido para introduzir normas novas no ordenamento jurídico, já que no Brasil não existe a figura do regulamento autônomo.

Inicialmente, é preciso examinar qual a extensão do poder regulamentar das agências, como é o caso da ANTT.

Conquanto exista largo debate doutrinário acerca da constitucionalidade do poder normativo 'ampliado' atribuído às agências reguladoras, alinhemo-nos aos que sustentam a constitucionalidade de tal poder, desde que respeitados alguns limites.

Nesse sentido é a conclusão de Leila Cuéllar, na obra 'As Agências Reguladoras e Seu Poder Normativo' (S.P., Ed. Dialética, 2001, pp. 116/142), da qual destaco dois trechos, que visam sustentar a possibilidade de atribuição de poder regulamentar autônomo às agências reguladoras:

Assim, no que se refere aos princípios constitucionais invocados para questionar a detenção de poder normativo pelas agências reguladoras brasileiras (princípio da legalidade e princípio da separação de poderes, em especial), é preciso destacar que se faz necessária a revisão de enfoques tradicionalmente apresentados. Não é possível interpretar a Constituição e os princípios constitucionais de forma estanque, distante da evolução econômica, política e mesmo jurídica. (ob. cit., p. 137)

E, mais adiante:

A competência normativa conferida às agências reguladoras brasileiras pelos diplomas legais que as instituíram, além de inerente à própria atividade de regulação, é imprescindível, para que tais entes possam desempenhar de maneira eficiente suas atribuições. (ob. cit., p. 141).

No entanto, a autora adverte:

Assim, e mesmo que se admita que as agências reguladoras brasileiras possuam competência regulamentar, inclusive para editar regulamentos autônomos, cumpre assinalar que o exercício do poder regulamentar no direito brasileiro jamais seria ilimitado, sendo impostas restrições ao seu exercício.

Importa destacar algumas das principais limitações apontadas pela doutrina.

Primeiramente, reconhece-se que os regulamentos não podem desrespeitar as normas e princípios de direito que lhe são superiores. (p. 124)

(...)

Embora a expedição de regulamento autônomo acarrete a criação de disposições normativas, elas não podem opor-se a qualquer lei (considerada em sentido amplo), sendo inadmissível o regulamento contra legem. (p. 125)

(...)

Só é possível aos regulamentos gerar deveres, direitos e obrigações, se previamente estabelecido seu contorno em lei (implícita ou explicitamente). A lei determinará os padrões para a atuação administrativo-normativa regulamentar. Isso não significa que os regulamentos

sejam só e tão-somente de execução. De um lado, a lei pode outorgar a capacidade normativa autônoma às autoridades administrativas (observando-se os limites ora expostos). De outro, a previsão normativa anterior pode ser ampla o suficiente para que a autoridade administrativa crie e gere previsões inéditas, porém submissas ao 'espírito' da lei.

Outra restrição imposta ao poder regulamentar decorre da aplicação do princípio da tipicidade ao Direito Administrativo. Nesta hipótese, a vedação é absoluta.

Vistos os contornos gerais do poder regulamentar das agências, vejamos o que dispõem as Leis n. 8.987/95 e n. 10.233/01 a esse respeito.

A Lei n. 8.987/95, em seu art. 29, I e II, dita que:

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - **regulamentar o serviço concedido** e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

Já a Lei n. 10.233/01 dispõe que:

Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

(...)

VI - **reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infraestrutura e prestação de serviços de transporte terrestre já celebrados antes da vigência desta Lei**, resguardando os direitos das partes e o equilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos;

(...)

VIII - **fiscalizar** a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados, cumprindo e fazendo cumprir as cláusulas e condições avençadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento;

IX - **autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas**, encaminhando ao Ministro de Estado dos Transportes, se for o caso, propostas de declaração de utilidade pública;

Art. 25. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Ferroviário:

(...)

II - **administrar os contratos de concessão e arrendamento de ferrovias celebrados até a vigência desta Lei**, em consonância com o inciso VI do art. 24;

(...)

IV - **fiscalizar** diretamente, com o apoio de suas unidades regionais, ou por meio de convênios de cooperação, o cumprimento das cláusulas contratuais de prestação de serviços ferroviários e de manutenção e reposição dos ativos arrendados;

Daí se infere que os contratos celebrados anteriormente a 2001, como é o caso dos contratos em discussão nos autos, foram todos passados à competência da ANTT, a quem foi atribuída sua **administração e fiscalização**, além de lhe ser atribuída a competência expressa para **regulamentar o serviço concedido** (art. 24, I, L. 8.987/95) e para **autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas** (art. 24, IX, da Lei n. 10.233/01).

De consequência, tem-se que não há ofensa ao princípio da legalidade na edição da Resolução n. 3.761/2011 pela ANTT, princípio este que, no que se refere às agências reguladoras, deve ser entendido no sentido supra indicado, i.e., de que podem ser criadas obrigações pelo regulamento, desde que os contornos delas já estejam traçados em lei ou que a lei lhes tenha outorgado capacidade normativa autônoma e desde que não haja regulamentação 'contra legem'.

Na hipótese, os contornos da obrigação de entrega do PTI já constavam dos contratos e as competências para regulamentação do serviço concedido e

*para autorização de projetos e dos respectivos investimentos consta de lei, tendo sido disciplinada pela Resolução somente a forma para apresentação do PTI e determinado seu caráter vinculante. Não houve regulamentação 'contra legem' (as autoras não indicam mesmo nenhum dispositivo legal específico que teria sido desrespeitado). Na verdade, o que houve foi a introdução de uma disciplina mais esmiuçada para o PTI, de modo a que ele passasse a servir de base para o exercício da competência legal da ANTT para autorizar projetos e investimentos, senão vejamos.*

*Sobre o PTI, dispõem os contratos de concessão, na cláusula 9.1, XVI, que:*

*9.1 - DAS OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA:*

*XVI) Dar, anualmente, conhecimento prévio à CONCEDENTE de plano trienal de investimentos para atingimento dos parâmetros de segurança da operação da ferrovia e das demais metas de desempenho estabelecidas na cláusula quinta, a contar da data de assinatura deste contrato. Esses planos deverão detalhar os projetos, seus custos e o cronograma de implantação, demonstrando os investimentos realizados no ano anterior.*

*(CONTR29 do evento 1, concessão da Malha Oeste)*

*Já a Resolução n. 3.761/11 traz a seguinte disciplina sobre o PTI:*

*Art. 1º Estabelecer procedimentos para apresentação do Plano Trienal de Investimentos - PTI à Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT pelas concessionárias de serviço público de transporte ferroviário de cargas, instituir os critérios de análise, e definir a aplicação de penalidades pela Agência.*

*Art. 2º O PTI consiste na descrição da estratégia e dos objetivos gerais balizadores dos projetos de investimentos regulatórios a serem implementados pelas concessionárias de serviço público de transporte ferroviário de cargas, definidos com a finalidade de alcançar os parâmetros estabelecidos em metas contratuais, para um período de três anos consecutivos.*

*Art. 4º O PTI servirá de base para:*

*I - subsidiar o processo para pactuar as metas contratuais com as concessionárias;*

***II - autorizar os projetos de investimentos no âmbito das concessões;***

***III - subsidiar as ações de fiscalização;***

*IV - analisar eventuais impactos tarifários e na reversibilidade;*

***V - subsidiar o planejamento público no setor ferroviário; e***

*VI - prestar informações ao mercado.*

*Art. 5º Para fins desta Resolução serão considerados investimentos regulatórios os dispêndios que proporcionem aumento da capacidade produtiva ou da segurança do sistema ferroviário na prestação de serviço público de transporte ferroviário de cargas, com vistas ao cumprimento das metas contratuais, tais como:*

*I - aquisição, expansão, construção, modernização ou recuperação de bens; e*

*II - implantação de sistemas de telecomunicação, sinalização, energia e informática.*

*Art. 6º Para fins desta Resolução, não serão considerados investimentos regulatórios, ainda que decorrentes de recomendações ou determinações da ANTT, os dispêndios referentes a:*

*I - conservação e manutenção corretiva e preventiva de via permanente, instalações ferroviárias, material rodante, sistemas de telecomunicação, sinalização, energia e de informática;*

*II - pagamento de parcelas dos Contratos de Concessão e Arrendamento;*

*III - pagamento de parcelas de Contratos de Arrendamento Mercantil de bens operacionais de terceiros;*

*IV - planos de demissão incentivada; e*

*V - superestrutura de via permanente das malhas oriundas da extinta Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA.*

*Art. 12. Os projetos de investimentos regulatórios previstos no PTI para o primeiro ano de vigência não poderão ser alterados, ressalvados casos excepcionais submetidos à autorização prévia da ANTT, mediante apresentação de justificativa pela concessionária.*

§ 1º *Os projetos de investimentos regulatórios previstos para o segundo e terceiro ano de vigência do PTI poderão ser objeto de alteração durante o primeiro ano do triênio, ou ainda, por ocasião da apresentação do PTI do exercício subsequente, mediante justificativa apresentada pela concessionária à ANTT.*

§ 2º *O percentual de realização dos projetos de investimentos em relação ao indicado no PTI poderá constituir-se em Índice de Avaliação de Desempenho - IAD, a ser divulgado pela ANTT ao mercado, com vistas a incentivar a busca pela excelência no planejamento.*

*Art. 13. O PTI deverá contemplar os projetos de investimentos regulatórios e os cronogramas de execução dos projetos, inclusive os decorrentes de recomendações e determinações da ANTT, com os devidos orçamentos e detalhamentos relativos ao primeiro ano do triênio, ressalvado o disposto no art. 6º.*

*Parágrafo único. Os projetos de investimento regulatórios que necessitem de autorização prévia da ANTT, nos termos de regulamentação específica, deverão estar contemplados previamente no PTI.*

*Como se vê apenas foram instituídas normas sobre a forma de apresentação do PTI, distinguindo-se os investimentos regulatórios dos demais, de modo a se deixar claro que o PTI deve versar sobre os investimentos regulatórios. Além disso, foi dado caráter vinculante ao PTI, de forma a se garantir que os investimentos propostos sejam realmente efetuados, o que está de acordo com as competências da ANTT para regulamentar e fiscalizar o serviço concedido (art. 24, I, L. 8.987/95) e para autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas (art. 24, IX, da Lei n. 10.233/01). A Resolução n. 3.761/11, a rigor, não é mais do que um regulamento de execução, já que disciplina os meios para serem exercidas as competências atribuídas por lei à ANTT. E, ainda que assim não fosse, como visto, é possível a edição de regulamentos autônomos (desde que 'secundum legem' ou 'praeter legem') pelas agências reguladoras.*

*Sustentam as autoras, ainda, que teria havido o desrespeito aos princípios da segurança jurídica, da moralidade e da boa-fé. Contudo, da leitura da petição inicial se conclui que, na verdade, se trata de alegação, basicamente, de desrespeito ao princípio da segurança jurídica, visto que, argumentam as autoras, teriam sido alteradas normas contratuais já em vigor antes da edição da Resolução n. 3.761/2011, gerando insegurança jurídica para as contratantes.*

*Não assiste razão às autoras. A doutrina do direito administrativo é unânime em reconhecer a existência das chamadas cláusulas exorbitantes no contrato administrativo, as quais, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, permitem à 'Administração instabilizar o vínculo, seja: a) **alterando unilateralmente** o que fora pactuado a respeito das obrigações do contratante; b) extinguindo unilateralmente o vínculo.'* (aut. cit., in *Curso de Direito Administrativo*, 17ª ed., SP, Malheiros, 2004, p. 568, *itálicos do texto, negritos nossos*)

*No mesmo sentido, preleciona Hely Lopes Meirelles que 'As cláusulas exorbitantes podem consignar as mais diversas prerrogativas, no interesse do serviço público, (...). Todavia, as principais são as que se exteriorizam na **possibilidade de alteração e rescisão unilateral do contrato**; (...)' (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 29ª ed, S.P., Malheiros, 2004, p. 210,*

*itálicos do texto, negritos nossos). Acerca especificamente da alteração e rescisão unilaterais, prossegue o administrativista ensinando que 'o poder de alteração e rescisão unilaterais do contrato administrativo é inerente à Administração, pelo quê podem ser feitas ainda que não previstas expressamente em lei ou consignadas em cláusula contratual. Assim, nenhum particular, ao contratar com a Administração, adquire direito à imutabilidade do contrato ou à sua execução integral ou, ainda, às suas vantagens in specie, porque isto equivaleria a subordinar o interesse público ao interesse privado do contratado.'* (aut. cit., ob. cit., p. 210, itálicos do texto, negritos nossos)

*Atualmente, a própria lei prevê a existência de prerrogativas especiais da Administração nos contratos administrativos, como se extrai da Lei n. 8.666/93, que, em seu art. 58, I e §§ 1º e 2º, prevê que a Administração tem a prerrogativa de alterar unilateralmente os contratos administrativos, apenas não sendo passíveis de serem alteradas sem concordância prévia do contratado as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos.*

*Não há, pois, como sustentar que a ANTT não poderia introduzir modificações no contrato, eis que não se está diante de um contrato de direito privado, mas sim diante de um típico contrato administrativo, ao qual se aplica a cláusula exorbitante que permite a alteração unilateral do contrato, não havendo ofensa ao princípio da segurança jurídica, visto como a existência desse tipo de cláusula como ínsita aos contratos administrativos já era (ou deveria ser) do conhecimento das autoras por ocasião da assinatura dos contratos. Ademais, o princípio da segurança jurídica fica devidamente resguardado pela obrigação da Administração Pública de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, no caso de alterações introduzidas unilateralmente que venham a perturbar esse equilíbrio.*

*Nesse passo, impende anotar que a situação da ALL Malha Norte, em cujo contrato não consta a obrigação de entrega do PTI, é idêntica à das demais autoras, pois o que a Resolução n. 3.761/2011 fez foi simplesmente introduzir uma nova cláusula no contrato, o que é competência reconhecida à Administração Pública em matéria de contrato administrativo, não sendo demais frisar que os contratos em epígrafe foram repassados à ANTT por meio da Lei n. 10.233/01.*

*Desse modo, são lícitas as alterações contratuais que deram novo caráter ao PTI, assim como as que definiram novo conceito de 'investimento regulatório', resguardando-se às autoras, evidentemente, o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, se este eventualmente houver sido atingido, o que não está claro nos autos (e cuja comprovação, aliás, demandaria a produção de prova pericial).*

*Desde logo consigno que não é o caso de ser examinado esse ponto na presente sentença, porquanto as autoras não indicam a existência de lide no ponto, i.e., não alegam (nem comprovam) que teriam requerido administrativamente a revisão do equilíbrio econômico-financeiro do*

contrato e que isso lhes teria sido negado. Somente afirmam que essa recomposição não foi prevista na Resolução. Isso, porém, não seria mesmo necessário, já que, de um lado, decorre de lei e, de outro lado, sua aplicação concreta só pode ser feita caso a caso.

As autoras se insurgem, mais, contra a fixação de penalidades na Resolução n. 3.761. Novamente carecem as autoras de interesse de agir (necessidade/adequação), pois não lhes foi aplicada nenhuma penalidade com fundamento em nominada Resolução, não sendo possível o questionamento da sua legalidade em tese.

Em outras palavras, só surgirá a lide (conflito de interesses) entre as autoras e as rés, no caso de vir a ser aplicada a elas alguma penalidade. Como isso não se deu até o momento do ajuizamento da ação, as autoras não têm necessidade da prestação jurisdicional no ponto, eis que não lhes foi causada nenhuma lesão nem se sabe se isso eventualmente ocorrerá, porquanto somente será aplicada sanção às autoras se elas infringirem alguma norma contratual ou legal.

Por fim, deixo de examinar as questões atinentes à alegada inversão da lógica dos contratos de concessão (subitem 3.4.1 da petição inicial), seja porque, como visto, o poder concedente pode alterar unilateralmente as cláusulas contratuais, seja porque cabe ao Poder Judiciário somente a revisão dos atos administrativos no que concerne aos seus requisitos legais e à obediência aos princípios constitucionais, no que não se enquadram as discussões suso indicadas, típicas do mérito do ato administrativo (juízos de conveniência e oportunidade).

Em suma, do quanto ora exposto, conclui-se que a Resolução ANS n. 3.761/2011 não ofendeu o princípio da legalidade, visto que ela simplesmente esmiuçou a forma de cumprimento pelas concessionárias das obrigações de apresentação do PTI e de fazer investimentos e, mesmo que assim não fosse, o poder regulamentar das agências reguladoras é mais extenso do que o tradicional e pode ser exercido para complementar disposições legais, desde que não se atue 'contra legem'. Ainda, a principal questão em discussão nos autos não diz respeito ao princípio da legalidade e ao poder regulamentar das agências, mas sim aos princípios da segurança jurídica, boa-fé e moralidade administrativa, os quais não restam ofendidos, uma vez que a ANTT não fez mais do que se utilizar das chamadas cláusulas exorbitantes para; nos termos de sua competência legal para fiscalizar e regular a concessão de serviços públicos e para autorizar os respectivos investimentos; disciplinar a forma de entrega do PTI, determinando seu caráter vinculante para os investimentos ali propostos. As demais questões postas dizem respeito, algumas ao questionamento em tese da Resolução, faltando interesse de agir às autoras, e outras ao mérito do ato administrativo normativo, o qual não é passível de reexame pelo Poder Judiciário.

Finalmente, é o caso de ser revogada a tutela antecipada anteriormente concedida, em razão da falta de 'bom direito', consoante decorre do quanto exposto supra.

(...)"  
(sublinhei)

Presentes os termos do quanto decidido, passo à análise da apelação.

À vista da petição inicial e das contestações, extrai-se como ponto controvertido nos autos a possibilidade de alteração da equação econômico-financeira do contrato de concessão em decorrência das alterações perpetradas pela hostilizada Resolução n. 3.761 da ANTT.

A parte autora consigna (evento 01 na origem - inic1) -

"(...)  
*A Resolução objurgada cria, igualmente, um novo conceito de "investimento regulatório", onde são considerados apenas gastos com aumento de capacidade produtiva, excluindo, dessa forma, dispêndios extremamente importantes para a operação ferroviária, como é o caso, apenas para citar alguns exemplos, dos investimentos em manutenção e recuperação da malha e material rodante. É o que se verifica dos arts. 5º e 6º da Resolução:*

*Art. 5º - "Para fins desta Resolução serão considerados investimentos regulatórios os dispêndios que proporcionem aumento da capacidade produtiva ou da segurança do sistema ferroviário na prestação do serviço público de transporte ferroviário de cargas, com vistas ao cumprimento das metas contratuais (...)" (g.n.).*

*Art. 6º - "Para fins desta Resolução, não serão considerados investimentos regulatórios, ainda que decorrentes de recomendações ou determinações da ANTT, os dispêndios referentes a: (i) conservação e manutenção corretiva e preventiva de via permanente instalações ferroviárias, material rodante, sistemas de telecomunicação, sinalização, energia e informática," (g.n.).*

*Ao que parece, a ANTT se esqueceu do fato de que as concessionárias Autoras herdaram uma malha ferroviária da União em condições absolutamente precárias, de modo que investimentos, por exemplo, em recuperação e manutenção da malha e em material rodante são absolutamente essenciais e necessários, e, como tais, não podem deixar de integrar a base de remuneração das concessionárias Autoras, sob pena de grave desequilíbrio econômico - financeiro dos contratos de concessão. Ademais, independentemente da inquestionável importância que têm os investimentos em expansão e recuperação da malha, o fato é que qualquer investimento tem que ser remunerado, ainda que tal investimento decorra de uma obrigação das concessionárias Autoras.*

(...)"  
(sublinhei)

A ANTT, em sua contestação, literaliza (evento 22 na origem) -

"(...)  
**2.3. Da alegada alteração unilateral do Contrato de Concessão**

Alegam as autoras que a Resolução nº 3.761/2011 implica alteração unilateral do contrato, inclusive no que para a mesma configuraria seu núcleo intangível, a equação financeira.

Contudo, não merece prosperar a tese, uma vez que não apenas a Resolução impugnada não implica qualquer alteração contratual, posto regulamentar ação eminentemente regulatória e indispensável à garantia do serviço adequado regulamentado na Lei de Concessões. Ainda que o fizesse, saliente-se que dispõe o Poder Concedente de tal prerrogativa, prevista no art. 9º, da Lei nº 8.987/1995, senão vejamos:

"§4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo concomitantemente à alteração."

Do exposto acima, presente possibilidade expressa de alteração unilateral do contrato pelo Poder Concedente, em seus poderes exorbitantes, o que ensejaria restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro da outorga, acaso afetado pelo uso de tal prerrogativa e desde que devidamente comprovada tal afetação.

Ainda assim, mesmo que demonstrada a afetação do equilíbrio ou da equação financeira do contrato, o que não se verificou na espécie, não se justifica a revisão e muito menos a invalidação do normativo.

(...)"

(sublinhei)

A União, em sua contestação, literaliza (evento 25 na origem) -

"(...)

### **3.5. Da alegada criação de um novo conceito de "investimento regulatório"**

Em economia, "investimento" significa a aplicação de capital em meios de produção, visando o aumento da capacidade produtiva (instalações, máquinas, transporte, infraestrutura).

Nos contratos de concessão vigentes, figura como obrigação da concessionária a necessidade de zelar pela integridade dos bens vinculados à Concessão, conforme normas técnicas específicas, mantendo-os em perfeitas condições de funcionamento e conservação, até a sua transferência à Concedente ou a nova Concessionária. Ou seja, a figura da manutenção ferroviária não se confunde com a natureza proposta a investimentos.

Como é natural, dentre as atribuições da ANTT dispostas na Lei nº 10.233, também há distinção entre os serviços de manutenção e investimento, conforme transcrição abaixo:

"Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

VIII - fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados, cumprindo e fazendo cumprir as cláusulas e condições avençadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento;

IX - autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas, encaminhando ao Ministro de estado dos Transportes, se for o caso, propostas de declaração de utilidade pública;"

Como também citado na ação, o modelo tarifário prevê a remuneração do capital da concessão, logo, investimentos que agreguem ganhos de produção e ampliem o CAPEX devem ser remunerados pela tarifa fixada.

(...)"

(sublinhei)

Do transcrito, verifica-se que a parte ré ofereceu contestação em face da alegação da parte autora de que a Resolução n. 3.761/2011 da ANTT produz desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato e esse fato, *per se*, demonstra o interesse de agir no tópico.

Quanto à alteração da equação econômico-financeira do contrato pelo ato normativo vergastado, anoto que questionamento resulta sem solução no autos, sendo de relevo anotar que o próprio MM. Juízo *a quo* reconhece tal fato - "...são lícitas as alterações contratuais que deram novo caráter ao PTI, assim como as que definiram novo conceito de 'investimento regulatório', resguardando-se às autoras, evidentemente, o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, se este eventualmente houver sido atingido, o que não está claro nos autos (e cuja comprovação, aliás, demandaria a produção de prova pericial)". Por oportuno, impende gizar que a parte autora, em sua petição inicial, expressamente requereu a produção de prova à demonstração das suas alegações, notadamente a prova pericial; mas a v. sentença recorrida foi prolatada sem que se oportunizasse às partes a especificação das provas pretendidas à desincumbência de ônus processual que lhes era próprio (CPC, art. 333).

Ora, a *quaestio* atinente à alteração da equação econômico-financeira do contrato pela Resolução n. 3.761/2011 da ANTT não restou apurada com a certeza necessária para o julgamento, consoante reiterado pela apelação em liça.

Com efeito, consoante demonstrado na apelação, a ALL requereu em sua defesa a produção de prova e a imediata prolação da sentença, *in casu*, configurou o cerceamento de defesa.

Ora, a própria contestação questiona a alegada alteração da equação econômico-financeira do contrato pela vergastada Resolução, o que está a demonstrar a importância de se oportunizar à recorrente a possibilidade de comprovar as suas alegações.

Cabe, aqui, recordar o ensinamento clássico de Carlo Lessona, *in Trattato Delle Prove in Materia Civile*, 3ª edição, libr. Fratelli Cammelli, Firenze, 1922, v. I, p. 376, *verbis*:

*"La parte che fa istanza per l'ammissione della prova, ha, naturalmente, cura d'indicare i motivi pei quali crede, in diritto ed in fatto, ammissibile il mezzo di prova invocato.*

*Ma i motivi possono essere inesatti così in diritto, come in fatto: il giudice allora non solo ha facoltà, ma ha obbligo di ammettere la prova, surrogando a quelli errati i veri motivi. Infatti, il giudice deve giudicare delle istanze delle parti e non dei motivi coi quali le fanno valere."*

Assim, ausente hipótese de incidência do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil à lide, impõe-se a decretação da nulidade do processo.

Nesse sentido, precedente do STF, *verbis*:

*"Não tem aplicação o art. 330, I, do Código de Processo Civil, quando a prova que os réus pretendiam fazer não era irrelevante."  
(RE 88285, STF, Rel. Min. Thompson Flores, RTJ 91/1286)*

Nesse mesmo sentido, precedente desta Corte, na AC nº500810-77.2011.404.7202/SC.

Destarte, o reconhecimento da nulidade da v. sentença recorrida é medida que se impõe. E, considerando que a antecipação de tutela deferida nos autos foi revogada pela v. sentença recorrida, restando fixada a insubsistência dessa, o trato antecipatório retorna à produção de seus efeitos.

NESTAS CONDIÇÕES, dou provimento à apelação pela questão preliminar para decretar a nulidade da sentença por cerceamento de defesa e determinar o retorno dos autos à instância *a quo* para processamento da lide aos seus ulteriores termos, como couber (TRF/4ºR-RI, art. 37, §2º, II).

Intimem-se.

Porto Alegre, 14 de março de 2013.

**Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz**  
**Relator**

---

Documento eletrônico assinado por **Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Relator**, 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 **5730316v4** e, se solicitado, do código CRC **8FD7F7C7**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

Data e Hora: 14/03/2013 13:01

---