

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 97.00.23982-9/RS

AUTOR	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉU	: UNIÃO FEDERAL
	: DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTRADAS DE RODAGEM - DNER
	: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
	: DEPARTAMENTO AUTONOMO DE ESTRADAS DE RODAGEM - DAER RS
RÉU	: SANTA CRUZ RODOVIAS S.A.
	: COVIPLAN - CONCESSIONARIA RODOVIARIA DO PLANALTO SA
	: CONVIAS S/A CONCESSIONARIA DE RODOVIAS
	: SULVIAS S/A - CONCESSIONARIA DE RODOVIAS
ADVOGADO	: PAULO BROSSARD DE SOUZA PINTO
RÉU	: METROVIAS S/A CONCESSIONARIA DE RODOVIAS
ADVOGADO	: PAULO BROSSARD DE SOUZA PINTO
	: LEO IOLOVITCH
	: ANTONIO HENRIQUE BRAGA SILVEIRA
RÉU	: CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS RODOSUL S/A
ADVOGADO	: PAULO BROSSARD DE SOUZA PINTO
RÉU	: EMPRESA CONCESSIONARIA DE RODOVIAS DO SUL SA - ECOSUL
ADVOGADO	: GUILHERME CHAVES GASTAL
RÉU	: CONCESSIONARIA SANTA MARIA DE RODOVIAS S/A
ADVOGADO	: LEO IOLOVITCH

SENTENÇA

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal em face de alegados vícios dos convênios de delegação União-ERGS 008/96, 009/96, 010/96, 011/96, 012/96, 013/96, 014/96 e 015/96, eles todos que têm por objeto a "Administração de rodovias e exploração de trechos de rodovias federais", assim como nos editais de pré-qualificação e convocação 69/96 (Pólo Pelotas), 70/96 (Pólo Vacaria), 71/96 (Pólo Lajeado), 72/96 (Pólo Santa Cruz do Sul), 73/96 (Pólo Metropolitano), 75/96 (Pólo Caxias do Sul), 76/96 (Pólo Santa Maria), 77/96 (Pólo Carazinho), estes objetivando "concessão para exploração dos pólos rodoviários, pertencentes ao programa estadual de concessão de rodovias, mediante a cobrança de pedágio e a prestação de serviços inerentes, acessórios e complementares à concessão de serviços públicos". O *parquet* traça, preliminarmente, considerações sobre sua legitimidade e sobre a competência da Justiça Federal. No mérito, sustenta que a cobrança do pedágio não se autoriza

pela só disponibilização da via de rodagem, porque não há serviço divisível posto à disposição do usuário; ademais, se visualizada sob o prisma da construção da estrada, revelar-se-ia mera obra pública, e não serviço público, hipóteses portanto não autorizadoras de imposição de taxa.

Aduz que a Lei nº 9.227/96, que autorizou a delegação das BRs aos Estados, autorizou a cobrança de pedágio "no que não contrarie a legislação federal". Os próprios convênios repetiram essa advertência ("O delegatário poderá aplicar sua legislação, na cobrança de pedágio ou outra forma de cobrança cabível, que não contrarie a legislação federal"). Refere que a "legislação federal" ali aludida seria o DL 791/69, segundo o qual os pedágios somente seriam instituíveis em "estradas bloqueadas ou rodovias expressas" e em "pontes, viadutos, túneis ou conjunto e obras rodoviárias de grande vulto", e que a Portaria do Ministério dos Transportes 460/94 teria ampliado indevidamente o conceito de "obras rodoviárias de grande vulto" (estradas pavimentadas com mais de 100kms). Argumenta ainda que a criação de pólos rodoviários, compostos de mais de uma rodovia, seria estratégia tendente a arrecadar valores em locais diferentes daqueles onde se dá o efetivo trânsito, em desconformidade com o DL 791/69. Mesmo que se reconhecesse validade à portaria/MT 460/94, e mesmo assim se lhe reconheceria ranhura, porque uma das BRs concedidas, a BR 471, do polo Sta. Cruz do Sul, tem apenas 58,9 kms, e nem liga cidades com mais de cento e cinquenta mil habitantes, o que reforça a tese da "estratégia" na criação de pólos. Defende que o custo de manutenção de rodovias de "1ª classe" é o mesmo daquelas de pistas simples, pelo que não se justifica a cobrança de pedágio nas primeiras, concluindo, então, que se é impossível a cobrança de pedágio, e as licitações de concessão pressupõem sua instituição como forma de remuneração do concessionário, então aquelas licitações são inválidas, porque impossível a contratação nesses moldes. De outra banda, aponta que as concessões não foram antecedidas de licitação, mas de mero "edital de pré-qualificação", no qual estariam previstas três etapas de licitação, o que não se admite: é possível que a licitação seja antecedida de pré-qualificação, mas não que dentro desta última se realize todo o procedimento licitatório, como ocorreu. Refere ainda que essa pré-qualificação foi sucedida por um "edital de convocação" (só regulamentado depois de encerrada a pré-qualificação), quando se instituíram novas regras licitatórias, o que terminou por tratar a licitação de forma parcelada, em ofensa ao art. 18 da L. 8987/95 e 40 da L. 8666/93, e ao princípio da impessoalidade. Disse ainda que, uma vez adotado o tal edital de pré-qualificação, e então ela se deveria ter realizado em uma fase apenas, quando foi na verdade desmembrada em duas (a etapa da "pré-qualificação" e a etapa do edital de convocação, também com finalidade de habilitação, ao qual se seguiria uma última etapa, de julgamento das propostas). Nessa mesma linha, aduz que uma vez se tendo dividido em duas etapas a habilitação, e, então, se imporia que o projeto básico já tivesse sido elaborado pelo concedente já na primeira etapa, e não só na segunda, após a "pré-qualificação", o que vulneraria o art. 7º, par. 2º, I e par. 6º, da L. 8666/93. Esgrime, ainda, a suposta invalidade do critério editalício para definição da maior oferta, qual seja, a que compreendesse a "maior extensão do(s) trecho (s) denominados de competição de ofertas", isso

porque a legislação, ao estatuir a licitação pelo maior preço, unicamente privilegiou quem pagasse mais pelo objeto licitado, e não na forma seguida pelo edital, do que resultaria ferida o princípio da legalidade, especialmente porque não haveria pagamento de qualquer preço ao concedente. Alega também que a tarifa, nos termos do art. 9º da L. 8987/95, define-se pela proposta vencedora, sendo que na hipótese entelada ela já teria sido pré-definida; que o critério de julgamento não poderia ser o de maior oferta, mas o de menor tarifa, ou da combinação de ambos, o que atenderia o princípio da modicidade tarifária. Refere que as exigências editalícias de "exequibilidade econômica-financeira" e de "adequabilidade e viabilidade do programa de seguros" seriam cumpridas por atestados emitidos por instituição financeira com experiência nesse tipo de empreendimento, ou seja, essa qualificação não seria aferida pelo poder concedente, mas por terceiro, pelo próprio licitante. Menciona que as audiências públicas exigidas pela L. 8666/93 para licitações de grande vulto foram promovidas por autoridade incompetente, o DAER, porque nessa oportunidade não havia ainda os convênios de delegação, conforme exigência da L. 9277/96 (art. 3º), o que tornaria apenas o DNER competente para a incumbência; nessa mesma linha, sustenta a constitucionalidade das leis estaduais 10.698, 10.699, 10.700, 10.701, 10.702, 10.703, 10.704, 10.705, 10.706, de 12/1/96, porque se anteciparam à lei federal de delegação (9.277, de 10/5/96) ou mesmo aos convênios que a instrumentalizassem (de 29/10/96), e que a superveniência de ambos não as convalidariam. Acrescenta que haveria rodovias federais que teriam sido concedidas sem convênio de delegação ou sem previsão nas leis gaúchas que autorizaram as concessões, em afronta portanto ao pacto federativo e ao princípio da legalidade. Expõe que a lei estadual 10.086/94 exigia a formação de comissão de fiscalização das concessões, com composição paritária de usuários e concedente, o que não foi cumprido, tampouco a criação da AGERGS (L. 10.931/97) supriria a lacuna, porque a representação dos usuários não é paritária (apenas dois representantes em colegiado de sete membros). Defende a natureza tributária do pedágio (taxa), do que resultariam violações aos princípios constitucionais da legalidade, isonomia, irretroatividade, anterioridade, não confisco, etc). Argumenta que a natureza do pedágio se define pela compulsoriedade ou facultatividade (via alternativa). Sustenta que a União não pode prejudicar o usuário, pelo que as vias alternativas não podem estar em piores condições que a pedagiada. Aduz outrossim que lei de delegação (9.277/96) determinava que a União não destinaria verba para rodovias caso o custeio devido fosse de responsabilidade da concessionária, e que os contratos de concessão prevêem que a concessionária não fica responsável por danos anteriores à adjudicação; porém, várias das rodovias concedidas estariam sendo objeto de obras de conservação e melhoramentos em virtude de contratos em cumprimento do DNER, pelo que questiona se essas obras/contratos teriam sido computados na elaboração do "projeto de engenharia econômica", sendo que o DAER teria informado que "nos contratos em vigor, o que foi realizado foi devidamente excluído do cômputo do custo da "prestação e manutenção do serviço adequado", para fins de fixação do valor do pedágio a ser cobrado", informação que põe em dúvida, até porque haveria ainda obras em andamento,

com complementação de pagamentos públicos; agrega que a razoabilidade não recomenda o custeio de obras logo no limiar da concessão das rodovias, questões somente resolvidas por perícia, que aponte se os contratos de obras do DNER repercutiram no preço do pedágio, reduzindo-o como deveria, e que de toda forma, por falta de transparência quanto à questão, a licitação seria nula. Verbera ainda o mecanismo de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contratual, pois as tarifas dos pedágios não podiam ser uniformes (R\$ 3,00 por trecho), em face das peculiaridades de cada pólo licitado; que o critério de classificação pela extensão do pólo, que equilibraria inicialmente o contrato, não soluciona a questão de que cada trecho deveria ser remunerado pelo valor correspondente arrecadado. Repele também a transferência de receita arrecadada em certa rodovia do pólo para outra, menos movimentada, em violação à L. 9277/96, art. 3º, par. 2º, segundo a qual a receita deve ser aplicada na rodovia em que cobrada e nos trechos que lhe dão acesso, o que transformaria o pedágio em imposto, inclusive; expõe que os editais de convocação autorizaram que os vencedores poderiam constituir nova empresa para explorar o objeto licitado, com participação de terceiros interessados; considera que essa autorização revelaria brecha para que os licitantes ajustassem fraude licitatória, para posterior exploração conjunta, em violação ao art. 19 da L. 8987/95. Aponta outra violação à legalidade, em relação ao art. 18 da L. 8987/95, que exige "as condições de liderança da empresa responsável", em havendo consórcio, sendo que os editais nada referiram a respeito. Sustenta que os contratos de concessão são omissos no que toca aos veículos isentos de pedágio e àqueles que só o pagariam uma vez ao dia, o que viria em violação ao DL 791/69, que isenta os veículos oficiais e do corpo diplomático, e às leis estaduais 10.698/96 e 10.706/96, que limitam o pedágio a uma única cobrança diária por veículo. Ressalta que também são omissos os editais no que toca à responsabilidade pela indenização de desapropriações. Salienta que os contratos são omissos outrossim no que toca à aplicação das fontes alternativas de receita na redução do valor da tarifa, o que é imperativo legal (art. 11 da L. 8.987/95). Ressalta que o DNER não está acompanhando as licitações.

Requeru, liminarmente, a suspensão das licitações e da execução dos contratos ou, caso logrem concluir-se, sejam obstados os concessionários de cobrar pedágio até que lei o autorize; que se exclua do valor do pedágio valores de obras e serviços realizados pelo DNER, ou que sejam de responsabilidade deste; que sejam aplicados os valores arrecadados na própria rodovia ou trechos que lhe dão acesso; sejam proibidos terceiros de participar do consórcio vencedor; não seja cobrado pedágio de carros oficiais; que respondam por desapropriações e servidões; que favoreçam a modicidade nas tarifas por meio de fontes alternativas de renda; que o ERGS constitua comissões de acompanhamento e fiscalização (art. 32 da L. 10.086/94); que a União mantenha vias alternativas nas mesmas condições de tráfego, se se reputar o pedágio preço público; tudo sob pena de multa em percentual do pedágio arrecadado. No mérito, requer a anulação dos convênios de delegação União-ERGS 008/96, 009/96, 010/96, 011/96, 012/96, 013/96, 014/96 e 015/96, e dos editais de pré-qualificação e convocação 69/96 (Pólo Pelotas), 70/96 (Pólo Vacaria), 71/96

(Pólo Lajeado), 72/96 (Pólo Santa Cruz do Sul), 73/96 (Pólo Metropolitano), 75/96 (Pólo Caxias do Sul), 76/96 Pólo Santa Maria, 77/96 (Pólo Carazinho), assim como de todos os atos e contratos que os tiveram por base, proibindo-se os requeridos de promover as concessões de rodovias segundo esses moldes; requer ainda a confirmação em definitivo das tutelas de urgência supra elencadas. Juntou documentos, arquivados em secretaria.

Determinada a oitiva prévia dos réus (art. 2º da L. 8437/92), responderam o ERGS e o DAER (fl. 62 e ss e 122 e ss.), assim como o DNER (fl. 139 e ss) e a União (fls. 156 e ss).

Às fls. 232/242, foi deferida liminar, para suspender as licitações para concessão dos Pólos Rodoviários objeto deste feito. Restaram, ainda, rechaçadas as preliminares de inadequação da via da ação civil pública, bem como da ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal.

Por decisão do TRF da 4ª Região, foi suspensa a execução da liminar, a fim de evitar risco de dano inverso (fls. 258/261).

Foi, ainda, interposto agravo de instrumento, pela União, da decisão liminar.

O DNER apresentou contestação às fls. 285/305. Ressaltou, em síntese, a legalidade dos procedimentos de delegação da União para o Estado, bem como de concessão do serviço às entidades privadas, com a autorização de cobrança de pedágio. Salientou que optou a autoridade delegada a iniciar o certame tendo por base o art. 114 da Lei nº 8.666/93. Tampouco haveria ofensa ao art. 15 da Lei nº 8.987/95. Além disso, as audiências públicas não eram exigíveis, tendo sido realizadas por liberalidade; bem como não era o caso de constituição de comissão de fiscalização, visto que se trata de rodovias federais, razão pela qual deve-se aplicar de forma restrita a Lei nº 10.086/94. Afirmou a necessidade das concessões, em face da precariedade da situação em que se encontravam as rodovias federais no Estado. Concluiu terem os autos se pautado pela finalidade do benefício à coletividade. Requeru a improcedência.

A União apresentou contestação às fls. 307/326. Preliminarmente, alegou a impropriedade da via processual (ação civil pública), para obtenção de declaração de nulidade ou suspensão de atos jurídicos; e a impropriedade de ação civil pública para declaração de constitucionalidade. No mérito, sustentou, em síntese, a pertinência constitucional e legal dos atos de concessão; a irrelevância da dimensão das obras rodoviárias, segundo a nova ordem legal (revogação do Decreto-lei nº 791/69 pela Lei nº 9.277/96); bem como a necessidade das concessões, em prol do interesse público (sob pena de grave lesão).

O Estado do Rio Grande do Sul e o DAER apresentaram defesa às fls. 377/420. Alegaram, em preliminar, existência de litisconsórcio passivo das empresas que venceram as licitações e a ilegitimidade do Ministério Público Federal. Quanto ao mérito, salientaram a inexistência de dano ao interesse público; a possibilidade de cobrança de pedágio frente à legislação federal; bem como a regularidade do procedimento licitatório; a existência de acompanhamento e fiscalização; a modicidade das tarifas a partir das fontes de

receita alternativas. Concluíram por ter sido preservado o interesse público, bem como pela validade das concessões.

O Ministério Público Federal ofereceu réplica nas fls. 500/546.

Às fls. 597/599, foram indeferidos os pedidos liminares sucessivos, tendo sido, ainda, determinada a citação das concessionárias, na qualidade de litisconsortes passivas.

CONVIAS S/A, SULVIAS S/A e METROVIAS S/A formularam pedido de assistência (fls. 792/798).

O MPF manifestou-se às fls. 953/956, promovendo a citação das concessionárias.

CONVIAS S/A, SULVIAS S/A, METROVIAS S/A, SANTA CRUZ RODOVIAS S/A e COVIPLAN apresentaram contestação às fls. 1.118/1.141. Em preliminar, alegaram a improcedibilidade da ação civil pública e ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal. Quanto ao mérito, repisaram os argumentos dos demais requeridos.

CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS RODOSUL S/A apresentou defesa às fls. 1237/1261, em teor similar ao da contestação das demais concessionárias.

CONCESSIONÁRIA SANTA MARIA DE RODOVIAS S/A contestou às fls. 1297/1321, tecendo, igualmente, os argumentos expressos pela outras concessionárias citadas.

CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS DO SUL S/A - ECOSUL - contestou às fls. 1757/1800. Defendeu a regularidade do procedimento e da cobrança do pedágio.

Réplica do MPF (fls. 1807/1812).

Na decisão da fl. 1813, foi deferido o requerimento do *parquet*, para mandar riscar expressões injuriosas; prejudicadas as preliminares de inadequação da via eleita e ilegitimidade ativa em face da decisão das fls. 232/242; foi reconhecida, ainda, a revelia da ECOSUL; foram, por fim, intimadas as partes sobre a produção de provas.

Houve manifestações das partes.

Em despacho saneador da fls. 2.244/2.248: foi indeferida a perícia contábil para verificação de impacto de investimentos do DNER nas rodovias concedidas; foi, de outro lado, deferida a perícia, para confecção de mapa, conforme requerido pelo MPF, com a indicação das condições das rodovias pedagiadas e eventuais vias alternativas; indeferida a prova pericial requerida pelas concessionárias. Foi, ainda, relegado o exame das demais provas requeridas.

Às fls. 2.323/2.324: foram recebidos os agravos retidos das fls. 2.121/2124 e 2.129/2.133, tendo sido conferido prazo para apresentação de quesitos.

Na decisão das fls. 2.425/2.427: recebido o agravo retido do DNER (fls. 2.417/2418); mantida a realização de perícia por mapa (indeferido pedido de reconsideração da União).

Foram extraídas precatórias, para realização das provas periciais, relativas aos pólos rodoviários versados nesta ação, conforme requerido pelo

Ministério Público, à fl 2.429, relativamente aos Pólos: de Pelotas (1); Caxias do Sul, Vacaria e Gramado (2); Carazinho (3); Santa Maria (4); e Santa Cruz do Sul (5). Restou, assim, delimitado o objeto da prova pericial.

Às fls. 3.532/3.726, foi anexado laudo pericial da precatória distribuída à circunscrição judiciária de Passo Fundo, relativa ao Pólo Rodoviário de Carazinho, com administração concedida à COVIPLAN S/A.

À fl. 3.795, o Ministério Público Federal desistiu da realização de perícia em relação ao Pólo Rodoviário de Santa Maria, tendo em vista que este não chegou a ser instalado. Foi, assim, a carta precatória devolvida a este juízo.

Às fls. 4.026/4.100, foi anexado laudo pericial da precatória distribuída à circunscrição judiciária de Pelotas, do Pólo Rodoviário de Pelotas, com administração concedida à ECOSUL. O mesmo laudo foi anexado, em duplicidade, às fls. 4.593/4.667.

À fl. 4130, a União informou não terem sido realizados investimentos nas rodovias objeto das concessões nos trechos rodoviários tratados neste processo, no período que permeou o processo licitatório.

Às fls. 4.167/4.248, foi anexado laudo pericial da precatória distribuída à circunscrição judiciária de Caxias do Sul, relativa ao Pólo Rodoviário de Caxias do Sul, com administração concedida à CONVIAS S/A. O laudo foi complementado às fls. 4.263/4.275.

Na decisão das fls. 4.752/4.757, foi declinada da competência deste feito, assim como dos feitos conexos, para um das varas tributárias da Capital.

Suscitado conflito (fls. 4.921/4.923), este foi acolhido, tendo sido declarada a competência deste Juízo (fls. 4.931/4.941).

Às fls. 5.073/5.756, foi anexado laudo pericial da precatória distribuída à circunscrição judiciária de Santa Cruz do Sul, relativa ao Pólo Rodoviário de Santa Cruz do Sul, com administração concedida à Santa Cruz Rodovias S/A.

Às fls. 5.360/5.461, foi anexado laudo pericial da precatória distribuída à circunscrição judiciária de Lajeado, relativa ao Pólo Rodoviário de Lajeado.

O Ministério Público Federal apresentou memoriais às fls. 5.477/5.496, reiterando o pedido de procedência dos pedidos.

A União requereu a complementação do laudo das fls. 5.361/5.461.

As litisconcortes METROVIAS, SULVIAS, CONVIAS, RODOSUL, SANTA CRUZ RODOVIAS E SANTA MARIA RODOVIAS apresentaram memoriais (fls. 5.541/5.568 e 5.603/5.605).

ECOSUL apresentou memoriais às fls. 5.690/5.707).

A União apresentou memoriais às fls. 5.716/5.736.

Nada mais sendo requerido, vieram os autos conclusos para sentença.

DECIDO.

DA TRAMITAÇÃO DO FEITO

Ressalto, inicialmente, que a morosidade na tramitação do feito deveu-se a diversos fatores, cabendo destacar entre eles: o número de partes (o ingresso das concessionárias como litisconsortes passivas necessárias); a complexidade da matéria (22 volumes neste feito, mais cinco ações, em que neste momento também são prolatadas sentenças, em face da continência); a dificuldade da realização das provas periciais nos pólos rodoviários (prova técnica especializada e realizada em diversas regiões do Estado); a controvérsia a respeito da satisfação das custas das precatórias pelo MPF (o que gerou agravos de instrumento e atraso no cumprimento daquelas); além de haver sido suscitado conflito de competência (questão controvertida acerca da natureza do pedágio).

Trata-se de consideração relevante, mormente em face da preocupação atual no cumprimento do mandamento constitucional de respeito ao direito subjetivo à celeridade processual.

PRELIMINARMENTE

Primeiramente, é de se salientar que as preliminares de inadequação processual da ação civil pública, assim como de ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, restam prejudicadas, em face de já terem sido afastadas, por decisão preclusa.

Igualmente, as preliminares de intempestividade restam cobertas pela preclusão - tendo sido, apenas, reconhecida a revelia da ré ECOSUL.

O DNER, um dos demandados, no curso do processo, foi extinto. Sendo aquele sucedido pela União, a qual já compõe o pólo passivo da ação, resta apenas excluir o DNER da ação.

De outro lado, quanto à Santa Maria Rodovias S/A, que nem mesmo chegou a entrar em operação, também se deve proceder à exclusão do pólo passivo.

Merece ser rejeitada a alegação da ECOSUL de que haveria litisconsórcio passivo necessário da ANTT (fls. 5691/5693). A União é a titular do serviço, sendo suficiente a presença do ente político neste caso; saliente-se que, quando do ajuizamento da demanda, nem mesmo havia sido criada a agência reguladora. Pelos mesmos fundamentos, é de ser afastada a alegação da União, formulada nos memoriais, de ilegitimidade passiva.

São apreciadas por este Juízo, conjuntamente, as ações civis públicas dos processos nº 2000.71.00.015229-1, 2000.71.00.037597-8 e 2001.71.00.001778-1, em razão de continência, sendo o objeto desta ação mais abrangente que o daquelas.

Verifica-se, ainda, que, na inicial, foram mencionados pelo MPF oito Pólos Rodoviários; no entanto, a prova pericial foi limitada a seis deles: Pólo de Pelotas (1); Pólo de Caxias do Sul (2); Pólo de Carazinho (3); Pólo de Santa

Maria (4); Pólo de Santa Cruz do Sul (5); e Pólo de Lajeado (6). Quanto ao Pólo de Santa Maria, houve desistência da prova, tendo em vista que este não chegou a ser instalado. Assim, quanto a este último, houve perda de objeto. O Pólo de Vacaria ficou abarcado, no requerimento de perícia, pelo de Caxias do Sul. Não foi requerida prova em relação ao Pólo Metropolitano.

MÉRITO

1) A NATUREZA JURÍDICA DO PEDÁGIO E A QUESTÃO DA VIA ALTERNATIVA

A natureza jurídica do pedágio foi objeto de divergência na jurisprudência, tendo, inicialmente, o STF o caracterizado como tarifa. Entretanto, restou pacificado, naquela corte, no julgamento do RE 181475-6/RS, que o pedágio tem natureza de taxa:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PEDÁGIO. LEI 7.712, DE 22.12.88.

- I. - Pedágio: natureza jurídica; taxa: C.F., art. 145, II, art. 150, V.
- II. - Legitimidade constitucional do Pedágio instituído pela Lei 7.712, de 1988.
- III. - R.E. não conhecido."

Cabe transcrever o seguinte trecho do voto-líder, da lavra do então Min. Carlos Velloso:

"(...)

Sustenta-se, no RE, que o pedágio teria o mesmo fato gerador do IPVA.

A hipótese de incidência do IPVA é a propriedade de veículos automotores (CF, art. 155, III) e o sujeito passivo do IPVA é o proprietário do veículo. Registre-se: a propriedade do veículo e não o veículo é que se constitui em hipótese de incidência do IPVA.

Já a hipótese de incidência do pedágio é a conservação da estrada ou rodovia e ocorre quando da utilização de rodovias federais, pontes e obras de arte especiais que as integram (Lei n. 7.712/88, art. 1º). Contribuinte do pedágio é o usuário de rodovia (Lei nº 7.712/88, art. 2º).

Também a base de cálculo do pedágio não é a mesma do IPVA.

Com efeito.

A base de cálculo do IPVA é o valor do veículo.

Já o pedágio da Lei 7.712, de 1988, não tem base de cálculo, por é ele tributo fixo. É dizer, na Lei 7.712, de 1988, já está fixado o seu quantum. O fato de a lei mandar observar, na fixação do quantum, tipo, número de eixos e ano de fabricação do veículo não te relevância ...

(...)

Sustenta-se, também, que o pedágio da Lei 7.712/88 seria ofensivo ao princípio da igualdade: aquele que utiliza a rodovia apenas uma vez paga o mesmo daquele que a utiliza diariamente.

O que deve ser considerado é que o poder público, ao invés de optar pelo custeio mediante impostos, caso em que todos pagariam, quer utilizassem ou não a rodovia, optou pela taxa, que será paga apenas pelos beneficiários do serviço público de conservação da estrada. O fato é que a rodovia está aberta ao uso, durante todo o mês, a todos. Se uns usam mais e outros usam menos, isto não constitui ofensa ao princípio da igualdade..."

Da decisão do STF, depreende-se o pedágio caracteriza-se como taxa, podendo ser definido em lei, com valor fixo, sem ofensa aos princípios constitucionais limitadores do poder de tributar. Além disso, o pedágio é taxa cujo fato gerador é a conservação das estradas pelo poder público.

Saliente-se que, mesmo considerando a natureza jurídica do pedágio (taxa), não assiste razão ao MPF ao alegar ofensa aos princípios limitadores do poder de tributar. Ao contrário, justifica-se a pré-fixação dos valores nos editais, visto que, sendo tributo, o valor é definido pelo poder público, não podendo ser alterado pelas regras da concorrência próprias das licitações.

Ainda, quanto à diferenciação de taxa e tarifa, deve-se fazer o devido *distinguishing* no caso em tela (ao se tratar do pedágio), em face da Súmula 545 do STF:

"PREÇOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS E TAXAS NÃO SE CONFUNDEM, PORQUE ESTAS, DIFERENTEMENTE DAQUELES, SÃO COMPULSÓRIAS E TÊM SUA COBRANÇA CONDICIONADA À PRÉVIA AUTORIZAÇÃO ORÇAMENTÁRIA, EM RELAÇÃO À LEI QUE AS INSTITUIU"

De fato, a compulsoriedade - ou, neste caso, a existência de via alternativa ou não - não é o elemento definidor, *de per si*, da natureza jurídica da verba (taxa ou tarifa), mas sim o regime jurídico do serviço público remunerado. Nesse sentido, merecem transcrição os ensinamentos de Eduardo Sabbag (Manual de Direito Tributário, 2^a ed, Saraiva, 2010, p. 262/263):

"A compulsoriedade (ou não) do uso do serviço público tem sido utilizada como critério para se distinguir a taxa da tarifa. Havendo ao usuário a opção entre o "usar" e o "não usar" o serviço, despontaria a tarifa; inexistindo a opção, exsurgiria a taxa.

Ademais, os defensores da tese em epígrafe amparam-se na antiga Súmula n. 545 do STF, editada na vigência da Constituição de 1946, segundo a qual "preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu".

Não conseguimos considerar tal critério exaustivo e suficiente, pois a Súmula, ao mencionar que as taxas são compulsórias, e os preços não o são - o que é pouco inovador, pois os tributos são dotados de compulsoriedade (art. 3º do CTN) -, não teria querido assegurar que o fato gerador "utilizar serviço público" será sempre compulsório, pois é sabido que a taxa de serviço pode ser de utilização efetiva ou potencial (art. 145, II, CF e art. 79, I, "b", do CTN).

Há autores, como Geraldo Ataliba, que entendem por suficiente que o serviço público seja dotado de especialidade e de divisibilidade, com prestação direta

ou indireta pelo Poder Público, para que seja custeado por taxa, e não por tarifa.

Outros estudiosos, como Luciano Amaro, tentando avançar um pouco mais na distinção, entenderam que o serviço público ensejador da taxa deve conter, além dos atributos da especialidade e da divisibilidade, a inherência ao Poder Público (v.g. a emissão de passaportes, prestação jurisdicional e outras tarefas estatais clássicas) ou a indispensabilidade para a sobrevivência da coletividade, podendo ser prestado até por empresa privada (v.g., o tratamento de água e esgoto, energia elétrica, coleta de lixo, entre outros).

Quanto aos princípios (ditos "ínsitos à soberania") - aqueles serviços inerentes ao Poder Público, ditos "propriamente públicos", que devem ser prestados direta e efetivamente pela Administração Pública -, só se compadecem com a noção de taxa, que se mostra exclusiva e indispensável, não sendo passíveis de interrupção, pois esta atingiria o interesse da coletividade.

Os demais serviços (ditos "essenciais ao interesse público") - aqueles que podem ser delegados a outra entidade pública ou privada - podem ser remunerados por taxa ou por tarifa, dependendo do que a lei determinar, obedecendo-se, por óbvio, aos limites constitucionais. No caso de taxa, poderá haver a cobrança pelo uso efetivo ou mero uso potencial.

Nesse passo, há certos serviços públicos que devem ser "taxados", enquanto outros podem ser taxados ou tarifados.

Posto isso, a noção dos requisitos necessários à taxação ou à tarifação é fluida, não se filiando com exclusivismo a um ou a outro critério, mas à pertinência do serviço com o Poder Público e sua indispensabilidade para a coletividade."

Desse modo, conclui-se que o fato de o pedágio nas rodovias federais ter sido instituído pela conservação, realizada mediante concessões, das rodovias federais (tarefa estatal clássica, indispensável para a sobrevivência da coletividade) não lhe retira a qualidade de taxa; nem mesmo houve ofensa aos princípios constitucionais limitadores do poder de tributar, como a isonomia. Afastam-se, assim, os argumentos do MPF.

Tampouco assiste razão ao *parquet* quanto à exigibilidade de manter a Administração via pública alternativa em iguais condições daquelas que são objeto das concessões. A caracterização do pedágio como taxa já afasta a referida exigência.

Outrossim, mesmo se fosse admitida a natureza de tarifa, não haveria de ser acolhida a tese, em face da regra literal do art. 9º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.987/95 (aqui considerada, mesmo com redação posterior à data das concessões, em face do art. 462 do CPC):

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§ 1º A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

Nessa linha cabe citar, ainda, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL Nº 417.804 - PR (2002/0018047-0)
PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA (CF, ART. 129, III, E LEI 8.078/90, ARTS, 81 E 82, I). CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RODOVIA. EXIGÊNCIA DE TARIFA (PEDÁGIO) PELA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONCEDIDO QUE PRESCINDE, SALVO EXPRESSA DETERMINAÇÃO LEGAL, DA EXISTÊNCIA DE IGUAL SERVIÇO PRESTADO GRATUITAMENTE PELO PODER PÚBLICO.

1. O Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública ou coletiva, não apenas em defesa de direitos difusos ou coletivos de consumidores, mas também de seus direitos individuais homogêneos, nomeadamente de serviços públicos, quando a lesão deles, visualizada em sua dimensão coletiva, pode comprometer interesses sociais relevantes. Aplicação dos arts. 127 e 129, III, da Constituição Federal, e 81 e 82, I, do Código de Defesa do Consumidor.

2. A Constituição Federal autorizou a cobrança de pedágio em rodovias conservadas pelo Poder Público, inobstante a limitação de tráfego que tal cobrança acarreta. Nos termos do seu art. 150: "... é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público". **Assim, a contrapartida de oferecimento de via alternativa gratuita como condição para a cobrança daquela tarifa não pode ser considerada exigência constitucional.**

3. A exigência, ademais, não está prevista em lei ordinária, nomeadamente na Lei 8.987/95, que regulamenta a concessão e permissão de serviços públicos. Pelo contrário, nos termos do seu art. 9º, parágrafo primeiro, introduzido pela Lei 9.648/98, "a tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário."

4. Recurso especial do Estado do Paraná conhecido em parte e improvido; recurso especial de VIAPAR S/A conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido; recursos especiais do DNER e da União conhecidos em parte e, nessa parte, providos; e recurso especial do DER conhecido e provido.

RESP 200302218844 RESP - RECURSO ESPECIAL - 617002
Relator(a) JOSÉ DELGADO Sigla do órgão STJ Órgão julgador
PRIMEIRA TURMA Fonte DJ DATA:29/06/2007 PG:00490
ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. COBRANÇA DE PEDÁGIO EM RODOVIA FEDERAL POR EMPRESA CONCESSIONÁRIA. LEI 9.648/88. DESNECESSIDADE DE EXISTÊNCIA DE SERVIÇO PÚBLICO QUE DISPONIBILIZE GRATUITAMENTE VIA ALTERNATIVA DE TRÂNSITO. EXIGÊNCIA SOMENTE APLICÁVEL A SITUAÇÕES EXPRESSAMENTE PREVISTAS EM LEI, QUE NÃO É O CASO DOS AUTOS. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS PARA O FIM DE RECONHECER LEGÍTIMA A COBRANÇA DO PEDÁGIO E IMPEDIR A DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS. 1. **O acórdão recorrido dispôs, para se preservar a legalidade da cobrança de pedágio de empresa concessionária que administra rodovia federal, ser necessária a disponibilização de via pública alternativa e gratuita para os usuários, motivo pelo qual julgou indevida a exigência de pedágio. Contudo, tal exegese está equivocada, uma vez que a Lei 9.648/88, que regula a questão controversa, não faz tal exigência.** 2. Com efeito, a disponibilização e oferta de via pública alternativa e gratuita para os usuários, em caráter obrigatório, somente deve ser imposta quando objeto de previsão expressa de lei. 3. RECURSOS ESPECIAIS interpostos pela Rodovia das Cataratas S/A, pelo Estado do Paraná e pela União PROVIDOS para o fim de reconhecer legítima, na espécie, a cobrança do pedágio, e impedir a devolução das quantias pagas.

Do exposto, afasto os argumentos no sentido de ser indevida a cobrança de pedágio em face das concessões tratadas neste feito; bem como de exigência de manter o Poder Público vias alternativas em iguais condições. Saliento, ainda, que, em face da natureza jurídica de taxa, não é possível a acolher a tese do demandante no sentido de que os valores deveriam ser fixados a partir das propostas das concessionárias. Ao contrário, em respeito ao princípio da legalidade, foi adequada à norma constitucional a pré-determinação dos valores a serem exigidos dos usuários.

2) AFRONTA À LEGISLAÇÃO FEDERAL: DECRETO-LEI 791/69 E LEI Nº 9.277/96

Asseverou o Ministério Público Federal que, independentemente da natureza jurídica do pedágio, não poderia este ser cobrado pela mera disponibilidade de vias trafegáveis. Evocou o art. 1º do Decreto-Lei nº 791/69:

"Art. 1º Fica o Governo Federal autorizado a, nos termos do Artigo 20, inciso II da Constituição, instituir cobrança de pedágio, que será devido pelos condutores de veículos automotores que utilizem vias públicas, integrantes do sistema rodoviário federal.

§ 1º Poderão ser submetidos ao pedágio:

a) estradas bloqueadas ou rodovias expressas;

b) pontes, viadutos, túneis ou conjunto de obras rodoviárias de grande vulto;

§ 2º Ficam isentos do pagamento de pagágio os veículos oficiais e aqueles do Corpo Diplomático.

§ 3º O Governo Federal, por intermédio dos órgãos competentes, poderá, excepcionalmente, autorizar o trânsito de semoventes em rodovias e obras rodoviárias de que trata este artigo, mediante pagamento de tarifa de pedágio e obedecidas as cautelas que a autoridade administrativa determinar."

Alega o demandante que a Portaria nº 460/94, que autorizou a cobrança de pedágio nos pólos rodoviários, ao alargar o conceito de obras de grande vulto, pretendendo regulamentar a matéria, excedeu os limites da permissão prevista o referido artigo 1º. Além disso, muitos dos trechos rodoviários não se incluiriam entre as rodovias previstas na portaria, porque não chegam a 100 Km; "o sistema de pólos visa meramente a contornar as restrições normativas existentes".

Não merece prosperar o argumento da União de que o referido decreto-lei teria sido inteiramente revogado pela Lei nº 9.277/96, visto que reiteradamente a jurisprudência do STJ tem aplicado as regras ainda vigentes do DEL 791/69; entretanto, tampouco assiste razão ao parquet, pois não houve afronta às regras deste diploma, ao terem sido permitidas as concessões, com cobrança de pedágio, nos pólos rodoviários.

Nesse sentido, acolho como razão de decidir o precedente do Tribunal Regional Federal da 2º Região:

REO 199951010132046 REO - REMESSA EX OFFICIO - 357115
Relator(a) Desembargador Federal REIS FRIEDE Sigla do órgão
TRF2 Órgão julgador SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA Fonte
DJU - Data::13/09/2006 - Página::81

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL
CIVIL - AÇÃO POPULAR OBJETIVANDO SUSPENDER A
COBRANÇA DE PEDÁGIO NO KM 71 DA BR 116/RJ -
ALEGADA VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 1º,
PARÁGRAFO 1º, DO DECRETO - LEI Nº 791/69 - AUSÊNCIA
DE ILEGALIDADE, IMORALIDADE E LESIVIDADE -
PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE - SENTENÇA SUJEITA
AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO - REMESSA
NECESSÁRIA IMPROVIDA. I - A análise dos fatos narrados nos
autos, bem como a exegese das regras jurídicas aplicáveis à Ação
Popular, permitem concluir que **nenhuma ilegalidade (ou
imoralidade) foi perpetrada, seja por violação ao disposto no
art. 1º, parágrafo 1º, do Decreto - Lei nº 791/69, o qual autoriza**

a implantação de pedágio em rodovia expressa, seja por ofensa ao Princípio da Moralidade. II - O fato de a estrada apresentar diversos entrocamentos com outras vias públicas não desnatura sua natureza de rodovia expressa, razão pela qual não há **afronta alguma aos ditames do Decreto - Lei nº 791/69.** III - A orientação do STJ é reiterada no sentido de que para a procedência da Ação Popular deve estar nitidamente configurada a existência dos requisitos da ilegalidade e da lesividade. IV - Remessa Necessária improvida.

De outro lado, deve-se ter em conta o que determina a Lei nº 9.277/96, em seu art. 1º:

Art. 1º Fica a União, por intermédio do Ministério dos Transportes, autorizada a delegar, pelo prazo de até vinte e cinco anos, prorrogáveis por até mais vinte e cinco, aos municípios, estados da Federação ou ao Distrito Federal, ou a consórcio entre eles, a administração de rodovias e exploração de trechos de rodovias, ou obras rodoviárias federais. (grifei)

Assim, mesmo afastada a revogação do DEL 791/69, deve-se interpretá-lo de modo a compatibilizar os dois diplomas legais, de modo que deve ser rejeitado o argumento do MPF de que apenas rodovias de grande monta e, ainda, consideradas individualmente é poderiam ensejar a cobrança de pedágio.

3) PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

O Ministério Público Federal apontou diversas irregularidades nos procedimentos de delegação das rodovias federais ao Estado, assim como nas licitações que culminaram com as concessões das rodovias às empresas privadas. Alegou, em síntese: ausência de um edital prévio à licitação das concessões, substituído este por editais que seriam ilegais (partição da licitação em três etapas); a habilitação não poderia ter sido realizada em duas etapas; não houve um projeto básico na primeira fase de licitação, mas sim apenas na segunda, de convocação; não fora observado o critério legal de julgamento; a tarifa não foi fixada a partir da proposta vencedora; a proposta vencedora não teria sido avaliada pela própria licitante; não foram realizadas audiências públicas.

Ainda, quanto à delegação, afirmou que as leis estaduais seriam inconstitucionais, porquanto "enquanto inexistente a legislação federal e o convênio por ela exigido, autorizando a delegação e a concessão de exploração de suas rodovias, não poderia o Estado legislar a respeito, permitindo-se conceder a exploração daquilo que não lhe pertence". Aduziu ter havido ofensa ao pacto federativo.

Passo à análise.

Quanto à participação da licitação em três etapas e à realização do projeto básico apenas na segunda fase, os argumentos de invalidade restaram afastados em acórdão do TRF da 4^a Região, ao ser analisada situação análoga - concessão da rodovia "free Way":

Acórdão - 96.04.06969-1 20/08/1996 Órgão Julgador: QUARTA TURMA UF: RS Relator: JOSÉ LUIZ BORGES GERMANO DA SILVA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LICITAÇÃO. RODOVIA BR-290/RS. COMPETÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. CABIMENTO DA AÇÃO. NULIDADE DA CONCORRÊNCIA. SUCUMBÊNCIA.

(...)

4. A existência do Programa de Exploração de Rodovia supre a ausência de Projeto Básico e, se a licitação foi feita em três fases, é suficiente que o programa tenha sido divulgado antes da 3a. fase (Proposta de Tarifas), para garantir a competitividade do processo e a ausência de dano à sociedade. Não restam contrariados os ART-37 e ART-175 da CF-88, se a administração pública, no edital, facilita aos concorrentes que apresentem sugestões para eventual aproveitamento na elaboração do Programa de Exploração de Rodovia, feito depois pelo órgão público, desde que mantidos os poderes de decisão e normatização. Também não infringem a CF-88 (ART-37) e a LEI-8666/93 (ART-3) e LEI-8987/95 (ART-20) os dispositivos do edital que prevêem que o contrato de concessão será celebrado com pessoa jurídica criada especialmente para esse fim, desde que controlada pela empresa vencedora do certame. **Não há subjetividade nos critérios de julgamento se, no processo licitatório, há um Projeto de Exploração de Rodovia que equivale ao Projeto Básico das obras a serem executadas. No atual estágio do direito brasileiro, só se pode declarar a nulidade de ato administrativo se, além de ilegal, ele tiver causado lesão ao Estado (precedente do STJ).** 5. Em se tratando de ação civil pública, a questão dos ônus da sucumbência recebe disciplina específica, que afasta a aplicação subsidiária do ART-20 do CPC-73. A teor do ART-18 da LEI-7347/85, a regra é a isenção de honorários de advogado, custas e despesas processuais, ressalvada apenas a hipótese de má-fé processual. O ART-5, INC-77, da CF-88, determina a gratuidade das ações que envolvam cidadania. 6. Apelações providas.

De outro lado, as alegações do MPF quanto aos critérios objetivo de julgamento das propostas, ou da fixação da "tarifa" a partir da proposta vencedora também não merecem acolhida. Conforme já explicitado por ocasião do exame da natureza jurídica do pedágio, sendo este taxa, não devem ser

obedecidas simplesmente as regras da concorrência, visto que a fixação do quantum deve ser prévio, pelo poder público.

No que se refere ao questionamento do *parquet* a respeito de se os valores de obras do DNER teriam sido computados na elaboração do projeto de engenharia econômica, não houve demonstração de irregularidade. A União afirmou, à fl. 4.130 (vol. 16), que "de acordo com informações obtidas junto ao DNIT, não foram localizados documentos que comprovem investimentos da União nos trechos rodoviários em referência no período que permeou a abertura dos processos licitatórios e a efetiva entrega dos pólos rodoviários à Concessionárias". Além disso, no curso do processo não foi produzida prova em sentido contrário. De outro lado, tal questão, conforme assinalado não poderia implicar diferenciação quanto ao valor do pedágio, visto que, conforme explicitado, foi corretamente pré-determinado.

Quanto à eventual nulidade na realização das audiências públicas, convém citar o ensinamento de Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª ed., 2008, Dialética, p. 497):

"A audiência pública é um dos instrumentos destinados a assegurar a transparência da atividade administrativa. Não se destina a garantir direitos subjetivos de pessoas determinadas, mas a proteger os interesses colocados sob tutela do Estado, objetivamente. Logo, ausência ou invalidação da audiência acarreta nulidade do procedimento licitatório. Portanto, esse vício deve ser objeto de questionamento segundo os princípios relacionados com os interesses coletivos e difusos. Sujeita-se a controle por via de ação popular, ação civil pública, etc."

O grande problema surge quando a revelação do defeito faz-se a posteriori, após encerrada a licitação e promovida a contratação. Não se trata de peculiaridade própria da audiência prevista no art. 39, mas de todas as hipóteses de nulidade da licitação. A grande dificuldade reside em que a nulidade da licitação induz a do contrato administrativo que se seguiu. Ora, o ordenamento jurídico tutela a situação jurídica do particular de boa-fé que não concorreu com a nulidade. Surgem, então, dois interesses igualmente protegidos. Há, por um lado, o interesse supra-individual infringido pela audiência ou nulidade da audiência - a consequência seria a invalidação de todos os atos posteriores, inclusive o contrato. Há, por outro lado, o interesse privado do particular contratado, assegurado pelo Direito, em face de vícios da atividade estatal. Se o resultado foi a prevalência de ambos os interesses, ter-se-á de declarar a nulidade do contrato e indenizar o particular. Isso representará prejuízo irreparável para o Estado, que ficará sujeito a reembolsar valores superiores aos necessários para executar o projeto pretendido, além do desperdício de tempo. Isso infringirá a própria finalidade da regra do art. 39. Ou seja, a audiência pública destina-se a garantir a eficácia na gestão dos recursos públicos. Anular o contrato e pagar duas vezes a execução de uma única prestação não corresponde ao ideal de eficácia. A questão torna-se ainda mais óbvia quando a contratação tenha sido a melhor possível e não seja viável apontar qualquer prejuízo ao princípio da economicidade. No caso, anular a contratação por vício na audiência representaria transformá-la em solenidade bastante em si mesma, cuja utilidade prática não seria fundamento de sua obrigatoriedade. Não é possível admitir essa solução."

A ponderação de interesses e princípios, sempre com vista à finalidade da lei e ao interesse público - conforme bem explicitado pelo autor acima citado - tem especial relevância no caso em tela, mormente tendo em conta o grande lapso de tempo desde as delegações e concessões. Trata-se de situações consolidadas.

Dessarte, cabe assinalar que, ainda que o procedimento impugnado pelo Ministério Público Federal não tenha observado a literalidade das Leis nº 8.666/93 e 8987/95, o fato é que devem ser observadas as peculiaridades do caso concreto, mormente a pacificação do entendimento de que pedágio tem natureza de taxa. Além disso, deve ter relevância supremacia do interesse público; ainda que não observadas todas as regras de licitação e concessões, não restou demonstrada a mácula ao interesse público - daí porque resta inviável a declaração de nulidade. O princípio da vedação de anulação sem prejuízo encontra maior relevância quando se trata de interesse público. Nesse sentido, as provas periciais são deveras ilustrativas no sentido de demonstrar que as concessões representaram significativa melhoria às rodovias federais. Ainda que este Juízo seja sensível à preocupação *doparquet* em preservar os interesses dos usuários das rodovias, principalmente visando à modicidade de "tarifas", deve-se ter em conta também o interesse coletivo em ter estradas federais em boas condições de tráfego. À época parecia inviável ao Poder Público realizar as obras necessárias. Não cabe a este Juízo imiscuir-se no mérito do ato administrativo, muito menos perquirir da adequação de decisões políticas dos governantes. Houve uma opção política por delegar à iniciativa privada o serviço de conservação das estradas. E essa opção não pode ser objeto de avaliação pelo Judiciário, a não ser o controle de legalidade ampla. Resta, apenas, reconhecer a decisão - aqui sim em respeito ao princípio da separação dos poderes.

Não há que se falar, outrossim, em ofensa ao Pacto Federativo -, porquanto a delegação ocorreu a partir de um acordo entre os entes federativos; as vontades políticas estavam em comunhão.

O fato de as leis estaduais terem sido anteriores à própria delegação, ainda que importe contrariedade às normas constitucionais, deve ser visto sob o prisma dos fundamentos acima declinados, de atendimento ao interesse público. Deve-se fazer a devida ponderação, afastando-se a declaração de nulidade.

Nesse sentido, cabe transcrever o precedente o Superior Tribunal de Justiça, ao tratar de caso semelhante ao destes autos:

RESP 200200135705 RESP - RECURSO ESPECIAL - 434283
Relator(a) LUIZ FUX Sigla do órgão STJ Órgão julgador
PRIMEIRA TURMA Fonte DJ DATA:05/05/2003 PG:00225
RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.
ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. NULIFICAÇÃO DE
PROCESSO LICITATÓRIO. IMPOSIÇÃO DE REVERSÃO DAS
PARTES AO ESTADO ANTERIOR. LEI LOCAL

LEGITIMANDO A CONCESSÃO. PEDIDOS ALTERNATIVOS COMPATÍVEIS. POSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DE PARCELA DOS PEDIDOS CUMULADOS.

(...)

7. As matérias supostamente prequestionadas nos embargos de declaração devem ter sido questionadas na apelação. É vedado prequestionar através dos embargos de declaração questão não suscitada no apelo, porquanto a isso corresponderia conferir efeitos infringentes àquele recurso. Inocorrente a investida, inadmite-se o recurso especial. 8. **Questão federal devolvida atinente à "legalidade da licitação"** consistente na não-inclusão do trecho do pedágio pela lei que autorizou o certame. 9. Legislação posterior inserindo o referido trecho. Prova inequívoca da vontade coletiva pela manutenção do pedágio. O interesse local é exteriorizado pela vontade política. A lei local reflete o anseio da comunidade mediante a boca e a pena dos legisladores eleitos pelo povo da região. 10. Em consequência, o MP não pode, via ação civil pública, opor-se à vontade manifestada pela comunidade através de lei, porquanto os legisladores eleitos sobrepõem-se ao Parquet na revelação da real vontade comum. 11. Cabe o MP velar pelos interesses supra-individuais decorrentes da má-aplicação da lei no caso concreto, vedando-se-lhe atentar contra os objetivos contidos no ato legislativo que consubstancia a vontade popular através dos legisladores eleitos, obedecendo a legítima reserva política. Nessa hipótese, o Ministério Público deve, previamente, obter a declaração de **inconstitucionalidade da norma, retirando-lhe eficácia, mercê da sua legitimização social**. 12. Exsurgindo lei local definindo a necessidade de pedágio da via, impõe-se respeitar a vontade da comunidade, vetando-se ao MP transmudar-se em senhor dos interesses sociais, contrapondo-se aos mesmos, a revelar-se "mais realista do que o rei". 13. **Superveniência do interesse coletivo coadjuvado pelo interesse público manifestado pela União Federal, concitando à preservação do estado anterior à nulificação do pleito com a manutenção do pedágio. Supremacia do interesse público.** 14. Reversão das partes ao estado anterior. Devolução do pedágio. Impossibilidade de locupletamento pelo Estado em confronto com os serviços prestados. Inexistência de prejuízo pela efetiva prestação do serviço. 15. Via alternativa. Limitação da matéria pelos recursos interpostos o que inviabiliza a análise da obrigatoriedade de disponibilização de via alternativa. Matéria discutida à luz de cânones constitucionais (art. 175 da CF) a inviabilizar a competência do S.T.J. para a cognição do tema. 16. Conhecimento do recurso pela violação da Lei Federal que dispõe que autorizada a licitação por lei, cumpre especificar-lhe o objeto no contrato. 17. Recurso provido para

reconhecer a validade da licitação, por força do novel diploma especificador da lei pretérita que inaugurou o procedimento licitatório, reconhecendo encartado o trecho na previsão originária. Aplicação do art. 462 do CPC. 18. Provimento parcial. Afastadas as indenizações previstas para a reversão, impõe-se declarar legítima a reimplementação do pedágio, com efeitos ex nunc, a partir da presente decisão. Prejudicado o recurso do Estado, embora parcialmente conhecido."

De todo o exposto, conclui-se que, ainda que este Juízo reconheça os atos impugnados pelo Ministério Público Federal não tenham guardado perfeita adequação à legalidade, entende-se que esta deve ser relativizada, ponderando-se com outros princípios de igual força na Constituição Federal, principalmente a segurança jurídica e o interesse público.

Nesse sentido, cabe citar os apontamentos de Fernanda Marinela (Direito Administrativo, 4^a ed., Impetus, 2010, p. 289/290):

"O instituto da estabilização dos efeitos surge da necessidade de ser preservar diversos princípios constitucionais, tais como a segurança jurídica, a confiança e a boa-fé, que são subprincípios do Estado de Direito. Lembrando que um Estado de Direito é aquele politicamente organizado e que obedece às suas próprias leis. Assim, o princípio da legalidade está no cerne desse regime, entretanto, não pode ser aplicado como regra absoluta, sendo indispensável sua ponderação face aos demais princípios do ordenamento jurídico.

Dessa maneira, o ideal é que o Administrador não contrarie a norma legal, mas se ainda assim praticar ato ilegal, este, em razão do princípio da legalidade, deve ser anulado. Todavia, considerando que o dever de legalidade não é absoluto, caso a sua retirada comprometa outras regras e princípios tão importantes quando ele, abalando consideravelmente a segurança jurídica, a sua manutenção é a única alternativa. O ato será mantido, mesmo que viciado, em razão de outras regras constitucionais.

Nessa linha de raciocínio, o STF já reconhecia a teoria do funcionário de fato, aplicável na hipótese de servidor público que é nomeado para um cargo público, sem a prévia aprovação em concurso público ou com concurso irregular. Nesse caso, o ato de investidura do servidor, que consiste no ato de nomeação acompanhada pela posse do agente, é ilegal, devendo ser retirada do ordenamento jurídico pelo instituto da anulação, afastando o servidor do serviço público. Todavia, diz o STF que o servidor não precisará devolver aquilo que ele percebeu no período que trabalhou, o que se justifica, por que a Constituição não protege o trabalho gratuito, o que caracteriza o enriquecimento ilícito por parte do empregador. E mas, sendo a investidura ato ilegal, observando a regra de que o acessório segue o principal, todos os atos praticados por esse servidor também deveriam ser ilegais, mas em nome da segurança jurídica tais atos devem ser mantidos.

Outro instituto que reforça a manutenção do Estado de Direito, resguardando a segurança jurídica, é a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade que autorizam a adoção do efeito ex nunc para a decisão que decreta a inconstitucionalidade.

(...)

Pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne útil àquele mesmo interesse público, de modo tal que também as numerosas situações pessoais alcançadas e beneficiadas pelo ato vicioso podem aconselhar a subsistência de seus efeitos. A obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito, somada à necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente, o princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica justificam a manutenção dos efeitos do ato, apesar de seu vício."

De todo o exposto, conluso por rejeitar os pedidos do Ministério Público Federal de reconhecimento da nulidade dos convênios de delegação e das licitações .

4) COMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO DAS LICITAÇÕES: LEI ESTADUAL 10.086/94

O Ministério Público alegou ofensa à Lei Estadual do Rio Grande do Sul, nº 10.086/94, por não ter sido prevista a comissão fiscalização conforme preconizado no art. 32:

Art. 32 - O regulamento específico da concessão deverá prever a constituição de uma comissão de acompanhamento e fiscalização, com caráter opinativo, composta de representantes do poder concedente e dos usuários, de forma paritária.

Alega o demandante que não os editais de pré-qualificação previram comissão de forma diversa ao determinado na lei.

Deve ser rejeitada a alegação de irregularidade. Não houve demonstração de prejuízo ao interesse público; o próprio *parquet* admite que houve a previsão da comissão de fiscalização. De outro lado, no curso do processo, as regras relativas à fiscalização das concessões de serviços públicos sofreram significativas alterações, tendo sido atribuída essa competência do poder de polícia às agências reguladoras. Desse modo, a necessidade de fiscalização restou suprida em face da criação da ANTT e da AGERGS, de âmbito federal e estadual, respectivamente. Ora, não se pode vislumbrar prejuízo, ou ausência de fiscalização, nem mesmo que as comissões da Lei nº 10.086/94 teriam maiores poderes de apurar irregularidades do que as referidas autarquias, criadas com a finalidade específica que preservar a regularidade das concessões dos serviços públicos.

5) TRANSFERÊNCIA DE RECEITA ARRECADADA EM UMA RODOVIA PARA OUTRA

Alegou o autor que, nos termos da Lei nº 9.277/96, art. 3º par. 2º, a receita auferida como pedágio deve ser aplicada na própria rodovia em que for cobrada e nos trechos rodoviários que lhe dão acesso. Afirmou que, com a instituição do sistema de pólos, foi possibilitada a cobrança em locais de maior fluxo, compensando a arrecadação em locais de menor fluxo. Salientou que: "Inexiste qualquer regra, nos convênios de delegação, nos editais e nos contratos, que vincule a receita auferida ao trecho originário. Ao revés, o sistema é feito para que a receita transite entre os trechos do Pólo, contrariando a legislação referida".

Veja-se o teor da regra evocada pelo *parquet*:

Art. 3º A delegação será formalizada mediante convênio.

§ 1º No instrumento de convênio constará cláusula prevendo a possibilidade de aplicação da legislação do Município, do Estado ou do Distrito Federal na cobrança de pedágio ou de tarifa portuária, ou de outra forma de cobrança cabível, no que não contrarie a legislação federal.

§ 2º A receita auferida na forma do parágrafo anterior será aplicada em obras complementares, no melhoramento, na ampliação de capacidade, na conservação e na sinalização da rodovia em que for cobrada e nos trechos rodoviários que lhe dão acesso ou nos portos que lhe derem origem.

O que se depreende da norma é os recursos percebidos com a cobrança do pedágio devem ser empregados para manutenção das estradas. Não se verifica a exigência de o recurso deve ser empregado exatamente no trecho em que houve a arrecadação. A finalidade da lei é garantir que os recursos arrecadados revertam em benefício do usuário da rodovia pedagiada; não há como se depreender que o legislador pretendeu o "engessamento" preconizado pelo Ministério Público. De outro lado, apresenta-se razoável e até mesmo isonômico que os recursos arrecadados em determinada região (o pôlo rodoviário) reflita em melhoramentos distribuídos de forma uniforme em todo aquele nicho. Preconiza-se, mais uma vez, o interesse público.

Saliente-se que, em seus memoriais, o Ministério Público, ao fazer análise da prova pericial produzida, limitou-se a salientar as más condições das vias alternativas. Não houve referência a qualquer outro ponto que demonstrasse mácula ou ineficácia do sistema de concessão. Conforme já salientado, não houve, durante a instrução, comprovação de prejuízo ao interesse público; ainda que se reconheça o alto valor dos pedágios a que estão submetidos os usuários, o fato é que restou evidenciado, inclusive por meio de fotos e análises, as melhorias geradas às rodovias federais objeto das concessões (as quais encontravam-se antes em estado calamitoso).

Rejeito, pois, o pleito.

6) CONSÓRCIO E LIDERANÇA

Alegou o MPF ofensa ao art. 19, IV, da Lei nº 8.987/95:

"Art. 19. Quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

(...)

IV - impedimento de participação de empresas consorciadas na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente.

(...)"

Sustenta que os editais de convocação possibilitariam a formação do capital do consórcio concessionário por empresa não submetida ao certame. Afirma que o item "18.10" dos editais de convocação estaria em antinomia com o item "4.2" dos editais de pré-qualificação, bem como representaria afronta à regra supracitada.

Os editais de pré-qualificação previram:

"4.2. Fica vedada a participação de empresa ou profissional em mais de um CONSÓRCIO. Fica vedada, também, a participação de profissional em equipe técnica de mais de um LICITANTE."

Já os editais de convocação:

"18.10. No caso do vencedor da LICITAÇÃO ser CONSÓRCIO, a titularidade do controle deve ser exercida pelas empresas consorciadas, sem prejuízo de que na constituição de nova sociedade, venham a participar do referido capital terceiros interessados."

Não se verifica qualquer irregularidade, visto que a regra do item 18.10 não possibilita a participação da forma como avaliou o *parquet*. Entendo, outrossim, que as regras, tanto dos editais de convocação, como dos editais de pré-qualificação e o art. 19, IV, da Lei nº 8.987/95 podem ter interpretação de forma a serem compatibilizados. O que a regra do item 18.10 previu foi a possibilidade de outras pessoas participarem do consórcio; apresenta-se razoável que, durante o períodos das concessões (previsão legal de 25 anos) haja alteração do capital social dos consórcios beneficiários das concessões. No entanto, essas modificações, próprias do meio empresarial, devem obedecer à regra do art. 19, IV, da Lei. O Edital deve também ser interpretado e aplicado em observância à legalidade.

Saliente-se que, no curso da lide, não houve qualquer menção ao fato de alteração de capital em afronta à norma legal. Não restou configurado qualquer prejuízo ao interesse público nesse aspecto.

Rejeito, pois, o pedido.

7) INDENIZAÇÕES POR DESAPROPRIAÇÕES E SERVIDÕES

A interpretação dos contratos, nada obstante não expressa, não deixa dúvidas sobre as concessionárias terem o dever de custear as desapropriações que se façam necessárias. Vejamos:

9.2.1.. Sem prejuízo do cumprimento dos encargos previstos no PROJETO DE ENGENHARIA ECONÔMICA, incumbe à CONCESSIONÁRIA:

VII - promover desapropriações e instituir servidores administrativas, acordo ou por intermédio de ação judicial, de imóveis declarados de interesse pública pelo NAER/RS, para assegurar a realização ea conservação de obras e serviços vinculados à concessão, bem como propor limitações adminitrativas de caráter geral ao uso de imóveis limítrofes à faixa de domínio das rodovias que compõem o Pólo, como, também, ocupar provisoriamente, sobreditos imóveis para a finalidade indicada

Ora, uma leitura rápida dessa cláusula já revela a norma que o MPF apontou inexistente: o projeto de engenharia econômica é onde estão previstos os custos de responsabilidade do concessionário. Quaisquer outros teriam que ser expressos, finalidade essa justamente a do item 9.2.1 do contrato, ou seja, apontar outros eventuais encargos financeiros do concessionário, por além daqueles do "projeto de engenharia econômica", porque o interesse público já está devidamente resguardado.

8) APLICAÇÃO DAS RECEITAS ALTERNATIVAS

A questão da "modicidade" das tarifas restou prejudicada em face do entendimento sobre a natureza do pedágio como taxa.

De outro lado, conforme salientado pelo Ministério Público Federal o item 18.2 dos contratos prevê que o DAER poderá autorizar fontes alternativas. Assim, a obtenção de receitas alternativas restou submetida ao crivo do poder concedente, devendo este zelar pela preservação do interesse público. Agora, vincular a obtenção de receita alternativas à modicidade de tarifas resta inviável, em face de ser o pedágio taxa.

9) VEÍCULOS OFICIAIS

O Ministério Público alegou omissão nos projetos de contratos de concessões, porquanto não prevista a isenção para veículo oficiais, conforme determinação do Decreto-lei nº 791/69:

"Art. 1º. (...)

§ 2º. Ficam isentos do pagamento de pedágio os veículos oficiais e aqueles do Corpo Diplomático."

Salientou que na minuta dos Contratos de Concessão constou apenas:

"6.2 - SISTEMA TARIFÁRIO:

6.2.3. Terão trânsito livre nas rodovias que compõem o POLO, ficando portanto isentos do programa do pagamento de pedágio, os veículos:

I - de atendimento público de emergência, tais como Corpo de Bombeiros e Ambulâncias, quando em serviço;

II - de propriedade das Polícias Civis, Militar e Rodoviárias;

III - das forças militares, quando em instrução ou manobra;

IV - motocicletas e ciclomotores;

V - outros casos não previstos neste CONTRATO dependerão de negociação forma entre a CONCESSIONÁRIA e o Poder Concedente, de tal forma que seja preservado o perfeito equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO".

Entendo que, conforme antes explicitado, o decreto-lei foi recepcionado pela Constituição Federal; todavia, suas normas devem ser compatibilizadas com a nova ordem, assim como com a legislação federal aplicável. Assim, entendo que a determinação legal foi obedecida pelas minutias dos contratos, atendidos outros princípios e regras atinentes ao sistema constitucional e legal vigente à época - a regra da lei de 1969 deve assim ser compatibilizada (não deve a isenção ser aplicada de forma indistinta). Deve-se atender, neste caso, também o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Nesse sentido o seguinte precedente:

ARGINC 200804000028975 ARGINC - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a) CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ Sigla do órgão TRF4 Órgão julgador CORTE ESPECIAL Fonte D.E. 26/06/2009

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO. LEI ESTADUAL QUE ESTABELECE ISENÇÃO OU REDUÇÃO DE TARIFA DE PEDÁGIO SEM COMPENSAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STF. 1. A lei do Estado do Paraná, a qual cria isenção de tarifa para as motocicletas e similares, altera a perspectiva de lucro já delineada por ocasião da celebração do contrato de concessão, não só pela inexistência de tal isenção quando da contratação, mas também pela ausência de previsão de mecanismos de compensação das perdas decorrentes dessa dispensa de pagamento. Isso altera de forma substancial as condições iniciais da proposta e o possível lucro que levou a concessionária a contratar com o Poder Público. Sob esse enfoque, a norma em questão viola diretamente o disposto no art. 37, inciso XII, da Constituição Federal, na medida em que não são mantidas as condições efetivas da proposta. 2. Precedentes do STF. 3. Inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 15.722 do Estado do Paraná. 4. Incidente de inconstitucionalidade acolhido.

De todo o exposto, concluo por rejeitar os pedidos veiculados nesta ação coletiva.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO, com fulcro no art 269, I, do CPC.

Isento de custas.

Indevidos honorários advocatícios (art. 18 da Lei nº 7.342/85).

Retifique-se a autuação, para excluir do pólo passivo o DNER e Santa Maria Rodovias S/A, nos termos da fundamentação.

Sentença sujeita a reexame necessário (aplicação analógica do art. 19 da Lei nº 4.717/65).

Vinda(s) a(s) apelação(ões) e satisfeitos os pressupostos recursais, recebo-a(s) no duplo efeito, oportunizando-se contra razões e, após, devendo-se remeter o feito ao eg. TRF4.

Intimem-se, ainda, as partes de que, nos termos da Resolução nº 49/2010 do TRF4 (art. 1º, § 4º), na eventual subida do processo ao Tribunal, os autos deverão ser digitalizados, passando a tramitar no meio eletrônico (Sistema E-Proc), sendo obrigatório o cadastramento dos advogados na forma do art. 5º da Lei nº 11.419/2006.

Para o integral cadastro da ação, os procuradores das partes deverão informar obrigatoriamente todos os dados do seu constituinte: Pessoa Física (o nome completo, sexo, estado civil, data de nascimento, profissão, nacionalidade, nome da mãe, nome do pai, CPF e endereço completo - incluindo bairro, cidade, CEP) ou Pessoa Jurídica (nome, nome fantasia, CNPJ, endereço completo - incluindo bairro, cidade e CEP).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Porto Alegre, 09 de agosto de 2012.

Gabriel Menna Barreto von Gehlen
Juiz Federal Substituto