

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5058874-61.2012.4.04.7100/RS

RELATOR : CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR
APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
APELADO : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
APELADO : CONVIAS S/A - CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS
ADVOGADO : LEO IOLOVITCH
 : Letícia Brossard Iolovitch
 : ANTONIO HENRIQUE DE OLIVEIRA BRAGA
 : SILVEIRA
APELADO : DEPARTAMENTO AUTÔNOMO DE ESTRADAS DE
 : RODAGEM - DAER/RS
 : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

**ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDÁGIOS.
LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.**

1. A União foi autorizada a delegar aos Estados, Municípios e Distrito Federal, a administração e exploração de rodovias e portos federais, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.277/96.

2. Os Convênios de Delegação decorrentes são atos políticos por excelência, pois são praticados por agentes do Governo, no uso de sua competência constitucional e se fundam na ampla liberdade de apreciação da conveniência e oportunidade de sua realização.

3. Os pedágios tinham por objetivo recuperar e manter a malha rodoviária, não sendo o Estado obrigado a colocar à disposição dos usuários vias alternativas nas mesmas condições da rodovia objeto da concessão, porque isto desvirtuaria o próprio objetivo da instituição do pedágio, já que o Estado não necessitaria da concessão se tivesse condições de disponibilizar via nas mesmas condições. Além disso, a Lei nº 8.987/95 que regulamenta a concessão e permissão de serviços públicos, não prevê a contrapartida de oferecimento de via alternativa gratuita como condição para a cobrança de pedágio;

4. A demora na tramitação do feito acabou por demonstrar na prática, independentemente dos matizes ideológicos que estavam presentes quando do ajuizamento da ação e das que estão a ela relacionadas, que restou atendido o interesse público.

5. A natureza do pedágio é de taxa e, sendo taxa, em face da natureza jurídica desta, não é possível acolher a tese do Ministério Público no sentido de que os valores do pedágio deveriam ser fixados a partir das propostas das concessionárias. Não houve ilegalidade comprovada no procedimento licitatório. Ao contrário, em respeito ao princípio da legalidade, foi adequada à norma constitucional a pré-determinação pelo Estado dos valores a serem exigidos dos usuários;

6. Não houve, durante a instrução, comprovação de prejuízo ao interesse público, ainda que se saiba tenha sido alto valor dos pedágios a que foram submetidos os usuários.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4^a Turma do Tribunal Regional Federal da 4^a Região, por unanimidade, **negar provimento à apelação e à remessa oficial**, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 21 de julho de 2015.

Desembargador Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR
Relator

Documento eletrônico assinado por **Desembargador Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4^a 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 **7255304v4** e, se solicitado, do código CRC **525612C**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Cândido Alfredo Silva Leal Junior

Data e Hora: 03/08/2015 15:58

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO N° 5058874-61.2012.404.7100/RS

RELATOR : CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR
APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
APELADO : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
APELADO : CONVIAS S/A - CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS
ADVOGADO : LEO IOLOVITCH
 : Letícia Brossard Iolovitch
 : ANTONIO HENRIQUE DE OLIVEIRA BRAGA
 : SILVEIRA
APELADO : DEPARTAMENTO AUTÔNOMO DE ESTRADAS DE RODAGEM - DAER/RS
 : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL (sucedido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL), objetivando, em síntese, anular o Edital de Pré-Qualificação e Convocação n° 75/96 e do Contrato n° PJ/CD/088/98 (Rodovia BR116, trecho de Caxias do Sul a São Marcos). Sucessivamente, requer: (a) seja determinada a proibição de cobrança do pedágio até que seja colocada à disposição dos usuários rodovia alternativa em perfeitas condições de trafegabilidade e (b) seja determinada perícia para elaboração de estudo e cálculo, a fim de apurar qual o valor justo a ser cobrado a título de taxa de pedágio no referido trecho rodoviário.

A sentença (evento 3, SENT145) julgou improcedente o pedido.

Apelou o Ministério Público Federal. Em suas razões (evento 3, APELAÇÃO146), sustenta que o reconhecimento das ilegalidades deveria ter levado à procedência do feito, em defesa da segurança jurídica e do interesse público, pois foram afetados os usuários dessa rodovia nos últimos quinze anos. Diz que não foram observadas as Leis n.ºs 8.666/93 e 8.987/95 e que houve burla ao procedimento licitatório e que a sentença reconheceu as ilegalidades, mas minimizou-as, sob o argumento de que a natureza jurídica do pedágio permitiria a mitigação dos princípios de regem as concessões e licitações, o que não é correto. Explica que não houve o regular edital de licitação, que foi indevidamente substituído pelo edital de pré-qualificação e convocação, com o que se negou vigência ao art. 40 da Lei n° 8.666/93, sendo nulidade insanável na licitação. Alega, ainda, que os efeitos da invalidação devem retroagir até alcançar o momento inicial da ilegalidade combatida, devendo fulminar todos os atos e fases do procedimento ilegal, sem que haja, pela prática desse ato, qualquer indenização aos licitantes. Aduz que o fracionamento dos editais de pré-

qualificação em oito atos torna ainda mais grave a irregularidade praticada e que a utilização dos editais ainda ocasionou pelo menos mais duas irregularidades: a habilitação em duas fases e a inexistência de projeto básico na primeira fase da licitação. Questionou também o critério do julgamento da licitação, que aceitou simples declarações das empresas, as tarifas fixadas previamente e a irregularidade da realização das audiências públicas. Argumentou que foram incluídas rodovias não delegadas pela União e não existiu comissão de acompanhamento e fiscalização, além do que não havia, no caso, via alternativa em iguais condições às daquelas que são objeto das concessões.

Pede, ao final, 'seja dado provimento ao presente apelo, a fim de que seja reformada a r. sentença das fls. 1209-1217, com a total procedência do pedido, nos termos da inicial, a fim de que: a) seja reconhecida a nulidade do dos Editais de Pré-Qualificação e Convocação nº 75/96 (Polo Caxias do Sul), bem como de todos os atos e contratos com base neles realizados, condenando os ora apelados a não procederem à concessão das rodovias federais, nos moldes dos referidos Editais de Pré-Qualificação e Convocação. E, sucessivamente (art. 289 do CRC), não sendo anulados os respectivos Convênios, Editais e/ou contratos e atos com base neles realizados, condene e determine o seguinte: b) à concessionária vencedoras das licitações: b.1) se abstenha da cobrança do pedágio ou outra forma de cobrança cabível, enquanto não editada lei autorizadora, obedecidos os princípios constitucionais; b.2) exclua do custo para fins de apuração do valor do pedágio, as obras e serviços já realizados pela União ou cuja responsabilidade permaneça ao seu encargo mesmo após a concessão; b.3) seja proibida de permitir a participação em seu capital de terceiros estranhos a eventual consórcio formado; b.4) responda pelo ônus das desapropriações e servidões promovidas com autorização do poder concedente; b.5) favoreça a modicidade das tarifas se explorarem fonte de receita alternativa; c) ao Estado do Rio Grande do Sul, para que promova a constituição das comissões de acompanhamento e fiscalização, nos termos do art. 38 da Lei Estadual nº 10.086/94; d) à União, para que mantenha as vias alternativas nas mesmas condições das rodovias concedidas; e) a condenação ao pagamento de multa diária de até 20% (vinte por cento) do valor do pedágio arrecadado, no caso de descumprimento de qualquer uma das determinações (art. 13 da Lei nº 7.347/85).

A UNIÃO apresentou contrarrazões, requerendo seja improvido o apelo, com a manutenção na íntegra da sentença (evento 3, CONTRAZ148).

É o relatório.
Inclua-se em pauta.

VOTO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL (sucedido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL), objetivando, em síntese, anular o Edital de Pré-Qualificação e Convocação nº 75/96 e do Contrato nº PJ/CD/088/98 (Rodovia BR116, trecho de Caxias do Sul a São Marcos). Sucessivamente, requer: (a) seja determinada a proibição de cobrança do pedágio até que seja colocada à disposição dos usuários rodovia alternativa em perfeitas condições de trafegabilidade e (b) seja determinada perícia para elaboração de estudo e cálculo, a fim de apurar qual o valor justo a ser cobrado a título de taxa de pedágio no referido trecho rodoviário.

Este processo tramitou em autos físicos sob o nº 2000.71.00.015229-1, tendo sido posteriormente digitalizado e tomado o número 5058874-61.2012.404.7100.

A questão dos pedágios no Rio Grande do Sul foi polêmica e teve ampla divulgação na imprensa.

Em que pese as razões trazidas na extensa apelação do Ministério Público Federal, mantendo e adoto como razões de decidir a sentença do Juiz Federal Substituto Gabriel Menna Barreto Von Gehlen, *in verbis* (evento 3, SENT145):

'(...)

DA TRAMITAÇÃO DO FEITO

Ressalto, inicialmente, que a morosidade na tramitação do feito (deste assim como dos demais, julgados em conjunto em face da continência) 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 no processo nº 97.00.23982-9, 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 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 restam prejudicadas, em face de já terem sido afastadas.

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.

São apreciadas por este Juízo conjuntamente, as ações civis públicas dos processos nº 97.00.23982-9 (esta, de objeto mais amplo, com vis atrativa sob as demais, em face de continência), 2000.71.00.037597-8 e 2001.71.00.001778-1, em razão de continência, sendo o objeto da primeira ação mais abrangente que o daquelas.

MÉRITO

Passo a declinar os fundamentos já explicitados na sentença da ACP nº 97.00.23982-9, na parte em que pertinente ao presente feito.

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 nº 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 tem 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, 2ª 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 inerência 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 N° 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. EXISTÊNCIA DE TARIFA (PEDÁGIO) PELA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONCEDIDO QUE PRESCINDE, SALVO EXPRESSA DETERMINAÇÃO LEGAL, DA EXISTÊNCIA DE IGUAL SERVIÇO PRESTADO GRATUITAMENTE 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 Relatora) JOSE 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 APLICAVEL 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 N° 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 n° 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 pedágio 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 19995 1010132046 REO - REMESSA EX OFFICIO - 357115 Relator(a) Desembargador Federal REIS FRIEDE Sigla do órgão TRE2 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 N° 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 n° 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 entroncamentos com outras vias públicas não desnatura sua natureza de rodovia expressa, razão pela qual não há afronta alguma aos ditames do Decreto - Lei n° 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 n° 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 partição 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 4ª 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 JOSE 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-37) 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 a 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, 12^a 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. Sujeito-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. Ha, 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, terse- ti 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 n' 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 do parquet 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. inócorrente 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 legitima reserva política. Nessa hipótese, o Ministério Público deve, previamente, obter a declaração de constitucionalidade 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 novo 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 quanto 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, concluo por rejeitar os pedidos do Ministério Público Federal de reconhecimento da nulidade dos convênios de delegação e das licitações; assim como de irregularidade na cobrança do pedágio.

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.'

A manutenção da sentença é medida que se impõe também porque:

(a) a sentença está bem fundamentada e bem enfrentou as alegações trazidas a apreciação nos autos, as quais apenas se renovam na apelação;

(b) a União foi autorizada a delegar aos Estados, Municípios e Distrito Federal, a administração e exploração de rodovias e portos federais, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.277/96. Os Convênios de Delegação decorrentes são atos políticos por excelência, pois são praticados por agentes do Governo, no uso de sua competência constitucional e se fundam na ampla liberdade de apreciação da conveniência e oportunidade de sua realização;

(c) os pedágios tinham por objetivo recuperar e manter a malha rodoviária, não sendo o Estado obrigado a colocar à disposição dos usuários vias alternativas nas mesmas condições da rodovia objeto da concessão, porque isto desvirtuaria o próprio objetivo da instituição do pedágio, por que o Estado não necessitaria da concessão se tivesse condições de disponibilizar via nas mesmas condições. Além disso, a Lei nº 8.987/95 que regulamenta a concessão e permissão de serviços públicos, não prevê a contrapartida de oferecimento de via alternativa gratuita como condição para a cobrança de pedágio;

(d) a demora na tramitação do feito - agora já passados 15 anos desde o ajuizamento desta ação civil pública (14 anos na Justiça Federal) - acabou por demonstrar na prática, independentemente dos matizes ideológicos que estavam presentes quando do ajuizamento desta ação e das que estão a ela relacionadas, que restou atendido o interesse público;

(e) O Ministério Público Federal não recorreu objetivamente da sentença no que se refere à natureza do pedágio, que é de taxa e, sendo este taxa, em face da natureza jurídica desta, não é possível acolher a tese do Ministério Público no sentido de que os valores do pedágio deveriam ser fixados a partir das propostas das concessionárias. Não houve ilegalidade comprovada no procedimento licitatório. Ao contrário, em respeito ao princípio da legalidade, foi adequada à norma constitucional a pré-determinação pelo Estado dos valores a serem exigidos dos usuários;

(f) não houve, durante a instrução, comprovação de prejuízo ao interesse público, ainda que se saiba tenha sido alto valor dos pedágios a que foram submetidos os usuários;

(g) por todas as razões acima descritas também não podem ser acolhidos também os pedidos sucessivos, os quais, inclusive, diante da extinção do pedágio, perderam seu objeto.

Ante o exposto, voto por **negar provimento à apelação e à remessa oficial**.

É como voto.

Desembargador Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR
Relator

Documento eletrônico assinado por **Desembargador Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4^a 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 **7255303v3** e, se solicitado, do código CRC **4B41D7D**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Cândido Alfredo Silva Leal Junior

Data e Hora: 17/12/2014 16:08

Apelação/Reexame Necessário Nº 5058874-61.2012.4.04.7100/RS

RELATOR : CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR
APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
APELADO : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
APELADO : CONVIAS S/A - CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS
ADVOGADO : LEO IOLOVITCH
 : Letícia Brossard Iolovitch
 : ANTONIO HENRIQUE DE OLIVEIRA BRAGA
 : SILVEIRA
APELADO : DEPARTAMENTO AUTÔNOMO DE ESTRADAS DE
 : RODAGEM - DAER/RS
 : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

VOTO-VISTA

Pedi vista dos autos para melhor analisá-los e, após fazê-lo, acompanho o eminente Relator.

Além de irretocáveis os fundamentos já deduzidos pelo e. Des. Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, o próprio apelante reconheceu, em sua manifestação oral, que o decurso do tempo impactou o desfecho dessa ação, comprometendo a efetividade da prestação jurisdicional pleiteada. Transcrevo trecho do pronunciamento ministerial a que me refiro (segundo as notas taquigráficas):

O projeto básico e a via alternativa são temas que talvez o Supremo venha a afirmar como imprescindíveis, mas tarde demais. É triste ter razão cedo demais, disse Margarite Yourcenar, mas eu queria concluir dizendo que, passado todo esse tempo, eu não vou delirar, porque tenho que ler o pedido da ação civil pública, e o pedido da ação civil pública pedia a anulação do contrato, a suspensão da cobrança e, sucessivamente, uma perícia para apurar o preço justo e a modicidade. O contrato se esgotou; anulá-lo que efeito concreto para este processo teria? Eventualmente, seria possível discutir, em uma outra demanda, a busca de algum ressarcimento, mas eu não tenho como deixar de reconhecer que, se ainda convencido dos fundamentos nessa nossa renovada e eterna disputa de quase vinte anos - em que o senhor tem ganho sempre, é bom que se registre, certamente, graças ao seu mérito e qualidade argumentativa -, mas o tempo, se não estou vencido da argumentação jurídica, da qual ainda sigo firmemente convencido e com a esperança de que o Supremo, ao julgar o recurso repetitivo, possa, mesmo que tardivamente, reconhecer razão ao Ministério Público Federal, notadamente no que diz respeito à via alternativa, que esses processos, todos que foram apregoados, foram vencidos pelo tempo, já que o tempo esvaziou por completo o efeito prático, o interesse prático no julgamento da demanda. (grifei)

Outrossim, é relevante destacar que, a despeito de a questão constitucional atinente à possibilidade de cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público nos casos em que não são disponibilizadas estradas alternativas estar pendente de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal

em sede de repercussão geral (STF, RE 645181 RG, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, julgado em 15/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 30/04/2012 PUBLIC 02/05/2012), o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema, nos seguintes termos:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RODOVIA. PEDÁGIO. SUSPENSÃO. VIAS ALTERNATIVAS. DESNECESSIDADE. INEXISTÊNCIA DE DETERMINAÇÃO EXPRESSA. LEI Nº 8.987/95, ARTIGOS 7º, III E 9º, PARÁGRAFO 1º. PRECEDENTE.

I - Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal visando suspender a cobrança de pedágio na Rodovia BR 227, nos postos indicados, sob a alegação de que tal cobrança em rodovias federais cuja exploração foi concedida à iniciativa privada somente se legitima caso exista via alternativa, possibilitando ao usuário deslocar-se sem o referido pagamento.

II - A Lei nº 8.987/95, que regulamenta a concessão e permissão de serviços públicos, não prevê a contrapartida de oferecimento de via alternativa gratuita como condição para a cobrança de pedágio, nem mesmo no seu artigo 7º, III. Ao contrário, o artigo 9º, parágrafo 1º, da mesma lei, é expresso em dispor que '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'.

Precedente: REsp nº 417.804/PR, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJ de 16.05.05.

III - Recurso improvido.

(STJ, 1ª Turma, REsp 927.810/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, julgado em 17/05/2007, DJ 11/06/2007, p. 300 - grifei)

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.

(STJ, 1ª Turma, REsp 617.002/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, julgado em 05/06/2007, DJ 29/06/2007, p. 490 - grifei)

Destarte, impõe-se a manutenção da sentença em seus próprios termos.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação e à remessa oficial.

É o voto.

Desembargadora Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA

Documento eletrônico assinado por **Desembargadora Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA**, 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 **7644395v5** e, se solicitado, do código CRC **AF4C1842**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Vivian Josete Pantaleão Caminha

Data e Hora: 23/07/2015 08:05

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 16/12/2014 **APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5058874-61.2012.404.7100/RS** **ORIGEM: RS 50588746120124047100**

RELATOR	:	Des. Federal CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR
PRESIDENTE	:	CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR
PROCURADOR	:	Dr. Domingos Sávio Dresch da Silveira
SUSTENTAÇÃO ORAL	:	Dr. Léo Iolovitch p/Convias Concessionária de Rodovias e Sustentação oral pelo Dr. Domingos Sávio Dresch da Silveira p/Ministério Público Federal
APELANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
APELADO	:	UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
APELADO	:	CONVIAS S/A - CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS
ADVOGADO	:	LEO IOLOVITCH
	:	Letícia Brossard Iolovitch
	:	ANTONIO HENRIQUE DE OLIVEIRA BRAGA SILVEIRA
APELADO	:	DEPARTAMENTO AUTÔNOMO DE ESTRADAS DE RODAGEM - DAER/RS
	:	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Certifico que este processo foi incluído no Aditamento da Pauta do dia 16/12/2014, na seqüência 491, disponibilizada no DE de 12/12/2014, da qual foi intimado(a) UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, a DEFENSORIA PÚBLICA e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 4ª TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

APÓS O VOTO DO DES. FEDERAL CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR NO SENTIDO DE NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL. PEDIU VISTA A DES. FEDERAL VIVIAN CAMINHA. AGUARDA O DES. FEDERAL LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE. DETERMINADA A JUNTADA DE NOTAS TAQUIGRÁFICAS.

PEDIDO DE : Des. Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA
VISTA
VOTANTE(S) : Des. Federal CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR

Luiz Felipe Oliveira dos Santos
Diretor de Secretaria

Documento eletrônico assinado por **Luiz Felipe Oliveira dos Santos, Diretor de Secretaria**, 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 **7268515v1** e, se solicitado, do código CRC **E0AE4C69**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Luiz Felipe Oliveira dos Santos
Data e Hora: 16/12/2014 12:40

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 21/07/2015
Apelação/Reexame Necessário Nº 5058874-61.2012.4.04.7100/RS
ORIGEM: RS 50588746120124047100

RELATOR : Des. Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JÚNIOR
PRESIDENTE : VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA
PROCURADOR : Dr. Fabio Bento Alves
PEDIDO DE : Dr. Leo Iolovitch p/ Convias Concessionaria de Rodovias S/A
PREFERÊNCIA
APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
APELADO : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
APELADO : CONVIAS S/A - CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS
ADVOGADO : LEO IOLOVITCH

APELADO : Letícia Brossard Iolovitch
: ANTONIO HENRIQUE DE OLIVEIRA BRAGA SILVEIRA
: DEPARTAMENTO AUTÔNOMO DE ESTRADAS DE
RODAGEM - DAER/RS
: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 21/07/2015, na seqüência 350, disponibilizada no DE de 08/07/2015, da qual foi intimado(a) UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO.

Certifico que o(a) 4^a TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

PROSSEGUINDO NO JULGAMENTO, APÓS O VOTO-VISTA DA DES. FEDERAL VIVIAN CAMINHA NO SENTIDO DE NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL E O VOTO DO DES. FEDERAL LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE NO SENTIDO DE ACOMPANHAR O RELATOR. A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL.

RELATOR : Des. Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JÚNIOR
ACÓRDÃO
VOTO VISTA : Des. Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA
VOTANTE(S) : Des. Federal LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE
AUSENTE(S) : Des. Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JÚNIOR

Luiz Felipe Oliveira dos Santos
Diretor de Secretaria

Documento eletrônico assinado por **Luiz Felipe Oliveira dos Santos, Diretor de Secretaria**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4^a 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 **7706112v1** e, se solicitado, do código CRC **916657F4**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Luiz Felipe Oliveira dos Santos
Data e Hora: 21/07/2015 09:56