

Renato Xavier da Silveira Rosa

*Concessão de exploração de rodovia: o caso do pedágio das  
marginais da Rodovia Presidente Castello Branco  
(SP-280)*

São Paulo  
2008

**Renato Xavier da Silveira Rosa**

*Concessão de exploração de rodovia: o caso do pedágio das  
marginais da Rodovia Presidente Castello Branco  
(SP-280)*

*Tese de Láurea* apresentada no para conclusão do  
Curso de Graduação em Direito, ao Departa-  
mento de Direito do Estado, Área de Concen-  
tração de Direito Administrativo.

Orientadora:

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO  
LARGO SÃO FRANCISCO**

**São Paulo  
2008**

# *Sumário*

Resumo	p. ii
<b>1 Introdução</b>	p. 1
<b>2 Breve histórico da concessão do Lote 12</b>	p. 4
<b>3 Edital da Licitação do Lote 12</b>	p. 7
3.1 Objeto e definições do Edital . . . . .	p. 7
3.2 Forma de exploração . . . . .	p. 8
3.3 Estrutura tarifária da cobrança de pedágio . . . . .	p. 10
3.3.1 Natureza jurídica do pagamento de pedágio . . . . .	p. 10
3.3.2 Aplicação dos conceitos de taxa e tarifa ao caso . . . . .	p. 15
3.4 Do valor cobrado na praça de pedágios . . . . .	p. 16
3.4.1 TCP das Marginais da Rodovia Castello Branco . . . . .	p. 17
<b>4 Violação aos Princípios de Direito Administrativo</b>	p. 19
4.1 Dos Princípios . . . . .	p. 19
4.1.1 Desrespeito ao Princípio da Razoabilidade . . . . .	p. 21
4.1.2 Ausência de motivação . . . . .	p. 22
4.1.3 Publicidade do ato ineficaz . . . . .	p. 24
4.1.4 Modicidade das tarifas . . . . .	p. 25
4.1.5 Conjugação dos princípios tratados . . . . .	p. 26
4.2 Proibição a pedágios próximos da Capital Paulista . . . . .	p. 27

---

4.2.1	Princípio da legalidade . . . . .	p. 27
4.2.2	Legalidade no regime jurídico-administrativo . . . . .	p. 27
4.2.3	Legalidade no procedimento licitatório . . . . .	p. 30
4.2.4	Legislação . . . . .	p. 31
4.2.5	Previsão editalícia ilegal . . . . .	p. 32
4.3	Impossibilidade de promover descontos na taxa cobrada no pedágio . . . . .	p. 33
4.3.1	Disposições do Edital quanto aos descontos e isenções . . . . .	p. 33
4.3.2	Disposições Constitucionais e Legais . . . . .	p. 35
4.3.3	Vinculação do contrato ao edital . . . . .	p. 35
4.4	Margem discricionária . . . . .	p. 37
4.4.1	Limitação constitucional . . . . .	p. 38
4.4.2	Crterios de oportunidade e conveniência. . . . .	p. 39
5	<b>Ilegalidades na execução do contrato</b>	p. 41
5.1	Ilegal fechamento dos acessos da região . . . . .	p. 41
5.2	Moralidade da administração pública . . . . .	p. 42
5.3	Enriquecimento às custas dos usuários . . . . .	p. 45
6	<b>Controle do ato administrativo, tutela judicial e jurisprudência</b>	p. 48
6.1	Controle judicial dos atos administrativos . . . . .	p. 48
6.2	Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo	p. 49
6.3	Interdito Proibitório ajuizado pela Viaoeste . . . . .	p. 52
6.4	Comissão Parlamentar de Inquérito . . . . .	p. 53
6.5	Paradigma do Sistema Anchieta-Imigrantes . . . . .	p. 55
7	<b>Considerações finais</b>	p. 56
	<b>Referências Bibliográficas</b>	p. 60

## *Resumo*

A presente obra trata das praças de pedágio localizadas nos quilômetros 18 (Osasco) e 20 (Barueri) da Rodovia Presidente Castello Branco (SP 280). Tais praças de pedágio foram instaladas após o *Consórcio SAB* sair vencedor da licitação realizada pelo *Departamento de Estradas de Rodagem – DER*, por meio do *Editais de Licitação DER nº 008/CIC/97*, o qual concedeu a exploração do Sistema Rodoviário Castello-Raposo (que abrange os trechos iniciais das Rodovias SP 280 e SP 270 – Rodovia Raposo Tavares, conectando a Capital à cidade de Sorocaba).

A *Concessionária de Rodovias do Oeste – Viaoeste S.A.* foi constituída pelo consórcio vencedor e realizou a construção das vias marginais da mencionada rodovia SP 280, entre os quilômetros 13 e 24 (conectando o chamado “Cebolão”, na chegada à São Paulo, à ponte sobre o Rio Tietê, em Barueri).

Conforme apontado por protestos da população da região, por meio da *Comissão de Estudos da Castello* (que reúne mais de 50 entidades de moradores, empresários e trabalhadores da região), foram descobertos inúmeros vícios ao longo do processo licitatório e foram violados princípios constitucionais e de direito administrativo, bem como legislação federal e estadual. Quanto a esta última, menciona-se expressamente a Lei Estadual nº 2.481, de 31 de dezembro de 1953, que proíbe a cobrança da taxa de pedágio a menos de 35 quilômetros do *Marco Zero* da Capital do Estado de São Paulo.

O presente trabalho tem por objeto analisar tais vícios e violações, estudando-os de acordo com a doutrina do Direito Administrativo, por meio de célebres estudiosos, da jurisprudência dominante, da exegese legislativa e demais meios de análise jurídica.

Indexação por palavra-chave:

direito administrativo, concessão, exploração, rodovia, pedágio.

# 1 INTRODUÇÃO

No final da década de 1990 as principais rodovias paulistas, sob administração do governo estadual, foram objeto de licitação e sua exploração foi concedida a consórcios privados. O chamado *Lote 12*, um dos licitados, consistia no Sistema Rodoviário Castello-Raposo, reunindo as rodovias Presidente Castello Branco – SP 280, Raposo Tavares – SP 270 e Senador José Ermírio de Moraes – SP 075, perfazendo um total de 155 quilômetros.

O *Edital de Licitação DER nº 008/CIC/97*, que determinou o certame licitatório do *Lote 12*, estabeleceu dentre as obrigações do vencedor a de construir vias marginais à Rodovia Presidente Castello Branco, em seus primeiros 10 (dez) quilômetros, até o município de Barueri, especificamente até o trevo de acesso a Alphaville. Por meio de aditamentos, a redação final do edital previu que a construção dessas marginais seria custeada pela construção de praças de pedágio (no quilômetro 18) e pelas demais rendas da rodovia, como painéis publicitários nas margens e cabos de fibra-ótica enterrados no canteiro central.

A proposta vencedora do certame foi a do Consórcio SAB, que constituiu a sociedade denominada de *Concessionária de Rodovias do Oeste de São Paulo – Viaoeste S.A.*, que celebrou com o Poder Público Concedente o *Contrato CR/003/1998*, em 03 de março de 1998.

Ao longo da licitação, durante a construção das marginais, e desde o início do funcionamento dessas praças de pedágio, a Sociedade Civil Organizada se insurgiu contra alguns aspectos da licitação, principalmente no tocante ao fechamento dos acessos entre a rodovia e os bairros marginais e a cobrança de tarifa nos pedágios com valor acima da média quilométrica praticada nas demais praças de pedágio do sistema de rodovias.

Nessa relação entre a sociedade civil organizada, poder público concedente e concessionária, restaram infrutíferas as negociações a fim de conciliar os interesses de todos. Assim, procurado pela população e ciente da profundidade do problema, o Ministério Público Estadual propôs uma Ação Civil Pública a fim de apurar indícios de irregularidades no processo licitatório. Esta demanda judicial foi sentenciada a favor da população, da qual apelaram os réus, recurso

este julgado<sup>1</sup> em abril e junho de 2008 pelo Poder Judiciário paulista, por meio da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a qual deu provimento à apelação da Viaoeste.

O presente trabalho estuda, essencialmente, as possíveis irregularidades na licitação e suas incongruências ou ambigüidades, confrontando argumentos jurídicos de ambos os lados nas questões acessórias ao litígio. No cerne de seu objeto encontra-se relevante conflito no cenário paulista e, diante da dimensão jurídica da questão, de grande relevância nacional.

A sociedade civil organizada, principalmente por meio da *Comissão de Estudos da Rodovia Castello Branco*<sup>2</sup>, elaborou diversos grupos de trabalho de engenharia e jurídicos, que culminaram na busca do auxílio do *Parquet* para a propositura da Ação Civil Pública, sendo que muitos desses trabalhos realizados chegaram à conclusão de que o fechamento dos acessos era ilegal e o valor cobrado nos pedágios era abusivo, inclusive por meio de confronto entre o valor aqui cobrado e o aplicado em outras rodovias no Estado de São Paulo e em outros países, notadamente Estados Unidos, Londres e França.

O *Departamento de Estradas de Rodagem – DER* (sucedido pela *ARTESP – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo*), responsável originariamente pela exploração das rodovias paulistas, e a *Viaoeste* (consórcio vencedor da licitação), quando tiveram a oportunidade de se defender, no processo judicial, argumentaram a ilegitimidade do Ministério Público para a propositura da demanda e rebateram os argumentos iniciais alegando terem sido utilizados critérios meramente de oportunidade e conveniência, sem trazer novas variáveis ou novos fatos para a questão.

Assim, a partir dos argumentos do povo, por meio do *Parquet*, e da simples negativa de tais argumentos pelos demandados (sem adução de fatos extintivos ou modificativos da situação), toda a discussão adquiriu uma dimensão unicamente jurídica, por meio do confronto entre Pareceres e opiniões legais de diversos Professores e Acadêmicos de relevância nacional no Direito Administrativo<sup>3</sup>.

O que faltou a todo esse litígio foi a análise mais aprofundada da jurisprudência pátria acerca do tema, bem como uma visão mais geral do conflito, que abrangesse também as implicações sociais e econômicas sobre a rodovia e, sobretudo, uma análise no estado atual desse sistema rodoviário, que hoje conta com a ligação pelo *Rodoanel Viário* com o baixo índice de uso

<sup>1</sup> Recurso nº 382.317.5/2-00.

<sup>2</sup> integrada por mais de 50 entidades, dentre estes, associações de moradores, trabalhadores e empresas da região afetada.

<sup>3</sup> Notadamente MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO e ODETE MEDAUAR.

das marginais, o que não aliviou o tráfego na pista central, como previsto pelo *DER* e até mesmo esperado pela população local.

Em breve síntese, se discute neste conflito:

- (i) a natureza jurídica da cobrança de pedágios e a denominação que se dá a esta no Edital e o entendimento da Concessionária,
- (ii) os aspectos do princípio da modicidade das tarifas,
- (iii) a ilegalidade da implantação dos pedágios no quilômetro dezoito e vinte, por afronta à Lei Estadual nº 2.481/53,
- (iv) a legitimidade de a concessionária remanejar o trânsito e fechar acessos aos bairros,
- (v) o direito à igualdade de trânsito, que teria sido violado pela existência de outras obras semelhantes sem a cobrança de pedágio, e, por fim,
- (vi) questões que envolvem o valor da tarifa e a sua discrepância se comparado a qualquer outro de qualquer rodovia similar brasileira, por quilômetro rodado.

Sendo estes os pontos principais, considerado-os conjuntamente, temos a aplicação de importantes temas do Direito Administrativo pátrio a um caso concreto e relevante, de modo a enaltecer o estudo desta área do Direito ao destrinchar-se cada implicação do caso trazido à tela.

Ademais, não é só na doutrina que se encontra tal oportunidade de estudo, mas também na jurisprudência de Direito Público. Nesta, ponderam-se os princípios aplicáveis à matéria, deixando de lado a dogmática e buscando compreender como o Direito Administrativo pode afetar e influenciar a população diretamente.

Em suma, é inegável a oportunidade que se tem em se analisar este tema, sob a ótica do Direito Administrativo, tocando os diversos pontos do estudo das concessões públicas e privatizações, seja de obras ou de serviços.

## 2 BREVE HISTÓRICO DA CONCESSÃO DO LOTE 12

O processo licitatório da concessão do *Lote 12* foi iniciado formalmente em 1996, como parte do programa paulista de privatizações, cabendo também descrever a sucessão de decretos estaduais que culminaram na elaboração do Edital.

O Programa Estadual de Desestatização (PED) das rodovias paulistas iniciou-se, sem esta alcunha, em 1990, com a determinação pelo então governador de que fossem feitos estudos para conceder os serviços de exploração das rodovias, já com um esboço dos lotes, principalmente para os sistemas rodoviários que partem da Capital Paulista. Provavelmente por influência deste espírito desestatizador, foi editada a ampla Lei Estadual nº 7.835, de 8 de maio de 1992, que disciplina o regime de concessões de serviços públicos, obras e permissões de serviços para todo o governo estadual paulista.

Formalmente, o PED foi instituído por meio do Decreto Estadual nº 40.000 (de 16 de março de 1995), o qual, na prática, constituiu apenas um grupo de trabalho (composto por secretários de estado, pelo vice-governador e por um assessor especial do governador), o qual organizou a elaboração dos projetos básicos, regulamentos e editais.

O *Lote 12* foi assim denominado e regulamentado com a edição dos Decretos Estaduais nº 40.366 (de 09 de outubro de 1995) e nº 40.640, (de 26 de janeiro de 1996) que, respectivamente, autorizaram a sua licitação e aprovaram o seu regulamento. Foi neste regulamento que pela primeira vez foi mencionada a construção das marginais da Castello Branco, sendo que neste momento ela compreenderia o trecho dos quilômetros 13+700 ao 25, ou seja, até o trevo de acesso a Barueri (que se localiza na saída 26 da rodovia), após Alphaville e Tamboré.

Por fim, foram editados os Decretos nº 41.720 (de 16 de abril de 1997) e nº 41.722 (de 17 de abril de 1997), que respectivamente alteraram os Decretos nº 40.366 e nº 40.640. O primeiro pouco alterou além da quilometragem do *Lote 12*, sem muita relevância a este estudo. Já o novo regulamento, em vigor até a publicação do Edital, reduziu a marginal da Castello Branco para o quilômetro 24+600, mantendo o mesmo início e em pouco mudando a característica

principal da marginal, que seria ligar a Capital ao trevo de Barueri, retirando o tráfego local da via expressa e que futuramente viria a ser a pista central.

Dado início à concorrência internacional do *Lote 12*, algumas perguntas foram formalizadas pelos possíveis licitantes. O *DER* respondeu a tais perguntas e divulgou versão do Edital com as mesmas inseridas no texto. Em seguida, publicou apêndices ao Edital, sendo que o Apêndice III trouxe a 2ª versão do Anexo 4 do Edital, o qual não mudou muitos dados com relação aos pedágios da marginal, mas apenas quilometragens, valores atualizados do pedágio (segundo índice oficial) e alterou algumas garantias a serem prestadas pelos licitantes. O contrato com a licitante vitoriosa foi assinado em 30 de março de 1998 e as operações iniciaram-se no dia seguinte.

As obras das marginais e os novos acessos a Tamboré, Carapicuíba e Alphaville tiveram início em outubro de 1998.

Após protestos da sociedade civil e uma Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI instaurada pela Câmara dos Vereadores de Barueri sobre o caso, a concessionária alterou o projeto da obra e construiu um acesso ao final das marginais para a pista central da Rodovia, retirando o caráter de exclusividade para a população de Alphaville.

O pedágio entrou em operação com as atuais praças localizadas no quilômetro 18 no sentido interior (em Osasco) e no quilômetro 20 no sentido Capital (em Barueri). A partir deste momento todos os acessos da pista central da Castello Branco aos bairros lindeiros até o quilômetro 24 foram fechados, sendo que alguns deles já o eram quando do início das obras, como em Tamboré e Alphaville. Com este fato, a vida dos moradores e trabalhadores da região<sup>4</sup> foi radicalmente atingida, para pior.

Outro fato que se verificou foi o dimensionamento das pistas da marginal. Enquanto que a pista central possui três faixas de rolamento para atender a todo o Oeste Paulista, as marginais, de tráfego local, têm entre 4 e 6 pistas. A esta indagação argumentou o *DER* que isso se devia ao fato das pistas do Rodoanel terem um acesso às marginais e que estas serviriam de ligação entre o Rodoanel e a pista central. Ocorre que esta ligação tem mais de 5 quilômetros, causando aos usuários da marginal pedagiada um grande transtorno, como se esse já não fosse suficiente.

Desde então, os contratos vieram sendo reajustados pelo IGP-M, sem interferência da Concessionária, e o tráfego na região apenas piorou, evidenciando não só a falta de adequado

<sup>4</sup> Na região são mais de 40.000 de moradores em Alphaville e mais de 150.000 trabalhadores que todos os dias se dirigem para este bairro, sendo que todos os moradores de Carapicuíba são afetados pelo problema, assim como os moradores dos bairros lindeiros de Osasco e Barueri.

manejo do tráfego na região, mas também a completa inaptidão da Concessionária em lidar com os problemas dos moradores e trabalhadores da região, que se utilizam da via em questão diariamente.

## 3 EDITAL DA LICITAÇÃO DO LOTE 12

O *Departamento de Estradas de Rodagem – DER*, vinculado à Secretaria dos Transportes do Estado de São Paulo, publicou o *Edital de Licitação nº 008/CIC/97*, como parte do *Programa Estadual de Desestatização e Parcerias com a Iniciativa Privada*, com o fito de conceder o *Lote 12* deste programa, correspondente ao denominado Sistema Rodoviário Castello–Raposos.

Embora não condenável a prática de concessões de serviços públicos – muito pelo contrário, devem ser incentivadas quando a administração pública não tem capacidade de manter tais serviços –, é necessário extremo zelo e responsabilidade para se licitar e conceder os serviços públicos.

É exatamente esta responsabilidade que faltou ao presente Edital, uma vez que são inúmeras as incongruências que podem ser apontadas, bem como os vícios do processo licitatório.

### 3.1 Objeto e definições do Edital

O Edital acima, no primeiro parágrafo de seu preâmbulo, publicou que:

“Acha-se aberta a concorrência de âmbito internacional, do tipo maior oferta, com a finalidade de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, apresentada por empresa ou consórcio de empresas, que se encarregará da exploração, mediante concessão, do SISTEMA RODOVIÁRIO CASTELLO-RAPOSOS.”(página 1 do Edital<sup>5</sup>)

Da simples observação da finalidade da licitação, constante do Edital e todos os aditamentos, fica clara a origem de todo o problema trazido à lume, uma vez que a proposta mais vantajosa para a administração, conforme ocorreu de fato, é certamente a financeiramente mais vultuosa, em decorrência dos demais termos do Edital, evidenciando que o interesse público não foi devidamente tutelado e protegido.

<sup>5</sup> Todas as futuras referências ao Edital DER-SP nº 008/CIC/97 serão feitas apenas ao *Edital*, com a simples menção do número da página em que a referência se encontra no texto original, conforme disponível no endereço eletrônico da ARTESP (<[http://www.artesp.sp.gov.br/download/editais/Edital\\_Lotel12.pdf](http://www.artesp.sp.gov.br/download/editais/Edital_Lotel12.pdf)>), sendo os grifos nossos.

Ainda, nas definições<sup>6</sup> do Edital, a concessão em tela se trata da

delegação do serviço público de exploração do SISTEMA RODOVIÁRIO, nos termos da legislação pertinente, deste EDITAL e do CONTRATO,

sendo que por *sistema rodoviário* entende-se

o conjunto composto, na situação atual, pelo SISTEMA EXISTENTE (item 1.31.) e, no futuro, pelas ampliações decorrentes dos serviços correspondentes às funções de ampliação e do Complexo Maria Campos, da ligação da SP-075 com a SP-270 e dos contornos do trechos urbanizados de São Roque e de Brigadeiro Tobias, após sua implantação, a serem executadas pelo DER e pela DERSA,

e, ainda, que o *sistema existente* representa o

atual conjunto de pistas de rolamento do Sistema Rodoviário, suas respectivas faixas de domínio e edificações, instalações e equipamentos nelas contidos, compreendendo:

I — SP-280 Rodovia Castello Branco, do km 13,7 ao km 79,38;

II — SP-270 Rodovia Raposo Tavares, do km 34,0 ao km 115,5;

III — SP-075 Rodovia José Ermírio de Moraes, do km 0 ao km 15,0.

Observando com atenção os trechos acima, advêm duas considerações: (i) que a licitação, como não poderia deixar de ser, observa toda a legislação atinente, e (ii) que serão feitas ampliações ao sistema rodoviário, às custas do orçamento do próprio *DER* e *DERSA*, cujo resultado será entregue à concessionária.

Da primeira consideração, tem-se que impossível o poder público concedente e a concessionária Viaoeste pretenderem, como de fato pretenderam, que não seja aplicável exatamente toda a legislação, mas apenas a que melhor lhes convém, por critérios de oportunidade e conveniência. Foi o ocorrido notadamente, com relação à Lei Estadual nº 2.481/53, que veda a instalação de praças de pedágio a menos de 35 quilômetros do *Marco Zero* da Capital de São Paulo.

Já da segunda consideração, tem-se que o objeto da licitação é unicamente o serviço público de exploração do sistema rodoviário, e não a sua ampliação ou modificação, o que, seria, como de fato foi, realizado pelo *DER* e *DERSA*, por meio de licitação diversa.

## 3.2 Forma de exploração

O Edital determina que “a exploração do sistema rodoviário [seja feita] pela cobrança de pedágios aos usuários, bem como por receitas acessórias mencionadas no item 21.2”, no qual lê-se que:

<sup>6</sup> Do Edital, páginas 2 e 3, item 1 e sub-itens.

21.2. Além das tarifas de pedágio mencionadas no item anterior, a CONCESSIONÁRIA poderá ainda ser remunerada pelas seguintes fontes acessórias de receita:

I — receitas decorrentes de aplicações no mercado financeiro;

II — cobrança de serviços prestados ao usuário, exceto os serviços relacionados expressamente no artigo 5º, inciso I, alínea “d” do REGULAMENTO DA CONCESSÃO;

III — cobrança de preços por publicidade, não vedada em lei;

IV — valores recebidos por seguro e por penalidades pecuniárias previstas nos contratos firmados entre a CONCESSIONÁRIA e terceiros;

V — cobrança de serviços de implantação e manutenção de acessos;

VI — receitas decorrentes de uso da faixa de domínio, inclusive por outras concessionárias de serviços públicos, observada a legislação pertinente;

VII — receitas acessórias decorrentes da prestação de serviços complementares.<sup>7</sup>

O rol ora apresentado contém serviços que em sua maioria não têm grandes implicações, no entanto o item V, o qual traz a “cobrança de serviços de implantação e manutenção de acessos”, é justamente o que merece análise detida.

Inicialmente, parece ser apenas uma simples decisão da Administração Pública, a qual ensejaria, na verdade, a delegação de uma competência exclusiva sua: o poder constitucional de ir e vir.

Porém, o que *ictu oculi* seria uma imensa inconstitucionalidade, em realidade é uma enorme limitação aos poderes de atuação da Concessionária. Veja-se que há a distinção, apresentada pelo Edital, na definição dos serviços prestados, assim especificando-os:

1.29. **SERVIÇOS DELEGADOS:** serviços públicos a serem prestados obrigatória e ininterruptamente pela CONCESSIONÁRIA durante todo o prazo da CONCESSÃO, nos termos deste Edital e do REGULAMENTO DA CONCESSÃO.

1.30. **SERVIÇOS NÃO DELEGADOS:** os de competência exclusiva do Poder Público, não compreendidos no objeto da CONCESSÃO, nos termos deste Edital e do REGULAMENTO DA CONCESSÃO.

1.28. **SERVIÇOS COMPLEMENTARES:** serviços considerados como convenientes, mas não essenciais, para manter o SERVIÇO ADEQUADO em todo o SISTEMA RODOVIÁRIO, a serem prestados por terceiros, nos termos deste Edital. e do REGULAMENTO DA CONCESSÃO.<sup>8</sup>

Da distinção acima, decorre que o “serviço” de *implantação e manutenção de acessos* trata única e exclusivamente da manutenção da via<sup>9</sup>, a fim de evitar a sua deterioração e desgaste naturais, mas não da manutenção no sentido de permitir ou proibir quais acessos serão abertos ou

<sup>7</sup> Do Edital, página 20.

<sup>8</sup> Do Edital, página 3.

<sup>9</sup> Em sentido contrário entende o Professor FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO MARQUES NETO, ao tratar do tema, quanto à natureza jurídica da cobrança realizada pelas Concessionárias de Rodovias ao abrir e fechar acessos aos

fechados e quais permanecerão no estado em que foram concedidos – sejam abertos ou fechados –, competência esta exclusiva do poder público e indelegável, seja por força constitucional e legislativa ou por determinação do Edital.

A grande implicação desta distinção é a imposição à Concessionária Viaoeste da proibição em abrir ou fechar os acessos que bem entender, sendo que tal providência compete única e exclusivamente ao Poder Público (a requerimento da Concessionária, é verdade), que não pode delegar tal decisão à empresa que explora a rodovia, a qual, certamente, o faria de acordo com interesses econômicos e sem cotejar os interesses da população<sup>10</sup>.

### 3.3 Estrutura tarifária da cobrança de pedágio

A forma de cobrança dos pedágios de todo o *Lote 12* está definida pelo Edital no “Anexo 04 - Estrutura Tarifária”. Ali se define que, dentre outras, serão instaladas praças de pedágios nas “marginais de Osasco” no 18º quilômetro da Rodovia Castello Branco, sendo esta a praça de pedágio de nosso interesse. Porém, antes de adentrar a questão de fundo do valor cobrado, cabe tecer alguns comentários quanto à denominação “Estrutura Tarifária”, em virtude deste último vocábulo.

#### 3.3.1 Natureza jurídica do pagamento de pedágio

Há, contudo, antes de se analisar a estrutura tarifária, a necessidade lógica de antes se esclarecer a natureza jurídica do pagamento feito por usuários de rodovias a título de pedágio, distinguindo os conceitos e valorando-os segundo o presente caso.

Na doutrina do Direito Financeiro e Tributário tem-se de um lado o entendimento de que este pagamento se trata de *preço público* (também chamado de *tarifa*, ou apenas *preço*), isto é, a exploração do patrimônio próprio do poder público, e, de outro lado, entende-se que ocorre

---

postos de serviços que se instalaram ao longo das Rodovias dos Bandeirantes e Anhangüera (Cf. *Cobrança pelo acesso a rodovias para exploração de atividade econômica*. In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. X, n. 43. São Paulo: RT, 2002. pp. 137-170). Neste estudo sustenta o Professor que a manutenção de acessos inclui o aspecto da abertura e fechamento das vias de acesso e também a conservação destas vias. Expõe que por tais “serviços” pode ser cobrado valor pela instalação do acesso e depois pela conservação do mesmo (ele sugere cobrança anual). Sustenta ainda o Professor que não há imposição das cobranças pelo acesso, portanto não é nem tarifa (preço público) nem taxa (Cf. ob. cit., pp. 162-163). Por fim, expôs que os acessos anteriores à concessão tinham caráter precário, não se compatibilizando com o sistema da concessão, prevalecendo este sobre aquele (Cf., ob. cit., p. 165). Assim, ocorreria a retirada dos atos administrativos – que autorizaram anteriormente o acesso – pela sua caducidade, isto é, ocorre a inadmissibilidade de duas normas administrativas, prevalecendo a posterior.

<sup>10</sup> A este respeito, *vide* item 5.1 abaixo.

o pagamento de uma *taxa* – valor pago por serviço público prestado e plenamente divisível na proporção do uso, de natureza tributária –.

A esclarecer esta distinção, mister esposar o pensamento de alguns doutrinadores. Primeiramente, a fim de demonstrar a distinção dos conceitos acima, traslada-se lição de KIYOSHI HARADA.

Teoria sobre preços públicos. Sua distinção com as taxas(...)

A **taxa**, como espécie tributária que é, **tem sua cobrança inteiramente submetida ao regime de direito público**, mais precisamente ao regime tributário. É uma obrigação *ex lege*, só podendo ser exigida dos particulares “em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição” (art. 145, II, da CF).<sup>11</sup>

HARADA, sob a ótica constitucional da matéria (artigo 145, inciso II), expõe a distinção da espécie tributária “taxa” entre a relacionada ao exercício do poder de polícia e a decorrente da utilização efetiva ou potencial de serviço público divisível. E continua:

Tanto a taxa de polícia como a taxa de serviços pressupõem **atuação concreta** do Estado. Daí por que a doutrina classifica a taxa como tributo vinculado à atuação estatal. A taxa de polícia pressupõe atuação do poder público, intervindo na propriedade e na liberdade dos indivíduos, impondo-lhes comportamentos comissivos ou omissos, objetivando o bem-estar geral. Já os serviços podem ser efetiva ou potencialmente prestados. Específicos são aqueles que podem ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade pública. Divisíveis são os serviços suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um de seus usuários.<sup>12</sup>

Veja-se, a respeito do “poder de polícia”, que CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, caracterizando a expressão de equivocada e infeliz, conceitua-a pelas vias do sentido estrito e do sentido amplo:

A atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos designa-se ‘poder de polícia’. A expressão, tomada neste sentido amplo, abrange tanto atos do Legislativo quanto do Executivo. Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos. (...)

A expressão ‘poder de polícia’ pode ser tomada em sentido mais restrito, relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. Esta acepção mais limitada responde à noção de polícia administrativa.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> *In* Direito Financeiro e Tributário. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2000. p. 62-63, grifos nossos.

<sup>12</sup> *Idem*, *loc. cit.*, grifos nossos.

<sup>13</sup> *Curso de Direito Administrativo*, 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 798.

Da aplicação do conceito de “poder de polícia” apresentado no trecho ora transcrito ao disposto no inciso II do artigo 145 da Constituição Federal (em acordo com o entendimento de HARADA) quanto à espécie tributária “taxa”, infere-se que a cobrança de pedágio jamais poderá se justificar em razão do exercício do “poder de polícia”.

Por outro lado, pode sim ser a cobrança de pedágio entendida como decorrente do exercício de atividade estatal plenamente divisível na proporção de seu uso – ou, ao menos, deveria esta ser na proporção do uso, o que nem sempre é possível de ser mensurado –. Ao contrário do que ocorre em países da Europa e nos Estados Unidos – fato notório –, nos quais se controla o ponto de entrada e saída de cada carro e se cobra o pedágio com base na distância efetivamente rodada, no Brasil não é uma prática comumente adotada.

Por outro lado, a cobrança de pedágio também é entendida em função da ótica da exploração originária do patrimônio estatal. É o chamado “preço público”. HARADA, seguindo ao trecho já transcrito acima, ensina que:

**Preço público é sinônimo de tarifa** ou simplesmente preço que, no dizer de Alberto Deodato, 'nada mais é do que a contraprestação paga pelos serviços pedidos ao Estado ou pelos bens por ele vendidos e que constitui a sua receita originária.'

Verifica-se, pois, que para haver preço é necessário haver um contrato, que nada mais é do que 'o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito' (Washington de Barros Monteiro, Curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 1962, v. 5, p. 4). O preço é, portanto, uma obrigação *ex voluntate*. Seu regime jurídico é de direito privado, informado pelo princípio da autonomia da vontade.<sup>14</sup>

Deste singelo e esclarecedor trecho, infere-se que se o pagamento de pedágio for entendido como cobrança de tarifa ou preço, é celebrado um contrato tácito pelo qual o usuário está pagando “pelos serviços pedidos ao Estado” ou pelos “bens por ele vendidos”. Considerando que esta última hipótese (*venda de bens*) se mostra menos adequada, resta considerar o contrato tácito como o pagamento pelos serviços pedidos ao Estado.

Expostas duas correntes de pensamento quanto ao pagamento do pedágio pelos cidadãos (*tarifa* ou *taxa*), resta buscar um indicativo de qual seria mais adequada. A este questionamento, primeiro se busca em HARADA algum auxílio:

A confusão com a taxa iniciou-se com a crescente intervenção do Estado na atividade privada, abarcando setores que nada têm de serviço público a não ser o fato de estar sendo prestado por uma empresa estatal, em geral, pelo regime de concessão. Daí a expressão preço público que, apesar de não se sujeitar aos rígidos princípios tributários, está a indicar que sua formação não se assenta na

<sup>14</sup> HARADA, ob. cit., p. 63.

lei da oferta e da procura, mas em um critério que leve em conta a tutela do interesse coletivo.

Daí por que nem sempre existe um marco divisor claro entre taxa e preço público. Os critérios distintivos até agora conhecidos são insuficientes para aclarar de vez esta questão nebulosa como veremos.<sup>15</sup>

Exposta a indagação inicial do doutrinador, continua este analisando o critério distintivo fundado no regime jurídico do pagamento, do festejado mestre GERALDO ATALIBA:

Um pagamento, juridicamente, configura o preço ou a taxa, conforme seu regime jurídico.

Ora, tal critério está no arbítrio puro e simples do legislador. Ele, de modo efetivamente arbitrário, dá ou não forma de taxa – vale dizer, estrutura tributária – ao pagamento.

Ele é absolutamente livre para criar uma entidade como preço ou como taxa. Da mesma maneira é livre para transformar qualquer taxa em preço, ou qualquer preço em taxa (basta-lhe modificar o regime jurídico da relação que tem por objeto o pagamento).<sup>16</sup>

Quanto à exposição acima, HARADA conclui que:

Tal critério, além de possibilitar a distinção entre uma entidade e outra somente depois de posta a lei, encerra o inconveniente de condicionar a criação de uma determinada exação como taxa, ou como tarifa ao exclusivo arbítrio do legislador. Aliás, esse autor reformulou sua suposição inicial para retirar do legislador o arbitrário poder de transformar a taxa em preço e vice-versa (*vide* Hipótese de incidência tributária. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973. p. 179).<sup>17</sup>

Portanto, sob a esposada ótica de GERALDO ATALIBA, o qual certamente reviu *a posteriori* seu entendimento por ter sobre este tema se detido por muitos anos, percebe-se *ab initio* que não há impedimento quanto à escolha a qualquer momento, pela Administração Pública, do regime jurídico de exação, seja ora como taxa ou ora como preço público. Porém, passa HARADA a discorrer sobre outro doutrinador:

Marco Aurélio Greco propõe o critério distintivo fundado no regime jurídico de atuação estatal. Segundo esse critério, o pressuposto da exigibilidade da taxa é a atuação estatal consistente na execução de serviço público (aquele que atende ao interesse público), enquanto o pressuposto da exigibilidade do preço é a atuação estatal voltada para a satisfação de interesse público secundário, que de rigor jurídico não configura serviço público.

“Em outras palavras, em nosso modo de ver, afirmar que um serviço público está sendo remunerado por preço é contradição nos termos, pois, uma determinada atuação ou se submete a regime jurídico público (configurando ‘serviço público’)

<sup>15</sup> Idem.

<sup>16</sup> *Considerações em torno da teoria jurídica da taxa*, in Revista de Direito Público, v. 9, p. 53.

<sup>17</sup> Idem nota anterior

por consequência não dará origem a relações de direito privado (preço), ou se submete a regime de direito privado, dando lugar a preço, mas – nesta hipótese – não será serviço público (do ponto de vista estritamente jurídico podendo sê-lo do substancial), porque este se caracteriza pelo regime jurídico público, derogador do privado.”(Distinção entre taxa e preço, RT 456/42).

Das elementares lições trazidas acima, começa-se a vislumbrar um direcionamento no sentido das *taxas*, uma vez que a cobrança de pedágio tem um componente público muito mais acentuado que privado ou contratual.

Na mesma esteira, PAULO DE BARROS CARVALHO muito bem distingue e ilustra as figuras da *tarifa* e da *taxa*, evidenciando não só que os pedágios têm natureza de *taxa*, e não *tarifa*, mas também e principalmente que o regime que deve se aplicar a tais casos é o tributário. Referido autor analisa primeiramente as *taxas*. Sob ótica abstrata:

Taxas são tributos que se caracterizam por apresentarem, na hipótese da norma, a descrição de um fato revelador de uma atividade estatal, direta e especificadamente dirigida ao contribuinte. Nisso diferem dos impostos, e a análise de suas bases de cálculo deverá exibir, forçosamente, a medida da intensidade da participação do Estado. Acaso o legislador mencione a existência de taxa, mas eleja base de cálculo mensuradora de fato estranho a qualquer atividade do Poder Público, então a espécie tributária será outra, naturalmente um imposto.<sup>18</sup>

Vê-se, *prima facie* e em abstrato, que *taxas* devem conter base de cálculo própria de *taxa* e que deve ser aplicado ao texto normativo raciocínio que prime pela realidade, isto é, não importa a denominação utilizada, mas qual efetivamente é o regime jurídico em vigor. Passa, em seguida, CARVALHO, a estudar concretamente o direito positivo:

O direito positivo vigente prevê duas espécies de *taxas*: *a*) *taxas* cobradas pela prestação de serviços públicos; e *b*) *taxas* cobradas em razão do exercício do poder de polícia.

a) *taxas* cobradas pela prestação de serviços públicos

Sobre tal rubrica é necessário dizer que os serviços públicos ensejadores de *taxa* são aqueles que se contiverem no âmbito de atribuições da pessoa política que institui o gravame, segundo as regras constitucionais. Os serviços poderão ser efetiva ou potencialmente prestados ao contribuinte, ou postos à sua disposição, conforme anuncia o art. 77 do Código Tributário Nacional. E o parágrafo único desse dispositivo adverte que, além de não poderem ter hipóteses de incidência e bases impositivas iguais às dos impostos, é vedado cobrá-las em função do capital das empresas, o que é óbvio porém oportuno consignar, porque se não fora desse modo estaríamos diante de um imposto.<sup>19</sup>

Segundo CARVALHO, então, as *taxas* devem conter caráter sinalagmático. É exatamente o que ocorre com o pagamento de pedágios, uma vez que sempre haverá um sinalagma

<sup>18</sup> In Curso de Direito Tributário. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007. p. 38-41.

<sup>19</sup> Idem, *loc. citatato*.

entre quem presta o serviço e cobra o pedágio e quem aceita tal imposição e se entabula uma relação jurídico-tributária.

### 3.3.2 Aplicação dos conceitos de taxa e tarifa ao caso

Feitas as alongadas porém necessárias explicações acima, de rigor analisar a redação utilizada no Edital.

Diante das duas posições (*taxa* ou *preço*), o Poder Público Concedente optou por utilizar a expressão “tarifa” para o que se consubstancia na principal fonte de renda da concessionária, no entanto, o contrato licitado é de concessão de serviço público e, sendo concedido essencial e primordialmente o serviço, o patrimônio explorado não perde a qualidade jurídica de bem público.

Ocorre que se for considerada *taxa*, como parece-nos mais adequado, a relação é jurídico-tributária e aplica-se o disposto no artigo 145, inciso II da Constituição Federal, estabelecido em lei pelo artigo 77 do Código Tributário Nacional. Isto é, a *taxa* cobrada deve ter valor o mais próximo possível da proporção do seu uso, de maneira plenamente divisível. Já se for considerada *tarifa*, a relação contratual é de consumo, já que os usuários pagam pelo uso, por um serviço prestado a eles, aplicando-se as definições existentes no Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990).

Seja qualquer uma das hipóteses acima a adequada, o fato é que nenhuma delas é inteiramente adotada pelo Edital, tendo este criado extensa margem para discussão quanto à estrutura tarifária.

Parece-nos que o mais adequado seja considerar tal pagamento como *taxa* e, enquanto tal, deve se submeter ao regime jurídico-tributário e de direito público, caracterizando os usuários da rodovia pedagiada como contribuintes e a concessionária como prestadora de serviço, em regime jurídico da concessão de serviço público.

Em sentido contrário, de que seria *tarifa*, entendem alguns doutrinadores de Direito Administrativo (DI PIETRO, 2006a; MARQUES NETO, 2002a). Sustentam estes, notadamente DI PIETRO, que em decorrência da natureza privada das concessões, não seria compatível o regime tributário das *taxas*, principalmente por que o princípio da legalidade se tornaria um ônus incompatível com o regime das concessões (DI PIETRO, 2006a, p. 389). Afirmou na mesma oportunidade a ilustre professora que determinar a remuneração de determinado serviço por meio de *taxa* “é o mesmo que afirmar que esse serviço não pode ser objeto de concessão ou permissão”.

Aos argumentos acima temos por muito distinta a situação dos sistemas rodoviários paulistas cuja exploração foi concedida. Em todos a concessão tem caráter *híbrido*, justamente pelo utilização da palavra *exploração*. Nestes, há caracteres de concessão de obra e de concessão de serviço. Em virtude disto, foi determinada mais de uma forma de remuneração (como visto no item 3.2). Assim, seria mais lógico entender, nos casos das concessões ora tratadas, que a *taxa* pode sim ser remuneração para o pedágio, enquanto que a parte contratual que seria *obra* seria remunerada pelas receitas acessórias. Mencione-se, ainda, que nos casos dos pedágios, há lei que define sua cobrança como *taxa* e os valores iniciais quilométricos estipulados nos editais correspondiam, como ainda correspondem, ao mesmo valor cobrado nas praças de pedágio não concedidas a particulares. Até mesmo a forma de atualização monetária é a mesma (o IGPM da FGV) e dependente de norma do órgão regulatório (a *ARTESP*). Por essas razões, não vemos óbice a que seja considerada como *taxa* a exação, a despeito do entendimento de administrativistas de que seria *tarifa*.

Na esteira das renomadas posições expostas acima (dos professores de Direito Tributário e Financeiro), a relação jurídica estudada se caracteriza como *taxa* principalmente em decorrência do fato de o serviço concedido pelo Poder Público e prestado pela Concessionária ser plenamente divisível, ainda mais quando se adota valores quilométricos para se estabelecer o valor para cada trecho pedagiado e cobrado do usuário.

Inobstante, a legislação paulista (notadamente a do início da década de 1950<sup>20</sup>) criou e regulamentou o tributo “taxa de pedágio”, o qual foi cobrado dos contribuintes por meio do *Departamento de Estradas de Rodagem – DER* por décadas, sem nenhuma objeção substancial. Evidente assim a natureza tributária da exação dos pedágios, ainda que posteriormente tenha a Administração entendido de forma diversa, o que não tem o condão de alterar disposição normativa da legislação estadual, que tem origem no Poder Legislativo e claramente de caráter hierárquico superior ao do mero entendimento da Administração.

### 3.4 Do valor cobrado na praça de pedágios

O Anexo 4 do Edital traz três bases tarifárias<sup>21</sup>. Estão estas definidas no item 4.1.1<sup>22</sup> do Edital, segundo as quais, por cada quilômetro de estrada utilizado ou à disposição, tem-se um valor multiplicador, de acordo com o tipo da via: (i) rodovia de pista simples, (ii) rodovia de pista dupla, ou (iii) sistema de rodovias paralelas com mesma função de ligação.

<sup>20</sup> Lei nº 782 de 30 de agosto de 1950 e Lei nº 2.481 de 31 de dezembro de 1953.

<sup>21</sup> Muito embora não se concorde com o conceito, adotar-se-á, adiante, o vocábulo “tarifa” ao se referir à cobrança de pedágio no âmbito do Edital, a fim de evitar confusões entre as expressões distintas.

<sup>22</sup> Do Anexo 4 do Edital, página 3.

As duas primeiras bases tarifárias não trazem dúvidas, já que o conceito de pista simples e pista dupla é bastante objetivo e determinado.

Já a terceira, inversamente, enseja diversos questionamentos, principalmente quanto ao próprio conceito ao qual o redator do Edital tentou referir-se e não o conseguiu com clareza. Não se sabe se tratava o redator dos casos como o das marginais construídas no trecho metropolitano da Rodovia Castello Branco (objeto deste estudo) ou se dos casos em que esta Rodovia e a Raposo Tavares “ligam” (na redação do Edital) pontos idênticos, uma vez que a expressão “mesma função de ligação” é absolutamente imprecisa e subjetiva.

Não obstante a dúvida apontada e a qual será adiante tratada dualmente, a seguir explica-se qual a forma de cálculo do “Trecho de Cobertura da praça de pedágio – TCP”, que deve ser multiplicado pela base tarifária correspondente, encontrando-se o valor do pedágio.

A fim de esclarecer o cálculo, suponha-se que há determinada praça de pedágio localizada no 10º quilômetro da estrada e outra praça no 20º quilômetro e a estrada possui 25 quilômetros, desde o zero. Neste caso, o TCP da primeira praça será 15 (do 1º ao 15º quilômetro, que é o meio exato entre as duas praças hipotéticas) e o da segunda será 10 (do 15º ao 25º quilômetro). Se neste exemplo a tarifa básica quilométrica fosse R\$ 0,03 (três centavos), o valor do primeiro pedágio seria R\$ 0,45 (quarenta e cinco centavos) e o do segundo R\$ 0,30 (trinta centavos).

Esclarecida a forma de cálculo do valor do pedágio, porém antes de estudar o caso concreto, necessário apontar que o cálculo exposto no Edital não trata de vias paralelas com trechos cobertos sobrepostos (pistas laterais ou marginais, como ocorre no trecho estudado no presente trabalho), de modo que o que se apresenta no Anexo 4 é uma tabela de “Tarifas básicas por praça”, como se fosse corolário lógico das explicações do cálculo, e não o são, instaurando grandes dúvidas.

### 3.4.1 TCP das Marginais da Rodovia Castello Branco

Curiosamente, o poder concedente não informou no Edital o valor do TCP das praças das marginais e do pedágio do quilômetro 33 (Itapevi) da Rodovia Castello Branco, o qual se sobrepõe ao das marginais. A falta deste número, ainda que decorra de erro (o que é difícil de crer, já que em lugar dos números constam “traços”), impossibilita por completo o cálculo do valor básico dos pedágios das marginais e não permite que se saiba o que a Administração Pública pretendia estabelecer como parâmetro em seu lugar ou mesmo quais os critérios utilizados para se chegar à tarifa básica ali apresentada (esta sim muito bem definida).

Desta omissão resta evidente que nem mesmo o próprio poder público sabe ao certo descrever qual a forma de cálculo para se chegar à astronômica tarifa de R\$ 2,50 à época da primeira publicação do Edital<sup>23</sup>, vez que evidentemente superior à tarifa básica quilométrica<sup>24</sup>.

Com relação aos obscuros cálculos e peculiaridades acima, foram formuladas diversas perguntas, nos termos do item 6.2 do Edital, por possíveis participantes que retiraram a pasta do edital.

Destas questões, destaca-se as de nº 2, 18, 33 e 48, que tratam unicamente do valor dos pedágios das marginais ora em tela.

Para as mencionadas perguntas de nº 2, 18 e 48 apenas se esclareceu que o valor deveria ser cobrado tanto na ida quanto na volta, sem elucidar a enigmática fórmula utilizada.

Já a pergunta de nº 33, muito intuitivamente, questiona o fato de as tarifas das marginais da Castello Branco utilizarem lógica de cálculo totalmente discordante das demais praças de pedágio do *Lote 12*. O *DER* apenas respondeu que o cálculo realmente é distinto, sem esclarecê-lo.

Assim, mais uma vez demonstrou-se a intenção de se estabelecer um valor de cobrança de pedágio totalmente arbitrário e sem qualquer justificativa, seja pela lógica contábil-financeira ou pela jurídica. Tal prática deve ser impedida, principalmente por violar basilares fundamentos do Estado de Direito.

---

<sup>23</sup> R\$ 2,70 na 2ª versão do Anexo 4, introduzida pelo Apêndice III ao Edital, que aditou este último.

<sup>24</sup> Essa conclusão matemática é encontrada ainda que se utilize o valor quilométrico maior, pois o trecho corresponde ao interregno do 13º ao 24º quilômetro no sentido São Paulo-Interior e do 23º ao 14º quilômetro no sentido Interior-São Paulo, ou seja, 11 quilômetros na ida, e 9 quilômetros na volta. Assim, são em média R\$0,25 por quilômetro rodado.

## 4 VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

A razão fundamental para a não trivial hostilização que a população local manifestou em face da Viaoeste e do Governo Estadual foi, primeiro, a geralmente impopular decisão de construir praças de pedágio em trecho urbano e, depois, o fechamento dos acessos à pista central, sem pedágio, não deixando opção aos usuários.

No entanto, este abuso, ilegal, é apenas uma das muitas violações a princípios constitucionais e legais que restringem a atuação da Administração Pública, incluindo a administração indireta e delegada. Por essa razão, necessário apontar e explicitar, um a um, os elementares princípios de Direito Administrativo não respeitados pelo Poder Público Concedente e pela Concessionária.

### 4.1 Dos Princípios

Inicialmente, cumpre apontar que BANDEIRA DE MELLO<sup>25</sup> examinou atentamente os princípios do regime jurídico-administrativo e concluiu que podem estar presentes de maneira explícita ou implícita na Carta Magna<sup>26</sup>.

Quanto os princípios implícitos, afirmou que alguns podem estar incluídos na ordem constitucional porém não no artigo 37, *caput*, da Lei Maior; outros são implicações lógicas, “conseqüências irrefragáveis dos aludidos princípios expressos; ou ainda podem ser implicações evidentes do próprio Estado de Direito e do sistema constitucional como um todo.”

---

<sup>25</sup> Ob. cit., p. 92.

<sup>26</sup> Também costuma-se fazer referência aos princípios das licitações e contratos administrativos e aos princípios do procedimento administrativo. Os primeiros são aqueles mencionados no artigo 3º, *caput*, da Lei Federal nº 8.666, de 21.06.1993 e os últimos são os apontados no artigo 2º da Lei Federal nº 9.784, de 29.01.1999. Porém, nesta parte exordial da análise principiológica, a grande relevância repousa naqueles fundamentos que regem toda a Administração Pública, seus agentes e quem com eles contrata, razão pela qual apenas estes serão vistos com maior detença, restando os demais para estudo menos pormenorizado.

Relativamente à importância dos princípios para determinado regime jurídico, cabe apontar que podem ou não ter menção expressa, mas nem por isso deixarão de estar presentes na disciplina estudada e muito menos dependem da vontade do legislador. Pode este ter contemplado na lei determinado princípio sem que o tenha feito conscientemente, ensejando, portanto, a necessidade de estudo sistemático para se extrair de dado regime jurídico os princípios que o regem e nele foram consagrados. Neste mister, BANDEIRA DE MELLO consignou que:

Ao jurista interessam, portanto, os princípios consagrados, haja ou não o legislador pretendido conscientemente instaurá-los. Estes cânones, entretanto, estão sempre à disposição da autoridade legislativa, pelo quê podem ser, a qualquer tempo, modificados, derogados, seja pela substituição dos princípios básicos, seja pela alteração deles nos vários institutos particulares de uma dada disciplina. É exatamente por isso que o jurista, o intérprete – a quem cabe simplesmente reconhecer os princípios encampados e identificar as diferentes aplicações em face das diversas hipóteses –, deve centrar sua investigação, raciocínio e construção teórica única e exclusivamente no regime.<sup>27</sup>

Além disso, MARÇAL JUSTEN FILHO afirma e reconhece que “a supremacia da Constituição não pode ser mero elemento do discurso político”, devendo “constituir o núcleo concreto e real da atividade administrativa”; e conclui:

Isso equivale a rejeitar o enfoque tradicional, que inviabiliza o controle das atividades administrativas por meio de soluções opacas e destituídas de transparência, tais como “discricionariedade administrativa”, “conveniência e oportunidade” e “interesse público”. Essas fórmulas não devem ser definitivamente suprimidas, mas sua extensão e importância têm de ser restringidas à dimensão constitucional e democrática.<sup>28</sup>

Por fim, a respeito desta tal “dimensão constitucional”, ensina que por ser o regime jurídico-administrativo estruturado e produzido pela Constituição, esta “delineia os princípios fundamentais, indica as situações em que será indispensável a existência de regras e fornece as diretrizes de desenvolvimento do sistema normativo.” Afirma, outrossim, que “ainda que o conteúdo concreto do regime administrativo somente possa ser conhecido mediante as regras efetivamente adotadas”, “sua identidade é determinada pela Constituição”. Alude, então, o doutrinador, a uma “espécie de *código genético* do regime administrativo, o qual é imposto pela Constituição”. Por isso, os princípios e regras constitucionais “deverão ser respeitados pelas instituições estatais e não estatais, ao longo das atividades de produção, aplicação e interpretação do direito.”<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Ob. cit., p. 87.

<sup>28</sup> *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006. p. 14.

<sup>29</sup> *Curso...*, ob. cit., p. 55.

Visto que estudar os princípios não se trata de mero exercício intelectual – mas de atividade necessária para a delimitação do exercício da função pública administrativa pelos que dela se ocupam e para o ramo do direito administrativo de uma maneira ampla e geral –, analisemos o rol de princípios do regime jurídico-administrativo, no qual encontramos, em primeiro lugar, o da primazia do interesse público sobre o particular e o da legalidade, bem como os não menos importantes princípios da razoabilidade, da motivação, da publicidade, da igualdade, da modicidade das tarifas, da moralidade da administração pública, entre outros, de acordo com o entendimento de cada autor.

Estudemos os princípios pertinentes ao caso ora trazido, porém, em ordem pouco usual, já que o da legalidade – que costuma ser tratado em primeiro lugar pelos doutrinadores – será visto mais à frente, ao tratarmos da proibição a praças de pedágios próximos da Capital. Por ora, vejamos por quê foram desrespeitados os princípios da razoabilidade, motivação e publicidade.

#### 4.1.1 Desrespeito ao Princípio da Razoabilidade

Quanto à razoabilidade, diz-se que “enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga de competência exercida.”<sup>30</sup> E arremata BANDEIRA DE MELLO que, indubitavelmente, “não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas em desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.”<sup>31</sup>

Com efeito, a discricção conferida ao Poder Concedente para estabelecer os valores a serem cobrados nas praças de pedágio não lhe assegura o poder de decidir segundo sua própria conveniência, ou, nos dizeres do festejado professor supra citado, “não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda.”<sup>32</sup> Em rigor, o princípio da razoabilidade não decorre da

<sup>30</sup> BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 105.

<sup>31</sup> Idem nota anterior.

<sup>32</sup> Idem.

doutrina de determinados autores, mas de uma detida exegese constitucional, arrimando-o sobre o artigo 5º, incisos II e LXIX, artigo 37, *caput*, e artigo 84.

Ao contrário do que alegaram a Viaoeste e o Poder Concedente, o pronunciamento judicial sobre a legalidade de ato que violou a razoabilidade não “invade” o *mérito* do ato administrativo. A liberdade conferida à administração pública se trata de possibilitar a decisão segundo critérios de oportunidade e conveniência, isto é, “liberdade dentro da lei, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos.”<sup>33</sup>

No mesmo sentido, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, apontando que tal princípio da razoabilidade também é encontrado no artigo 111 da Constituição do Estado de São Paulo, afirma<sup>34</sup> tratar-se de aplicação do Direito Administrativo como tentativa de limitação à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário e, citando GORDILLO<sup>35</sup>, ensina que:

a decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é irrazoável, o que pode ocorrer, principalmente quando:

- a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou;
- b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou
- c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar em relação ao que se deseja alcançar.

No caso ora estudado, é evidente que não foi respeitado o princípio da razoabilidade ao se estabelecer valor de pedágio muitas vezes superior ao teto quilométrico fruto da própria escolha da administração pública. E mais, é menos razoável ainda que não se justifique o porquê de tal valor.

#### 4.1.2 Ausência de motivação

Passando ao segundo princípio, o da motivação, imperioso consignar que já foi superada a discussão da doutrina quanto à obrigatoriedade de se respeitar tal princípio apenas em atos discricionários, em atos vinculados ou em ambos, sendo que hoje se aceita e se exige que esteja presente motivação em todo e qualquer tipo de ato, pois “se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos”<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 106.

<sup>34</sup> MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*. 19ª edição. São Paulo: Atlas, 2006. p. 95.

<sup>35</sup> AGUSTIN A. GORDILLO, *Princípios gerais de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 183-184. *apud* DI PIETRO, ob. cit., p. 95.

<sup>36</sup> DI PIETRO, ob. cit., p. 97.

É justamente para que seja possível o controle jurisdicional dos atos administrativos que se impõe a necessidade de motivação, a qual, como já visto, também deve ser razoável. A ausência de fundamentação do ato administrativo, além de incompatível com o Estado de Direito, implica a lesão a direito. “É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do ‘porquê’ das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis”.<sup>37</sup>

Porém, no caso concreto trazido à tela, ausente qualquer motivação para simplesmente se escolher uma taxa ou tarifa arbitrariamente definida em patamar superior ao teto. No caso da ausência de motivação, tanto pior, pois sequer foi respondida de forma satisfatória a pergunta formulada por um dos possíveis licitantes<sup>38</sup>, que desejava conhecer a razão pela qual o pedágio das marginais da Rodovia Castello Branco teriam cobrança acima do teto e injustificada. Enseja-se, portanto, a nulidade completa do ato que as estabeleceu, conforme já visto (*vide* notas 36 e 37 acima), em BANDEIRA DE MELLO e DI PIETRO.

Importante ainda mencionar que constam tal princípio e tal consequência da Constituição Federal (artigos 93 e 128, §4º, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004), da Constituição do Estado de São Paulo (artigo 111), da Lei nº 8.666/93 (artigo 3º, *caput*) e da Lei nº 9.784/99 (artigo 2º, *caput*). Porém, embora a maior parte destas disposições trate de decisões administrativas, sua exegese – atenta e apurada – impõe um mínimo a ser atendido, não exauriente, “o que não exclui a mesma exigência em outras hipóteses em que a motivação é fundamental para fins de controle da legalidade dos atos administrativos”<sup>39</sup>.

Salta aos olhos, ainda, quando apresentadas as razões de defesa da Viaoeste e da ARTESP (sucessora do DER), que sequer neste momento puderam justificar o valor cobrado no pedágio. A primeira afirma cumprir estritamente o Edital e a segunda aponta que agiu em atenção a critérios de oportunidade e conveniência, isto é, dentro da margem discricionária que lhe cabe.

Neste diapasão, não é possível prescindir da conclusão de BANDEIRA DE MELLO<sup>40</sup>:

Assim, o administrado, para insurgir-se ou para ter elementos de insurgência contra atos que o afetem pessoalmente, necessita conhecer as razões de tais atos na ocasião em que são expedidos. Igualmente, o Judiciário não poderia conferir-lhes a real justeza se a Administração se omitisse em enunciá-las quando da prática do ato.

<sup>37</sup> BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 109.

<sup>38</sup> *vide* item 3.4.1 acima.

<sup>39</sup> DI PIETRO, ob. cit., p. 97.

<sup>40</sup> Ob. cit., p. 109.

Continuando, o Ilustre Professor arremata brilhantemente – não sem antes mencionar o anseio da administração pública em justificar-se posteriormente aos seus atos –, com senso crítico que lhe é peculiar:

É que, se fosse dado ao Poder Público aduzi-los apenas serodamente, depois de impugnada a conduta em juízo, poderia fabricar razões *ad hoc*, “construir” motivos que jamais ou dificilmente se saberia que eram realmente existentes e/ou se foram deveras sopesados à época em que se expediu o ato questionado.

Não é outra, senão, a hipótese trazida pelo caso concreto em estudo, já que a motivação veio serodamente com o ajuizamento de uma Ação Civil Pública e, ainda que tenham justificado seu ato, o fizeram de forma absolutamente insatisfatória, aduzindo critérios de oportunidade e conveniência, reservando-se *mentalmente* quais seriam estes critérios que lhe seriam conferidos pela estreita margem discricionária. Por este ocultamento das razões e da motivação é que violam o próximo princípio a ser visto, o da efetiva publicidade dos atos.

### 4.1.3 Publicidade do ato ineficaz

Por sua vez, o princípio da publicidade dos atos merece da mesma forma cautelosa e criteriosa análise.

O artigo 37 da Carta Magna expressamente exige a ampla divulgação dos atos da Administração Pública e a plena publicidade e transparência em seus comportamentos. Mais uma vez de maneira clara, nos expõe BANDEIRA DE MELLO que “não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.”<sup>41</sup>

Por outro lado, o sigilo só se admite, na esfera administrativa, em atenção ao inciso XXXIII do artigo 5º da Lei Maior, nos casos em que for “imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado”.

No caso da ocultação das razões que levaram o Poder Público Concedente a estabelecer pedágio com valor a ser cobrado de forma arbitrária e sem fundamentação, seja contábil ou jurídica, é de rigor reconhecer o desatendimento ao princípio da publicidade.

Não deve tal publicidade se dar como ocorria há algumas décadas, quando decretos eram publicados no Diário Oficial, mencionando-se seu número e ocultando-se seu teor. A plena e ampla publicidade se refere à exposição de todos os elementos concernentes ao ato praticado.

---

<sup>41</sup> *Curso...*, ob. cit., p. 110.

Em tempo, necessário mencionar que mesmo com relação aos documentos da licitação a Administração busca dificultar o acesso à informação. Exemplificativamente, foi realizada audiência pública previamente ao Edital e, nesta ocasião, a data, horário e local não foram devidamente comunicados à população, tendo esta se realizado em Sorocaba, local não compatível com o porte da concorrência internacional. Este é um exemplo da publicidade que se dá ao caso estudado, dificultando até mesmo a atuação do Ministério Público quando da elaboração da Ação Civil Pública.

O fato é que só há uma única explicação para a deficiente publicidade dado ao caso: a ausência de fundamentação para os abusos cometidos. A fim de ocultar as efetivas razões que levaram a Administração Pública a estipular tão elevado valor ao pedágio, a publicidade realizada foi *pro forma*, isto é, apenas publicaram no Diário Oficial a existência do Edital e de Apêndices (como de praxe), sem se prestar, porém, informações acerca da motivação e das decisões que culminaram no edital.

Conforme nos ensinou DI PIETRO<sup>42</sup>, “freqüentemente, a motivação consta de pareceres, informações, laudos, relatórios, feitos por outros órgãos, sendo apenas indicados como fundamento da decisão” e, “nesse caso, eles constituem a motivação do ato, dele sendo parte integrante”. Desta forma asseverado, percebe-se que se há algum documento por meio do qual o Poder Público calculou o valor do pedágio sem levar em consideração a base tarifária quilométrica, tal documento jamais foi apresentado aos cidadãos paulistas, assim considerados indiscriminadamente a imprensa, a sociedade civil organizada ou o Ministério Público.

#### 4.1.4 Modicidade das tarifas

Já o princípio da modicidade das tarifas é decorrência da noção de eficiência da administração, da idéia de que um serviço adequado e eficiente deverá ter a menor *taxa* ou *tarifa* necessária para remunerá-lo.

A Lei Estadual nº 7.835, de 08 de maio de 1992, prevê em seu artigo 16, inciso I, que o concessionário de serviços ou de obra deve “prestar serviço adequado para todos os usuários” e, no artigo seguinte, que “para os fins do disposto no inciso I do artigo anterior, serviço adequado é o que atende ao interesse público e corresponde às exigências de qualidade, continuidade, regularidade, eficiência, atualidade, generalidade, modicidade, cortesia e segurança”. Neste rol de características, a modicidade, ainda que não seja o mais importante, certamente é necessária e um dever do concessionário de serviços ou obra.

---

<sup>42</sup> *Direito...*, ob. cit., p. 98.

A este respeito, notemos que MARÇAL JUSTEN FILHO consignou que “a modicidade tarifária pode afetar a própria decisão quanto à concepção do serviço público”, “não [tendo] cabimento conceber um serviço tão sofisticado que o custo torne inviável aos usuários fruir dos benefícios”.<sup>43</sup> No mesmo sentido, BANDEIRA DE MELLO leciona que, conforme disposição do § 1º do artigo 6º da Lei 8.987/95, “as tarifas devem ser módicas, isto é, acessíveis aos usuários, de modo a não onerá-los excessivamente, pois o serviço público, por definição, corresponde à satisfação de uma necessidade ou conveniência básica dos membros da Sociedade”.<sup>44</sup>

Desta forma demonstrado, entende-se que o princípio da modicidade das tarifas encontra-se claramente ameaçado no caso das marginais da Castello Branco.

#### 4.1.5 Conjugação dos princípios tratados

Expostos os princípios que deveriam ter sido atendidos, conclui-se que o Edital, ao não apresentar o TCP das primeiras praças de pedágio da Rodovia Castello Branco, deveria ter dado publicidade dos motivos que o levaram a esta decisão, expondo-os publicamente e de maneira razoável e lógica, sem reservas mentais ou “critérios de oportunidade e conveniência”.

A este respeito necessário notar que o interesse público e a sua supremacia sobre o particular implicam a indisponibilidade do interesse coletivo. Sob pena de desvio de poder ou desvio de finalidade, vício insanável e ensejador da improbidade administrativa, não pode o administrador público atuar de maneira diversa da lei ou de sua finalidade. DI PIETRO didaticamente nos explica que “por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão”<sup>45</sup>.

No mesmo sentido, BANDEIRA DE MELLO assentou que “a indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis.” E conclui o raciocínio, dizendo que “o próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.”<sup>46</sup>

<sup>43</sup> *Curso...*, ob. cit., pp. 500-501.

<sup>44</sup> *Curso...*, ob. cit., p. 719.

<sup>45</sup> Ob. cit., p. 84.

<sup>46</sup> Ob. cit., p. 70.

Pelo exposto nos itens acima, conclui-se por derradeiro que nenhum dos princípios elencados foi respeitado, de modo que deve ser imposta a pena de nulidade ao ato que estipulou valor exorbitante ao pedágio e não fundamentou publicamente tal decisão de maneira alguma.

## 4.2 Proibição a pedágios próximos da Capital Paulista

A proibição a pedágios próximos à Capital Paulista é tema de suma importância fática e traz grandes implicações jurídicas. Na prática, se tivesse sido respeitada tal vedação, boa parte do trabalho ora realizado não seria necessária. Juridicamente, necessário estudar os princípios da legalidade no âmbito do regime jurídico-administrativo e do procedimento licitatório.

Vejamos o que tange ao princípio da legalidade e em seguida as disposições da Lei Estadual nº 2.481/53.

### 4.2.1 Princípio da legalidade

Para a devida compreensão do problema em se violar legislação estadual que expressamente proíbe pedágios próximos da capital, necessário se mencionar que o princípio da legalidade restringe toda a Administração Pública, direta ou indireta. Porém, necessário consignar que este princípio pode ser visto tanto do aspecto limitador do regime jurídico-administrativo – em análise principiológica constitucional – quanto por sua via específica do procedimento licitatório, assim tratado pela Lei 8.666/93.

### 4.2.2 Legalidade no regime jurídico-administrativo

Quanto à primeira via de estudo, veja-se que o princípio da legalidade decorre da própria natureza do Estado de Direito e constitui fundamental direito do cidadão.

Para o festejado professor JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, o exercício da função administrativa, ou seja, o próprio regime jurídico-administrativo, é dominado pelo princípio básico denominado *princípio da legalidade* ou da *legalitariedade*<sup>47</sup>, adotado expressamente pelo nosso direito positivo e pelo dos diversos países do mundo<sup>48</sup>. Em seguida, completou o célebre professor:

Expresso por um juízo categórico e necessário, segundo o qual a administração também está submetida à lei (suporta a própria lei que fizeste – *legem patere*

<sup>47</sup> Vocábulo não utilizado pelo legislador mas preferido por PONTES DE MIRANDA, cf *Comentários à Constituição de 1946*, v. IV, p. 70, *apud* Cretella Jr., 1966, p. 17.

<sup>48</sup> *Tratado de Direito Administrativo*, v. I, Rio-São Paulo: Forense, 1966. p. 17.

*quam fecisti*), o princípio da legalidade assume vital importância no âmbito do direito público, assinalando que as autoridades administrativas, nas decisões que tomam, tem de conformar-se à lei ou, mais precisamente, à legalidade, formada por um conjunto de *regras de direito*, consubstanciadas, em sua maior parte, nas leis formais.

Quer as decisões administrativas individuais, quer os atos administrativos regulamentares, isto é, medidas particulares ou gerais, enfim, *todas* as atividades das autoridades administrativas devem obedecer a regras gerais pré-traçadas.<sup>49</sup>

Bem se vê, portanto, que qualquer e toda atividade administrativa – seja direta, indireta, regulamentar ou individual – deve obedecer ao princípio da legalidade, como melhor expressão do Estado de Direito.

Já para DI PIETRO, o princípio da legalidade, além de representar a idéia de que na relação administrativa a vontade do ente público é a que decorre da lei, impõe ao administrador público a possibilidade de atuação apenas nos estreitos preceitos legais<sup>50</sup>.

Ainda, para a mencionada Professora, em decorrência do disposto no artigo 5º, inciso II, e artigo 37, ambos da Constituição Federal em vigor<sup>51</sup>, “a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados: para tanto, ela depende da lei”. Levando adiante o raciocínio exposto, chega-se à notável conclusão de que tampouco pode a Administração liberar certas pessoas de obrigações previstas em lei, em prejuízo da primazia da vontade legislativa expressa.

Tratando ainda da veia constitucional, perfeitamente pertinente classificação por BANDEIRA DE MELLO da legalidade como “princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo”<sup>52</sup>. Menciona o autor que este princípio é aquele que qualifica o Estado de Direito e lhe dá identidade própria, distinguindo-o dos demais regimes de organização estatal. “Por isso mesmo”, continua o professor, “é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo”, trazendo em seu cerne “a idéia de soberania popular, de exaltação da *cidadania*”<sup>53</sup>.

A indicar uma hierarquia entre a lei, superior, e as decisões administrativas, inferior e sujeita à primeira, veja-se que nas palavras de BANDEIRA DE MELLO “é a representação popular, o Legislativo, que deve, impessoalmente, definir na lei e na conformidade da Constituição os

---

<sup>49</sup> Idem, loc. cit.

<sup>50</sup> Ob. cit., p. 82.

<sup>51</sup> CRETELLA JÚNIOR já havia apontado, ob. cit., p. 17, que mesma disposição é encontrada em todas as Constituições, exceto na de 1937: Constituição do Império, art. 179, 1.º; Constituição de 1891, art. 72, §1º; Constituição de 1934, art. 113, inc. II; e Constituição de 1946, art. 141, §2º.

<sup>52</sup> Ob. cit., p. 96.

<sup>53</sup> Ob. cit., p. 97.

interesses públicos e os meios e modos de persegui-los, cabendo ao Executivo, cumprindo ditas leis, dar-lhes a concreção necessária”<sup>54</sup>.

Neste sentido, necessário notar que no caso da proibição de pedágios próximos da Capital Paulista, quem assim decidiu e caracterizou tal conduta como contrária ao interesse público – posto que proibida – foi a Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, dotada do necessário poder conferido pelo sufrágio do povo paulista. Não pode determinado governo, por encontrar em tal vedação um impedimento ao seu interesse, relegá-la a um “passado longínquo” e assim crer que não deve ser respeitada. Há meios específicos para se retirar do ordenamento jurídico uma vedação legal, e nenhum deles envolve a ignorância do texto normativo e da conduta nele prescrita e vedada.

Encontra-se, ainda em BANDEIRA DE MELLO (que afirma serem perfeitamente aplicáveis ao Direito brasileiro os ensinamentos estrangeiros a seguir), lição de MICHEL STASSINOPOULOS, segundo o qual além de não poder atuar *contra legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem*<sup>55</sup>. Acrescenta, ainda, que, “com efeito, a relação entre a atividade administrativa e a lei é uma relação de subordinação, a qual se manifesta quer em sentido negativo quer em sentido positivo”<sup>56</sup>. E completa com observação<sup>57</sup> de RENATO ALESSI, o qual elucida (Cf. BANDEIRA DE MELLO, 2007:98) “que a lei pode proibir determinadas atividades, seja no que concerne às finalidades, meios ou formas (sentido negativo) ou pode impor a persecução de determinadas finalidades, a adoção de determinados meios ou formas, porém, mais que isto, a Administração só pode fazer aquilo que a lei consente (sentido positivo)”, ou seja, só aquilo que a lei antecipadamente autoriza.

Por fim, BANDEIRA DE MELLO declara, sem delongas, que os dispositivos constitucionais que consagram o princípio da legalidade atribuem “uma compostura muito estrita e rigorosa, não deixando válvula para que o Executivo se evada de seus grilhões”<sup>58</sup>.

Pois é por causa desses inescapáveis “grilhões” que o Poder Concedente não poderia ter realizado licitação que previsse praças de pedágio a uma distância do *Marco Zero* da Capital Paulista inferior à prevista em lei estadual.

---

<sup>54</sup> Ob. cit., pp. 97-98.

<sup>55</sup> *Traité des Actes Administratifs*, Athenas, Librairie Sirey, 1954, p. 69, apud BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 98. Mesma passagem, porém pp. 18-19, apud BANDEIRA DE MELLO, *Legalidade – Discricionariedade – seus limites e controle*, in Revista de Direito Público, v. XXI, n. 86, São Paulo: RT, 1988, p. 42.

<sup>56</sup> *Legalidade...*, 1988, ob. cit., p. 42.

<sup>57</sup> *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 3ª ed., Milão: Giuffrè, 1960, p. 9, apud BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, ob. cit., p. 98.

<sup>58</sup> Ob. cit., p. 99.

### 4.2.3 Legalidade no procedimento licitatório

Já quanto ao princípio da legalidade previsto no bojo do procedimento licitatório, por meio da Lei nº 8.666/93, há de se apontar que aplica-se todo o disposto constitucionalmente e exposto acima.

Além disso, avanç a mencionada lei e prevê em seu artigo 3º que as licitações serão processadas e julgadas segundo os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos. O da legalidade é o primeiro destes, justamente por sua grande importância.

Acrescenta-se que há, na indigitada lei, meios populares de controle da legalidade nos procedimentos licitatórios (artigos 4º, 41, §1º, 101 e 113, §1º). Por estes meios populares, qualquer cidadão pode, mediante constatação de violação à legalidade em determinado procedimento licitatório, impugnar judicialmente o mesmo. Conforme DI PIETRO apontou<sup>59</sup>, antes da Lei 8.666/93, eram cabíveis apenas as medidas criminais do Código Penal em crimes contra a Administração ou atos de improbidade da Lei nº 8.429, de 02.06.1992.

Encontra-se no artigo 4º da Lei 8.666/93 explicitação concreta do princípio da legalidade, segundo o qual todos têm direito subjetivo à fiel observância do procedimento estabelecido nessa lei. BANDEIRA DE MELLO acrescenta<sup>60</sup> que não apenas todos quantos participam, mas também os que dela desejam participar ou aos quais foi negado injustificadamente acesso.

Porém, no caso em estudo, também a legalidade foi violada por implicação jurídica do objeto licitado. Ocorre que parte deste objeto se tratava da instalação de uma praça de pedágios em local vedado por lei, deste modo, essa parte do objeto jamais poderia ter sido licitada. BANDEIRA DE MELLO também lecionou que:

é pressuposto<sup>61</sup> *jurídico* [da licitação] o de que, em face do caso concreto, a licitação possa se constituir em meio apto, ao menos em tese, para a Administração acudir ao interesse que deve prover. Posto que a função de tal instituto é servir – e não desservir – o interesse público, em casos que tais percebe-se que falece o pressuposto jurídico para sua instauração.<sup>62</sup>

<sup>59</sup> *Direito...*, ob. cit., p. 355.

<sup>60</sup> Cf. *Curso...*, ob. cit., p. 521.

<sup>61</sup> A este respeito, o insigne professor ensinara (Cf. *Curso...*, ob. cit., p. 524) que a licitação depende da ocorrência de certos pressupostos, a saber: lógico, jurídico e fático. O primeiro corresponde à existência de pluralidade de ofertantes e de objetos, já o último seria a existência de interessados em disputar a licitação.

<sup>62</sup> *Idem*, p. 524.

No caso concreto em questão, um objeto claramente *contra legem* jamais poderá atender ao interesse público, seja por vontade do poder concedente ou dos licitantes. Ocorre exatamente o que foi temido pelo professor: o desserviço do instituto.

Por essas razões, não pode ser considerada lícita a licitação de obra em localização ilícita. Apenas a título comparativo, seria o mesmo que permitir a licitação de obra em local proibido pela legislação ambiental, como um depósito de lixo em áreas de manancial.

#### 4.2.4 Legislação

Em primeiro lugar, veja-se que a Lei Estadual nº 2.481/53 dispõe acerca da taxa de pedágio (criada pela Lei 784 de 30 de agosto de 1950) nas rodovias estaduais paulistas e, em seu artigo 1º, § 8º, proíbe pedágios a menos de 35 quilômetros do *Marco Zero* da Capital do Estado de São Paulo, em termos claríssimos:

§8.º – Não serão instalados postos de cobrança da taxa de pedágio dentro de um raio de 35 quilômetros, contados do Marco Zero, nesta Capital.

Ainda que seja desnecessário, útil situar este imperativo negativo no espírito da lei, na *intentio legis*. Os outros parágrafos deste artigo 1º tratam de limites do valor do pedágio, competência administrativa para fixá-los e cobrá-los, bem como isenções a carros oficiais, ambulâncias, bombeiros, etc. Os demais artigos desta lei tratam da destinação e administração da renda da taxa. Por anos esta lei regeu a cobrança de pedágios, sendo de suma importância.

Da interpretação interna à lei, fica claro que quando o legislador determinou que não fossem instalados postos de cobrança, sua intenção era a mesma de conceder uma isenção ou imunidade a uma determinada região das estradas, um trecho em que não fosse cobrado pedágio. A motivação aqui é clara, pois tal vedação visa a fomentar o comércio e a movimentação entre os municípios da Região Metropolitana de São Paulo e a Capital, decisão inserida no cenário da explosão demográfica que ocorreu nesta região na década de 1950.

A Concessionária e o Poder Público Concedente pretendem que esta lei seja considerada em desuso<sup>63</sup>. O fato seria, argumentam, que não se “usa” mais tal proibição, adotando claramente o absolutamente antijurídico argumento de que há leis que “pegam” e outras que não “caem no gosto” da população ou aplicadores da lei.

<sup>63</sup> Argumento acatado por – insuficiente, a bem da verdade – fundamentação dos Desembargadores do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo quando do julgamento da Apelação interposta pela Viaoeste na Ação Civil Pública com o fim de cessar a cobrança do pedágio da marginal e abrir os acessos à pista central da Castello Branco.

Ademais, para se compreender a verdadeira extensão do argumento, necessário notar que a norma em questão traz um imperativo negativo, um “não-fazer”, uma vedação e, assim, o seu desuso somente pode se dar pelo uso.

Nesta concepção, não basta uma praça de pedágio, mas um constante uso, a instalação de mais de uma praça de pedágio próxima da Capital. Olvide-se ainda que o desuso de tal parágrafo 8º implicaria reconhecer que deveriam haver inúmeras e ilegais praças de pedágio próximas da Capital, o que não corresponde à verdade.

A realidade nos mostra que há apenas uma grande praça de pedágio a menos de 35 quilômetros da Capital, que se localiza na mesma Rodovia Castello Branco, no município de Itapevi. Porém, nota-se que esta praça de pedágio se encontra em ponto da Rodovia que não afeta o tráfego com a Capital, já que entre o posto deste pedágio e a marca dos 35 quilômetros não há nenhum acesso à Rodovia. Isto é, não haveria qualquer diferença para o tráfego se esta praça estivesse a 35, 36 ou mesmo 34 quilômetros da Capital.

Desta feita, não foi descumprida tal lei a fim de ocasionar o seu “desuso”, ainda que se admitisse tal modalidade de revogação de lei. E, ainda que estivesse em desuso, isso significaria que haveriam sido praticados inúmeros atos ilícitos até este ponto.

Levando a efeito o raciocínio, devemos concluir que a lei está de fato em uso, posto que foi respeitada por anos e, assim, é válida. Disso, decorre que deve ser respeitada.

#### 4.2.5 Previsão editalícia ilegal

O fato é que o Edital previu em seu objeto a construção de uma praça de pedágios ilegal, em evidente violação da finalidade da licitação e do princípio da legalidade. Não é possível se admitir que no Estado Democrático de Direito um pequeno porém relevante número de Decretos Estaduais violem, a um só tempo, a Constituição Federal (artigo 37, principalmente), Legislação Federal (Lei nº 8.666/93, notadamente) e Legislação Estadual (Lei nº 2.481/53 e nº 7.835/92).

Nesta seara é que se deve impor o respeito, por determinada licitação, à toda a legislação em vigor, inclusive a citada Lei Estadual nº 2.481/53. Ressalte-se que em 22 de dezembro de 2006 foi publicada a Lei Estadual nº 12.470, que revogou a maior parte da legislação estadual de 1953 a 1961. No rol de leis revogadas, foram incluídas as Leis 2.480 e 2.482, ambas de 53, evidenciando a vigência da Lei 2.481/53.

Por essas razões, impossível se manter a praça de pedágios em seu atual local, sendo correto que se cesse a cobrança da taxa de pedágio ali, em decorrência da aplicação do princípio da

legalidade à toda a Administração, sem mencionar que todos estão sujeitos à lei – administradores e administrados.

### 4.3 Impossibilidade de promover descontos na taxa cobrada no pedágio

A concessionária vitoriosa no certame (a Viaoeste) promoveu, como de fato vem promovendo<sup>64</sup>, descontos no valor cobrado no pedágio das vias marginais da Rodovia Presidente Castello Branco.

Tal “promoção”, que muito se assemelha com os programas de fidelização das companhias telefônicas, aplica descontos progressivos no valor do pedágio, de modo que quanto mais o usuário gasta naquele pedágio, menor é o valor cobrado, chegando a um desconto de 50,2% para os que se utilizam da via marginal mais de 40 vezes no mês.

#### 4.3.1 Disposições do Edital quanto aos descontos e isenções

Ocorre que tal “desconto” apenas é dado aos usuários que contrataram um serviço prestado por terceiros, denominado “Sem Parar/Via Fácil”<sup>65</sup>. Em outras palavras, os usuários que possuem “Sem Parar” no veículo e se utilizarem da via marginal pagarão menos pedágio do que os incautos usuários comuns, e que não contrataram o serviço em questão.

O problema de tal prática, ainda que não evidente, é vincular um desconto a um certo grupo de usuários, os quais contrataram serviços de terceiros. Isto é, somente os clientes de determinada empresa, privada, têm desconto no pedágio, prática que vai de encontro a basilares princípios e garantias constitucionais.<sup>66</sup>

Veja-se que o Anexo 4 do Edital traz dois itens consecutivos a este respeito, os quais devem ser tratados simultaneamente e cotejados de maneira apropriada:

4.6.2. Será vedado ao CONTRATANTE estabelecer privilégios tarifários que beneficiem segmentos específicos de usuários, exceto o estabelecido em 4.6.1.

<sup>64</sup> Conforme página da Viaoeste na Internet, disponível em <<http://www.viaoeste.com.br/concessionaria/pedagiostarifas/descprogressivo.cfm>>, último acesso em 14/Agosto/2008.

<sup>65</sup> Conforme informações disponíveis em <[www.semeparar.com.br](http://www.semeparar.com.br)> ou <[www.viaofacil.com.br](http://www.viaofacil.com.br)>, tal serviço é operado pela empresa “Centro de Gestão de Meios de Pagamento Ltda.”, sem evidente vínculo com nenhuma concessionária ou órgão da administração paulista, conforme Termo de Adesão do serviço, disponível em <[http://www.viaofacil.com.br/images/stories/pdfs/adesao\\_sp2008.pdf](http://www.viaofacil.com.br/images/stories/pdfs/adesao_sp2008.pdf)>, último acesso em 14/Agosto/2008.

<sup>66</sup> *vide* item 4.3.2 abaixo.

ou se no cumprimento de lei, que especifique as fontes de recursos para ressarcimento da CONCESSIONÁRIA.

4.6.3. A CONCESSIONÁRIA, a seu único critério e por sua conta e risco, poderá conceder isenções e descontos tarifários, bem como realizar promoções tarifárias de caráter sazonal, sem que isso possa gerar qualquer direito à solicitação de compensação nos valores das tarifas.<sup>67</sup>

Ressalvado o item 4.6.1, supratranscrito, o qual trata de veículos oficiais, ambulâncias, forças armadas, e outros casos semelhantes<sup>68</sup>, o Edital veda categoricamente qualquer privilégio tarifário (ressalvando-se que já foi visto que a exação se trata de taxa) que “beneficiem segmentos específicos de usuários”, além de ser necessário, ainda que permitido em lei, especificar a fonte dos recursos perdidos.

No caso do desconto para o “Sem Parar” a perda de receita passa dos R\$ 130,00 (cento e trinta reais) para cada veículo que trafega em todos os dias úteis pelo pedágio das marginais – já que com taxa de R\$ 6,30, multiplicado por 44 dias úteis (duas passagens diárias nos 22 dias úteis do mês), aplica-se o desconto de 50% (cinquenta por cento).

Tal perda de receita não é trivial, uma vez que todos os moradores da região que contratam o serviço do “Sem Parar” se utilizam do equipamento para passar pelos pedágios.

Somando-se ao disposto no item 4.6.2 do Edital, tem-se o supratranscrito item 4.6.3, o qual permite a concessão de descontos e isenções a critério exclusivo da concessionária e por conta e risco desta.

Ocorre que o item em questão permite tais hipóteses apenas nos casos em que isso não der direito a posterior pedido de compensação nem violar outra disposição legal ou do Edital. Esta última afirmação decorre da única lógica possível, isto é, a discricionariedade vai até o ponto em que não viola outra disposição equivalente ou hierarquicamente superior, nem a *intentio legis* (conforme será visto no item 4.4, abaixo).

Neste caso do desconto, a finalidade da disposição do item 4.6.3 do Edital abunda no sentido de não ser permitido qualquer desconto ou isenção para apenas um único setor. Isto é consequência lógica, seja por meio de interpretação sistemática do Edital, seja por determinação constitucional e legal.

Contrariamente, se assim não fosse, a concessionária poderia conceder descontos para carros de determinada montadora, a qual tivesse dado desconto para compra de frota, poderia dar descontos para carros de determinada cor ou licenciados em determinado município. Em suma, é evidente que não é possível conceder o desconto na forma utilizada, já que o relaci-

<sup>67</sup> Do Anexo 4 do Edital, p. 8.

<sup>68</sup> Aliás, tal qual o fez a Lei Estadual nº 2.481/53, demonstrando que esta está em plena vigência e atualidade.

onamento entre a empresa que administra o “Sem Parar” e a concessionária em nada diz respeito aos usuários da rodovia e ao valor do pedágio.

### 4.3.2 Disposições Constitucionais e Legais

A Constituição Federal de 1988 consagrou os princípios da equidade e da igualdade no Preâmbulo, no artigo 3º (incisos I, III e IV), no artigo 5º (*caput* e incisos), no artigo 37, entre outros.

Estabelecer desconto no pedágio para grupo específico de usuários da rodovia viola flagrantemente a igualdade e constitui preconceito com as pessoas que não têm recursos financeiros para contratar o “Sem Parar” ou que simplesmente discordam da cobrança adicional para o livre exercício do direito ao serviço público prestado.

Ademais, a concessão de descontos para os usuários que possuem maior renda em nada contribui para a erradicação da pobreza e redução das diferenças sociais. Lembre-se, neste momento, que os maiores prejudicados pelo ilegal pedágio são os moradores de baixa renda de Barueri, Carapicuíba e Osasco, principalmente prestadores de serviços simples, como carpinteiro, pintor, marceneiro, eletricista, pedreiro e afins.

Pela bizarra lógica da Viaoeste, é concedido desconto para os veículos que possuem “Sem Parar”, em sua maioria usuários com alta ou média renda, e se mantém a absurda quantia que representa mais de 1,5% do salário mínimo<sup>69</sup> para cada passagem no pedágio, ou , para os que dele se utilizam diariamente, exatos 66,7% do salário base nacional, apenas para gastos com pedágio, sem contar o combustível e desgaste natural do veículo.

De acordo com a explanação acima, sobressaem a ilegalidade do ato (posto que contrário ao instrumento convocatório, ao qual vincula-se a concessionária), e a violação aos ditames constitucionais e legais quanto à igualdade entre os cidadãos. Enquanto este já foi visto nesta subseção, aquele o será a seguir.

### 4.3.3 Vinculação do contrato ao edital

A fim de reforçar a impossibilidade de se manter descontos para setores específicos de usuários, o que é vedado expressamente pelo Edital, traslada-se elementar lição de DI PIETRO, sobre a vinculação ao instrumento convocatório.

<sup>69</sup> De acordo com os valores de Agosto de 2008: R\$ 415,00 e R\$ 6,30.

Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado no artigo 41, segundo o qual “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. (...)

Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos.<sup>70</sup>

Neste campo, DI PIETRO leciona<sup>71</sup> que “costuma-se dizer que o edital é a lei da licitação”, ou melhor, “a lei da licitação e do contrato”, uma vez que “o que nele se contiver deve ser rigorosamente cumprido, sob pena de nulidade”, em estrito cumprimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Por essa razão, a concessionária vitoriosa que não cumpre o que está expressamente estabelecido no Edital age ao arrepio do princípio da vinculação do contrato ao instrumento convocatório que o ensejou. E, atuando desta forma, prejudica aos seus concorrentes que fizeram sua proposta na concorrência considerando-se o mais perfeito cumprimento ao mesmo edital.

Nesta seara não pode deixar de ser apontado que após o ato final e unilateral do procedimento licitatório – ou seja, a adjudicação do objeto licitado –, procede-se à convocação do vencedor para a assinatura do contrato, e, nesta oportunidade, é celebrado um Contrato Administrativo.

Assim, segundo lição de DI PIETRO, “embora a adjudicação seja ato meramente declaratório, ela já produz alguns efeitos”<sup>72</sup>. Um destes efeitos, conforme apontado pela Ilustre Professora, foi assim referido por HELY LOPES MEIRELLES: “a vinculação do adjudicatário a todos os encargos estabelecidos no edital e aos prometidos em sua proposta”<sup>73</sup>.

Já quanto à vinculação do Contrato Administrativo e da contratada (concessionário) aos mesmos mecanismos (normas constitucionais e legais) a que se sujeita a Administração Pública e quem esta função exerce, CAIO TÁCITO lecionou que “a tônica do contrato se desloca da simples harmonia de interesses para a consecução de um fim de interesses públicos.”<sup>74</sup>

Justamente por esta apontada “consecução de um fim de interesses públicos” é que BANDEIRA DE MELLO afirma<sup>75</sup> que “a relação em causa governa-se por princípios específicos – de Direito Administrativo – e se submete a regras da mesma espécie.” E completa o Ilustríssimo

<sup>70</sup> Ob. cit., p. 357.

<sup>71</sup> Idem, p. 383.

<sup>72</sup> Idem, p. 393.

<sup>73</sup> *Licitação e Contrato Administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 153.

<sup>74</sup> *Direito Administrativo*, Saraiva, 1975, p. 292, *apud* BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 606.

<sup>75</sup> Ob. cit., p. 606.

Doutrinador: “tais preceitos visam a garantir a satisfação do interesse público, de tal modo que assujeitam peculiarmente o vínculo ao cabal cumprimento deste desiderato”.

Por essa razão, concluiu que “os princípios aludidos afinam-se, portanto, com a posição característica da Administração, que é indeclinável compromisso com um interesse cujo atendimento não pode ser postergado”, já que “sua defesa postula, a um só tempo, a existência de assinalados poderes inculcados à Administração e restrições que lhe cerceiam, o quanto possível, eventuais extravios de sua conduta.”<sup>76</sup>

Por todas as razões acima expostas não pode a concessionária deixar de seguir o que no Edital foi estipulado, sob pena de violar os já aludidos princípios do regime jurídico-administrativo – ao qual também está adstrita –, por não corresponder à igualdade entre os licitantes – já que obteve vantagens vedadas pelo edital e com as quais não contavam os concorrentes –, e por se tratar de conduta totalmente contrária ao interesse público.

Permitir que se aja de maneira diversa seria coadunar com atos antijurídicos e prejudiciais à sociedade, em evidente desrespeito aos basilares princípios acima apontados. Porém, não bastasse tais ilegalidades, o fato é que aduzem – Poder Concedente e Concessionária – a atuação segundo critérios de oportunidade e conveniência, isto é, no limiar da margem discricionária conferida à Administração Pública. Assim, imprescindível deter-se quanto à verdadeira extensão deste conceito ou, melhor dizendo, faculdade administrativa.

## 4.4 Margem discricionária

O conceito tradicional, de HELY LOPES MEIRELLES, de *discricionarietà* traz a idéia de direito conferido à administração, para que esta aja com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.<sup>77</sup>

Porém, BANDEIRA DE MELLO evidenciou que a discricionarietà não se trata de um *poder*, abstrato, mas um modo de disciplina jurídica da atividade administrativa, sendo, portanto, uma margem de liberdade conferida para que o administrador possa integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, quando da sua aplicação.<sup>78</sup>

<sup>76</sup> Idem nota anterior.

<sup>77</sup> Cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo brasileiro*, 29ª ed. atualiz., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 116, *apud* Marçal Justen Filho, *Curso...*, ob. cit., p. 160.

<sup>78</sup> Cf. *Curso...*, p. 418.

Já DI PIETRO entende que a discricionariedade é margem de escolha dentre as opções possíveis e válidas para o direito. Expõe a festejada professora – após apontar que todos os poderes da Administração são regradados pela lei – que:

o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, *todas válidas perante o direito*. Nesses casos, o poder da Administração é *discricionário*, porque a adoção de uma ou outra solução é baseado em critérios de *mérito* – oportunidade, conveniência, justiça, igualdade, a serem perquiridos pela autoridade, porque não definidos pelo legislador.<sup>79</sup>

Por fim, JUSTEN FILHO aduz das três posições acima que a “discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto”,<sup>80</sup> aduzindo, sobre esta última parte, que “a discricionariedade não pode ser identificada como uma *liberdade*, nem como um *direito subjetivo* de natureza privada.”<sup>81</sup>

#### 4.4.1 Limitação constitucional

De início, rememora-se entendimento de JUSTEN FILHO, que coloca a supremacia da Constituição como o primeiro grande freio aos atos puramente discricionários<sup>82</sup>. Isto é, “apenas alguns aspectos do ato administrativo envolvem margem de liberdade de escolha para o agente público”<sup>83</sup>.

Continua na mesma passagem o professor a consignar que “o Estado Democrático de Direito caracteriza-se não apenas pela supremacia da Constituição, pela incidência do princípio da legalidade e pela universalidade da jurisdição,” mas também pelos já vistos e analisados “direitos fundamentais e pela supremacia da soberania popular”. Assim, as fórmulas da “discricionariedade”, “oportunidade e conveniência” e “interesse público” devem ser restringidas à dimensão constitucional e democrática.

Ainda, CARLOS ARI SUNDFELD aponta que a discricionariedade seria “uma liberdade que a Administração possui de escolher o momento, a forma, o motivo, o objeto, enfim, a

<sup>79</sup> *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, 2ª ed., 4ª reimp., São Paulo: Atlas, 2007, p. 66.

<sup>80</sup> *Curso...*, ob. cit., p. 160.

<sup>81</sup> *Idem*, p. 161.

<sup>82</sup> Cf. item 4.1 acima, e nota de rodapé 28.

<sup>83</sup> Marçal Justen Filho, *Curso...*, ob. cit., p. 13.

conveniência e oportunidade de seus atos, naquelas hipóteses em que a lei não os estabelece com exatidão”<sup>84</sup>

#### 4.4.2 Critérios de oportunidade e conveniência.

Como apontado por JUSTEN FILHO, a discricionariedade é explícita e não decorre de “defeito da lei”, mas objetiva não engessar a atuação administrativa, já que a lei não pode prever todas as hipóteses.<sup>86</sup>

A Viaoeste e o *DER/ARTESP* se beneficiam da nebulosidade aparente que há entre um direito subjetivo e a discricionariedade, já que esta última não se submete ao regime de direito privado, mas a uma margem estreita que não permite liberdades ou a simples legitimação da mera escolha do aplicador. Deve haver um conjunto que embase as decisões da administração, dentro da margem conferida pela legislação, ou melhor, segundo permissão legal. Isto decorre da idéia de que ao contrário dos cidadãos – aos quais é permitida fazer tudo que a lei não proíbe –, a administração pública deve agir segundo a lei permite.

Vejamos elucidativas lições de SUNDFELD:

Se o agente percebe, após haver emanado o ato, que não adotou a solução que seria melhor – embora abrigada na discricção abstratamente prevista na norma – e se isto é demonstrável, o ato é inválido. Inválido por contrariar a norma, que só admite que o agente adote a solução que seja a mais adequada à finalidade pública. Inválido por não estar justificado por ‘um interesse público em concreto suficiente a justificá-lo, com base nos critérios normais de oportunidade e conveniência’. Inválido por lhe faltar uma “aderência perfeita, precisa, capilar, à norma.”<sup>87</sup>

Realmente, se a discricionariedade, como se viu, não importa em liberdade para o aplicador da lei, mas em dever de procurar a melhor solução para os casos concretos –solução querida pela norma, mas impossível de ser prefixada por ela – toda vez que se puder demonstrar objetivamente que a decisão não foi a melhor, o ato será inválido, por contrariedade à lei.<sup>88</sup>

De acordo com o ensinamento acima, então, basta constatar que não foi encontrada a “melhor solução” para se pretender a invalidade de tal ato administrativo. Por isso que, concluiu

<sup>84</sup> Cf. *Discricionariedade e revogação do ato administrativo*, in Revista de Direito Público, v. XIX, n. 79, São Paulo: RT, 1986, p. 133.. Completa SUNDFELD que “se ‘liberdade’ ainda há, não se trata de liberdade apesar da lei – em outros termos: resultante de um espaço não normado, não atingido pela lei – mas ‘liberdade’ por força da lei, isto é, liberdade que a lei, por alguma razão, concede à Administração”.<sup>85</sup>

<sup>86</sup> *Curso...*, ob. cit., pp. 167-168.

<sup>87</sup> Cf. Renato Alessi, *La revoca degli atti amministrativi*. 29 ed., Milão: Giuffrè, 1956, p. 45.

<sup>88</sup> *Discricionariedade...*, ob. cit., p. 137.

o elogiado estudioso, “a vontade do agente é mero intermediário entre a lei e o ato, necessário apenas a que a vontade da lei se concretize, já que “a vontade do agente é meramente instrumental”, sendo que “a lei fixa requisitos para garantir, contra o próprio agente, que o ato seja espelho fiel da vontade legislativa”.<sup>89</sup>

No caso em tela não se vislumbra inconveniência ou inoportunidade, mas ilegalidades, razão pela qual não merece analisar os critérios da Concessionária e do Poder Público Concedente para se estabelecer a “tarifa” elevada e o fechamento dos acessos.

Além disso, a Lei não conferiu a nenhuma dessas duas pessoas jurídicas a margem discricionária necessária para que agissem de tal forma, muito pelo contrário, vedando os atos tal qual praticados e, ainda, não é possível se conhecer os efetivos critérios que levaram às decisões tomadas, já que omitem suas razões.

Conclui-se, assim, apontando que é claramente inválido o ato que determinou o fechamento dos acessos e a construção de pedágio em local proibido e com valor evidentemente desarrazoado.

---

<sup>89</sup> *Idem, loc. citato.*

## 5 ILEGALIDADES NA EXECUÇÃO DO CONTRATO

Não foi apenas com relação ao Edital que os princípios do regime jurídico-administrativo foram violados, mas também durante a execução das obras iniciais e exploração da rodovia pela concessionária. Vejamos as práticas ilegais mais relevantes.

### 5.1 Ilegal fechamento dos acessos da região

Como é cediço, a legislação pátria atual garante o mais pleno direito de ir e vir. Não obstante, a administração pública detém a competência para regulamentar as vias públicas, bem como conceder à iniciativa privada a administração de rodovias específicas.

É exatamente este o caso apresentado. Porém, não é possível deixar de se considerar a visão de que o direito constitucional de ir e vir é muito mais amplo e fundamental do que os eventuais direitos concedidos à iniciativa privada.

Neste diapasão, entende-se que a Concessionária – de rodovias – deve cumprir rigorosamente todos os requisitos a que está submetida a Administração Pública e há competências que são exclusivas da Administração Pública e não podem ser delegadas, como a de estabelecer restrições ao ir e vir. Além disso (conforme já visto no item 3.2 acima), o edital expressamente não delegou à Concessionária tal poder de disciplinar a liberdade de locomoção dos cidadãos. Por essa razão, não poderia a Viaoeste abrir e fechar os acesso que bem entender, ainda mais quando se trata dos acessos de Osasco e Barueri, que há décadas funcionam normalmente, desde a construção da Rodovia Castello Branco.

Por outro lado, a limitação imposta traz conseqüências muito maiores. Fosse apenas um mero fechamento de acessos, o ato seria apenas ilegal e bastaria reabri-lo para corrigir a ilegalidade. Porém, foram construídos novos trevos viários sobre os antigos, fazendo com que os motoristas da região tenham uma única opção de acesso à via, por meio da marginal pedagiada.

Já os que se encontram na rodovia somente têm como opção aos bairros lindeiros a via com pedágio.

Essa manobra efetivada nos acessos remanejou o tráfego à Rodovia para a via marginal, tolhendo os usuários da livre escolha da via a ser tomada, criando um verdadeiro “curral”, no qual os carros entram na rodovia e deparam-se com uma praça de pedágio, onde antes havia a rodovia livre.

## 5.2 Moralidade da administração pública

O princípio da moralidade administrativa, um dos mais debatidos e subjetivos, é de suma importância ao presente caso. Por mais evidente que tal fato devesse ser, nunca assaz suficiente dizer que a Administração Pública e seus agentes devem atuar em conformidade a princípios éticos.

Lecionando sobre a rubrica deste princípio, BANDEIRA DE MELLO muito bem resumizou que “violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando *ilicitude* que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de *pauta jurídica*, na conformidade do art. 37 da Constituição”, e concluiu que “segundo os cânones da lealdade e boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.”<sup>90</sup>

No caso da licitação aberta pela Edital, singelo episódio e já mencionado alhures tem grande implicação do princípio ora tratado. Quando da realização da audiência pública para se estipular alguns parâmetros para o Edital, a data, hora e local da mesma foram sumariamente relegados à completa ignorância pública. Em outras palavras, não foram comunicados aos órgãos de imprensa, seja da região ou de grande circulação.

No entanto, tal prática é veemente coibida pelo princípio da moralidade administrativa. No entender do sábio professor, “por força mesmo destes princípios da lealdade e boa-fé, firmou-se o correto entendimento de que orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, sem prévia e pública notícia, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia.”<sup>91</sup>

<sup>90</sup> Ob. cit., p. 115.

<sup>91</sup> BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, ob. cit., pp. 115-116.

Não é demasiado exagero pretender que qualquer audiência pública para decidir o futuro da rodovia que é utilizada por centenas de milhares de cidadãos seja prévia e amplamente divulgado na mídia de acesso ao chamado grande público. Qualquer audiência em tal sentido deve necessariamente ter a participação da sociedade civil organizada, notadamente associações de moradores, de empresários e sindicatos de trabalhadores da região.

Quanto à fundamentação deste princípio da moralidade administrativa, enquanto BANDEIRA DE MELLO encontra-o “eficientemente protegido no art. 5º, LXXIII, que prevê o cabimento de ação popular para anulação de ‘ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à *moralidade administrativa*, ao meio ambiente ...’ etc”<sup>92</sup>. DI PIETRO vai além e analisa sua origem histórica, sem identificá-lo, porém, com o princípio da legalidade, já que “antiga é a distinção entre Direito e Moral, ambos representados por círculos concêntricos, sendo o maior correspondente à moral e, o menor, ao direito” – e completa: “licitude e honestidade seriam traços distintivos entre o direito e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo o qual *non omne quod licet honestum est* (nem tudo o que é legal é honesto).”<sup>93</sup>

Quanto à fundamentação, DI PIETRO expõe<sup>94</sup> que o artigo 84, inciso V, da Constituição de 1967 – mantido como 82, inciso V, na Virtual Nova Constituição (Emenda Constitucional nº 1, de 1969), e repetido no artigo 85, inciso V, da Constituição Cidadã de 1988 –, prevê o crime de responsabilidade para os atos do Presidente da República que atentem contra probidade administrativa. Além disso, a ilustre professora expôs que a Constituição de 1988, avançando em relação às anteriores, menciona no *caput* do artigo 37, como princípios autônomos, o da legalidade e o da moralidade.

A este respeito, DI PIETRO ensina<sup>95</sup> que a moralidade deve ser tida como limite para a discricionariedade administrativa. Da conjugação do artigo 5º, LXXIII, e artigo 37, lecionou que a discricionariedade trouxe duas conclusões: “a primeira é a de que o ato administrativo imoral é tão inválido quanto o ato administrativo ilegal”<sup>96</sup>, isto é, Direito e Moral, para fins de verificação da validade de determinado ato, encontram-se no mesmo patamar, ambos necessários para a validade do ato. Já a segunda conclusão “é uma consequência da primeira, ou seja, é a de que, sendo inválido, o ato administrativo imoral pode ser apreciado pelo Poder Judiciário, para fins de decretação de sua invalidade”. Apontou ainda a insigne professora, na mesma passagem, que o parágrafo único, inciso IV, do artigo 2º da lei 9.784/99, exige que, nos processos admi-

<sup>92</sup> Idem, p. 116.

<sup>93</sup> *Direito...*, ob. cit., p. 92.

<sup>94</sup> Idem, p. 93.

<sup>95</sup> *Discricionariedade...*, ob. cit., p. 161.

<sup>96</sup> Idem, *loc. citato*.

nistrativos, seja observado o critério de “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”, referindo-se expressamente “aos principais aspectos da moralidade administrativa”.

Porém, mais do que isso, DI PIETRO observa que

é principalmente no âmbito dos atos discricionários que se encontra campo mais fértil para a prática de atos imorais, pois é neles que a Administração Pública tem liberdade de opção entre várias alternativas; todas elas válidas perante o direito. Ora, pode perfeitamente ocorrer que a solução escolhida pela autoridade, embora permitida pela *lei*, em sentido formal, contrarie valores éticos não protegidos diretamente pela regra jurídica, mas passíveis de proteção por estarem subjacentes em determinada coletividade.<sup>97</sup>

Além disso, tratou a mesma autora, infra constitucionalmente, da Lei nº 1.079, de 10.04.1950, afirmando que além de casos de improbidade administrativa por ofensa à lei, há casos em que ofende-se a moral de forma lata, como retardando publicação de atos do Poder Executivo.

Em busca do conceito adequado de Moral, DI PIETRO encontrou lição de BALLESTEROS<sup>98</sup>, concluindo, então, que “pode-se dizer que [a moral administrativa] corresponde àquele tipo de comportamento que os administrados esperam da Administração Pública para a consecução de fins de interesse coletivo, segundo uma *comunidade moral de valores*, expressos por meio de *standards*, modelos ou pautas de conduta”<sup>99</sup>. Quanto à afirmação inicial de que o Direito se insere no campo da Moral, observou que

sob certo aspecto, pode-se até afirmar que a lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.249/92) inseriu a Moral no âmbito do Direito, ao considerar como atos de improbidade os que atentem contra os princípios da Administração (art. 11). Com isso, a lesão à moralidade administrativa constitui ato de improbidade sancionado pela lei.<sup>100</sup>

Observa, ainda, a Doutrinadora, com louvável clareza, que “o princípio deve ser observado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública”, citando expressamente os participantes de licitação.<sup>101</sup>

Por fim, resume de maneira brilhante e categórica: “sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela

<sup>97</sup> Idem, loc. cit.

<sup>98</sup> ALBERTO MONTORO BALLESTEROS, *Sobre las relaciones entre moral y derecho*, in Anales de la Cátedra F. Suárez, Granada, nº 28, 1988, p. 68, *apud* DI PIETRO, 2007, ob. cit., p. 162.

<sup>99</sup> *Discricionarieidade...*, ob. cit., p. 162.

<sup>100</sup> Idem, p. 165.

<sup>101</sup> *Direito...*, ob. cit., p. 93.

se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa a princípio da moralidade administrativa”<sup>102</sup>.

Por todo o exposto sob o presente título, percebe-se que a partir do momento em que a concessionária age em evidente arrepio à moralidade – aqui considerada a ausência total de equidade, honestidade e justiça<sup>103</sup> –, sua conduta há de ser peremptoriamente suprimida, considerando-se seus atos inválidos, imorais e ilegais, para os fins de controle judicial dos atos administrativos e dos administrados que com a Administração Pública juridicamente se relacionam.

### 5.3 Enriquecimento às custas dos usuários

Sem que essas palavras sirvam de acusação criminosa, mas apenas a título acadêmico, importa notar que a Concessionária Viaoeste, de acordo com estudos contábeis-financeiros elaborados especificamente sobre o caso das marginais da Rodovia Castello Branco<sup>104</sup>, utiliza-se dos valores recebidos por este posto e aplica os recursos em pontos diversos do sistema, notadamente na Rodovia Raposo Tavares.

Não suficiente tal anotação, o fato é que o pedágio pago pelos usuários da marginal não se presta a apenas recuperar o investimento. Veja-se que quando a concessionária assumiu o contrato, o Complexo Maria Campos, em Osasco, estava concluído e a ligação deste com o Cebolão também o estava. A Concessionária, então, teve de construir uma pista conectando o acesso a Alphaville, no quilômetro 23, ao citado complexo viário, no quilômetro 16. Foram, assim construídos, de um lado, 7 quilômetros de rodovia, sem grandes obras ou viadutos e, de outro lado, foram construídos pouco mais de 9 quilômetros, também sem grandes dificuldades.

Ocorre que segundo os estudos elaborados (LEITE DE MORAES, 2000), o custo para estas obras foi recuperado no 3º ano da concessão e, até o 20º ano desta, o investimento terá se pagado 8 vezes. Este economista concluiu que “desenhou-se um modelo fundamentado

---

<sup>102</sup>Idem, p. 94.

<sup>103</sup>Na execução do contrato, fechando acessos indevidamente, realizando reparos na pista central em horário de pico – e anunciando nos painéis eletrônicos o trânsito na pista central e sugerindo o uso da via pedagiada –, deixando de realizar a manutenção dos acessos de forma adequada, criando congestionamentos nas pistas sem pedágio (sob pretextos no mínimo inoportunos, como reparo em postes de luz e *guard-rails*), e assim por diante.

<sup>104</sup>O mais notável deles foi elaborado pelo Economista Paulo Borba Leite de Moraes, da *PBLM Consultoria Empresarial*, em 02 de outubro de 2000, sob consulta da SIA – Sociedade InterAlpha.

em imposto disfarçado de tarifa de pedágio que traz implícito um sistema de subsídios cruzados entre os usuários do sistema e entre os usuários das marginais e do Rodoanel”<sup>105</sup>.

Vê-se, portanto, que só há uma única conclusão: o pedágio das marginais, que deveria ter natureza tributária, é utilizado como fonte de renda para todo o sistema administrado pela Viaoeste, às custas dos usuários das marginais da Castello Branco, sendo que o restante se torna lucro.

Porém, ainda que assim não fosse, a concessionária construiu o que a Sociedade Civil Organizada denominou de “verdadeiro curral” para os moradores e trabalhadores de Alphaville. Assim entenderam devido à impressão que se tem de que os usuários que adentram a rodovia se deparam com o pedágio, sem opção ou alternativa. Repise-se que aqueles que necessitam utilizar-se da estrada devem desembolsar dois terços do salário mínimo para sustentar o pagamento do pedágio. Cobrança esta destinada a uma obra que, para ser amortizada ao longo de 20 anos de contrato, deveria ter – mas não tem – valor compatível com todas as outras Rodovias ou pedágios do mesmo sistema rodoviário.

Em razão do valor altamente lucrativo para a Concessionária, cogita-se ser possível que deve se operar a readequação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato do *Lote 12*.

Ao contrário do que entendera FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO MARQUES NETO<sup>106</sup>, a equação econômico-financeira não deve prevalecer sobre a primazia, a supremacia, do interesse público em todos os aspectos do regime jurídico-administrativo. Deve sim ser observado o quanto possível, principalmente na ocorrência de causa de mutabilidade – tradicionalmente vista na doutrina – do contrato administrativo (as denominadas áleas ordinária, administrativa<sup>107</sup> e econômica<sup>108</sup>), mas não pode ser um dogma a se inserir em nosso ordenamento em ponto superior ao próprio interesse público

Conforme já prelecionado por BANDEIRA DE MELLO, as tarifas cobradas por serviços públicos “devem ser *módicas*, isto é, acessíveis aos usuários, de modo a não onerá-los excessiva-

<sup>105</sup> Paulo Borba Leite de Moraes, 2000, p. 5, disponível nos autos da Ação Civil Pública. Documento utilizado pelo Ministério Público Estadual para instruir a petição inicial.

<sup>106</sup> *Equilíbrio econômico-financeiro em contrato de concessão*, In Revista Tributária e de Finanças Públicas, v. 10, n. 46, São Paulo: RT, 2002, pp. 251-270.

<sup>107</sup> Esta álea administrativa se divide em três modalidades: **alteração unilateral** do contrato (para atendimento de interesse público), **fato do príncipe** (ato de autoridade não relacionado ao contrato mas que o influencia) ou **fato da administração** (“ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre contrato, retarda, agrava ou impede a sua execução” – Cf. HELY LOPES MERIELLES, *apud* DI PIETRO, 2006b, nº 8.6.8, item 2, c).

<sup>108</sup> DI PIETRO, *idem*, *loc. citato*.

mente, pois o serviço público, por definição, corresponde à satisfação de uma necessidade ou conveniência básica dos membros da Sociedade”<sup>109</sup>.

Deste modo, por não ser módica e por não permitir o acesso à conveniência básica em questão, deve a “tarifa” ser revisada, sob pena de se permitir o enriquecimento da Concessionária às custas dos usuários. Sabendo-se também que apenas as alterações unilaterais dos contratos administrativos devem ser seguidas da readequação do equilíbrio econômico-financeiro, não será necessário alterar tal equilíbrio após a revisão da “tarifa” do pedágio, senão para aumentar o ônus (contrapartida pecuniária paga pela Concessionária ao Estado) que deverá ser pago até o fim do contrato da concessão do *Lote 12*.

---

<sup>109</sup> *Curso...*, ob. cit., p. 719.

## 6 CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO, TUTELA JUDICIAL E JURISPRUDÊNCIA

Essencial para se compreender toda a extensão do conflito trazido à tela pelo presente estudo é analisar os casos levados ao Poder Judiciário e relativos ao presente, ainda que de forma análoga. Mas, antes, veja-se que não há impedimento, neste caso, a que se reveja judicialmente as decisões e atos administrativos e da concessionária.

### 6.1 Controle judicial dos atos administrativos

A Administração Pública, no exercício de suas funções, está sujeita a controle por parte do Poder Judiciário (controle judicial), Poder Legislativo (por meio de mecanismos fruto dos freios e contrapesos do sistema constitucional tripartite, notadamente Comissões Parlamentares de Inquérito) e por parte dela mesma (controle interno e procedimentos administrativos).

Esse controle, segundo lição de DI PIETRO, “abrange não só os órgãos do Poder Executivo, mas também os demais Poderes, quando exerçam função tipicamente administrativa; em outras palavras, abrange a Administração Pública considerada em sentido amplo.”<sup>110</sup> Aqui, por sentido amplo, se compreende todo o conjunto de órgãos governamentais com os órgãos administrativos, subordinados e dependentes dos primeiros, aos quais incumbe executar os planos governamentais<sup>111</sup>. Resume, ainda, a Eminente Professora:

A finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.<sup>112</sup>

---

<sup>110</sup> *Direito...*, ob. cit., p. 693.

<sup>111</sup> Cf. DI PIETRO, *Direito...*, ob. cit., p. 68.

<sup>112</sup> *Idem*, loc. citato.

Isto é, ainda que a Administração Pública e o poder público delegado cumpram as disposições normativas legais, sua atuação, inclusive o mérito de suas decisões, devem se sujeitar aos princípios impostos pelo ordenamento jurídico, ainda que implicitamente.

Em outras palavras, se uma determinada decisão de uma concessionária de serviço público violar por via reflexa a moralidade, o *bons costumes* e a equidade, o mérito desta decisão poderá ser revisto por meio do controle judicial ou legislativo deste ato.

Notoriamente, o “Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da **legalidade** e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da **moralidade** (arts. 5º, inciso LXXIII, e 37)”<sup>113</sup>.

Veja-se que “com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei”<sup>114</sup>.

Portante, não se trata, aqui, de invasão do Poder Judiciário no mérito discricionário de determinada decisão ou ato administrativo, mas sim de controle destes quanto ao respeito aos princípios do regime jurídico-administrativo e consectários legais aplicáveis à espécie. Isto é, não se invade o mérito decisório administrativo, mas se procede à verificação, no mérito, do respeito aos citados princípios e normativos legais.

Por meio da verificação acima explanada é realizado um juízo que irá valorar, em última análise, a legitimidade do mérito do ato em questão. Se não tiver sido respeitado algum princípio será, pois, ilegítima, ao passo que inversamente o mérito será considerado legítimo e aí sim terão sido levados em consideração unicamente critérios de oportunidade e conveniência.

## 6.2 Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo

Em virtude do conflito trazido à tela, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou, com o apoio da Sociedade Civil Organizada, Ação Civil Pública em face do *DER* e da *Viaoeste*, distribuída inicialmente à 6ª Vara Cível da Comarca de Barueri e, por determinação deste Juízo, o feito foi redistribuído à 12ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo.

<sup>113</sup>DI PIETRO, ob. cit., p. 711, grifos da autora.

<sup>114</sup>Idem, *loc. citato*.

O *DER*, primeiro a contestar, sem citação, alegou preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público – pois seria caso de direitos individuais homogêneos – e de impossibilidade jurídica do pedido – pois o que se pretenderia seria a revisão da conveniência da execução de tais obras, se tratando de mérito discricionário e supostamente não passível de revisão pelo Poder Judiciário –.

No mérito o *DER* afirmou que a Castello Branco seria rodovia incomparável a outras, o que justificaria a diferenciação de tarifas, e que o remanejamento dos acessos seria questão de segurança. Alegaram ainda que as marginais não seriam rodovia na acepção comum da palavra, mas avenida de grande fluxo, independente da rodovia principal. Além disso, o alto valor seria decorrente de altos custos, aliados ao grande risco da concessionária (sem expor de onde decorreria tal “risco”).

Já a *Vioeste*, que contestou após regular citação, já na Comarca da Capital, apresentou em linhas gerais os mesmos argumentos do *DER*, acrescentando que o retorno do seu investimento se daria apenas ao final da implantação das marginais e seu pedágio, custo que estaria autorizado pela Lei de Concessões.

Explicou a *Vioeste* que o tal remanejamento do tráfego seria questão de apenas conduzir o tráfego para a via pedagiada em vez da expressa, hierarquizando o fluxo de veículos, sem obrigar os usuários a pagar pedágio.

Já o Ministério Público, em sede de réplica, rejeitou magistralmente as preliminares e com proficiente labor, tocou em cada um dos pontos a serem enfrentados pelo juiz da causa. De tais pontos, destaca-se a exposição da renda média da população afetada pelas marginais pedagiadas (Barueri, Carapicuíba, Osasco e Santana do Parnaíba), em comparação com a população da região do ABC (que goza de via marginal idêntica e sem pedágio). Enquanto no ABC há cerca de 1.600.000 (um milhão e seiscentos) habitantes com renda superior a 10 (dez) salários mínimos, na região Oeste tratada são apenas cerca de 1.015.000 (um milhão e quinze mil) habitantes. Assim, foi devidamente exposto que estavam errados o *DER* e a *Vioeste* ao supor que os “ricos” moradores de Alphaville iriam suportar o, provavelmente, pedágio mais caro do mundo, por quilômetro rodado (sem incluir as pontes e viadutos sobre enormes vales, como na França).

Quanto à suposta exclusividade da pista aos motoristas de Alphaville, o ilustre Promotor de Justiça devidamente demonstrou que há 22 entradas ou saídas nas pistas marginais, principalmente a do Rodoanel, desarticulando o inverídico argumento da exclusividade.

Por argumentos similares ao apresentado neste trabalho o Douto Promotor de Justiça impugnou o argumento de inaplicabilidade da Lei 2.481/53 e da diferenciação dos usuários (sem evidente custo acrescido que justificasse tal diferença). Articulou quanto ao induzimento ao uso de serviço, por meio do citado remanejamento dos acessos (melhor visto no item 5.1 acima), que não há sentido em crer que a via foi ao longo dos últimos 25 anos demasiado insegura, sendo que apenas com a construção de pedágio seria possível corrigir tal equívoco. Além disso, não há um argumento trazido pelos Réus que justifique o fechamento (ou remanejamento, como preferem) dos acessos. O que se pleiteou foi a manutenção de um acesso qualquer, entre as cidades da região e a via sem pedágio, em respeito ao direito adquirido de gratuita locomoção para a rodovia e desta aos bairros lindeiros.

Em emblemática passagem<sup>115</sup>, o estudioso Promotor de Justiça sintetiza a situação, comparando-a com um assalto. Neste crime a opção mais barata ao assaltado é certamente entregar pacificamente o dinheiro, pois reagir é opção mais cara e inconveniente, sob pena de sofrer lesão física. No caso das marginais, a Viaoeste, autorizada pelo Poder Público Concedente, se aproveita do fato de que as “alternativas” à via pedagiada são mais caras (mais longas, chegando a acréscimo de 10 quilômetros) e mais inconvenientes (posto que demoradas). Assim, em realidade, não há alternativa, senão, nas palavras do Promotor, “entregar o dinheiro ao ladrão”.

Diante dos relevantes fundamentos, o Magistrado singular proferiu sua sentença, acolhendo todos os argumentos iniciais, determinando a imediata interrupção da cobrança do pedágio e, após o trânsito em julgado da determinação, a demolição da praça de pedágio.

Porém, após anos de tramitação no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a apelação interposta (à qual foi concedido efeito suspensivo, tornando sem efeito a sentença proferida) foi julgada procedente pela 1ª Câmara de Direito Privado<sup>116</sup>.

O nobre Desembargador Relator da Apelação, após sintético relatório, abordou a questão da *proibição a praças de pedágio a menos de 35 quilômetros do Marco Zero* pela ótica da revogação tácita de uma lei por outra posterior que regule inteiramente a mesma matéria (artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil), aduzindo que o Decreto-Lei nº 5, de 1969, – posteriormente alterado pela Lei Estadual nº 95, de 1972 – teria regulado inteiramente a matéria. Olvidou-se o nobre magistrado das considerações do Douto Promotor de Justiça, que apontou não haver qualquer lei estadual que trate da limitação física entre o *Marco Zero* da Capital e praças de pedágio, nem mesmo qualquer outra lei que minimamente aborde a localização de

<sup>115</sup>Página 36 das alegações finais.

<sup>116</sup>Recurso nº 382.317.5/2-00, cujo acórdão encontra-se disponível no repositório eletrônico de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em <[www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br)>

pedágios em áreas próximas a regiões urbanas. Por esta razão não é adequado o entendimento do Desembargador Relator Franklin Nogueira.

Seguindo com sua argumentação, o relatório do acórdão não reputa ter sido descumprido o contrato, por parte da Concessionária, nem na fixação do valor nem no fechamento dos acessos, não havendo, portanto ilegalidade. Novamente deixa de notar o Nobre Desembargador que quem praticou atos ilegais e imorais foi o Poder Público Concedente, que violou basilares princípios do regime jurídico-administrativo ao estabelecer tal cobrança de pedágio e demais disposições já abordadas neste trabalho. Nesta seara, ainda, acolhe-se o argumento de que se trata de via independente da Rodovia Presidente Castello Branco, de modo que seria imprópria a denominação Marginal da Castello Branco.

Tendo estes como principais argumentos, os Desembargadores Regina Capistrano, Danilo Panizza e Márcio Franklin Nogueira, em sessão de 8 de abril de 2008, deram provimento aos recursos, por votação unânime, julgando-se totalmente improcedente a Ação Civil Pública.

Opostos Embargos de Declaração<sup>117</sup> pelo Ministério Público, os mesmos foram rejeitados, corrigindo-se, porém, erro material, pois em determinada passagem constava “cinco quilômetros”, onde passou a constar “trinta e cinco”.

Decidida assim, em segundo grau de jurisdição, a demanda. Deve-se aguardar pronunciamento dos Tribunais da Capital Federativa, porém o que resta evidente é a decisão da questão por motivos políticos e não propriamente jurídicos, já que claramente foram omitidos do último julgado argumentos relevantes .

### **6.3 Interdito Proibitório ajuizado pela Viaoeste**

Este singelo caso é digno de menção não por ter havido controle de ato administrativo, mas por evidenciar a lógica invertida da concessionária Viaoeste. No início dos protestos – pacíficos, diga-se – da sociedade civil da região afetada, foi agendada uma grande passeata para o dia 5 de agosto de 2000, na via lateral à Rodovia Pres. Castello Branco, a fim de conscientizar a população e colocar em evidência o movimento.

Tomando conhecimento da passeata, os advogados da Viaoeste distribuíram um Interdito Proibitório à Comarca de Barueri, em um sábado, véspera da manifestação, com o fito de proibir qualquer manifestação contra as obras das praças de pedágio e das marginais, sob pena de multa diária à Comissão de Estudos da Rodovia Castello Branco (uma das apoiado-

<sup>117</sup>Recurso nº 382.317.5/4-01, cujo acórdão encontra-se disponível no repositório eletrônico de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em <[www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br)>.

ras do Movimento Acesso Livre Já, que organizou a passeata). Conseguiram, com habilidade e destreza, no plantão judiciário de Sorocaba (único ativo no sábado em questão), uma medida liminar positiva.

Porém, após tal medida e depois de lamentável episódio (no qual até mesmo crianças e mulheres foram acometidas por tiros de balas de borracha da Tropa de Choque da Polícia Militar), a juíza titular do caso, da Comarca de Barueri, indeferiu liminarmente a petição inicial, aduzindo, com propriedade, que qualquer medida no sentido pretendido pela Viaoeste significaria a supressão da liberdade de expressão e o do direito de livre manifestação, ambos assegurados pela Constituição Cidadã, de 1988. Assim, pela impossibilidade jurídica do pedido, a magistrada julgou extinto o processo.

É evidente que outra solução não poderia advir do caso, mas o que importa é notar as pretensões da concessionária, que se julgou até mesmo digna de não sofrer protestos.

## 6.4 Comissão Parlamentar de Inquérito

A Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (ALESP) instaurou uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) denominada CPI dos Pedágios. Por meio desta comissão, investigaram as concessões de rodovias do Estado de São Paulo, fruto do Programa Estadual de Desestatização (já visto no Capítulo 2, acima).

Feita a primeira reunião em 10 de novembro de 1999, assim definiram os deputados sua finalidade: “apurar desde o estabelecimento de critérios de concessão, cumprimento de contratos e irregularidades nas cobranças de pedágio no estado de São Paulo, tomados por concessão por empresas particulares.”<sup>118</sup>

Ao longo dos trabalhos, foram ouvidos diversos administradores públicos, notadamente os Secretários de Estado *dos Transportes*, Michael Zeitlin, e *do Meio Ambiente*, Deputado José Ricardo Trípoli, o Presidente da *ABCR (Associação Brasileira das Concessionárias de Rodovias)*, diversos diretores da *Dersa*, do Metrô de São Paulo e o Superintendente do *DER*. Ainda foram ouvidos representantes dos sindicatos do setor e diretores da empresa *Barramar Mercantil Ltda.*, que implementou um sistema cabos de fibra ótica nas faixas de domínio de diversas rodovias, gerando receitas ao *DER*, sem que se saiba porém quanto é destinado às concessionárias pelo mesmo uso.

<sup>118</sup>Cf. ata da reunião de 18.11.1999, da CPI dos Pedágios, cuja ata encontra-se disponível na página da Assembleia Legislativa de São Paulo na internet, em: <<http://www.al.sp.gov.br/geral/comissoes/ata.jsp?idAta=1224&comissao=99995&legislatura=14&textoBusca=null>>, acesso: 17/Agosto/2008.

Em 18 de fevereiro de 2000, os Deputados membros desta CPI ouviram as pessoas relacionadas ao caso específico das marginas da Castello Branco, ocasião na qual, além de pessoas ligadas à sociedade civil organizada, foram ouvidos responsáveis pela elaboração do projeto. O Sr. Ricardo Toshio Ota, membro da Comissão de Concessões, não soube explicar a forma de cálculo do pedágio, nem por que a audiência pública foi realizada apenas em Sorocaba, e muito menos por que a concessionária retiraria grande parte de sua receita total a partir da praça de pedágios das marginais da Castello Branco, o que seria ilegal e injusto, segundo os Deputados José Rezende e José Zico Prado.

Por fim, em 14 de junho de 2000, antes mesmo do prazo final inicialmente estabelecido, foi aprovado o relatório final da CPI, em sessão<sup>119</sup> na qual os Deputados da Casa de Leis Paulista bradaram que o modelo atual não beneficia aos usuários e que não haveria sentido em elaborar recomendações ao governo (a fim de corrigir a situação), já que este não cumpre nem mesmo a lei. Apontaram, ainda, que não há razão para destinar as receitas acessórias (relativas à faixa de domínio) às concessionárias, já que estas não são proprietárias das faixas de domínio, mas sim o Estado.

No relatório final<sup>120</sup>, no tocante ao caso trazido à lume por este trabalho, aduziram que as Marginais da Rodovia Castello Branco são um grande entrave e de problemática situação. Como recomendação, afirmaram que, ante à falta de solução, deveria ser realizado um reequacionamento da concessão do *Lote 12*, reduzindo-se o valor das praças de pedágio existentes e instalando pedágios de bloqueio entre os quilômetros 26 e 32, mantendo-se a receita da concessionária mas corrigindo as ilegalidades e injustiças cometidas. Por fim, recomendaram que o Governo deveria aprimorar os acessos das marginais e do Rodoanel às avenidas locais, nominalmente a Jussara e a Nações Unidas, reduzindo o impacto do alto tráfego nas poucas vias alternativas existentes.

Assim, logo se vê que muito se descobriu, acerca dos fatos, por meio desta CPI, porém pouco se pôde fazer, já que o Governo, que deveria executar as recomendações, foi quem cometeu os abusos e sequer cumpriu a legislação em vigor.

<sup>119</sup>Conforme ata da sessão disponível no site da ALESP, em <<http://www.al.sp.gov.br/geral/comissoes/ata.jsp?idAta=1199&comissao=99995&legislatura=14&textoBusca=null>>, acesso: 17/Agosto/2008.

<sup>120</sup>Disponível em <[http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/documentacao/cpi\\_pedagios\\_relatorio\\_final.htm](http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/documentacao/cpi_pedagios_relatorio_final.htm)>, acesso em 17/Agosto/2008.

## 6.5 Paradigma do Sistema Anchieta-Imigrantes

No nosso ordenamento, a primeira grande discussão acerca da legalidade de rodovias paralelas, com pedágio em uma financiando o custo da outra, se deu quando da criação da DERSA, que passou a administrar e explorar a Via Anchieta (SP 150), cobrando pedágios para financiar a construção da Rodovia dos Imigrantes (SP 160).

Tal delegação se deu por meio do Decreto-Lei estadual nº 5, de 6 de março de 1969, cumulado com as disposições dos artigos 70 e 71, da Constituição Estadual de 1967, sendo o “Regulamento do Sistema Rodoviário *Anchieta-Imigrantes*” aprovado pelo Decreto estadual nº 51.669, de 3 março de 1970.

Nesta operação, muito se criticou o fato de o valor dos pedágios não ser utilizado apenas na manutenção da própria via. Na realidade, discutia-se a própria constitucionalidade de pedágios estaduais, ainda que com o objetivo meramente de realizar a manutenção da via. Preconizava o artigo 20, inciso II, da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967, que pedágios em vias estaduais e municipais eram permitidos para “atender ao custo de vias de transporte”, mas a nova redação da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, então vigente quando da entrada em vigor do pedágio da Via Anchieta, que financiaria a construção da Rodovia dos Imigrantes, simplesmente omitia tal permissão, proibindo tributos que limitassem o ir e vir, no correspondente artigo 19, inciso II.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal – STF firmou seu entendimento<sup>121</sup> no sentido de que é lícito o uso do valor pago a título de pedágio para manter e melhorar a via, omitindo-se quanto ao caso do mesmo ser feito em rodovia paralela e integrante do mesmo sistema rodoviário. A hermenêutica utilizada, fundada em diversos doutrinadores da época, notadamente PONTES DE MIRANDA e ALIOMAR BALEEIRO, levou os ministros a decidirem pela constitucionalidade do pedágio – ainda que sem ressalva constitucional na vedação ao tributo de trânsito – se o mesmo se destinar à manutenção da via.

Assim, ainda que de maneira não expressa no voto, foi autorizada a cobrança de pedágio em sistema de rodovias (como Anchieta-Imigrantes, Anhangüera-Bandeirantes e Castello-Raposo), de modo que o pedágio de um sirva para a manutenção da via de ambos.

---

<sup>121</sup>No Mandado de Segurança impetrado por dois usuários da rodovia, Jaime Barrot Garcia e Antônio Barrot Garcia, conforme acórdão do STF, Tribunal Pleno, Recurso Extraordinário nº 75.641-SP, relator Ministro Xavier de Albuquerque, julgado em 23 de maio de 1974, disponível no repositório de jurisprudência do endereço eletrônico do STF.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caso trazido à lume tem sua problematização melhor expressa pelo fechamento dos acessos à via central, pelo valor exorbitante e sem parâmetros cobrado no pedágio e pela instalação de posto de cobrança deste a menos de 35 quilômetros do *Marco Zero* da Capital do Estado.

Quanto ao primeiro, temos que viola a liberdade de locomoção dos cidadãos, por carência de alternativas e negativa aos usuários do acesso à pista central. A igualdade de tratamento dos usuários encontra-se também em xeque, posto que as demais rodovias em situação similar não possuem pedágio (como Anchieta e Raposo Tavares). Além disso, se pela via da liberdade pública não se entender assim, inescapável lembrar que a moralidade administrativa não se sustenta neste caso. A Concessionária realizou alterações no projeto original que baseou o estudo de impacto ambiental e, assim, não apenas afetou a região de maneira não prevista e não permitida, mas também – por falta de palavra melhor – obrigou os usuários a utilizarem a via pedagiada.

Já o segundo aspecto é mais contundente, vez que não há fundamento para esta exação em valor superior à *Tarifa Básica Quilométrica* prevista em edital e utilizada em todas as outras rodovias do programa paulista de desestatização. Em termos mais claros, foi estipulado um valor arbitrário para o trecho de cerca de 10 quilômetros. Por essas duas razões é que violou-se princípios do regime jurídico-administrativo, notadamente os da *razoabilidade* (insustentável lógica na determinação do valor), o da *modicidade* das tarifas (cobrança superior ao necessário para se ter um serviço eficiente), o da *publicidade* (não se divulgou os motivos para estabelecer o valor) e o da *motivação* (o ato sequer se baseou em estudos técnicos ou os divulgou).

Sobre o terceiro apontamento, há duas considerações a se tecer. A *legalidade* dos atos administrativos, em sentido amplíssimo, é expressão do próprio *Estado de Direito* e, neste, não é possível se cogitar do agasalhamento, pelo ordenamento, de ato que fere frontalmente disposição legal *válida e eficaz*. Por outro lado, a Concessionária e o Poder Concedente alegam que a via marginal seria verdadeira avenida e de tráfego local, mas nem assim entendida faria

sentido a cobrança em localização vedada expressamente pela legislação aplicável à matéria. Não só isso, aduzem que se trataria o caso presente de matéria diferente da normatizada pela Lei 2.481/53. Por esse argumento tampouco teriam razão, já que a matéria é rigorosamente a mesma, com divergência apenas quanto à expressão *taxa* ou *tarifa* (esta sem aplicação na época e aquela utilizada pela lei em tela).

Quer nos parecer, por estes três aspectos, que a Administração Pública elaborou e publicou o Edital sem se ater a qualquer princípio do regime jurídico-administrativo. Ocorre nesta seara que tais princípios e regras devem sempre ser respeitados, seja pelas instituições estatais ou pela administração indireta, ao longo das atividades que compõem a função administrativa, tanto na produção quanto na aplicação e interpretação do direito. Não apenas isso, às violações de tais princípios e regras aplicam-se as penas da improbidade administrativa e sujeitam-se os atos violadores às penas da invalidade.

Sendo estas as principais considerações, obtempera-se que em se tratando o conflito de questão de grande impacto social e econômico, não é possível encontrar uma única e adequada solução. A busca por uma, entretanto, é algo que deva ser objeto de anseio por parte do *operador* do Direito, se não por fim colimado pela ciência jurídica, por necessidade de se chegar à pacificação social do conflito – coletivo e complexo –.

Aclarado tal objetivo, necessário repisar que o *DER* e a *ARTESP* eximem-se do conflito alegando que o Edital cumpriu os consectários legais atinentes. Já a Concessionária aduz encontrar-se no estrito cumprimento do instrumento convocatório que originou seu contrato. Por esta estratégia, a *culpa* não seria imputável a nenhum deles. O conflito, porém, não trata da busca por um *culpado*, mas da insustentabilidade da situação, cujos efeitos negativos estão sendo suportados única e exclusivamente pelo segmento mais desprivilegiado dos usuários – os que utilizam a rodovia diariamente para seu trabalho, sem que tenham condições financeiras para tanto –.

Não se pode perder de vista que qualquer solução deverá passar pelos argumentos jurídicos e econômicos. É provável que se altere o equilíbrio econômico-financeiro do contrato com as modificações a serem implementadas, mas aqui surge novo elemento ao conflito. Enquanto a concessionária sustentará o reequacionamento do contrato a fim de preservar citado equilíbrio, haverá de se considerar a primazia, a supremacia do interesse público, finalidade última da função pública-administrativa. Enquanto de um lado ter-se-á o contrato administrativo da concessão e a tentativa de preservação da equação econômico financeira originalmente pactuada, do outro teremos o interesse público, as possibilidades financeiras da fazenda pública perder a receita reequacionada, e também toda a população afetada pelo pedágio em questão.

Um dos argumentos iniciais panfletados pela Concessionária seria de que os pedágios iriam *desafogar* o tráfego da pista central da Rodovia – beneficiando inclusive quem não pagasse o pedágio–, e também de que o dinheiro seria investido para melhorar o tráfego nos acessos. Quanto ao primeiro, porém, ocorreu o inverso. Os motoristas provenientes de pontos mais avançados da Rodovia, enfrentam enormes congestionamentos na chegada à Capital; os motoristas da região afetada, congestionam as avenidas e ruas dos municípios; e a pista marginal, permanece congestionada por motoristas provenientes do Rodoanel Mário Covas. Vê-se assim que não houve o prefalado *desafogamento*. Quanto ao melhoramento dos acessos, também não houve muita atenção por parte da Concessionária, sempre modesta e comedida nas desapropriações destinadas a construir os trevos de acesso, sendo que estes são em sua maioria se não precários, tão ou menos seguros que os anteriores.

Questão paralela reside na natureza jurídica da cobrança de pedágio. Caso a exação seja considerada *tarifa*, a condição de todos os usuários é de *consumidores* do serviço e, enquanto tais, há ditames legais a serem respeitados. A *abusividade* e a *obrigatoriedade* do pedágio é que saltam mais aos olhos. Só haveria uma solução para o caso, qual seja, ser dada aos consumidores a opção de trafegar pela pista central e com maior movimento –isto é, provavelmente congestionada –, ou pagar pela via local e pedagiada – provavelmente com tráfego livre –. Isso, entretanto, sem considerar a hipótese que desde o início seria a mais adequada – porém hoje inviável –, que seria instalar o pedágio na pista central e deixar a pista local sem pedágios, como decorreria da lógica e da prática em outras rodovias.

Neste diapasão, a outra possibilidade é considerar a exação como *taxa*. Esta via de raciocínio se sustenta no fato de constituir objeto do contrato de concessão a *exploração da rodovia*. Por esta noção se compreenderia o contrato de maneira híbrida, tanto pela prestação do serviço (de conservação da via e utilidades públicas, como guincho, vigilância e ambulância) quanto pela concessão de obra (duplicação de vias e construção das marginais). Tendo a receita da Concessionária sido estabelecida pelo Edital como a proveniente da cobrança de pedágio e as *acessórias*<sup>122</sup>, resta claro que o serviço público é remunerado pela cobrança dos pedágios e as obras são financiadas pela exploração da faixa de domínio – a qual não é de rentabilidade trivial –. Considerando-se apenas o aspecto *pedágio-serviço público*, a *taxa* é fonte de remuneração para a Concessionária, mas por uma relação *trina*: o Estado obriga os contribuintes-usuários a pagarem a taxa de pedágio e contrata a concessionária para conservar a via e administrar a arrecadação; os usuários estabelecem relação tributária com o Estado e entregam o dinheiro da taxa à concessionária; já a concessionária tem direito a receber do Estado sua remuneração

<sup>122</sup> Compreende-se aqui principalmente a exploração da faixa de domínio, como colocação de painéis publicitários e cabos de fibra ótica.

pela prestação do serviço, porém são os usuários-contribuintes que entregam o valor relativo, sendo o excedente pago ao Estado por meio do *ônus* da concessão. Assim, a *taxa* que deve ser plenamente divisível somente poderá ter valor adotado segundo o panorama de custos do serviço, cuja expressão monetária já foi devidamente estipulada por meio da *Tarifa Básica Quilométrica* prevista no Edital.

Qualquer que seja a posição adotada, não haverá solução para o conflito que não enfrente uma dessas situações colocadas, ou seja, ou o contrato tácito da *tarifa* viola direitos consumeristas ou a *taxa* deve adotar valor quilométrico compatível com os ditames editalícios para as outras praças de pedágio.

Não cabe neste trabalho enfrentar o desafio de encontrar uma solução, mas tão-somente a problematização do conflito. Destarte entendemos terem a breve descrição do Edital e suas implicações principiológicas e legais sido devidamente enfrentadas. À par destes estudos, porém, também foram as questões paralelas estudadas, notadamente as tentativas de controle de atos administrativos relacionados ao pedágio das marginais da Castello Branco.

Questão de fundo, porém, que em todos os prismas e aspectos estudados mostrava-se presente – ainda que mais ou menos evidente –, é a motivação política e econômica que levou o Poder Público Concedente e a Concessionária a tomarem as decisões tal qual o foram. A estas – que residem em plano fático inatingível por estudos de pretensão acadêmica – também não se presta o presente trabalho, ainda que contenham a verdadeira motivação dos atos praticados e estudados pelo presente.

Por tudo o quanto supra exposto temos por bem desenvolvido o objetivo inicialmente lançado e, inobstante termos como mais acertado a invalidade do Edital e a ilegalidade da praça de pedágios, impera a necessidade de se vislumbrar solução que efetivamente assente os interesses em rota de colisão, sem suprimir um em favor do outro, mas cotejando-os, colimando a primazia do interesse *efetivamente* público.

## *Referências Bibliográficas*

- ALESSI, Renato. *La revoca degli atti amministrativi*. 29. ed. Milão: Giuffrè, 1960.
- \_\_\_\_\_. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1960.
- ATALIBA, Geraldo. Considerações em torno da teoria jurídica da taxa. *Revista de Direito Público*, IX.
- \_\_\_\_\_. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- BALLESTEROS, Alberto Montoro. Sobre las relaciones entre moral y derecho. *Anales de la Cátedra F. Suárez*, Granada, n. 28, p. 65–102, 1988.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Legalidade – discricionariedade – seus limites e controle. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. XXI, n. 86, p. 42–59.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 1025 p.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio–São Paulo: Forense, 1966.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Sistema de concessão de exploração de rodovia. In: *Fórum de Contratação e Gestão Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2002. I, n. 11, p. 1339–1349.
- \_\_\_\_\_. Concessão de serviço público: natureza jurídica da remuneração paga pelos usuários. In: *Parcerias na administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 381–394.
- \_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 791 p.
- \_\_\_\_\_. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 234 p.
- GORDILLO, Augustin A. *Princípios gerais de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- GRECO, Marco Aurélio. Distinção entre taxa e preço. *RT*, n. 456/42.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Princípios gerais de direito público*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. 666 p.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 827 p.

\_\_\_\_\_. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. 943 p.

LEITE DE MORAES, Paulo Borba. Avaliação econômico-financeira da marginal de acesso ao Alphaville: Parecer técnico. Por consulta da SIA – Sociedade Inter Alpha e da Comissão de Estudos Castello Branco (disponível em Apelação 382.317.5 no TJ-SP). out. 2000.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Cobrança pelo acesso a rodovias para exploração de atividade econômica. In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. X, n. 43, p. 137–170.

\_\_\_\_\_. Equilíbrio econômico-financeiro em contrato de concessão. In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. X, n. 46, p. 251–270.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des Actes Administratifs*. Atenas: Librairie Sirey, 1954.

SUNDFELD, Carlos Ari. Discricionariedade e revogação do ato administrativo. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. XIX, n. 79, p. 132–138.

TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.