

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC nº 037.837/2011-7.

Natureza: Pedidos de Reexame em Representação.

Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres

Recorrentes: Autopista Régis Bittencourt S/A (CNPJ nº 09.336.431/0001-06), Autopista Fluminense S/A (CNPJ nº 09.324.949/0001-11), Acciona Concessões Rodovia do Aço S/A (CNPJ nº 09.414.761/0001-64), Autopista Planalto Sul S/A (CNPJ nº 09.325.109/0001-73), Autopista Fernão Dias S/A (CNPJ nº 09.326.342/0001-70), Autopista Litoral Sul S/A (CNPJ nº 09.313.969/0001-97), Transbrasiliana Concessionária de Rodovia S/A (CNPJ nº 09.074.183/0001-64), Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S/A (CNPJ nº 02.511.048/0001-90), Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A (CNPJ nº 00.861.626/0001-92), Concessionária da Ponte Rio-Niterói S/A (CNPJ nº 00.358.042/0001-07), Agência Nacional de Transportes Terrestres (CNPJ nº 04.898.488/0001-77), CRT Rio Teresópolis Participações S/A (CNPJ nº 03.293.146/0001-60).

Interessada: ABCR - Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias;

Representação legal:

Jéssica Loyola Caetano Rios (53.018/OAB-DF), representando Transbrasiliana - Concessionária de Rodovia S.A. e Concessionária da Rodovia Rio - Teresópolis;

Ana Beatriz Rodrigues Castro e outros, representando Agência Nacional de Transportes Terrestres;

Everardo Ribeiro Gueiros Filho (19740/OAB-DF) e outros, representando ABCR - Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias;

Ricardo de Paula Feijó (70.383/OAB-PR) e outros, representando Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S/A - Ecosul;

Cezar Degraf Matheus (12.154/OAB-PR), representando Autopista Planalto Sul, Autopista Régis Bittencourt S/A, Autopista Fluminense S/A, Autopista Fernão Dias e Autopista Litoral Sul S.A.;

Igor Fellipe Araujo de Sousa (41.605/OAB-DF) e outros, representando Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A;

Alexandre Frayze David (160.614/OAB-SP) e outros, representando Acciona Concessões Rodovia do Aço S/A.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. RODOVIAS PÚBLICAS FEDERAIS COM CONTRATOS DE CONCESSÃO. ARRECADAÇÃO ELETRÔNICA DE PEDÁGIO COM COBRANÇA DE TAXA DE ADESÃO E MENSALIDADE DOS USUÁRIOS. CONCENTRAÇÃO DE MERCADO.

PROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ESCLARECIMENTOS. PEDIDOS DE REEXAME. CONHECIMENTO. ALEGAÇÕES DE INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONTRATUAIS DE FORMA DIVERGENTE PELAS CONTRATANTES E POR ESTA CORTE; ROMPIMENTO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO; INVIABILIZAÇÃO DA INTEROPERABILIDADE DO SISTEMA; AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DESTA TRIBUNAL PARA APRECIAR A MATÉRIA; VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA E AFRONTA À COISA JULGADA. IMPROCEDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. PROCEDÊNCIA. PROVIMENTO PARCIAL. COMUNICAÇÕES.

RELATÓRIO

I – Introdução

Trata-se de pedidos de reexame interpostos contra o Acórdão nº 3.206/2013 - Plenário (peça 205) pelos seguintes recorrentes: Autopista Régis Bittencourt S/A, Autopista Fluminense S/A, Acciona Concessões – Rodovia do Aço S/A, Autopista Planalto Sul S/A, Autopista Fernão Dias S/A, Autopista Litoral Sul S/A, Transbrasiliana Concessionária de Rodovia S/A, Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S/A, Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A, Concessionária da Ponte Rio-Niterói S/A, Agência Nacional de Transporte Terrestre e Concessionária Rio Teresópolis S/A.

2. A deliberação recorrida, com as alterações promovidas pelo Acórdão nº 1.008/2014 - Plenário (peça 290), apresenta o seguinte teor:

“9.1 conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2 determinar à ANTT que adote, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, as devidas providências no sentido de que as concessionárias possibilitem ao usuário que deseja somente trafegar em determinado trecho de rodovia federal sujeito a contrato de concessão referente às 1ª e 2ª etapas, sem usufruir de qualquer serviço adicional, a passagem pela cabine de cobrança automática de pedágio, mediante unicamente o pagamento da tarifa de pedágio; (nova redação)

9.3 recomendar à ANTT que, a respeito da prestação do serviço de cobrança automática de pedágio, avalie a pertinência de encaminhar formalmente a questão da concorrência entre as empresas especializadas na prestação do serviço ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE);

9.4 comunicar a representante e as concessionárias desta deliberação;

9.5 encaminhar cópia deste acórdão, acompanhada do relatório e do voto que o fundamentam, ao Deputado Federal Filipe Pereira; e

9.6 arquivar os autos deste processo.”

3. Ademais, o Acórdão nº 1.008/2014 - Plenário, no intuito de esclarecer a aplicação da determinação acima citada, trouxe o seguinte dispositivo:

“9.4 esclarecer à ANTT e aos interessados, quanto à determinação constante do subitem 9.2 do Acórdão nº 3.206/2013 – Plenário (modificada por este acórdão), que:

9.4.1 o pagamento do pedágio poderá ser efetuado por meio de uma das opções previstas nos contratos, débito correspondente a desconto no crédito de pedágio adquirido com antecedência,

débito automático em conta-corrente ou em cartão de crédito, sem custo adicional, exceto para a aquisição do aparelho de leitura eletrônico a ser instalado no veículo;

9.4.2 desde que por livre escolha do usuário, pode haver cobrança adicional para a prestação de serviços que extrapolem o estabelecido nos contratos, tais como o pagamento postecipado do pedágio e a possibilidade de utilização do mesmo leitor eletrônico veicular para mais de um trecho concedido (interoperabilidade);”

4. Os presentes autos tiveram origem em uma representação oferecida pelo Ministério Público junto ao TCU, por intermédio do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, na qual foi questionada a cobrança de taxa de adesão e mensalidade, pelas concessionárias de rodovias públicas federais, dos usuários dos serviços por elas prestados que optem por efetuar o pagamento da tarifa de pedágio de forma automática.

5. Tal questionamento foi amparado nas cláusulas contratuais, nos programas de exploração das rodovias e nas disposições da Lei 8.987/1995, que impõe às concessionárias o ônus de permitir aos usuários dos serviços a opção de utilizar o pagamento automático do pedágio sem quaisquer encargos adicionais.

6. Foi determinada a oitiva da ANTT e das concessionárias de rodovias federais (peça 7), posteriormente habilitadas como interessadas nos presentes autos (peça 162). Em seguida, a unidade técnica propôs julgar procedente a presente representação.

7. No julgamento deste processo, foi proferido o Acórdão nº 3.206/2013 – Plenário, em face do qual foram opostos embargos de declaração pela ANTT e pela empresa Concessionária Rio-Teresópolis S/A.

8. Ao julgar os referidos embargos, esta Corte prolatou o Acórdão nº 1.008/2014 – Plenário, anteriormente citado neste relatório.

II – Exame pela unidade técnica destes recursos

9. A Serur, após realizar os exames preliminares de admissibilidade (peças 330 a 340), manifestou-se pelo conhecimento destes recursos. Acolhi esse entendimento, por meio de despacho (peça 343), no qual suspendi os efeitos dos itens 9.1 a 9.5 do Acórdão nº 3.206/2013 - Plenário.

10. Em relação ao mérito destes recursos, o auditor salientou que, nas peças recursais sob comento, foram levantadas as seguintes questões:

a) o contrato de concessão ou o programa de exploração de rodovias que o compõe preveem que as concessionárias estão obrigadas a operacionalizar todo o sistema de cobrança automática de pedágio?

b) é uma obrigação das concessionárias conferir ao usuário dos serviços a opção de pagar a tarifa de pedágio sem a necessidade de parada do veículo?

c) a obrigação das concessionárias de garantir aos usuários fluidez no trânsito pressupõe a prestação de todos os serviços inerentes à cobrança automática de pedágio?

d) a obrigação das concessionárias de viabilizar as cobranças automáticas de pedágio causa desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão?

e) a determinação do TCU impede a interoperabilidade do sistema de pagamento automático?

f) a determinação em tela extrapolou as competências constitucionais desta Corte?

g) a prática adotada por uma das concessionárias, anteriormente à expedição da determinação ora combatida, de prestar o serviço de cobrança automática de pedágio sem qualquer cobrança adicional decorre do atendimento às normas legais e contratuais ou configura mera liberalidade?

h) o acórdão recorrido viola os direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa?

i) há coisa julgada no âmbito do Poder Judiciário acerca da questão posta nos presentes autos?

j) a determinação recorrida fere o princípio da segurança jurídica?

k) a recomendação constante do item 9.3 do acórdão vergastado pode induzir o Conselho Administrativo de Defesa Econômica a entender que todas as concessionárias de rodovias controlam empresas que prestam serviços de cobrança automática de pedágio?

11. Em seguida, o auditor analisou as alegações das recorrentes, tendo destacado que:

- Alegações das recorrentes

a) os contratos de concessão por elas firmados e os programas de exploração das rodovias - PER que os integram, não lhes imputam a obrigação de implantar todo o complexo sistema de cobrança automática de pedágio e administrar a gestão dos meios de pagamento. Os referidos documentos apenas determinam que seja implantado nas praças de pedágio um sistema capaz de efetuar a leitura de dispositivo eletrônico com leitura por rádio frequência – TAG;

b) para que o sistema funcione, é necessário que o usuário adquira um TAG, que possui um custo de produção, distribuição e comercialização. Note-se que essas últimas atividades são estranhas ao objeto do contrato de concessão;

c) posteriormente, o usuário deve associar esse dispositivo a um meio de pagamento. Na modalidade pré-paga, deverão ser depositados valores em uma “conta”. Já na pós-paga, deverá ser instituído um limite de crédito. Essas atividades também estão fora do escopo dos contratos de concessão de rodovias. Além disso, elas trazem um risco de crédito associado à sua gestão e estão sujeitas aos dispositivos da Lei 12.865/2013 e ao controle por parte do Banco Central;

d) os contratos de concessão apenas preveem a obrigação das concessionárias de implantarem e manterem edificações, equipamentos e sistemas com tecnologia previamente definida pela ANTT capazes de fazer a leitura das TAG e permitir a passagem de veículos nos postos de pedágio sem a necessidade de pararem ou diminuir drasticamente as respectivas velocidades;

e) *“Assim, as atividades da Concessionária e dos terceiros que disponibilizam os meios de pagamento automático são bastante distintas, não se confundindo as obrigações de estar preparada e aceitar meios de pagamento automático, com as atividades de gestão e administração destes meios de pagamento”*; e

f) a prestação do referido serviço deve ser equiparada à previsão contida no PER de que as concessionárias construam e disponibilizem, para a ANTT e a Polícia Rodoviária Federal, postos de fiscalização. É certo que os serviços prestados em tais locais não são imputados às concessionárias, a quem cabe apenas implantar a infraestrutura necessária para o exercício dessas atividades por terceiros;

- Análise dessas alegações pelo auditor

a) a interpretação das normas contratuais apresentada pelas recorrentes não é a melhor. Afinal, os documentos citados não embasam a conclusão de que a gestão dos sistemas de cobrança automática de pedágio deveria ser realizada por pessoa estranha aos contratos de concessão;

b) os contratos de concessão, quando imputam às concessionárias a obrigação de disponibilizar, para os usuários das rodovias concedidas, praças de pedágio com, no mínimo, uma cabine com pagamento automático, corroboram a posição assumida por este Tribunal. Note-se que a existência dessa obrigação foi reconhecida pelas recorrentes;

c) considerando que as concessionárias devem possibilitar o pagamento automático de pedágio pelos usuários e que as normas contratuais não preveem que os serviços necessários para viabilizar esse pagamento não integram o objeto dos contratos de concessão, não há como defender as cobranças adicionais tratadas nos presentes autos. Logo, tais serviços devem ser prestados pelas empresas contratantes de forma direta ou por meio de terceirização, nesse último caso contratada e remunerada pelas concessionárias;

d) por outro lado, caso o usuário opte por instalar em seu veículo dispositivo que lhe permita usufruir dos serviços prestados por mais de uma concessionária ou de outros serviços, como o

pagamento de estacionamento em centros comerciais e de serviços em postos de combustíveis, os quais efetivamente não integram o objeto contratado, será lícita a cobrança adicional; e

e) a alegação de que existiriam riscos de inadimplência que não deveriam ser suportados pelas concessionárias também não deve ser acolhida, uma vez que o TCU tratou do pagamento automático na modalidade pré-paga, mediante débito em conta corrente ou débito em cartão de crédito, modalidades de pagamento comuns, que estão livres da intervenção do banco central e não acarretam o mencionado risco;

- Alegações das recorrentes

a) a opção pelo pagamento do pedágio sem a necessidade de parar o veículo é um benefício adicional conferido ao usuário das rodovias concedidas, que necessariamente deve arcar com os custos desse conforto e dessa comodidade;

b) caso venha a ser mantida a obrigação de gestão e operacionalização da cobrança automática de pedágio pelas concessionárias, os custos envolvidos e os riscos de crédito serão necessariamente repassados para todos os usuários, haja vista a impossibilidade de cobrança de pedágio em valores distintos entre optantes pelo pagamento automático e pelo pagamento manual. Por via de consequência, haverá a indevida socialização de tais custos e riscos, o que violará os princípios da eficiência e economicidade e irá de encontro ao interesse público; e

c) o órgão regulador, após afirmar que é imprescindível a terceirização dos serviços de gestão do pagamento automático do pedágio, concluiu que:

“Tendo em vista o exposto acima, não resta dúvida que as concessionárias terceirizariam a prestação do serviço de AEP para usuários cativos, transferindo a operação a uma AMAP, que deveria, portanto, ser remunerada.”

- Análise dessas alegações pelo auditor

a) assiste razão às recorrentes quanto à afirmação de que o pagamento automático de pedágio é uma opção dos usuários que lhes proporciona conforto e comodidade. Entretanto, a opção é do usuário, não das concessionárias, que, nos termos contratados, estão obrigadas a disponibilizar tal opção a quem trafega nas rodovias por elas administradas e ser remunerada por tais usuários apenas com o pagamento da tarifa de pedágio; e

b) no que diz respeito às conclusões da agência reguladora, não há óbice algum imposto pelo Tribunal quanto à terceirização dos serviços, devendo a eventual contratada pelas concessionárias ser remunerada. Contudo, tal remuneração não deve ser paga pelos usuários das rodovias a elas concedidas, haja vista que a obrigação desses usuários se resume ao pagamento da tarifa de pedágio, ao passo que a disponibilização dos sistemas de pagamento automático de pedágio é de responsabilidade das concessionárias;

- Alegações das recorrentes

a) a fluidez no trânsito não pressupõe a gestão e a operacionalização da cobrança automática de pedágio;

b) o contrato de concessão estabelece diversos mecanismos de controle da qualidade dos serviços prestados, conforme se observa no item 3.2.2.2 do PER, **verbis**:

“O serviço de gerenciamento do tráfego se constitui como a própria atividade de monitoração, envolvendo o controle permanente do trânsito, das condições de fluidez, segurança e conforto do usuário, fatos relacionados com os serviços ofertados pela Concessionária, os problemas gerados pela estrutura viária, as interferências e inter-relações com a rede viária de influência e os agentes externos, entre outros aspectos vinculados à gestão do tráfego de veículos na RODOVIA.”

c) especificamente no que concerne à fluidez nas praças de pedágio, a norma contratual estabelece mecanismos de controle que não dizem respeito à disponibilização de faixas de cobrança automática, **verbis**:

“Em qualquer condição ou período da concessão, as filas máximas nas Praças de Pedágio ou Auxiliares não deverão ultrapassar 300 m de extensão, limite que deverá ser visualizado por meio de faixa sinalizada no pavimento, e, ainda, qualquer usuário não deverá permanecer na fila por mais de 10 minutos. Caso a Concessionária observe que qualquer dos limites pode vir a ser atingido, deverá liberar a passagem de veículos sem cobrança de pedágio, sem que isto possa gerar qualquer pedido de ressarcimento.”

d) dessa forma, não prospera a conclusão desta Corte de que tais serviços de gestão e operacionalização das cobranças automáticas de pedágio seriam condição **sine qua non** para a qualidade dos serviços prestados. Afinal, essa qualidade deve ser aferida na rodovia, não na cobrança de pedágio. Ademais, a fluidez do trânsito poderia ser garantida pelo aumento do número de cabines de cobrança manual;

- Análise dessas alegações pelo auditor

a) o entendimento das recorrentes não deve ser acolhido pelo TCU, uma vez que as cabines de cobrança automática de pedágio contribuem para a fluidez do trânsito. Nesse sentido, o próprio programa de exploração da rodovia, que integra o contrato de concessão, estabelece que essa forma de cobrança pressupõe o pagamento da tarifa sem a necessidade de parada do veículo ou redução drástica da respectiva velocidade; e

b) realmente se poderia prover maior fluidez apenas com o aumento do número de cabines de cobrança manual, caso não estivesse prevista nos contratos de concessão a implantação obrigatória da cobrança automática de pedágio. Consequentemente, essa última modalidade de recebimento é de adoção compulsória, além de conferir maior dinamismo ao tráfego;

- Alegações das recorrentes

a) restou comprovado que a gestão e a operacionalização das cobranças automáticas de pedágio não são responsabilidades das recorrentes. Assim sendo, a manutenção da determinação expedida pelo Tribunal impõe ônus adicional às concessionárias e implica a revisão da equação econômico-financeira dos contratos de concessão;

b) tendo em vista que o referido ônus não estava previsto originalmente nos editais de licitação e nas minutas de contrato, os custos e os riscos inerentes à gestão e à operacionalização das cobranças automáticas não foram levados em consideração, pelas licitantes, no cálculo das tarifas básicas de pedágio. Desse modo, tratando-se de alteração unilateral dos contratos, mister se faz a revisão das respectivas equações econômico-financeiras;

c) o Projeto de Lei 7.452/2010 corrobora a afirmação de que se trata de novo serviço a ser por elas executado, quando dispõe que:

“Art. 11. (...)

§ 2º Em caso de instituição do serviço de pagamento automático de tarifas de pedágios por dispositivos eletrônicos, fica vedada a cobrança de taxas de adesão, mensalidades ou similares pela prestação do serviço.

§ 3º Os dispositivos eletrônicos de pagamento automático deverão ser transferíveis entre veículos sem custos adicionais para o usuário.”

d) a ANTT tem a prerrogativa de alterar unilateralmente o contrato de concessão, conforme previsto naquele instrumento e na Lei 8.987/2005. De forma similar, a aprovação desse projeto de lei ou a manutenção da determinação expedida pelo Tribunal faz incidir a obrigação de o poder concedente reequilibrar o contrato de concessão;

- Análise dessas alegações pelo auditor

a) não é correta a afirmação de que a gestão do sistema de cobrança automática de pedágio não estaria entre os encargos das concessionárias no momento da licitação e da assinatura do contrato de concessão. Por via de consequência, não se pode falar em reequilíbrio econômico-financeiro dessa avença em decorrência do cumprimento da determinação expedida por este Tribunal;

b) sobre o mencionado projeto de lei, a unidade técnica que elaborou a primeira instrução destes autos destacou que (peça 187):

“66. Quanto a isso, observa-se que, a partir da terceirização do serviço, as concessionárias e a própria ANTT adotaram uma interpretação totalmente desvirtuada dos contratos e dos PERs. Uma vez que o problema só agora está sendo objeto de questionamento e as taxas e mensalidades vêm sendo cobradas há bastante tempo, alguns atores menos familiarizados com os contratos e com os PERs podem ser levados a acreditar que a legislação precisa ser alterada para que haja mudanças.

67. Entende-se, todavia, por todo o alegado anteriormente, que, desde a origem, os argumentos para a proibição da arrecadação de taxa de adesão e de mensalidade pelo serviço de cobrança automática de pedágio estão presentes nos PERs e nos contratos de concessão de rodovias federais.”

c) dessa forma, a vedação de cobrança de taxa de adesão e mensalidade para que o usuário possa realizar o pagamento automático de pedágio não caracteriza inovação contratual apta a alterar a equação econômico-financeira dos contratos de concessão. Afinal, tais serviços constam dos referidos contratos desde a sua origem;

- Alegações das recorrentes

a) caso as concessionárias fossem de fato obrigadas a gerir e operar o sistema de cobrança automática de pedágio, cada uma poderia projetar seu próprio TAG, estando obrigada a aceitá-lo somente em suas praças de pedágio, o que comprometeria a interligação do sistema; e

b) numa situação extrema, isso obrigaria os usuários que utilizam rodovias operadas por concessionárias diferentes a instalar em seus veículos um TAG de cada concessionária;

- Análise dessas alegações pelo auditor

a) essa questão foi devidamente esclarecida pelo Tribunal, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração opostos ao acórdão ora recorrido, de modo que não há que se falar em comprometimento à interoperabilidade do sistema de pagamento automático de pedágio;

b) conforme consta do item 9.4.2 do Acórdão nº 1.008/2014 - Plenário, poderá haver cobranças além da tarifa de pedágio caso o usuário opte por utilizar o TAG para transitar em mais de uma rodovia concedida; e

c) essa autorização de cobranças adicionais ao pedágio foi expedida tendo em vista que nenhuma concessionária é obrigada a prestar gratuitamente um serviço que possa ser utilizado pelo usuário para trafegar em rodovia concedida para outra empresa; e

d) assim sendo, a interoperabilidade do sistema de pagamento automático foi garantida;

- Alegações das recorrentes

a) esta Corte teria extrapolado suas competências constitucionais ao expedir a determinação contida no item 9.2 do acórdão guerreado;

b) em consonância com a doutrina e a jurisprudência citadas, o TCU não pode fiscalizar questões que dizem respeito a decisões político-administrativas voltadas para as atividades-fim das agências reguladoras, como aquelas tratadas nos presentes autos, devendo se limitar a expedir recomendações;

c) ao estipular obrigação não antevista pela própria ANTT, o que foi confirmado pela agência reguladora em sua manifestação exarada nos presentes autos, o TCU extrapolou suas competências. Assim sendo, a determinação em tela deve ser alterada para recomendação; e

d) a ANTT apresentou argumentos sobre a competência desta Corte. Em seguida, colacionou trechos de norma adotada no âmbito do Sistema Europeu de Arrecadação Eletrônica de Pedágio, na qual se adota posição similar à defendida pelo órgão regulador. Por fim, a agência alegou que:

“resta claro que esse r. Tribunal de Contas, órgão de controle externo, ao imiscuir-se na seara da interpretação de cláusulas contratuais, em pacto de outorga firmado sob o pálio da legalidade, no qual a Agência defende entendimento técnico seguro em sentido contrário, impõe riscos reais de instabilidade e prejuízos ao próprio usuário que pretende defender, afastando-se da necessária parceria com o ente regulatório para que seja obtida a melhor execução do contrato.”

- Análise dessas alegações pelo auditor

a) não assiste razão às recorrentes. Esta Corte não usurpou as competências do ente regulador em momento algum, uma vez que a norma contratual que obriga as concessionárias a gerir os sistemas de pagamento automático de pedágio foi por ele livremente elaborada, no exercício de uma competência exclusiva da ANTT; e

b) tendo a agência elaborado a norma contratual, licitado a concessão com base nela e concedido os trechos rodoviários, o ente regulador se encontra vinculado à observação e à aplicação dessa norma. Ademais, o TCU tem não só competência, mas também o dever, de fazer cumprir essas normas livremente estabelecidas pela ANTT:

- Alegações das recorrentes

a) contrariamente ao entendimento do TCU, a concessionária Concer, ao gerir e operar o serviço de pedágio eletrônico sem qualquer cobrança adicional ao usuário, não está observando as normas contratuais;

b) no caso da Concer, houve uma mera liberalidade, que pode ser implementada por qualquer agente privado na condução de seu negócio, mesmo sendo tal prática antieconômica;

c) ademais, a empresa que gerencia esses serviços para a Concer afirmou nos presentes autos que os usuários não pagam somente o valor da tarifa para utilizar o serviço de pagamento automático de pedágio, sendo cobrado um valor adicional a cada recarga; e

d) por fim, foi ressaltado que as próprias gestoras dos serviços de pagamento automático de pedágio entendem ser inviável sua prestação de forma gratuita, sendo, portanto, legal a cobrança das taxas de adesão e mensalidade;

- Análise dessas alegações pelo auditor

a) não obstante o cumprimento das normas contratuais por uma das concessionárias, o entendimento do Tribunal não se baseou nas declarações fornecidas pela citada concessionária, mas nas normas contratuais, de modo que se mostram irrelevantes os argumentos trazidos pelas recorrentes nesse sentido;

- Alegações das recorrentes

a) a Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S/A (peça 255) alegou que o acórdão recorrido padece de vício de nulidade. Ela foi instada a se manifestar nos presentes autos em virtude da representação oferecida pelo Ministério Público junto ao Tribunal, na qual era questionada a cobrança de taxa de adesão e mensalidade para usuários dos serviços de cobrança automática de pedágio. Nessa representação foi citado, como exemplo, contrato firmado pela ANTT e por outra concessionária, mas, na fase de instrução dos presentes autos, a unidade técnica, visando fundamentar sua proposta de encaminhamento, realizou a análise do contrato firmado pela ora recorrente. Assim sendo, deveria ter ocorrido nova oitiva, haja vista a inovação dos fundamentos do processo. Nesse sentido, ela alegou que:

“A instrução técnica produziu novas alegações - jamais levadas ao conhecimento da Signatária antes da prolação do v. acórdão recorrido - segundo as quais haveria obrigação da Signatária de prestar o referido serviço, sem qualquer compensação, eis que supostamente previsto no próprio contrato de concessão”; e

b) citou diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, inclusive a Súmula Vinculante nº 3, ensinamentos doutrinários de diversos juristas e várias decisões desta Corte de Contas que asseguram aos interessados o contraditório e a ampla defesa em todas as fases processuais.

- Análise dessas alegações pelo auditor

a) equivoca-se a recorrente. Em momento algum, esta Corte promoveu alterações no teor da representação oferecida pelo representante do **Parquet** especializado;

b) a recorrente foi chamada aos presentes autos para se manifestar sobre a cobrança de taxa de adesão e mensalidade pelo serviço de pagamento automático de pedágio na rodovia por ela administrada. O fato de o Ministério Público ter citado na peça inaugural apenas um dos contratos firmados pela ANTT para a concessão de rodovias federais não descaracteriza o teor desta representação, que efetivamente questiona as cobranças tidas por ilegais realizadas por todas as concessionárias;

c) note-se que a autoridade representante assim se manifestou:

“No mérito, requer o Ministério Público, caso confirmadas as irregularidades, a adoção das medidas corretivas e repressivas adequadas e a expedição de determinação à ANTT para que, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, suspenda a cobrança da taxa de adesão e da mensalidade afetas ao sistema de pedagiamento eletrônico nas concessões de rodovias federais”;

d) restou perfeitamente claro que a recorrente não foi chamada aos autos para oferecer defesa acerca de contrato do qual não fazia parte. Ademais, ela exerceu, com todos os meios inerentes, seu direito ao contraditório e à ampla defesa ao apresentar a resposta acostada à peça 127 dos autos;

e) cumpre frisar que, nesse último documento, a ora recorrente justificou as cobranças questionadas pelo Ministério Público junto ao TCU referentes ao contrato por ela firmado com o Poder Público, não em relação ao contrato firmado por outra concessionária; e

f) dessa forma, tendo exercido adequadamente os direitos ao contraditório e à ampla defesa em decorrência do chamado do Tribunal, não há qualquer razão para a recorrente questionar qualquer nulidade na fase processual anterior;

- Alegações das recorrentes

a) a Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S/A argumenta que, em virtude de diversas singularidades dos contratos de concessão firmados ao longo dos anos, não há como cumprir a determinação questionada nos moldes genéricos em que foi redigida. Logo, o Tribunal deve aprimorar a respectiva redação, com o fito de indicar o modo como ela deve ser atendida pela agência reguladora;

- Análise dessas alegações pelo auditor

a) não há razões para a recorrente se insurgir. Cabe à ANTT definir a forma como se dará o cumprimento da determinação exarada pelo Tribunal. Ao TCU compete, apenas, determinar que sejam cumpridas as normas contratuais;

- Alegações das recorrentes

a) a decisão desta Corte viola coisa julgada, uma vez que o TCU não acatou argumento apresentado na fase processual anterior no sentido de que o Poder Judiciário considerou a cobrança de taxa de adesão e mensalidade da TAG legal. Assim sendo, houve uma clara violação ao princípio do monopólio da jurisdição;

b) apesar de o princípio da independência das instâncias estar previsto no ordenamento jurídico pátrio, o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal estabelece que não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito. Além disso, no inciso seguinte desse mesmo artigo, foi garantida a imutabilidade da coisa julgada, que foi violada no caso em apreço; e

c) dessa forma, o acórdão recorrido deve ser reformado, com vistas à exclusão de seu item 9.2;

- Análise dessas alegações pelo auditor

a) o entendimento indicado no acórdão recorrido deve permanecer, uma vez que as recorrentes não apresentaram qualquer julgamento de mérito realizado pelo Poder Judiciário sobre a questão ora tratada, limitando-se a indicar que, em agravo de instrumento, foi cassada decisão liminar de primeira instância que suspendia a prática; e

b) por via de consequência, não há que se falar em coisa julgada no âmbito judicial que lhes garanta o direito de terceirizar a gestão da cobrança automática de pedágio e imputar aos usuários o ônus de arcar com as despesas decorrentes dessa prática;

- Alegações das recorrentes

a) a mudança de entendimento sobre as cláusulas contratuais fere o princípio da segurança jurídica;

b) por não estar prevista nas normas contratuais ou legais aplicáveis às concessões, a determinação expedida por esta Corte viola a garantia constitucional do ato jurídico perfeito, ameaça a estabilidade das instituições e a credibilidade de todo o ordenamento jurídico nacional e propaga a insegurança jurídica;

c) o TCU fiscalizou os serviços concedidos por mais de quinze anos e nunca fez menção à obrigatoriedade que impôs no acórdão recorrido, como se analisasse a questão pela primeira vez. Nesse sentido, afirmam que:

“A admitir-se, por puro amor à argumentação, que era obrigação das concessionárias, cristalina e inegavelmente a elas atribuídas pelos contratos de concessão e pelo PER, a prestação de serviços de cobrança automática de pedágio, por que o TCU não apontou tal situação nos mais de 15 (quinze) anos anteriores em que avaliou o cumprimento dos contratos de concessão rodoviária? Por que não exigiu que os estudos econômico-financeiros e técnicos considerassem, para a formulação e composição da TBP, os custos de implantação do sistema de cobrança automática da tarifa de pedágio, tal qual fez para a cobrança manual? Por que não há parâmetros e níveis de serviço, como tempo de espera, disponibilidade etc, que as cabines de cobrança automática deveriam observar? O Acórdão é incapaz de responder a estas questões”;

d) a interpretação dominante à época das licitações era no sentido de que o adimplemento da obrigação das concessionárias, em relação à cobrança automática de pedágio, se daria por meio da disponibilização da infraestrutura necessária à operação do sistema por outras empresas. Assim sendo, a atual interpretação do TCU representa uma mudança de entendimento, que se pretende aplicar a casos já consolidados. Contudo, a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal leva em conta a boa-fé das licitantes e se inclina pela manutenção da interpretação anterior em prol da segurança jurídica;

e) a agência reguladora assim se manifestou:

“20. Ademais, ainda que o entendimento do Tribunal seja o mais acertado, é forçoso reconhecer que uma mudança de interpretação de uma cláusula contratual importa a alteração da relação econômica pactuada. Não basta dizer que o sentido da cláusula deve passar a ser interpretado conforme a nova orientação; certamente, o impacto dessa forma de aplicar um mesmo dispositivo contratual que, durante anos a fio, foi interpretado de maneira diversa, pode implicar uma alteração no equilíbrio econômico-financeiro estabelecido, com um horizonte de alteração na tarifa de pedágio para todos os usuários do sistema, inclusive aqueles que não utilizam os serviços de cobrança eletrônica.

21. Insta registrar que a atuação do controle externo, por determinar forma de interpretação de cláusula contratual, que por um longo período de tempo tenha sido aplicada em outro sentido, consiste em, ao menos, potencial ofensa à estabilidade jurídica e interferência no exercício da atividade regulatória. De modo que a mera modificação do entendimento da aplicação de uma cláusula consiste em alteração capaz de trazer mais prejuízo que benefícios”;

- Análise dessas alegações pelo auditor

a) em relação à previsão contratual da obrigatoriedade da gestão da cobrança automática de pedágio, não assiste razão às recorrentes quanto à violação da garantia do ato jurídico perfeito. Afinal, o contrato, ao impor às concessionárias o dever de realizar a cobrança automática sem mencionar a prestação de parte dos serviços por terceiros nem sua remuneração a cargo dos usuários, não foi alterado pelo Tribunal. Entretanto, a questão da mudança de interpretação merece melhor análise;

b) com exceção de uma das concessionárias, segundo a qual os custos da gestão do sistema de cobrança automática de pedágio não são repassados aos usuários, é uníssono o entendimento de que essa gestão dos serviços não é realizada direta ou indiretamente pelas concessionárias, sendo os respectivos custos arcados pelos motoristas que trafegam nas vias concedidas. Nesse sentido, aliás, manifestou-se o órgão público responsável pela licitação, contratação e fiscalização das concessões;

c) aduz-se que, desde 29/12/1994, quando foi assinado pela União o primeiro contrato de concessão de rodovia, referente à Ponte Rio-Niterói, vem sendo adotada a prática combatida pelo Tribunal nestes autos. A empresa concessionária da Ponte entende que o contrato por ela assinado, que prevê o pagamento de pedágio por meio automático, não lhe incumbiu da gestão desse sistema de cobrança. Por via de consequência e tendo em vista a inexistência de empresas gestoras desse serviço no país à época, ela implementou o sistema “Onda Livre”, em 1995, no âmbito do qual é cobrada dos usuários uma taxa mensal. Desse modo, desde o início das concessões rodoviárias federais, entendeu-se que a tarifa básica de pedágio não contempla a gestão do sistema de pagamento automático. Logo, os respectivos custos podem ser repassados aos usuários;

d) note-se que a determinação em tela não produziu qualquer impacto sobre o contrato de concessão da Ponte Rio-Niterói, cuja vigência terminou no dia 31/5/2015;

e) signatários dos contratos de concessão seguintes, além da interpretação divergente que se verifica entre eles e o TCU, têm a seu favor, como elemento apto a demonstrar sua boa-fé, que a forma como eles entendem as regras é aplicada na prática. Afinal, a cobrança dos custos da gestão dos serviços de pagamento automático de pedágio vem ocorrendo desde a concessão da Ponte Rio-Niterói. Assim sendo, é razoável supor que, na fase de elaboração de suas propostas, prevalecia o entendimento de que não era responsabilidade das concessionárias gerir o sistema de pagamento automático de pedágio;

f) a matéria ora tratada nunca havia sido discutida pelo Tribunal. Portanto, inexistente qualquer decisão protegida pela coisa julgada administrativa;

g) apesar de o lapso temporal verificado entre as contratações em tela e a atuação desta Corte, por si só, não ter o condão de tornar inválida a determinação recorrida, cumpre reconhecer que a demora do TCU em enfrentar essa questão efetivamente contribuiu para a crença na regularidade da prática combatida nos presentes autos. Desse modo, até a data da prolação do acórdão vergastado, ela era reputada como sendo válida. Conseqüentemente, deve ser aceita a argumentação trazida pelas recorrentes no sentido de manter o entendimento de que a gestão dos serviços de cobrança automática de pedágio não era de responsabilidade direta ou indireta das concessionárias;

h) até porque, segundo a doutrina e a jurisprudência aplicáveis, a mudança de interpretação de norma administrativa não deve ser aplicada a situações pretéritas nas quais seja observada, além do entendimento defensável, a boa-fé do administrado, sob pena de violar ato jurídico perfeito;

i) mostra-se perfeitamente aplicável aos presentes autos o que restou decidido pela Suprema Corte quando da apreciação da Ação Cível Originária nº 79/MT, julgada em 15/3/2012. Naquela oportunidade, após ponderar os valores da legalidade e da segurança jurídica, o STF assim se manifestou:

*“Ora, assim como fazem os direitos alemão, francês, espanhol e italiano, o ordenamento brasileiro revela, na expressão de sua unidade sistemática e na sua aplicação, a reverência aos princípios ou subprincípios conexos da segurança jurídica e da proteção da confiança, sob a compreensão de que nem sempre se assentam, exclusivamente, na observância da pura legalidade ou das regras **stricto sensu**. Isto significa que situações de fato, quando perduram por largo tempo,*

sobretudo se oriundas de atos administrativos, que guardam presunção e aparência de legitimidade, devem estimadas com cautela quanto à regularidade e à eficácia jurídicas, até porque, enquanto a segurança é fundamento quase axiomático, perceptível do ângulo geral e abstrato, a confiança, que diz com a subjetividade, só é passível de avaliação perante a concretude das circunstâncias.

*A fonte do princípio da proteção da confiança está, aí, na boa-fé do particular, como norma de conduta, e, em consequência, na **ratio iuris** da coibição do **venire contra factum proprium**. Tudo isso implica a vinculação jurídica da Administração Pública às suas próprias práticas, ainda quando ilegais na origem. O Estado de Direito é sobremodo Estado de confiança”; e*

j) dessa forma, o argumento sob exame merece ser acolhido.

- Alegações das recorrentes

a) insurgiu-se uma das recorrentes contra a recomendação para que a ANTT avalie a conveniência e a oportunidade de representar ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE acerca de suposta concentração de mercado, uma vez que, da forma como restou redigido o comando em tela, esta Corte estaria induzindo a erro o citado órgão de defesa da concorrência;

- Análise dessas alegações pelo auditor

a) não há razões para essa irresignação da recorrente, pois, devido à sua natureza, essa recomendação não provoca sucumbência para as pessoas que figuram no polo passivo da presente representação.

12. Em seguida, o auditor informou que as recorrentes Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A e Concessionária da Ponte Rio-Niterói S/A apresentaram mídia digital, contendo um vídeo explicativo sobre a natureza e a operação do sistema de arrecadação eletrônica da tarifa de pedágio nas concessões de rodovias federais, com o intuito de reforçar suas razões recursais (peça 396). Entretanto, as informações constantes do referido documento, muitas das quais já constantes dos autos, não têm o condão de alterar a análise por ele empreendida.

13. A título de conclusão, o auditor salientou que:

a) o contrato de concessão e o programa de exploração de rodovias que o compõe preveem ser obrigação das concessionárias a operacionalização de todo o sistema de cobrança automática de pedágio;

b) a opção dada ao usuário dos serviços para o pagamento da tarifa de pedágio, sem a necessidade de parada do veículo, é uma obrigação das concessionárias;

c) a obrigação das concessionárias de garantir aos usuários fluidez no trânsito pressupõe a prestação de todos os serviços inerentes à cobrança automática de pedágio;

d) a obrigação de as concessionárias gerirem e operacionalizarem as cobranças automáticas de pedágio, por estarem previstas nas normas contratuais desde as respectivas origens, não causa desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão;

e) a determinação desta Corte, com os esclarecimentos contidos no Acórdão nº 1.008/2014 - Plenário, não é capaz de ensejar a frustração da interoperabilidade do sistema de pagamento automático;

f) a determinação do Tribunal não extrapolou as competências constitucionais desta Corte;

g) a prática adotada por uma das concessionárias, anteriormente à expedição da determinação combatida, no mesmo sentido da decisão desta Corte, não altera o entendimento firmado nos presentes autos;

h) não se verifica qualquer nulidade no acórdão recorrido devido à alegada violação aos direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa;

i) não há coisa julgada no âmbito do Poder Judiciário acerca da questão posta nos presentes autos, haja vista que as ações judiciais citadas pelas recorrentes não tiveram qualquer julgamento de mérito;

j) como defendido pelas recorrentes, a determinação combatida fere o princípio da segurança jurídica, uma vez que a interpretação contratual adotada pelas recorrentes e pelo ente

regulador vigorou por quase vinte anos sem qualquer contestação pelo TCU. Ademais, nestes autos, restou demonstrada a boa-fé das partes, que seguiram o modelo adotado no contrato de concessão da Ponte Rio-Niterói de repassar aos usuários os custos da gestão do sistema de pagamento automático de pedágio; e

k) a recomendação constante do item 9.3 do acórdão recorrido não é passível de recurso.

14. Com fulcro nessas considerações, o auditor entendeu que deve ser dado provimento aos pedidos de reexame aqui analisados. Assim sendo, com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992, apresentou a seguinte proposta de encaminhamento (peça 405):

a) conhecer dos pedidos de reexame interpostos por Autopista Régis Bittencourt S/A, Autopista Fluminense S/A, Acciona Concessões – Rodovia do Aço S/A, Autopista Planalto Sul S/A, Autopista Fernão Dias S/A, Autopista Litoral Sul S/A, Transbrasiliana Concessionária de Rodovia S/A, Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S/A, Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A, Concessionária da Ponte Rio-Niterói S/A, Concessionária Rio Teresópolis S/A e Agência Nacional de Transporte Terrestre - ANTT contra o Acórdão nº 3.206/2013 - Plenário, para, no mérito, dar-lhes provimento, tornando insubsistente o item 9.2 do acórdão recorrido, com a redação dada pelo Acórdão nº 1.008/2014 - Plenário, assim como o item 9.4 e seus subitens desse último julgado;

b) comunicar o teor da decisão que vier a ser proferida aos recorrentes e aos demais interessados.

15. O Diretor da 3ª Diretoria da Serur manifestou sua concordância com essa proposta (peça 406).

16. O Secretário da Serur emitiu parecer (peça 407), no qual ele afirmou em síntese que:

a) nota-se a utilização de uma hermenêutica publicista, de **imperium**, que interpreta cláusulas contratuais ampliativamente em prol da administração, conferindo-lhe verdadeiros aditivos de obrigações implícitas e desconsiderando as demais cláusulas. Isso leva a conclusões diametralmente opostas à vontade das partes e à própria compreensão de todos os licitantes. Nesse sentido, vai-se na contramão da tendência mundial e da nossa evolução jurisprudencial, bem evidenciada nos julgamentos recentes das concessões de portos, aeroportos e da nova modelagem de concessões ferroviárias;

b) o jurista português Vasco Pereira da Silva afirma que essa interpretação “exagerada” não está sincronizada com a sistemática dos serviços públicos concedidos pelo Estado, cujos instrumentos de atuação extravasam os esquemas tradicionais e redirecionam o foco do controle para os resultados, preservando as salvaguardas dos princípios da administração pública. Dito de outra forma, estamos no fim da era do direito administrativo estatal e no advento do direito administrativo de governança;

c) o auditor desta Secretaria fundamentou o provimento do recurso no princípio da segurança jurídica. Para além de nossa concordância sobre a incidência do mesmo ao tema, chamam a atenção os seguintes eventos que ensejaram a aplicação desse princípio:

- desde 29/12/1994, quando da celebração do primeiro contrato de concessão de rodovia assinado pela União, relativo à Ponte Rio-Niterói, entendeu-se que não incumbia ao concessionário gerir o pagamento do pedágio por meio automático. A inexistência, naquela época, de prestadoras do referido serviço ocasionou a adoção de uma solução temporária de autogestão do sistema, mas com a cobrança de uma taxa mensal dos usuários. Ficou patente que a tarifa básica do pedágio não contemplava os custos de gestão do referido sistema;

- os contratos seguintes mantiveram tal entendimento, ou seja, os custos de gestão do sistema de pagamento automático não foram diluídos na tarifa básica; e

- nova jurisprudência, surgida apenas em novembro de 2013 e ora recorrida, não pode ser aplicada a situações pretéritas, que tiveram fulcro no entendimento do agente regulador (ANTT), sob pena de implicar ofensa aos princípios da boa-fé e do ato jurídico perfeito;

d) portanto, deve ser valorizada a interpretação das leis, dos editais e dos contratos, adotada inclusive pela própria ANTT, no sentido de que os serviços de Arrecadação Eletrônica de

Pedágio não integram as obrigações dos concessionários, os quais, quando de suas propostas, não os lançaram nas tarifas. Cabe reiterar que essa prática não foi questionada por 19 anos;

e) cumpre trazer à colação a tese, defendida pelo Ministro Luiz Roberto Barroso e agora adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a mudança de jurisprudência consolidada que subtrai direitos do administrado deve ter efeitos prospectivos (**ex nunc**). A aplicação dessa tese se torna ainda mais necessária quando se observa que o ora contratado entrou na licitação com uma perspectiva de custos consolidada no tempo e, para ser competitivo, não incluiu determinados serviços em seus custos;

f) o STF tem entendido que situações de fato que não tenham sido questionadas ao longo de um largo período de tempo devem ser consideradas consolidadas, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé e aos direitos fundamentais dos administrados, entre eles o da confiança legítima;

g) no âmbito do direito administrativo da regulação, o silêncio contratual e as próprias cláusulas imperfeitas devem ser interpretados tal como a vontade das partes deles transparece. Vontade essa que passa a integrar suas cláusulas como se estivesse explícita. A essência do contrato estaria precipuamente na promessa à qual as partes reciprocamente se vinculam;

h) com todas as vênias, todas as premissas postas na decisão recorrida:

- desconsideram outros itens do edital e do contrato;

- não valoram a vontade dos licitantes e dos contratantes;

- admitem obrigações implícitas no edital, mas decorrentes somente da interpretação publicista;

- não atentam para o fato de que todos os licitantes compreenderam os editais de forma que nenhum deles cotou o gerenciamento da cobrança automática como componente de custos de suas tarifas básicas; e

- não levam em conta que o entendimento acima citado decorreu da postura do regulador (ANTT);

i) apelar para valores publicistas de forma a alterar as cláusulas contratuais com fulcro em um suposto interesse público sobre o privado não é admitido no direito, como se observa no seguinte julgado do TRF da 5ª Região (REO nº 574.893):

“Se o contrato de concessão estabelece que o reajuste da tarifa deva levar em conta a variação do IGP-M, não pode o Poder Judiciário alterar a vontade das partes e determinar a substituição daquele índice por outro, a pretexto de que a variação acumulada daquele índice superou a de outros indicadores de preços no mesmo período, dando ensejo à instabilidade das relações jurídicas, em prejuízo do princípio da segurança jurídica.

Impende frisar que as cláusulas econômicas, ou seja, aquelas que fixam a remuneração e os direitos do contratado perante a Administração e dispõem acerca da equação econômico-financeira do contrato administrativo, não podem ser alteradas unilateralmente pelo Poder Público, sem que se proceda à devida compensação econômica do contratado, visando restabelecer o equilíbrio financeiro inicialmente pactuado pelas partes. É o que se extrai da redação dos arts. 37, XXI, e 175, III, da CF/88, e do art. 9º, parágrafo 4º, da Lei nº 8.987/1995, acima reproduzido.

Ademais, tarifa módica não quer dizer necessariamente tarifa barata, mas a menor tarifa que, além de cobrir as despesas da concessionária e garantir o funcionamento do serviço, também seja capaz de propiciar os investimentos necessários à expansão e modernização do setor.”;

j) no direito administrativo das concessões, a vontade das partes manifestada pelo edital e pelas propostas deve ser considerada, sob pena de enriquecimento sem causa do Estado. Afinal, a supremacia e a unilateralidade são substituídas pelo consenso e pela bilateralidade, pois na gestão privada dos serviços públicos avança o direito privado e, em consequência, a especialização do direito administrativo se mostra aberta e multifôrme. Nesse sentido, as formas de colaboração, cooperação e consenso entre as autoridades públicas e as do setor privado são mais simétricas;

k) ao entender que existem obrigações implícitas, em que pese as explícitas as afastarem, ou seja, ao determinar o sentido atribuído a determinadas cláusulas, não se emite uma mera orientação da execução dos serviços, mas se modifica unilateralmente o conteúdo inicial dessas cláusulas. Nesse sentido, a doutrina francesa e o **Conseil d'État** reconhecem que a nova interpretação sobre a execução de contratos em curso não pode deteriorar suas cláusulas financeiras, exceder certos limites e criar novos serviços não previstos no pacto nem romper o equilíbrio financeiro da concessão;

l) os contratos são interpretados segundo critérios, havendo preponderância das respectivas cláusulas sobre a proposta comercial e desta sobre o programa de exploração de rodovias - PER. Assim sendo, a vontade das partes (notadamente a do proponente) prevalece sobre o PER;

m) a cláusula contratual ora sob comento estabeleceu que *“a concessionária deverá implantar sistema de cobrança eletrônica de pedágio, na forma regulamentar da ANTT, favorecendo a interoperabilidade nacional e a integração, de forma eficiente, com outros sistemas automáticos”* (peça 2, p. 41). Daí decorre que:

- a ANTT detém competência para regulamentar a forma pela qual deve ser adimplida essa obrigação; e

- a interoperabilidade nacional faz com que a obrigação em tela transcenda as forças e o controle do concessionário individual. A solução técnica, portanto, virá de fora, cabendo a esse concessionário criar as condições para sua operacionalização na rodovia por ele operada;

n) esse contrato (peça 2, fl. 42), quando fala em conforto das praças de pedágio, estabelece apenas níveis de serviço que assegurem a comodidade, nada falando sobre a gratuidade integral. Por outro lado, quando menciona os serviços de atendimento mecânico e médico de primeiros socorros, afirma serem eles “gratuitos”;

o) a avença em tela define a modicidade da tarifa como a *“justa correlação entre os encargos da Concessionária e a retribuição dos usuários, expressa no valor da Tarifa Básica do Pedágio”*. Considerando que o regulador entendia que os serviços de gerenciamento da arrecadação eletrônica de pedágio não eram de responsabilidade das concessionárias e que elas, quando da licitação, basearam suas propostas nesse entendimento e no costume prevalecente desde 1994, não se pode afirmar que o pagamento pelo usuário de tais serviços ofende a modicidade tarifária;

p) somente de forma explícita, a lei regula a confecção dos contratos, cambia seu conteúdo ou descarta algumas de suas cláusulas;

q) um contrato perfeito é aquele onde qualquer alteração de suas cláusulas gera resultado econômico nulo, sendo desnecessário o reequilíbrio econômico-financeiro. No caso vertente, a atribuição de custos para as concessionárias não gera resultado economicamente neutro, pois desequilibra as tarifas;

r) os editais, caso tivessem pretendido incluir tais custos, teriam descumprido os requisitos do art. 18 da Lei 8.987/1995, uma vez que a redação desses instrumentos foi totalmente imprecisa. Portanto, a solução juridicamente integrativa consiste em considerar que tais serviços eram estranhos aos editais e aos contratos;

s) caso os custos do pagamento automático sejam incluídos na tarifa básica, aqueles que não utilizam essa comodidade também pagarão por ela, devido ao rateio das respectivas despesas. Esse procedimento viola as normas da regulação do setor, uma vez que *“é vedado à ANTT estabelecer privilégios tarifários que beneficiem segmentos específicos de usuários do Lote Rodoviário”* (peça 2, fl. 33). Além disso, seria violado o princípio geral da proteção dos consumidores finais quanto à incidência dos fretes nos preços dos produtos transportados (art. 11, III, da Lei 10.233/2001);

t) o PER não estabeleceu a obrigação de prestação direta da arrecadação eletrônica do pedágio nem o dever de suportar os respectivos custos. O referido documento previu que a cobrança automática deverá viabilizar o pagamento do pedágio sem necessidade de parada ou redução significativa da velocidade, por meio de equipamento detector de sinal de rádio emitido por dispositivo instalado no veículo ou por outros de resultados semelhantes. Note-se que viabilizar significa instalar os equipamentos que tornem exequível a cobrança automática (detector do sinal de rádio e os

equipamentos para o armazenamento dos dados requeridos pelo regulador). Caso o usuário deseje essa utilidade, deverá encarregar-se da contratação do arrecadador, o que é tornado viável pelo concessionário;

u) esse foi o modelo adotado pelos planos de exploração da rodovia da Nova Dutra e da Ponte Rio-Niterói, segundo os quais a obrigação da concessionária se exaure com a emissão dos dados para o sistema de arrecadação;

v) esse entendimento é corroborado pelos procedimentos executivos do sistema de arrecadação de pedágio (peça 2, fl. 177), que prevê a adoção de um modelo interoperacionalizável nacionalmente, que acompanhe a tecnologia oferecida pelo mercado e seja externo à concessão;

x) cabe frisar que, quando trata do sistema manual de cobrança, o PER une a tarefa de viabilizar com a de arrecadar;

z) caso o TCU impute o custo sob enfoque aos concessionários, é de se esperar que, nas próximas licitações, o mercado responda com tarifas maiores. Afinal, o agente privado arcará com o ônus de suportar qualquer indeterminação dos editais ou mudança do contexto tecnológico. Diante disso, cumpre ressaltar que as decisões deste Tribunal em casos concretos afetam o sistema das concessões como um todo. Assim sendo, os benefícios supostamente auferidos em uma situação peculiar podem prejudicar o funcionamento desse sistema; e

aa) no direito administrativo dos serviços públicos, admite-se que o edital crie novos direitos e novas obrigações, que passam a integrar o marco regulatório. A decisão recorrida, ao contrário, impôs às concessionárias a execução de outro projeto, violando inclusive os princípios licitatórios, já que a revisão não pode ser instrumento para que o contratado execute um contrato distinto do licitado.

17. Diante do acima exposto, o titular da Serur propôs o conhecimento dos recursos sob enfoque, para, no mérito, dar-lhes provimento parcial de modo a declarar a insubsistência do item 9.2 do Acórdão nº 3.206/2013 – Plenário e dos itens 9.3 e 9.4 do Acórdão nº 1.008/2014 – Plenário.

III – Manifestação do Ministério Público junto ao TCU

18. Em seguida, proferi despacho com o seguinte teor (peça 417):

“Considerando a relevância da questão tratada neste processo, que envolve os interesses dos usuários e das concessionárias das rodovias federais brasileiras;

*Considerando que, ainda que não seja obrigatória a oitiva do Ministério Público junto ao TCU nos recursos opostos em processos de representação, é facultado ao Relator solicitar o pronunciamento do **Parquet** especializado;*

Em caráter excepcional, encaminho os presentes autos para o Ministério Público junto TCU, para o obséquio de sua manifestação sobre as alegações encaminhadas pelas recorrentes.”

19. Em atendimento à minha solicitação, o ilustre Procurador Júlio Marcelo de Oliveira emitiu parecer (peça 422), cujos principais pontos são sumarizados a seguir.

20. Preliminarmente, o representante do **Parquet** especializado salientou que:

a) o art. 150, V, da Constituição Federal de 1988 veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o estabelecimento de limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;

b) nesta representação, que foi formulada pelo Ministério Público de Contas em dezembro de 2011, com base na Lei 8.987/1995 (Lei Geral das Concessões), está em discussão, essencialmente, o real alcance da cláusula dos contratos de concessão rodoviária que prevê o seguinte:

“A concessionária deverá implantar sistema de cobrança eletrônica de pedágio, na forma regulamentar da ANTT, favorecendo a interoperabilidade nacional e a integração, de forma eficiente, com outros sistemas automáticos.”

c) mais especificamente, questiona-se se seria lícita ou ilícita a cobrança, além da tarifa de pedágio, da taxa de adesão e da mensalidade para custear a prestação de serviços de pagamento automático dessa tarifa em rodovias federais, prática usualmente adotada no mercado;

d) o pedágio automático pode ser definido como o “*sistema de pagamento de pedágio no qual o veículo não necessita parar nas praças de pedágio, sendo identificado por uma tag ou chip, que permite o posterior processamento e liquidação financeira da transação*” (peça 248, p. 46, item 1.2);

e) cabe salientar que, por ocasião da 2ª Revisão Ordinária e da 3ª Revisão Extraordinária, aprovadas por meio da Resolução ANTT nº 3.622, de 15.12.2010, atinentes ao Programa de Exploração da Rodovia – PER da Rodovia BR-116/SP/PR (trecho: São Paulo – Curitiba), foram exaradas, entre outras, as seguintes considerações (peça 2, p. 138, 176 e 177):

“Arrecadação de Pedágio

A monitoração das operações nas praças de pedágio deverá atender às seguintes funções:

- *Controle da arrecadação do pedágio;*
- *Controle do fluxo financeiro;*
- *Controle administrativo da operação;*
- *Controle de eventos operacionais.*

Os sistemas de controle deverão ser integrados, através de detectores de pista, registro do arrecadador, registro por dispositivo de cobrança automática, comunicações via voz, sinais, fichas de ocorrências e emissão de relatórios. O sistema de monitoração das operações das praças de pedágio deverá integrar: pista, terminais de cabine, administração da praça e controle central.

A estrutura geral deverá ser composta por rede informatizada, alimentada por dispositivos de recepção de dados, através de sensores eletrônicos, classificador manual do arrecadador, antenas de detecção de veículos e outros elementos interligados.

Os trabalhos de monitoração deverão gerar relatórios mensais para atender aos seguintes aspectos:

- *Relatório financeiro;*
- *Relatório das operações efetuadas;*
- *Relatório de tráfego;*
- *Relatório de incidentes/anomalias;*
- *Relatório das condições de operação dos equipamentos.*

A monitoração da arrecadação do pedágio deverá ser executada pelas próprias equipes de administração das Praças de Pedágio, que deverão registrar todos os dados.

(...)

“6.4 SISTEMA DE ARRECADAÇÃO DO PEDÁGIO

6.4.1 Escopo dos Serviços

Os sistemas de arrecadação do pedágio contemplarão duas modalidades, ambas com condições de identificar eixos com rodagem dupla de qualquer veículo.

- *Sem parada de veículos – cobrança automática;*
- *Com parada de veículo – cobrança manual.*

6.4.2 Procedimentos Executivos

A implantação de cobrança automática deverá viabilizar o pagamento de pedágio sem necessidade de parada ou de redução significativa na velocidade do veículo, através da utilização de equipamento detector de sinal de rádio, emitido por dispositivo instalado no veículo ou outros dispositivos com resultados semelhantes.

Conforme indicado pela monitoração da operação das praças de pedágio, a implantação de equipamentos de cobrança automática deverá ser realizada gradativamente, substituindo os equipamentos existentes, de forma a possibilitar a manutenção dos níveis de serviço exigidos no sistema de arrecadação, sendo, no mínimo, 1 equipamento por praça de pedágio ou auxiliar.

A garantia de qualidade dos serviços de arrecadação deverá ser obtida por meio da avaliação dos desempenhos operacionais das praças, quanto aos níveis de serviço registrados.

As praças de pedágio deverão possuir toda a infraestrutura básica e edificações de modo a oferecer condições adequadas de conforto e segurança aos usuários, de modo a evitar acidentes na entrada e saída, iluminação até, no mínimo, 300m, em cada direção, sinalização indicativa, etc.

O dimensionamento preliminar da quantidade de cabines de arrecadação e dos equipamentos de cobrança, inclusive automática, de modo a proporcionar um nível de serviço satisfatório e adequado ao longo de todo o período de concessão, deve ser apresentado à ANTT para aceitação, antes de sua execução. Caberá à concessionária proceder à adequação do número de cabines ao crescimento do tráfego durante a concessão, tendo por base a monitoração da operação das praças de pedágio.

A concessionária deverá adequar a operação das cabines às variações de fluxo que ocorrem nas horas-pico e dias de maior demanda (feriados prolongados, início e término de férias escolares, etc.).

A arrecadação deverá ser realizada de acordo com o critério de cobrança por eixos, sendo operacionalizada manualmente ou automaticamente, por pagamento antecipado, ou por débito em conta corrente ou cartão de crédito. O sistema manual de cobrança de qualquer tipo de veículo deverá operar com a ajuda do arrecadador, que cobrará do usuário a correspondente tarifa e executará o processamento.

A operação das praças de pedágio e auxiliares envolverá a adoção de procedimentos especiais nos casos de isenção, tais como veículos oficiais, que deverão dispor de pista especial, onde será feito registro visual, identificação do veículo e consequente confirmação da isenção.

Todos os empregados que participem de qualquer tipo de contato com os usuários deverão trabalhar uniformizados.

Toda a operação das praças de pedágio e auxiliares deverá ser permanentemente acompanhada por câmeras de vídeo (independentemente do sistema de CFTV previsto para a monitoração da rodovia). Deverão ser instaladas câmeras de vídeo, com recursos de gravação, em todas as pistas e em todas as cabines.

6.4.3 Parâmetros de Desempenho

Em qualquer condição ou período da concessão, as filas máximas nas praças de pedágio ou auxiliares não deverão ultrapassar 300m de extensão, limite que deverá ser visualizado por meio de faixa sinalizada no pavimento, e, ainda, qualquer usuário não deverá permanecer na fila por mais de 10 minutos. Caso a concessionária observe que qualquer dos limites pode vir a ser atingido, deverá liberar a passagem de veículos sem cobrança de pedágio, sem que isto possa gerar qualquer pedido de ressarcimento.

Todos os equipamentos utilizados nos sistemas de arrecadação do pedágio deverão permanentemente atender às suas funções com elevado padrão de qualidade e de modernidade, não devendo, em qualquer momento, ter idade (contada a partir de sua aquisição pela concessionária) superior às suas respectivas vidas úteis informadas para efeito de depreciação.”

f) por meio do Acórdão nº 3.206/2013 – Plenário, adotado na sessão de 27.11.2013, por unanimidade, o TCU considerou indevida a cobrança em tela e decidiu, acolhendo as razões expostas pelo Ministro José Múcio Monteiro, Relator *a quo* (peça 205):

“9.1 conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2 determinar à ANTT que adote, no prazo de 30 (trinta) dias, as devidas providências no sentido de que as concessionárias possibilitem ao usuário que deseja somente trafegar pelas rodovias federais concedidas, sem usufruir de qualquer serviço adicional, a passagem pela cabine de cobrança automática de pedágio, mediante unicamente o pagamento da tarifa de pedágio, sem qualquer custo adicional;

9.3 recomendar à ANTT que, a respeito da prestação do serviço de cobrança automática de pedágio, avalie a pertinência de encaminhar formalmente a questão da concorrência entre as

empresas especializadas na prestação do serviço ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE);

9.4 comunicar o representante e as concessionárias desta deliberação;

9.5 encaminhar cópia deste acórdão, acompanhada do relatório e do voto que o fundamentam, ao Deputado Federal Filipe Pereira;

9.6 arquivar os autos deste processo.”

g) o enunciado dessa deliberação foi assim veiculado no Boletim de Jurisprudência do TCU nº 19/2013:

“É indevida a cobrança de taxa de adesão e de mensalidade para serviço de pagamento automático de pedágio em rodovias geridas por concessionárias. Os custos relacionados a esse serviço, inerente à concessão, deveriam ter sido considerados para o cálculo da tarifa proposta pelos licitantes, pois compõem o conjunto de obrigações da contratada.”

h) posteriormente, mediante o Acórdão nº 1.008/2014 – Plenário, de 16/4/2014, também por unanimidade e sem a oitiva prévia (facultativa) do Ministério Público de Contas, esta Casa pontuou os exatos limites da determinação então proferida, esclarecendo sua abrangência, e deliberou no sentido de (peça 290):

“9.1 não conhecer dos embargos de declaração opostos pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT);

9.2 conhecer dos embargos de declaração opostos pela Concessionária Rio-Teresópolis S.A. (CRT), para, no mérito, rejeitá-los;

9.3 alterar, de ofício, o subitem 9.2 do Acórdão nº 3.206/2013 – Plenário, que passa a apresentar a seguinte redação:

‘9.2 determinar à ANTT que adote, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, as devidas providências no sentido de que as concessionárias possibilitem ao usuário que deseja somente trafegar em determinado trecho de rodovia federal sujeito a contrato de concessão referente às 1ª e 2ª etapas, sem usufruir de qualquer serviço adicional, a passagem pela cabine de cobrança automática de pedágio, mediante unicamente o pagamento da tarifa de pedágio;’

9.4 esclarecer à ANTT e aos interessados, quanto à determinação constante do subitem 9.2 do Acórdão 3.206/2013 – Plenário (modificada por este acórdão), que:

9.4.1 o pagamento do pedágio poderá ser efetuado, por meio de uma das opções previstas nos contratos – débito correspondente a desconto no crédito de pedágio adquirido com antecedência, débito automático em conta-corrente ou em cartão de crédito –, sem custo adicional, exceto para a aquisição do aparelho de leitura eletrônico a ser instalado no veículo;

9.4.2 desde que por livre escolha do usuário, pode haver cobrança adicional para a prestação de serviços que extrapolem o estabelecido nos contratos, tais como o pagamento postecipado do pedágio e a possibilidade de utilização do mesmo leitor eletrônico veicular para mais de um trecho concedido (interoperabilidade);

9.5 autorizar a habilitação, como interessadas no processo, das seguintes concessionárias de rodovias: Autopista Régis Bittencourt, Autopista Fernão Dias, Autopista Litoral Sul, Autopista Fluminense, Autopista Planalto Sul, Rodovia Transbrasiliana, Rodovia do Aço, Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora-Rio (Concer), Concessionária Rio-Teresópolis S.A. (CRT), Concepa – FreeWay, Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S.A. (Ecosul) e Via Bahia;

9.6 notificar as embargantes desta deliberação;

9.7 encaminhar os autos à SefidTransportes para as comunicações e, posteriormente, à Serur, para a adoção das medidas cabíveis em relação aos pedidos de reexame apresentados.”

i) no Boletim de Jurisprudência do TCU nº 33/2014, a matéria sob exame foi sintetizada nos seguintes termos:

“Os serviços que compõem as obrigações da concessionária estabelecidas nos contratos de concessão não podem ser cobrados dos usuários em separado, por já estarem contemplados no valor da tarifa do pedágio. Porém, desde que por livre escolha do usuário, pode haver cobrança

adicional para a prestação de serviços que extrapolem o estabelecido nos contratos de concessão de rodovia, tais como o pagamento postecipado do pedágio e a possibilidade de utilização do mesmo leitor eletrônico veicular para mais de um trecho concedido (interoperabilidade).”

21. Em relação ao conhecimento dos recursos ora sob exame, o representante do Ministério Público de Contas frisou que:

a) as peças recursais foram apresentadas pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (peças 316 e 375) e pelas seguintes concessionárias: Autopista Régis Bittencourt S.A. (peça 240), Autopista Fluminense S.A. (peça 241), Acciona Concessões - Rodovia do Aço S.A. (peças 248 e 329), Autopista Planalto Sul S.A. (peça 250), Autopista Fernão Dias S.A. (peça 251), Autopista Litoral Sul S.A. (peça 252), Transbrasiliana Concessionária de Rodovia S.A. (peças 254 e 326), Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S.A. – Ecosul (peças 255 e 327), Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S.A. e Concessionária da Ponte Rio-Niterói S.A. (peças 257 e 396, mídia digital com vídeo explicativo sobre a natureza e a operação do sistema de arrecadação eletrônica da tarifa de pedágio), e Concessionária Rio-Teresópolis S.A. – CRT (peça 317);

b) apenas duas concessionárias não recorreram: a Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora-Rio – Concer (peças 218, 247, 297 e 320) e a Concessionária da Rodovia Osório-Porto Alegre – Concepa – FreeWay (peças 216, 238, 300 e 308);

c) embora não tenha sido intitulada de “pedido de reexame” e o cadastro no e-TCU tenha sido feito como “razões de justificativa referentes ao Ofício nº 163/2014 - TCU/SefidTransporte” (peças 301 e 322), a petição da ViaBahia Concessionária de Rodovias S.A. (peça 328) tem natureza de recurso, haja vista seu evidente inconformismo com o Acórdão nº 1.008/2014 – Plenário. Por equívoco, essa petição da ViaBahia não foi examinada pela unidade técnica especializada (peça 405, p. 1, “Recorrentes”), mas o será pelo Ministério Público de Contas no presente parecer, por ser tempestiva, legítima, adequada e haver interesse recursal;

d) anteriormente à chegada dos autos à Procuradoria, foram apresentados memoriais pela Concessionária Rio-Teresópolis S.A. – CRT (peça 275) e pela Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S.A. e Concessionária da Ponte Rio-Niterói S.A. (peça 380). Presentes os autos no MP de Contas, os seguintes memoriais também foram aduzidos: Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR (peça 418), já admitida nos autos como terceira interessada (peças 382, 384 e 387); Concessionária Rio-Teresópolis S.A. – CRT (peça 419) e Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S.A. e Concessionária da Ponte Rio-Niterói S.A. (peça 421).

22. No que concerne ao mérito destes recursos, o representante do **Parquet** inicialmente salientou que:

a) a cobrança de taxa de adesão e de mensalidade para serviços de arrecadação eletrônica de pedágio em rodovias federais ostenta materialidade, conforme se verifica na reportagem veiculada pela Revista *ÉPOCA*, sob o título “Via rápida para o lucro”, edição 684, de 25.6.2011 (peça 2, p. 1 e 2):

“Os serviços de pedágio automático são opcionais, mas se transformaram nos últimos anos no Brasil num excelente negócio. Nas estradas, o pagamento automático responde por mais de 60% da arrecadação dos pedágios. Esse mercado é amplamente dominado por uma empresa, a STP, que controla os serviços de pedágio automático Sem Parar, Via Fácil, Onda Livre e está presente em 46 estradas do país transferidas para a iniciativa privada. Em 2009, as três marcas de fantasia da STP arrecadaram, juntas, R\$ 3,5 bilhões. No ano passado, depois de repassar a parte do pedágio que cabia às concessionárias das rodovias privatizadas, a STP faturou R\$ 281 milhões. Se fosse uma concessão, a STP seria a segunda maior do país em receita, atrás apenas da Via Dutra, que liga São Paulo ao Rio de Janeiro.”

b) segundo essa reportagem, à época, os custos arcados pelos usuários eram os seguintes (peças 1, p. 2, e 2, p. 1 e 2):

- Sem Parar/Via Fácil: R\$ 60,78 para aderir ao serviço de pagamento automático e taxa mensal de R\$ 10,84; e

- Onda Livre: taxa de adesão de R\$ 61,57 e mensalidade de R\$ 8,70;

c) o contrato celebrado entre a Acciona Concessões Rodovia do Aço S.A. e a DBTRANS S.A., em 15.9.2011, dispõe que (peça 248, p. 45 a 60):

- o objeto dessa avença é a aceitação, pela concessionária, do Sistema Auto Expresso como meio de pagamento automático das tarifas de pedágio devidas em decorrência da passagem dos veículos, observadas as definições estabelecidas nesse contrato (item 2.2);

- a DBTRANS instalará e manterá os equipamentos (EDI) e os **softwares** necessários para permitir o funcionamento das pistas automáticas nas praças de pedágio operadas pela concessionária, além de operar o Sistema Auto Expresso. Além disso, a DBTRANS processará e repassará os valores das transações devidos à concessionária referentes aos pedágios pagos (item 2.2.1);

- no ato da adesão ao Sistema Auto Expresso, cada cliente assinará um termo e receberá 1 **chip** ou **tag** para cada veículo por ele cadastrado, os quais serão pessoais, intransferíveis e destinados à inequívoca identificação do cliente e posterior processamento das transações por ele efetuadas (item 3.1);

- o termo de adesão estabelece que o cliente pagará à DBTRANS, além dos valores nominais dos pedágios utilizados e de outros serviços proporcionados pelo Sistema Auto Expresso, a taxa de adesão, um valor mensal ou anual ou por transação ou por débito relativo à venda, à distribuição, ao processamento, ao gerenciamento, ao controle e à liquidação financeira das transações (item 3.2);

- os clientes do Sistema Auto Expresso deverão ter sempre à sua disposição, no mínimo, 1 pista automática em cada sentido de tráfego, em cada uma das praças de pedágio, e as mesmas pistas automáticas dos outros sistemas já operados pela concessionária (item 3.4);

- além de outras previstas neste contrato, constituirá obrigação da DBTRANS proceder à liquidação financeira, junto à concessionária, das transações efetuadas pelos clientes no Sistema Auto Expresso, nas condições comerciais contratadas, independentemente do recebimento desses clientes (item 4.6);

- além de outras previstas neste contrato, constituirá obrigação da concessionária disponibilizar, no mínimo, 1 (uma) pista em cada sentido de cobrança, em cada uma de suas praças de pedágio, para a instalação e a operação do Sistema AVI de Pista para ser utilizada pelos clientes, independentemente do tipo de veículo (item 5.1). O mencionado sistema compreende o conjunto de equipamentos e **softwares**, instalado convenientemente próximo das pistas de pedágio, unicamente destinados à leitura dos **chips** e/ou **tags** dos veículos a serem identificados e que utilizam a tecnologia AVI-RFID (peça 248, p. 47, item 1.11);

- caberá à concessionária especificar, por escrito, uma única conta corrente de sua titularidade, doravante denominada Conta de Liquidação, para onde deverão ser automaticamente efetuados os repasses de valores referentes ao Sistema Auto Expresso (item 8.1);

d) no seu pedido de reexame, a concessionária Autopista Régis Bittencourt S.A. esclareceu que (peça 240, p. 11 a 13):

“O usuário que deseja valer-se do sistema de cobrança automática deve, primeiramente, obter um TAG [dispositivo eletrônico com leitura por radiofrequência] para o seu veículo. Este dispositivo possui um custo de fabricação, distribuição e comercialização, as quais são atividades completamente estranhas ao objeto de uma concessionária de serviços públicos de transporte rodoviário.

Mas não basta adquirir o TAG para poder utilizar o sistema de cobrança automática de pedágio, ou qualquer outro sistema de cobrança automático, como, por exemplo, cartão de crédito, etc. É necessário que o usuário associe a este meio de pagamento um ‘crédito’, ou seja, valores que ficarão em uma espécie de ‘conta’ vinculada ao TAG, do qual serão descontados (em casos de sistemas pré-pagos, como o ConectCar) ou creditados (em casos de sistemas pós-pagos, como o Sem Parar). Todas estas atividades também são estranhas ao objeto de uma concessionária de serviços públicos de transporte rodoviário.

Assim, desde que o veículo possua o TAG (meio de pagamento automático) e 'valores' para utilizar em pagamentos nos estabelecimentos conveniados (crédito), o usuário poderá se valer deste meio de cobrança automático para realizar pagamentos diversos, desde pedágio (como no caso debatido nestes autos), até estacionamento de shoppings, pagamento de combustível, etc.

De forma razoável, o Contrato de Concessão e o PER [Programa de Exploração da Rodovia] exigem, de forma adequada e coerente, que a Concessionária implante e mantenha todas as edificações, os equipamentos e os sistemas com as características técnicas definidas pela ANTT, para que então quaisquer empresas administradoras de meios de pagamento compatíveis com a tecnologia definida pela ANTT [texto original incompleto], em regime de livre concorrência.

Logo, as obrigações relacionadas à operação do sistema de arrecadação automática podem ser sinteticamente representadas na tabela abaixo:

Concessionária	Terceiro Interessado
<i>Disponibilizar edificações, equipamentos e sistemas, conforme as especificações tecnológicas definidas pela ANTT.</i>	<i>Realizar as adaptações necessárias para que seus meios de pagamento sejam compatíveis com as edificações, equipamentos e sistemas especificados pela ANTT e disponibilizados pela Concessionária.</i>
<i>Operar e manter em condições de operabilidade adequada os equipamentos e os sistemas de cobrança automática.</i>	<i>Responsabilizar-se e assegurar que os seus sistemas e meios de pagamento permitam a utilização dos sistemas de cobrança automática pelos seus clientes.</i>
<i>Celebrar contratos disciplinando as condições de acesso aos equipamentos e sistemas de cobrança disponibilizados pela Concessionária e a forma de recebimento dos valores correspondentes às tarifas de pedágio pelas empresas que disponibilizam os meios de pagamento automático.</i>	<i>Celebrar contratos com usuários para disponibilizar o meio de pagamento automático e regular a forma de cobrança do usuário dos valores correspondentes aos serviços cujo pagamento seja feito mediante utilização dos sistemas de pagamento automáticos que utilizem o TAG.</i>

Assim, as atividades da Concessionária e dos terceiros que disponibilizam os meios de pagamento automático são bastante distintas, não se confundindo as obrigações de estar preparada e aceitar meios de pagamento automático com as atividades de gestão e administração destes meios de pagamento.

(...)

As obrigações da Concessionária estão restritas ao necessário para viabilizar a aceitação de sistemas de cobrança automática de pedágio, essencialmente por meio da disponibilização e manutenção da infraestrutura adequada para tanto, nos termos previamente estabelecidos no Contrato de Concessão e no PER.

Não constitui e nem poderia constituir obrigação da Concessionária gerir e operacionalizar o sistema de cobrança automática de pedágio, uma vez que são obrigações completamente distintas, sendo que a gestão de meios de pagamento e a administração do risco de crédito intrinsecamente vinculadas a estas atividades não estão incluídas no escopo do Contrato de Concessão.”;

e) as razões recursais aduzidas pela concessionária ViaBahia, que não foram examinadas pela Serur, seguem, no geral, a linha de raciocínio da Autopista Régis Bittencourt S.A. e das demais recorrentes. A referida empresa alegou que (peça 328):

- o TCU não se pronunciou até o presente momento sobre a especificidade do Contrato de Concessão referente ao Edital 1/2008, firmado entre essa concessionária e a ANTT, no qual há autorização expressa para a comercialização de cartões e etiquetas eletrônicas para a cobrança automática por meio de terceiros, **verbis**:

“9.3.5. Caberá à Concessionária, diretamente ou por meio de terceiros, comercializar os cartões e etiquetas eletrônicas para a cobrança automática.”

- a ViaBahia é a única integrante da Fase II da 2ª Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais – Procofê [peça 1, p. 6 e 7] e, portanto, seu contrato de concessão possui sensíveis diferenças em relação aos demais;

- não se pode atribuir às concessionárias o dever de disponibilizar gratuitamente o pedágio automático aos seus usuários; Ademais, os contratos e os planos de exploração de rodovias - PER não exigem ou determinam que as concessionárias operem diretamente e às suas expensas o sistema de arrecadação eletrônica de pedágio. O PER apenas exige que as concessionárias disponibilizem os equipamentos e a infraestrutura necessária para possibilitar a implantação e a posterior operação do sistema de arrecadação diferida da tarifa;

- não há impedimento legal ou contratual a que outra empresa implemente a cobrança diferida das tarifas de pedágio;

- quando analisaram o fluxo de caixa para definir a tarifa básica, as concessionárias não consideraram os custos e as receitas oriundos da operação do sistema de arrecadação eletrônica do pedágio, uma vez que esses serviços não integram as obrigações das concessionárias;

- a cobrança diferida, devido a suas características financeiras, não tem relação com a SPE. Por conseguinte, os respectivos custos (referentes a **software**, servidores de computador, **TAG**, envio de faturas e extratos aos clientes, tarifas bancárias, serviços gráficos, custo de capital e tributos) não foram considerados no momento de estabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato;

- não é cabível a alegação de que a cobrança da taxa de adesão e da mensalidade pelo serviço de arrecadação automática da tarifa é abusiva, pois a utilização do sistema de arrecadação eletrônica de pedágio é opcional, não impositiva. Ademais, o serviço convencional continua sendo prestado de forma adequada, sem qualquer precarização ou prejuízo para os usuários;

- a taxa e a mensalidade acima citadas se referem à contraprestação de uma atividade prestada por um particular aos usuários que optam pelo serviço especial, prestado em regime de mercado e livre concorrência;

- a alegação de que a implantação do sistema de arrecadação eletrônica de pedágio beneficiaria as concessionárias, uma vez que seus custos de operação e manutenção seriam reduzidos, também não procede. A uma, porque o contrato e o PER já indicam a quantidade de cabines de cobrança manual e automática, sem considerar que a SPE irá prestar esse serviço. A duas, porque sua prestação por outrem não desonera a concessionária;

- a implantação do sistema de arrecadação eletrônica de pedágio não enseja a diminuição dos custos das concessionárias, pois já estava previsto nos contratos e no PER que essa seria uma operação opcional, que poderia ficar a cargo de uma empresa especializada em cobrança diferida, sem que as concessionárias arcassem com a prestação desse serviço;

- não é verdadeira a alegação de que o repasse dos custos da operação do sistema de arrecadação eletrônica da tarifa eliminaria os riscos inerentes à concessão, uma vez que esse serviço não faz parte do escopo da concessão nem é regido pela Lei 8.987/1995, mas pelo direito privado;

- o fato de os usuários pagarem pelo serviço de arrecadação eletrônica de pedágio não altera em nada os riscos inerentes às atividades de concessão;

- “*mais absurda ainda é a alegação de que os custos de operação do sistema de arrecadação eletrônica de pedágio também não poderiam ser cobrados dos usuários em razão do direito básico do consumidor à adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral (art. 6º, X, do CDC)*”;

- apesar de a receita do pedágio ser uma, independentemente de sua forma de arrecadação, a fixação da tarifa básica está diretamente relacionada com as obrigações impostas às concessionárias na época da licitação;

- há uma completa desvinculação entre o serviço prestado pela CGMP (arrecadação eletrônica de pedágio) e aquele prestado pelas concessionárias, que possui natureza pública. Eles são

distintos, prestados por empresas diferentes (não coincidentes com a estrutura societária da CGMP) e possuem receitas e despesas meridionalmente díspares;

- o CGMP - Centro de Gestão de Meios de Pagamento S.A. presta serviços de implantação e administração de um centro de gestão de meios de pagamento em território nacional, cabendo-lhe a arrecadação, o agenciamento e a intermediação de pagamentos de serviços e produtos de outras sociedades. Ele opera o sistema Sem Parar por meio de contratos firmados com concessionárias de rodovias e estacionamentos nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Paraná, Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Bahia, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Santa Catarina. Os contratos firmados com as concessionárias vigoram pelo prazo de vigência dos respectivos contratos de concessão, enquanto as avenças firmadas com estacionamentos vigoram pelo prazo inicial mínimo de um ano, passando a ter vigência indeterminada ao fim desse período, caso não haja manifestação contrária das partes. Os valores referentes a pedágios são repassados às concessionárias quatro dias úteis após o vencimento das faturas, no caso dos usuários da modalidade débito em conta-corrente, e 30 dias a partir da data de passagem para os usuários da modalidade cartão de crédito. Os valores registrados nos estacionamentos são repassados por meio de depósitos diários em conta-corrente específica, nos prazos acordados com cada estacionamento, podendo ser de 30 dias a contar da data do aceite pelo sistema instalado nos estacionamentos ou quinzenalmente. Em 2013, o CGMP passou a atuar no sistema de pagamento automático de combustíveis por meio do serviço “Sem Parar”, que foi gradativamente instalado em postos de combustível. Cabe salientar que uma parte substancial da receita da referida empresa tem origem nas taxas de adesão ao sistema e nas mensalidades cobradas dos usuários;

- as concessionárias continuam prestando o serviço concedido de forma adequada, em consonância com as exigências legais. Até porque, caso essas empresas não observem o nível de serviços estabelecido no PER (existem obrigações detalhadas quanto à qualidade e ao conforto do serviço prestado), elas serão penalizadas pela ANTT. Por exemplo, caso se verifique um aumento do tamanho das filas nas cabines ou do tempo de espera dos usuários, as mencionadas sanções serão aplicadas;

- não há qualquer restrição à livre iniciativa, pois qualquer empresa que possua os requisitos necessários (condições técnicas e recursos financeiros) para prestar o serviço de arrecadação eletrônica do pedágio pode atuar nesse mercado;

- em grande parte, o sucesso do modelo brasileiro decorre de sua interoperabilidade, que consiste na possibilidade de o usuário optar pelo serviço de arrecadação eletrônica e de cobrança diferida de pedágio, com a utilização de habilitação e contas únicas, em diversas rodovias exploradas por concessionárias distintas (peça 257, p. 26);

- caso as concessionárias tivessem que desenvolver suas próprias tecnologias para prestar esse serviço, cada veículo teria que utilizar TAG específicos para trafegar nas diversas rodovias;

- na Ponte Rio-Niterói, por exemplo, as concessionárias não criaram obstáculos à concorrência e à interoperabilidade, uma vez que são utilizados vários sistemas desenvolvidos e operados por outras empresas (Onda Livre, Auto Expresso, Passe Expresso e Via Fácil);

- *“chega a ser risível a alegação de que a utilização da regulamentação do vale-pedágio, como paradigma, ampliaria a concorrência entre os interessados na prestação do serviço de arrecadação eletrônica da tarifa, uma vez que isso se trata de mera especulação e conjecturas sem o menor embasamento técnico”*;

- a Resolução ANTT 2.885/2008 estabeleceu as regras para o vale-pedágio obrigatório, criado pela Lei nº 10.209/2001, instituiu os procedimentos de habilitação de empresas fornecedoras em âmbito nacional e de aprovação de modelos e sistemas operacionais e tipificou as infrações e suas respectivas penalidades. Além disso, ela reafirmou que a obrigação pela cobrança de arrecadação eletrônica não incumbe às concessionárias. Nesse sentido, o art. 12 dessa norma determinou que as empresas fornecedoras são obrigadas a *“disponibilizar e instalar os softwares e os equipamentos necessários à implantação do sistema, não implicando custos adicionais para a operadora de rodovia sob pedágio, salvo acordo em contrário, não podendo acarretar reflexo na tarifa de pedágio”*; e

- com fulcro nessas considerações, a empresa asseverou que tanto a exploração do serviço de cobrança automática por terceiro quanto a cobrança de taxa de adesão e de mensalidade são legais e legítimas.

23. Em seguida, o Procurador Júlio Marcelo de Oliveira destacou que:

a) a partir da mencionada matéria publicada na Revista Época e de consulta a vários contratos de concessão, o Ministério Público de Contas entendeu, com base especificamente no contrato firmado pela ANTT com a Autopista Régis Bittencourt S.A. (BR 116/SP/PR, trecho São Paulo - Curitiba), que não havia autorização, no contrato celebrado em 2008 ou no Programa de Exploração da Rodovia – PER atualizado em 2010, para a cobrança de taxa de adesão ou mensalidade para custeio de sistema eletrônico de pedágio (peça 1, p. 14). Nesse contexto, foi formulada a presente representação;

b) cumpre esclarecer que o Programa de Exploração da Rodovia – PER é o documento que define e estabelece as condições em que os serviços e as obras serão executados pela concessionária, ou seja, é o projeto básico para execução do contrato. No caso vertente, as especificações nele apresentadas “*indicam a qualidade mínima requerida para os serviços, devendo ser alteradas na medida em que novos materiais e técnicas venham a surgir, sendo submetidas, sempre, à aceitação da ANTT, não ensejando revisão da tarifa básica de pedágio*” (peça 2, p. 20, 21 e 75);

c) o Ministério Público de Contas também não identificou amparo normativo para as cobranças ora em exame no âmbito das seguintes concessões:

- Autopista Fernão Dias S/A, BR 381/MG/SP, Trecho Belo Horizonte - São Paulo: Edital de Concessão nº 2/2007, contrato firmado no dia 14/2/2008, 3ª Revisão Ordinária e 2ª Revisão Extraordinária, aprovadas pela Resolução ANTT nº 3.618, de 15/12/2010;

- Autopista Litoral Sul S/A (BR 116/PR, BR 376/PR e BR 101/SC) - Trecho Curitiba – Florianópolis: Edital de Concessão nº 3/2007, contrato celebrado em 14/2/2008, 3ª Revisão Ordinária e 2ª Revisão Extraordinária, aprovadas pela Resolução ANTT nº 3.630, de 9/2/2011; e

- Autopista Fluminense S/A (BR 101/RJ) - Trecho Divisa RJ/ES - Ponte Presidente Costa e Silva: Edital de Concessão nº 4/2007, contrato assinado no dia 14/2/2008, 3ª Revisão Ordinária e 2ª Revisão Extraordinária, aprovadas pela Resolução ANTT nº 3.628, de 27/1/2011;

d) os elementos trazidos aos presentes autos por meio dos recursos em tela não abalam a firme convicção do Ministério Público de Contas no sentido de que a cobrança de taxa de adesão e de mensalidade levada a termo em desfavor dos usuários não tem amparo jurídico. Essa controvérsia, que tem implicações relevantes no mundo dos fatos, repousa, basicamente, no real alcance das obrigações contratuais, à luz dos respectivos Programas de Exploração da Rodovia, e do conteúdo da expressão “serviço adequado”, cujo conceito a Lei 8.987/1995 nos oferece:

“DO SERVIÇO ADEQUADO

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.”

e) a então 1ª Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação – Sefid1, destacou que:

“14. (...) a implantação de sistema de cobrança eletrônica constitui-se numa obrigação contratual da concessionária, pela qual não está prevista cobrança adicional ao usuário, quer seja pela concessionária, quer seja por outra empresa estranha ao contrato de concessão do serviço público. As despesas decorrentes da automação e da atualização, requisitos da prestação do serviço adequado, são custos operacionais que devem ser suportados pela concessionária, na forma do fluxo de caixa da concessão.

15. *A respeito desses e de outros indícios de irregularidades no âmbito das concessões de rodovias federais, a ANTT não precisa ser provocada para agir, uma vez que fiscalizar o cumprimento dos contratos de concessão é seu dever de ofício, faz parte de suas atribuições legais, conforme disposto na Lei nº 10.233/2001, art. 24, inciso VIII.*”

f) instada pelo TCU (peça 9), a ANTT, em 27/4/2012, apresentou esclarecimentos sobre a matéria, cabendo destacar as seguintes ponderações que seguem (peça 44):

- em todas as rodovias federais concedidas já foi implantado o sistema de cobrança eletrônica de pedágio;

- em todos os trechos de rodovias federais concedidas, é cobrada taxa de adesão ou mensalidade dos usuários pela utilização do serviço público com sistema de cobrança automática;

- foi prevista, no Programa de Exploração da Rodovia – PER, a implantação da estrutura (infraestrutura básica e edificações) para a cobrança da tarifa de pedágio;

- o PER determina que ao menos uma das cabines de cobrança deve ter estrutura para arrecadação de pedágio mediante cobrança automática. Ele não impõe à concessionária que preste o serviço de arrecadação de pedágio, logo, não atribui um valor para esse tipo de investimento;

- a Tarifa Básica de Pedágio – TBP, que é a principal fonte de receita da concessionária, não engloba custos e despesas pela prestação do serviço de arrecadação do pedágio, na modalidade “sem parada de veículos - cobrança automática”;

- nenhum valor pago pelo serviço de cobrança automática se enquadra no disposto no artigo 11 da Lei 8.987/1995, a seguir transcrito, uma vez que esses valores não são fontes de receitas complementares (alternativas) para as concessionárias, as quais não auferem lucro por esse serviço terceirizado:

“Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.”

- o fundamento legal para a prestação de serviço acessório pelas empresas terceirizadas está previsto no art. 25 da Lei 8.987/1995, **verbis**:

“Art. 25. (...)

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.”

- no caso vertente, o serviço diferenciado é opcional e pode ser contratado caso o usuário prefira não parar para fazer o pagamento, buscando uma maior comodidade. Dessa forma, o sistema de cobrança automática está previsto em lei, é operado por uma empresa privada, não acarreta custos adicionais para os demais usuários que não o utilizam e não caracteriza um pagamento em duplicidade para os usuários que optam por essa facilidade;

g) em setembro de 2013, a ANTT voltou a se manifestar nestes autos, tendo ratificado suas considerações anteriores e alertado para os riscos que as deliberações do TCU poderiam representar para o sucesso do Programa de Investimento em Logística – PIL de rodovias. Nesse sentido, na Nota Técnica nº 139/2013/Geror/Suinf (peça 197), o ente regulador asseverou que:

“17. A instrução técnica da Sefid pondera que a substituição, ao longo do tempo, dos serviços de arrecadação convencional (manual) previstos nos contratos, pelos serviços de arrecadação automática, seria consideração tácita da equação econômico-financeira dos contratos. É importante que essa questão seja analisada tecnicamente, além do campo teórico. Independentemente, há que se ressaltar que a obrigação do contrato deveria ser clara, o que não é.”

18. *É de capital relevância ainda, para a presente discussão, identificar a responsabilidade da empresa concessionária pela implementação do sistema de cobrança. No entendimento apresentado pelo Tribunal, a implementação do sistema deveria levar em conta, inclusive, a distribuição de tags [etiquetas eletrônicas] para possibilitar o funcionamento. Ocorre que a interpretação contratual conferida pela Corte de Contas importa uma mudança do entendimento em vigor da cláusula contratual.*

19. *A implementação do serviço, ao nosso entendimento, e conforme situação jurídica atual, não importa em munir determinada categoria de usuários, que optam pela mecanização do processo de pagamento do pedágio, de instrumentos (tags) para usufruir de uma forma de cobrança diferenciada pelos serviços.*

20. *Ademais, ainda que o entendimento do Tribunal seja o mais acertado, é forçoso reconhecer que uma mudança de interpretação de uma cláusula contratual importa em alteração da relação econômica pactuada. Não basta dizer que o sentido da cláusula deve passar a ser interpretado conforme nova orientação; certamente, o impacto dessa forma de aplicar um mesmo dispositivo contratual, que, durante anos a fio, foi interpretado de maneira diversa, pode implicar alteração no equilíbrio econômico-financeiro estabelecido, com um horizonte de alteração na tarifa de pedágio para todos os usuários do sistema, inclusive aqueles que não utilizam os serviços de cobrança eletrônica.*

21. *Insta registrar que a atuação do controle externo, por determinar forma de interpretação de cláusula contratual, que por um longo período de tempo tenha sido aplicada em outro sentido, consiste em, ao menos, potencial ofensa à estabilidade jurídica e interferência ao exercício da atividade regulatória, de modo que a mera modificação do entendimento da aplicação de uma cláusula consiste em alteração capaz de trazer mais prejuízo que benefícios.”*

h) logo depois dessa manifestação, no dia 27/11/2013, foi prolatado o Acórdão nº 3.206/2013 – Plenário (peça 205), cujas conclusões o Ministério Público de Contas considera acertadas, por reputar indevida a cobrança de taxa de adesão e de mensalidade dos usuários que desejam somente trafegar pelas rodovias federais concedidas, sem usufruir de qualquer serviço adicional;

i) nos embargos declaratórios opostos em 19/12/2013 e não conhecidos, por serem intempestivos e por enfrentarem questões de mérito (peça 289), a ANTT argumentou, em síntese, que (peça 244):

- a operação do serviço de arrecadação automática de pedágio não integra as equações econômico-financeiras dos contratos de concessão geridos pela autarquia, os quais fazem menção e preveem dispêndios somente com a implantação de sistemas e equipamentos necessários ao serviço;

- a ausência de previsão financeira para tais gastos foi apontada nos estudos de viabilidade das concessões rodoviárias federais licitadas em 2013, que foram analisadas pela Sefid/TCU. Nesse sentido, consta da Nota Técnica nº 139/2013/Geror/Suinf/ANTT (peça 197, p. 5) que:

“15. (...) os mesmos serviços [arrecadação automática de pedágio] não foram considerados nos estudos de viabilidade aprovados pelo TCU para a concessão da BR-101/ES/BA, iniciada em maio deste ano, e nos estudos de viabilidade aprovados pelo TCU para a outorga das rodovias BR-262/ES/MG, BR-050/GO/MG e BR-101/BA do Programa de Investimento em Logística – PIL, cujos leilões se iniciam em pouco mais de uma semana, em 18 de setembro. Os estudos de viabilidade dos demais lotes do PIL também não consideram esses serviços. Tão pouco os contratos de concessão e seus Programas de Exploração preveem esses serviços.”

- a Sefid/TCU detinha, portanto, conhecimento da ausência de previsão, nos estudos de viabilidade das novas concessões rodoviárias, de custos relativos à operação de arrecadação eletrônica de pedágio, o que não impediu o TCU de aprovar os respectivos estudos e liberar o leilão das rodovias;

- após a realização pela agência reguladora, no dia 4/10/2013, da Audiência Pública 144/2013, com o objetivo de colher sugestões e contribuições sobre a proposta de resolução que regulamenta a arrecadação eletrônica de pedágio nas rodovias federais concedidas, restou claro o fato

de que a concorrência no serviço, viabilizada pelo ato normativo em discussão, tende a reduzir ou isentar os usuários do pagamento de valores adicionais para adesão, consoante verificado na experiência do Estado de São Paulo (peça 197, p. 3, item 6);

- em seguida, o ente regulador editou a Resolução 4.281, de 17.2.2014, que “*dispõe sobre as normas para a padronização, implementação e operação do sistema de Arrecadação Eletrônica de Pedágio nas rodovias federais reguladas pela ANTT*” (peça 317, p. 61 a 67);

- a Nota Técnica 2/2008/Suref/Suinf/ANTT apresenta um aspecto muito particular atinente à outorga da Ponte Rio-Niterói, que foi ignorado pela análise técnica, **verbis** (peça 141, p. 22):

“84. Com o objetivo de prover maior capacidade para a praça de pedágio da Ponte Presidente Costa e Silva, o Programa de Exploração da Ponte prevê a utilização de sistema de cobrança automática de pedágio, com implantação de cabines AVI (cabines para veículos portadores da tecnologia de cobrança eletrônica de pedágio). De acordo com o Programa de Exploração da Ponte, a concessionária tem como encargo a aquisição de equipamentos de pista para possibilitar a utilização de pedágio automático.

85. O Edital de Licitação Fase II estabelece:

“Deverá ser possível que os usuários se utilizem de emissores de sinal de radiofrequência previamente adquirido.”

- assim sendo, no caso da Ponte Rio-Niterói, foi prevista a repartição dos custos relativos ao pedágio automático entre a concessionária e os usuários. Coube à empresa adquirir os equipamentos de pista e aos usuários comprar os emissores de sinal de rádio compatível com o sistema de arrecadação da rodovia. Nesse sentido, o Contrato de Concessão PG 154/94-00 assim dispõe:

“2. Integram este CONTRATO, para todos os efeitos legais e contratuais, os seus 16 (dezesseis) Anexos e respectivos Apêndices, organizados da forma seguinte:

(...)

b) Anexo 1: EDITAL n° 0107/93-DO (Fase II);

Apêndice 1: Termo de Referência para a Elaboração da Proposta Técnica;

(Contrato de Concessão n° PG-154/94-00)

(...)

4. Parâmetros Técnicos Mínimos de Engenharia e Operação da Ponte

(...)

4.15. Arrecadação do Pedágio

(...)

4.15.1. Equipamento

(...)

a) Especificações Básicas dos Equipamentos

(...)

- Controlador Lógico Programável (CLP);

(...)

- Controle Automático de Pedágio (Telepedágio).

Deverá ser possível que os usuários se utilizem de emissores de sinal de radiofrequência previamente adquiridos. Desta maneira, as pistas com controle automático poderão dispensar o operador de pista.

O controlador automático será liberado a partir do Controle Central.

As pistas com controle automático serão sinalizadas através de mensagens variáveis e possuirão receptor de radiofrequência apropriado com interface para o CLP.” (Edital de propostas técnicas 107/93-00 (Fase II). Anexo 1 - Termo de Referência para Elaboração da Proposta Técnica)

- esse instrumento de outorga evidenciou o repasse aos usuários da Ponte dos custos relacionados à aquisição prévia, seja na modalidade de compra ou de comodato, do equipamento necessário ao uso do pedágio eletrônico, de modo que não se pode exigir da concessionária a assunção

de tais custos, em prejuízo dos demais usuários que optarem pela não aquisição do equipamento e consequente utilização do pedágio manual;

- nos termos do Acórdão 3.206/2013 – Plenário, cabe à agência reguladora adotar providências para que os usuários das rodovias possam utilizar o serviço de cobrança automática de pedágio sem custos adicionais à tarifa. Contudo, não foi esclarecido como se dará o repasse dos custos da distribuição para os usuários dos dispositivos necessários para essa utilização;

- atualmente, os contratos de concessão não preveem nenhum dispêndio relativo à operação do sistema de arrecadação eletrônica de pedágio, de modo que o acréscimo de tal obrigação implica o reequilíbrio da equação econômico-financeira da outorga. Assim sendo, caso esses custos sejam efetivamente arcados pelas concessionárias, haverá a elevação da tarifa para a totalidade dos usuários da via, em descompasso com o que prevê o artigo 13 da Lei 8.987/1995, segundo o qual “as tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários”;

- note-se que, com base no aludido dispositivo, é possível a diferenciação tarifária entre os usuários da arrecadação manual e os da arrecadação eletrônica de pedágio, sobretudo quando se considera que os últimos se beneficiam não apenas da maior fluidez no tráfego, mas também do pagamento **a posteriori** da tarifa, por meio de cartões de crédito ou de boleto bancário com vencimento futuro, ao passo que os usuários das cabines manuais têm de efetuar o pagamento em espécie e à vista;

- ademais, o pagamento **a posteriori** influencia a remuneração da concessionária e gera custos operacionais inexistentes na arrecadação manual de pedágio, como as despesas bancárias inerentes a operações com cartões de crédito ou boleto de cobrança;

- a determinação do TCU não descreve quem vai assumir os custos da operação do serviço de arrecadação automática de pedágio, fazendo pairar dúvidas sobre a possibilidade de repasse dos custos totais às concessionárias e, conseqüentemente, à totalidade dos usuários da via, sob a forma de aumento tarifário; e

- cabe ressaltar a complexidade da tarefa de fornecer, a um só tempo, equipamentos de radiofrequência (**tags**) a todos os usuários interessados, incluindo aqueles que não usam exclusivamente um determinado trecho rodoviário. Nessa última hipótese, uma concessionária pode vir a fornecer o equipamento aos usuários de outra concessão;

j) mediante expediente autuado nesta Corte em 10/4/2014, a ANTT teceu inúmeras considerações adicionais, apresentou “*um levantamento das principais cláusulas que versam sobre o tema, elaborado a partir da análise dos contratos de concessão administrados pela ANTT*”, e concluiu que (peça 288, Informação 36/2014/Geror/Suinf):

“5. Todos os elementos apresentados nesta seção, tanto no que diz respeito aos Contratos de Concessão, quanto aos PER, permitem afirmar que a modalidade automática do sistema de arrecadação de pedágio sempre foi presente nos dispositivos contratuais em comento, com o intuito de promover maior fluidez do tráfego e maior comodidade para o usuário.

6. Porém, não resta dúvida de que o descrito nos PER trata somente da infraestrutura necessária ao funcionamento adequado do sistema de arrecadação de pedágio, a qual consiste em equipamentos de pista, bem como processos e sistemas para permitir a operação da arrecadação em si.”;

k) nesse contexto, adveio o Acórdão 1.008/2014 – Plenário, de 16/4/2014, relatado pelo Ministro José Múcio Monteiro, o qual destacou que (peça 289):

“11. Apesar de considerar que os embargos não devam prosperar, entendo ser indispensável, nesta ocasião, um esclarecimento quanto à abrangência da determinação expedida no acórdão, assim como uma modificação relativa ao prazo a ser concedido à ANTT.

12. Primeiro, devo reiterar meu posicionamento no sentido de que o serviço de pedagiamento automático não deve ser cobrado do usuário em separado, por já compor as obrigações da concessão devidamente previstas nos contratos de concessão e, portanto, já estar incluído no valor

da tarifa do pedágio. Ressalto novamente que a deliberação deste Tribunal baseou-se nas obrigações ajustadas para as concessões.

13. Ademais, repito meu entendimento de que afrontaria a razoabilidade admitir que o modelo da concessão de determinada rodovia estabelecesse que um dos serviços inerentes à concessionária fosse passível de cobrança direta ao usuário, por pessoa alheia à relação de concessão, sem que houvesse clara e expressa previsão contratual nesse sentido. Acredito que, embora seja possível a terceirização de determinadas atividades, essa subcontratação é uma relação de que não participa o usuário. Permanece intacta a responsabilidade da concessionária pela prestação do serviço.

14. A meu ver, é lógica e decorrente da própria natureza da concessão a conclusão de que, quanto ao sistema eletrônico de cobrança, cabe à concessionária não apenas a implementação, mas a operação, e, por consequência disso, é serviço que não deve ser cobrado adicionalmente ao usuário. Esse posicionamento é confirmado em diversos pontos dos contratos e de seus respectivos programas de exploração (PERs), que trazem, por exemplo, detalhes da operação e da forma de pagamento do pedágio.

15. Ocorre que, em decorrência desse entendimento que se fundamenta, em sua essência, nos termos das avenças, também é razoável concluir que os benefícios que não estejam nelas previstos podem ser oferecidos e cobrados dos usuários que decidirem deles usufruir. Deve-se ter em conta que, ao longo dos anos, algumas vantagens foram agregadas ao serviço inicialmente ajustado, em favor da maior comodidade dos usuários. Por uma questão de coerência, essas facilidades não podem ser consideradas como parte das obrigações das concessionárias. Assim, é necessário que se observem os termos dos contratos e de seus PERs.

16. Quanto aos serviços efetivamente pactuados, apresento, como exemplo, excerto do PER que integra o contrato de concessão da Rodovia BR-116/RJ/SP – Presidente Dutra, Trecho: Rio de Janeiro – São Paulo (gerida pela Concessionária NovaDutra) (peça 140, p. 100):

‘5.2.3.1 Sistema de Arrecadação do Pedágio

O sistema de cobrança contemplará duas modalidades: sem parada de veículos – cobrança automática; com parada de veículo – semi-automática e manual, ambas com condições de identificar eixos com rodagem dupla de qualquer veículo.

A instalação do subsistema de cobrança automática (AVI) objetivará viabilizar o pagamento de pedágio sem necessidade de parada ou de redução significativa na velocidade do veículo, através da utilização de equipamento detector de sinal de rádio, emitido por dispositivo emissor instalado no veículo. Pela detecção do sinal, o veículo será identificado e, associando-se outros dados (horário, data, local), será procedido débito correspondente a desconto no crédito de pedágio adquirido com antecedência ou débito automático em conta ou em cartão de crédito.’

17. Os textos dos PERs elaborados na 1ª Etapa de Concessões ou na 2ª (ambos tratados neste processo) (peça 1, p. 6 e 7) são bastante claros a respeito da forma como deve ocorrer o pagamento na modalidade automática. A concessionária deve possibilitar aos trafegantes a escolha entre a utilização de crédito pago previamente, o débito em conta-corrente e a utilização de cartão de crédito.

18. Por conseguinte, podem ser cobrados à parte quaisquer benefícios excedentes ao compromisso contratual, desde que haja opção pelo usuário. A título de exemplo, não se exige da concessionária possibilitar ao usuário que os valores do pedágio sejam registrados durante o mês e pagos posteriormente mediante boleto de cobrança. Também não está prevista a possibilidade de que um mesmo aparelho instalado no veículo permita trafegar em diversas rodovias concedidas, embora, registre-se, tenha sido estabelecido nos contratos que a concessionária deve ‘favorecer a interoperabilidade nacional e a integração, de forma eficiente, com outros sistemas automáticos’.

19. Desse modo, creio ser oportuno modificar o acórdão, deixando clara a abrangência da determinação do subitem 9.2 do acórdão embargado, para que seja rigorosamente cumprido

conforme sua fundamentação, que tomou como base os contratos celebrados em decorrência das 1ª e 2ª Etapas de Concessão.

20. Ainda a respeito do alcance da decisão, é necessário fazer uma observação sobre os equipamentos que devem ser fornecidos, mantidos e operados pela concessionária para que seja possível o uso do sistema eletrônico de cobrança.

21. Como exemplo dos dispositivos listados nos PERs, no caso da Ponte Costa e Silva (Ponte Rio-Niterói), são esses os elementos previstos para as pistas automáticas (peças 138, p. 10 e 11, e 180, p. 14 e 15): semáforo de tráfego; semáforo de advertência; detector de veículos com [respectiva] antena; equipamento de identificação automática de veículos; painel de ligações de pista com controlador lógico programável (CLP); indicador de tarifas e indicador elevado (semáforo de liberação; painel controlador de pedágio, com central de intercomunicação; central de processamento, composta por computador central (dual), terminais de vídeo, impressoras e sistema de suprimento de energia). Para a Rodovia Presidente Dutra, os equipamentos são (peças 138, p. 10, e 180, p. 13 e 4): antena, posicionada sob a laje de cobertura da praça, ligada à unidade registradora/interrogadora (transmissão e emissão de sinais); controlador lógico programável (computador); câmera de vídeo ou barreira mecânica liberatória; sinal luminoso indicativo do resultado da passagem (autorizado ou não autorizado); equipamento de classificação automática de veículos e **modem** para emissão dos dados do controlador lógico programável (CLP) para o sistema de arrecadação.

22. Assim como nos demais ajustes, não está previsto o fornecimento, pela concessionária, do aparelho de leitura eletrônica fixado em cada veículo, conhecido como **tag**. Desse modo, é necessário que se esclareça também que, para que o usuário possa fazer uso do serviço, deve adquirir o dispositivo. Quanto à concessionária, por certo, deve disponibilizá-lo para compra em condições que não dificultem ou inviabilizem o efetivo uso do pedagiamento eletrônico e, por conseguinte, o cumprimento regular do contrato.

23. Em relação ao prazo de 30 dias fixado para a ANTT adotar as providências necessárias para que não seja cobrado valor adicional pelo pedagiamento eletrônico, acredito que esta Corte deve alterá-lo, excepcionalmente e de ofício, nesta ocasião. Após reexaminar a matéria, tendo em vista a complexidade operacional para a modificação determinada por meio do acórdão embargado, estou convicto de que esse período deve ser ampliado. Proponho 180 dias.

24. Por fim, destaco que, embora esteja em curso a 3ª Etapa de Concessões de Rodovias, no presente processo, está sendo avaliada exclusivamente a situação das rodovias concedidas nas duas etapas anteriores. ”

24. Após apresentar esse breve histórico, o representante do **Parquet** especializado passou a analisar o mérito dos recursos em tela, tendo frisado que:

a) ao ver do MP de Contas, o simples trafegar pela rodovia utilizando a cobrança eletrônica é um direito dos usuários, em atendimento, entre outros, ao princípio da atualidade na prestação dos serviços. A cobrança de taxa de adesão e de mensalidade sem que haja usufruto de serviços adicionais, mas apenas tráfego pela rodovia, está em desacordo com o art. 6º da Lei 8.987/1995, os editais de licitação, os PER e os contratos de concessão de rodovias federais;

b) conforme registrado pela SefidTransporte, em julho de 2013, “o sistema de arrecadação de pedágio é formado por dois subsistemas, o manual e o automático. Ambas as formas de arrecadação estão previstas nos editais de licitação e nos PERs e são inerentes à prestação do serviço. A cobrança automática é uma das formas de garantir a fluidez do tráfego nas praças de pedágio, sendo condição **sine qua non** da qualidade da prestação do serviço”;

c) não deve ser acolhida a interpretação de que às concessionárias caberia apenas fornecer a infraestrutura necessária para que a cobrança automática entrasse em operação. A infraestrutura tem sua razão de existir na efetiva operação e, por imperativo lógico, quem o contrato poderia obrigar a operar o sistema senão a concessionária? Os contratos e os PERs deixam claro que ambos os

subsistemas, o manual e o automático, foram previstos nos editais para serem colocados em operação pelas concessionárias, diretamente ou não;

d) considerando que os contratos têm como objeto, expressamente, a operação e a exploração das rodovias concedidas, a concessionária deve não só disponibilizar, mas também operar todos os sistemas inerentes ou acessórios à prestação do serviço, em especial, o sistema de cobrança de pedágio, sem o qual não poderia existir concessão. A título de ilustração, veja-se que o contrato e o PER da Ecosul estabelecem a obrigação de disponibilizar a cobrança eletrônica de pedágio, como segue (peça 187):

Contrato PJ/CD/215/98

“2.1 - Objeto do Contrato

Este CONTRATO tem por objeto a outorga de concessão para a exploração do complexo rodoviário, denominado PÓLO PELOTAS/RS, mediante a cobrança de pedágio e a prestação de serviços inerentes, acessórios e complementares à concessão de serviços públicos prevista pela Lei Estadual”

PER

“F.2.1.2 - Sistema de Arrecadação de Pedágio

As cabines manuais, a serem operadas em períodos de menor intensidade do fluxo, deverão ser localizadas junto às cabines automáticas, já que haverá sempre a necessidade de cabines manuais em operação de ambos os lados das automáticas, visando, especialmente, a evitar a geração de movimentos de mudança de faixa de trânsito por caminhões.”

e) também merece destaque o seguinte excerto da Carta 71.022/PR-04, endereçada pela concessionária Ponte à ANTT (peças 141, p. 3, 4, item 9, e 187):

“a) Os recebimentos de aluguel de AVIs [Automatic Vehicle Identification], a partir da cobrança dos usuários do Sistema Onda Livre de taxa mensal, referem-se aos reembolsos de despesas realizadas pela Concessionária para introduzir o sistema de pedágio automático no país, sendo esta uma atividade inerente ao objetivo principal do contrato de concessão, não se caracterizando, portanto, como uma receita alternativa, complementar ou acessória com finalidade de redução da tarifa de pedágio, conforme previsto na Lei nº 8.987/1995;

(...)

d) Na elaboração da Proposta de Tarifa da Concessionária foi considerado que os usuários utilizariam cartão magnético (sistema semi-automático) ou transmissores de bordo (sistema automático) com pagamento antecipado das passagens (sistema pré-pago) ou com débito automático na conta corrente, utilizando como referência o modelo de gestão similar aos existentes nos Estados Unidos e na Europa;”

f) é obrigação da concessionária implantar, operar, gerir, organizar, implementar ou qualquer termo equivalente, todos os sistemas e demais atividades pertinentes à execução dos serviços concedidos, em especial a cobrança de pedágio, seja ela manual ou automática, ainda que terceiros sejam contratados para executar o serviço;

g) a alegação da Concessionária Rio-Teresópolis (peça 128, p. 4) de que o PER e o contrato de concessão não lhe impõem a obrigação de operar de forma direta e imediata o subsistema automático, nem veda qualquer cobrança de valores adicionais pelo incremento do serviço, não procede. Afinal, há previsão editalícia e contratual para que seja colocada pelo menos uma cabine de cobrança automática em funcionamento. Assim, os custos de operação dessa cabine estão ou deveriam estar previstos na definição da tarifa de pedágio. Portanto, eles devem ser suportados pela concessionária. Note-se que, se assim não fosse, haveria a previsão contratual de cobrança de valores adicionais;

h) a cobrança automática configura um aspecto essencial do objeto concedido e não pode ser compreendida como um serviço opcional, pelo qual a concessionária (ou empresa preposta) pode cobrar valores extras. Ademais, a operação automática de arrecadação não gera apenas custos para a concessionária, uma vez que reduz os gastos com pessoal nas praças e com operações de guarda e

transporte de numerário. Além disso, propicia um maior fluxo de veículos e ganhos de natureza tecnológica, o que provoca o aumento da receita;

i) os contratos de concessão preveem a existência de cabines em operação, o que implica dizer que a obrigação de mantê-las em funcionamento é da concessionária, de forma direta ou terceirizada. Caso opte por contratar outra empresa, a detentora da concessão firma um novo contrato com a contratada, o qual estabelece direitos e obrigações para as partes, devendo ser observadas as condições estabelecidas nos contratos de concessão;

j) a totalidade das obras necessárias e dos serviços relacionados à operação das rodovias, definidos nos Programas de Exploração da Rodovia, foi outorgada às vencedoras das licitações, incluindo aqueles atinentes à cobrança do pedágio;

k) por definição expressa dos contratos e dos respectivos PER, as rodovias devem ser exploradas e operadas mediante pedágio, que pode ser cobrado automática ou manualmente. Em ambas as hipóteses, a responsabilidade pela cobrança dessa tarifa é das concessionárias. Nesse sentido, assim dispõe o contrato de concessão da Rodovia BR-116/RJ/SP, Via Dutra (peça 206):

6.1 Contrato:

“9. Este CONTRATO tem por objeto a recuperação, o reforço, a monitoração, o melhoramento, a manutenção, a conservação, a operação e a exploração da RODOVIA BR-116/RJ/SP, no trecho Rio de Janeiro – São Paulo e respectivos acessos.

10. A concessão é de serviço público precedida da execução de obra pública e será explorada mediante pedágio.

(...)

Subseção IV

Do Sistema de Cobrança

74. A CONCESSIONÁRIA deverá organizar o sistema de cobrança do pedágio nos termos previstos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DA RODOVIA, implementando-o com a maior eficiência gerencial possível, de modo a provocar o mínimo de desconforto e de perda de tempo para os usuários da RODOVIA, devendo atender as condições estabelecidas no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DA RODOVIA.”

6.2 Programa de Exploração da Rodovia:

“2.1.7.1 Praças de Pedágio

(...)

a. Praças de cobrança

(...)

Os pedágios deverão contar com dois tipos de cobrança:

- cabines automáticas (sem parada do veículo - sensores de para-brisa);

- cabines semi-automáticas/manuais (com parada do veículo – cartão magnético ou moeda corrente).”

l) a cobrança de valores alheios à tarifa do pedágio é, portanto, indevida, tendo em vista que a disponibilização dos dois tipos de cobrança é uma obrigação contratual da concessionária. Assim sendo, não se pode exigir do usuário que pague nenhuma quantia adicional (peça 206);

m) a alegação de que as concessionárias não seriam responsáveis pela gestão do sistema de pagamento automático, mas apenas pela implantação de sua infraestrutura, levaria ao contrassenso de se admitir que as avenças estabeleceram, para pessoas absolutamente estranhas ao pacto, obrigações que são intrínsecas à concessão (peça 206);

n) nesse cenário, seria absolutamente plausível imaginar que o fundamento apresentado para a adoção desse modelo poderia ser aplicado para o serviço de pagamento manual, com a criação de taxa extra para custear uma possível subcontratação de empresa terceirizada, a fim de compensar os gastos com os funcionários dos guichês, o transporte de valores e a manutenção de equipamentos, entre outros. Afinal, ambos os tipos de cobrança são de responsabilidade da concessionária, que deve disponibilizá-los à população para que cada um possa escolher livremente entre eles, sem que haja

tarifa específica além do preço do pedágio. Em outras palavras, o pagamento automático é, de fato, um serviço opcional, porém, sua oferta é obrigatória, por força do contrato. Além disso, a gestora da rodovia tem o dever de arcar com os custos naturais da atividade e isso, por certo, vale do início até o fim da operação de pedagiamento;

o) os custos relacionados ao aludido serviço, cuja prestação integra o conjunto de obrigações da contratada, já foram ou deveriam ter sido considerados no cálculo da tarifa proposta pelos licitantes. Por via de consequência, não é cabível a cobrança de taxa de adesão e mensalidade de um serviço que é inerente à própria concessão e está previsto nos editais de licitação e nos contratos, ainda que sua execução tenha sido atribuída a terceiro. Assim sendo, deve ser permitido ao usuário optar entre as duas modalidades, sem custo adicional;

p) cabe salientar que a disponibilização do sistema eletrônico de arrecadação sem cobranças adicionais nada mais é que um avanço técnico aplicado em obediência à legislação; e

q) não seria razoável admitir que o modelo da concessão de determinada rodovia estabelecesse que um dos serviços inerentes à concessionária fosse passível de cobrança direta ao usuário, por pessoa alheia à relação de concessão, sem que houvesse clara e expressa previsão contratual nesse sentido. Embora seja possível a terceirização de determinadas atividades, essa subcontratação é uma relação de que não participa o usuário. Permanece intacta a responsabilidade da concessionária pela prestação do serviço.

25. Com o fito de fundamentar suas análises, o Procurador Júlio Marcelo de Oliveira afirmou que:

a) o art. 6º da Lei 8.987/1995 reza que toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários. Esse mesmo dispositivo conceitua serviço adequado como aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas e destaca que a atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e a expansão do serviço;

b) em conformidade com o disposto no art. 37, XXI, da Lei 8.987/1995, o serviço adequado, incluída a modicidade tarifária, deve conviver, harmonicamente, com o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão;

c) consoante exposto no relatório que fundamentou o Acórdão 1.926/2004 – Plenário, em conformidade com o disposto na Lei 8.987/1995, *“o risco do negócio é atribuído ao particular e os ganhos de produtividade devem reverter-se em prol da modicidade tarifária. O repasse dos custos significa eliminar os riscos da empresa mal administrada e os riscos inerentes ao negócio, bem como impedir o repasse de parte dos ganhos de produtividade decorrente de avanço tecnológico, aperfeiçoamento industrial, soluções técnicas inovadoras, produtos novos e de projetos associados, acarretando, tudo isso, tarifas majoradas além do necessário, onerando os usuários dos serviços”*;

d) o Promotor de Justiça paranaense Rodrigo Leite Ferreira Cabral sustenta, corretamente, ser obrigação da empresa dar fluidez ao tráfego de todos os veículos, **verbis**:

“A empresa tem que facilitar o pagamento. Mas o usuário está pagando por uma obrigação da empresa. É a mesma coisa que ir ao teatro e ter que pagar para entrar em uma fila menor. Quanto mais fila na cabine normal, mais a empresa lucra, porque mais motoristas vão querer pagar o Via Fácil” (peça 2, p. 260);

e) no caso vertente, houve a união de algumas concessionárias, conforme noticiado pela Revista ÉPOCA, para contratar uma gerenciadora, diminuir custos e facilitar a gestão da cobrança eletrônica. Note-se que a implantação do sistema eletrônico beneficia as concessionárias, por reduzir custos com salários de empregados e procedimentos de segurança afetos à guarda e ao transporte de valores, vale dizer, custos de operação e de manutenção;

f) ocorre que *“onerar o consumidor pela manutenção de serviços que são de sua exclusiva competência constitui vantagem exagerada, ou o caminho mais iníquo de redução de custos das concessionárias. Ao caso bem se aplica o Código de Defesa do Consumidor, pois o ônus foi*

transferido ao usuário que sustenta os custos globais da complexa prestação de serviço contratada com a (...), cuja atribuição é das concessionárias” (MPE/SP, Inquérito Civil nº 785/2002, peça 2, p. 218 a 253);

g) a receita de pedágio arrecadada manual ou eletronicamente é uma só, ou seja, a forma de arrecadação não interfere na natureza jurídica da receita, que está indissociavelmente ligada ao contrato firmado com o poder concedente. Conseqüentemente, sem um ato jurídico, emanado do Poder Público, que autorize e legitime a cobrança, impossível, ilícita e ilegal se torna a arrecadação, eis que fundada no arbítrio das concessionárias, na mera conjunção de vontade destas ou destas com terceiros, sem o aval da administração;

h) neste caso, ganha relevância o fato de o serviço prestado ser inerente ao próprio objeto da concessão, o que implica dizer que o Ministério Público paranaense teve razão quando afirmou que a cobrança da taxa de adesão e de mensalidade do pedágio automático é ilegal, pois, desta forma, a concessionária está repassando o ônus econômico de manter a fluidez do tráfego nos postos de pedágio ao consumidor (peça 2, p. 260);

i) é certo que, nos termos dos ajustes firmados, a principal fonte de receita da concessionária advém do recebimento da tarifa de pedágio, a qual compreende, por óbvio, o sistema de pedagiamento manual e o eletrônico;

j) no caso das Autopistas Régis Bittencourt, Fernão Dias, Litoral Sul e Fluminense, apenas para citar alguns exemplos, os contratos celebrados em 14/2/2008 já preveem, como obrigação da concessionária, a implantação de sistema de cobrança eletrônica de pedágio, na forma regulamentar da ANTT, favorecendo a interoperabilidade nacional e a integração, de forma eficiente, com outros sistemas automáticos. Não há previsão, nos aludidos ajustes, nem nos PER atualizados em 2010 ou 2011, de cobrança adicional por este tipo de serviço, que nada mais é do que um mero aprimoramento na forma de cobrança do serviço prestado;

k) os contratos de concessão já mencionados delimitam seu próprio escopo, definindo:

- eficiência: a execução dos serviços de acordo com as normas técnicas aplicáveis e em padrões satisfatórios, que busquem, em caráter permanente, a excelência e que assegurem, qualitativa e quantitativamente, o cumprimento dos objetivos e das metas da concessão;

- conforto: a manutenção, nas pistas de rolamento, de cobrança de pedágio em níveis que assegurem a comodidade dos usuários, conforme definido no PER;

- fluidez do tráfego: as boas condições de fluidez do trânsito, propiciando que os usuários alcancem seus destinos de acordo com as suas programações de tempo, sem congestionamentos decorrentes de gerenciamento incorreto ou ineficiente, inclusive nas praças de pedágio e nos postos de pesagem (excetuando-se motivos de força maior, tais como, calamidades públicas, greves, tumultos e atividades políticas);

- atualidade: modernidade das técnicas, dos equipamentos e das instalações e sua conservação e manutenção, bem como a melhoria e a expansão do serviço, na medida das necessidades das rodovias constituintes do lote rodoviário; e

- modicidade da tarifa: a justa correlação entre os encargos da concessionária e a retribuição dos usuários, expressa no valor da Tarifa Básica de Pedágio;

l) também de acordo com os aludidos contratos, cabe às concessionárias implantar sistema de gestão de qualidade, incluindo medidas que assegurem processo continuado de atualização técnica e tecnológica de produtos e serviços, bem como desenvolver recursos humanos (peça 2, p. 43). Nesse cenário, mostra-se desarrazoado o procedimento das concessionárias de, por meio de interposta pessoa, cobrarem taxa de adesão e de mensalidade para fins de acesso ao serviço de pedagiamento eletrônico;

m) a cobrança automática do pedágio é exigência da vida moderna, inerente ao estado da arte. Não é um serviço diferenciado, um **plus** oferecido pelas concessionárias. Tem expressa previsão contratual, por conseguinte, seu custo está embutido na tarifa básica de pedágio. Inexiste, pois, viabilidade de cobrança à parte, mediante a sistemática concebida pelas concessionárias e que veio a

configurar um mercado milionário e altamente rentável, conforme matéria veiculada pela Revista ÉPOCA;

n) com fulcro nessas considerações, conclui-se ser ilegal a cobrança da taxa de adesão e da mensalidade voltadas para o custeio do sistema eletrônico de pedágio. Não há espaço, no ordenamento jurídico em vigor, para que a implantação do sistema automático dê azo à transferência de ônus adicionais aos usuários das rodovias. A transferência de encargos exige a necessária observância das regras disciplinadoras da execução do serviço, expressamente previstas nos respectivos contratos de concessão; e

o) sobre todas essas questões, o auditor da Serur, com a anuência do respectivo Diretor daquela unidade técnica, asseverou que (peças 405 e 406):

“5.2. O que defendem as recorrentes não é a melhor leitura que se faz dos contratos de concessão. Em trecho algum tais documentos permitem concluir que a gestão dos sistemas de cobrança automática de pedágio deveria ser realizada por pessoa estranha aos contratos de concessão.

5.3. Assim, e ao atribuir às concessionárias a obrigatoriedade de disponibilizar aos usuários das rodovias concedidas praça de pedágio com o mínimo de uma cabine com pagamento automático, o que todas as recorrentes reconhecem, não há como se concluir de forma diversa à defendida por este Tribunal.

5.4. Ora, se é obrigação das concessionárias prover a possibilidade de pagamento automático de pedágio aos usuários, e não prevendo as normas contratuais que parte de tais serviços não fariam parte do contrato, não há como se defender a prática das cobranças adicionais que foram tratadas nos presentes autos, devendo os serviços terceirizados, assim como qualquer serviço contratado pelas concessionárias, ser por elas remunerado, ou que se faça a prestação desses serviços de forma direta.

5.5. A não ser, e isso deixou claro o Tribunal quando do julgamento dos embargos de declaração opostos, quando o usuário opte por ter instalado em seu veículo dispositivo que lhe permita usufruir dos serviços prestados por mais de uma concessionária ou de outros serviços, como pagamento de estacionamento em centros comerciais e de serviços em postos de combustíveis, serviços que não fazem parte de nenhum contrato de concessão, sendo lícitas, nessas ocasiões, as cobranças adicionais.

5.6. Quanto à alegação de riscos de inadimplência que não deveriam ser suportados pelas concessionárias, tratando de questões afetas ao mercado financeiro e sujeitas à autorização e fiscalização da autoridade monetária, também se elucidou a questão quando do julgamento dos embargos, uma vez que restou determinada a aceitação do pagamento automático na modalidade pré-paga, mediante débito em conta corrente ou débito em cartão de crédito, modalidades de pagamento comuns, livres da intervenção do Banco Central e que não trazem qualquer risco de inadimplência.

(...)

6.4. Assiste razão às recorrentes quanto à afirmação de que o pagamento automático de pedágio é uma opção dos usuários que lhes permite conforto e comodidade. Entretanto, a opção é do usuário, não das concessionárias, que, nos termos contratados, estão obrigadas a disponibilizar tal opção a quem trafega nas rodovias por elas administradas e ser remunerada por tais usuários apenas com o pagamento da tarifa de pedágio.

(...)

6.6. No que diz respeito às conclusões da agência reguladora, não há óbice algum imposto pelo Tribunal quanto à terceirização dos serviços, devendo a eventual contratada pelas concessionárias ser remunerada. Contudo, tal remuneração não deve ser imposta aos usuários das rodovias a elas concedidas, haja vista que a obrigação desses usuários se resume ao pagamento da tarifa de pedágio, ao passo que a disponibilização dos sistemas de pagamento automático de pedágio é de responsabilidade das concessionárias.

(...)

7.2. Não há como acompanhar o entendimento das recorrentes. Defender que as cabines de cobrança automática de pedágio não contribuem para a fluidez no trânsito é inaceitável, haja vista que o próprio programa de exploração da rodovia que faz parte de cada contrato de concessão estabelece que a cobrança automática de pedágio pressupõe o pagamento da tarifa sem a necessidade de parada do veículo ou redução drástica da velocidade.

7.3. Em relação à garantia dessa qualidade nas praças de pedágio, realmente se poderia prover maior fluidez apenas com o aumento das cabines de cobrança manual, caso não fosse prevista nos contratos de concessão a obrigatoriedade de implantação de cobrança automática de pedágio, sendo, então, tal modalidade de recebimento, obrigatória e efetivamente provedora de maior fluidez no trânsito.

(...)

8.2. Conforme demonstrado no tópico anterior, não é correta a afirmação de que a gestão do sistema de cobrança automática de pedágio não estaria entre os encargos das concessionárias no momento da licitação e assinatura do contrato de concessão, de modo que não há que se falar em reequilíbrio econômico-financeiro por cumprimento da determinação expedida por este Tribunal.

8.3. Quanto ao Projeto de Lei nº 7.452/2010, da autoria do Deputado Federal Filipe Pereira], a questão foi tratada na fase processual anterior com a correção contumaz da Unidade Técnica responsável pela instrução inicial do feito, tendo assim se manifestado em sua instrução de mérito (peça 187):

‘66. Quanto a isso, observa-se que, a partir da terceirização do serviço, as concessionárias e a própria ANTT adotaram uma interpretação totalmente desvirtuada dos contratos e dos PERs. Uma vez que o problema só agora está sendo objeto de questionamento e as taxas e mensalidades vêm sendo cobradas há bastante tempo, alguns atores menos familiarizados com os contratos e com os PERs podem ser levados a acreditar que a legislação precisa ser alterada para que haja mudanças.

67. Entende-se, todavia, por todo o alegado anteriormente, que, desde a origem, os argumentos para a proibição da arrecadação de taxa de adesão e de mensalidade pelo serviço de cobrança automática de pedágio estão presentes nos PERs e nos contratos de concessão de rodovias federais.’

8.4. Dessa forma, não se vislumbra na vedação de cobrança de taxa de adesão e mensalidade para a utilização, por parte do usuário, de pagamento automático de pedágio, qualquer inovação contratual apta a alterar a equação econômico-financeira dos contratos de concessão, eis que, conforme já demonstrado, os serviços constam dos contratos de concessão desde sua origem.

(...)

9.2. A questão foi devidamente esclarecida pelo Tribunal por ocasião do julgamento dos embargos de declaração opostos contra o acórdão recorrido, de modo que não há que se falar em comprometimento à interoperabilidade do sistema de pagamento automático de pedágio.

9.3. Conforme consta do item 9.4.2 do Acórdão 1.008/2014-TCU-Plenário, poderá haver cobranças além da tarifa de pedágio, caso o usuário opte por utilizar o TAG para transitar em mais de uma rodovia concedida, posição adotada pelo Tribunal em virtude do entendimento de que nenhuma das concessionárias seria obrigada a prestar um serviço que o usuário pudesse se valer para utilização em rodovia diversa e, também, para garantir a interoperabilidade do sistema de pagamento automático.

(...)

10.2. Não assiste razão às recorrentes. Ocorre que esta Corte não usurpou as competências do ente regulador em momento algum, tendo a norma contratual que obriga as concessionárias a gerir os sistemas de pagamento automático de pedágio sido por ela livremente elaborada, sendo essa competência exclusiva sua.

10.3. Ocorre que, tendo a agência elaborado a norma contratual, licitado a concessão com base nela e concedido os trechos rodoviários, encontra-se vinculada à sua observação e

aplicação, e isso não só goza de poder, mas, acima de tudo, tem o dever de se fazer cumprir o Tribunal de Contas da União.

(...)

14.2. Permanece o entendimento já indicado no acórdão recorrido. Ocorre que não lograram as recorrentes trazer aos autos qualquer julgamento de mérito realizado pelo Poder Judiciário sobre a questão ora tratada, limitando-se a indicar que, em agravo de instrumento, foi cassada decisão liminar de primeira instância que suspendia a prática.

14.3. Dessa forma, não há que se falar em coisa julgada no âmbito judicial que lhes garanta o direito de terceirizar a gestão da cobrança automática de pedágio imputando aos usuários o ônus de arcar com as despesas dessa prática.”

26. Após esclarecer seu entendimento e apresentar a respectiva fundamentação, o representante do **Parquet** especializado, analisou os fundamentos aduzidos pela Serur como lastro para a reforma do julgado ora em exame, assim como à argumentação relevante oferecida, em grau recursal, pela agência reguladora e pelas concessionárias, tendo destacado que as teses apresentadas em muito se assemelham. Inicialmente, o Procurador junto ao TCU transcreveu as seguintes ponderações do Secretário da Serur (peça 407):

“10. (...) com todas as vênias, no âmbito do direito administrativo da regulação, o silêncio contratual e as próprias cláusulas imperfeitas devem ser interpretados tal como a vontade das partes deles transparece. Vontade essa que passa a integrar suas cláusulas como se estivesse explícita. A essência do contrato estaria centrada na promessa (vontade) a que as partes reciprocamente se vinculam (vide Giovanni Criscuoli. Il contratto nel diritto inglese).

11. Com todas as vênias, todas as premissas postas na decisão recorrida:

a) desconsideram (não valoram) outros itens do edital e do contrato;

b) não valoram a vontade dos licitantes e dos contratantes;

c) admitem obrigações implícitas no edital, mas decorrentes tão somente da interpretação publicista;

d) desconsideram que todos os licitantes compreenderam os editais de forma que nenhum deles cotou o gerenciamento da cobrança automática como componente de custos de suas tarifas básicas;

e) entendimento esse decorrente da própria postura do regulador (ANTT).

Apelar para valores publicistas de forma a alterar as cláusulas contratuais sob um suposto interesse público sobre o privado não é admitido no direito, tal como reconhecido pelo Judiciário, a exemplo do decidido pelo TRF da 5ª Região na REO nº 574.893:

‘Se o contrato de concessão estabelece que o reajuste da tarifa deva levar em conta a variação do IGP-M, não pode o Poder Judiciário alterar a vontade das partes e determinar a substituição daquele índice por outro, a pretexto de que a variação acumulada daquele índice superou a de outros indicadores de preços no mesmo período, dando ensejo à instabilidade das relações jurídicas, em prejuízo do princípio da segurança jurídica.’ 19. ‘Impende frisar que as cláusulas econômicas, ou seja, aquelas que fixam a remuneração e os direitos do contratado perante a Administração e dispõem acerca da equação econômico-financeira do contrato administrativo, não podem ser alteradas unilateralmente pelo Poder Público, sem que se proceda à devida compensação econômica do contratado, visando a restabelecer o equilíbrio financeiro inicialmente pactuado pelas partes. É o que se extrai da redação dos arts. 37, XXI, e 175, III, da CF/88, e do art. 9º, parágrafo 4º, da Lei nº 8.987/95, acima reproduzido’. 20. Ademais, ‘tarifa módica não quer dizer necessariamente tarifa barata, mas a menor tarifa que, além de cobrir as despesas da concessionária e garantir o funcionamento do serviço, também seja capaz de propiciar os investimentos necessários à expansão e modernização do setor’. (AC 008345-32.2005.4.05.8300, Rel. Des. Federal MARCELO NAVARRO, DJe 11.12.2008).”

“Ocorre uma interpretação das leis, dos editais e dos contratos, inclusive pela própria ANTT, no sentido de que os serviços de arrecadação eletrônica de pedágio não integram as

obrigações dos concessionários, os quais, quando de suas propostas, não os lançaram nas tarifas. Uma prática não questionada por 19 anos”.

27. Em relação a essas manifestações do titular da unidade técnica, o Procurador junto ao TCU salientou que:

a) de fato, no âmbito desta Corte, o procedimento em tela não foi questionado até a autuação desta representação, ocorrida em dezembro de 2011, a qual foi julgada por meio dos Acórdãos 3.206/2013 e 1.008/2014, ambos do Plenário (peças 205 e 290). Entretanto, neste caso concreto, esta Corte de Contas não adotou *“uma hermenêutica publicista, de imperium, interpretando cláusulas contratuais ampliativamente em prol da Administração, conferindo-lhe verdadeiros aditivos de obrigações implícitas e desconsiderando as demais cláusulas que levam a conclusões diametralmente opostas, a vontade das partes e a própria compreensão de todos os licitantes”*;

b) ao contrário, com absoluta razoabilidade e sempre atento à justiça que deve permear suas decisões, o TCU pontuou os limites que a lei e os instrumentos contratuais impuseram ao poder concedente e às concessionárias para o fiel cumprimento dos ajustes celebrados, quais sejam:

- as concessionárias devem possibilitar ao usuário que deseja somente trafegar em determinado trecho de rodovia federal sujeito a contrato de concessão referente às 1ª e 2ª etapas, sem usufruir de qualquer serviço adicional, a passagem pela cabine de cobrança automática de pedágio, mediante unicamente o pagamento da tarifa de pedágio;

- o pagamento do pedágio poderá ser efetuado, por meio de uma das opções previstas nos contratos (débito correspondente a desconto no crédito de pedágio adquirido com antecedência, débito automático em conta-corrente ou em cartão de crédito), sem custo adicional, exceto para a aquisição do aparelho de leitura eletrônica a ser instalado no veículo; e

- desde que por livre escolha do usuário, pode haver cobrança adicional para a prestação de serviços que extrapolem o estabelecido nos contratos, tais como o pagamento diferido do pedágio e a possibilidade de utilização do mesmo leitor eletrônico veicular para mais de um trecho concedido (interoperabilidade);

c) diante da falta de recursos públicos disponíveis, são efetivadas delegações de serviço público para a iniciativa privada, por meio da concessão de rodovias mediante a cobrança de pedágio, com o objetivo de garantir o investimento e a manutenção constantes, reduzir custos públicos e diminuir o papel do Estado provedor;

d) note-se que a concessão recai, naturalmente, sobre trechos rodoviários estratégicos para o desenvolvimento da infraestrutura do país, os quais apresentam rápido desgaste do respectivo pavimento, em decorrência do intenso fluxo de veículos. Por via de consequência, são necessários os serviços de manutenção, recuperação ou de outras naturezas (por exemplo, guincho para veículos avariados ao longo do trecho concedido ou atendimento médico de emergência em caso de acidentes);

e) cabe salientar que o contrato de concessão é celebrado com o fim precípuo de delimitar os direitos e as obrigações de cada uma das partes, sempre considerando que os serviços são prestados para atender às demandas do usuário final. Nesse sentido, toda e qualquer concessão visa à prestação de um serviço adequado ao usuário, em conformidade com o disposto nos arts. 6º, § 1º; 7º, I, e 31, I, da Lei 8.987/1995. Saliento que essa matéria é de ordem indubitavelmente pública, conforme se constata nos seguintes julgados:

“7. A prestação de serviço público adequado está diretamente relacionada ao respeito à Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões), às normas contratuais e a outras pertinentes (p. ex., o Código de Defesa do Consumidor), conforme o art. 6º da Lei de Concessões: ‘Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato’.

8. Se a controvérsia gira em torno da inadequação na prestação de serviço público concedido e da responsabilidade civil (contratual ou não) decorrente, não há como dissociar do caso concreto a natureza jurídica de Direito Público. O simples fato de haver discussão contratual entre usuário e concessionária de serviço público não atrai para o Direito Privado a relação jurídica

litigiosa. Se fosse assim, toda a matéria de licitações, de índole eminentemente contratual, deveria também ser julgada pela Segunda Seção.

(...)

11. Como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello, a opção por classificar determinadas atividades como serviço público revela que ‘o Estado considera de seu dever assumi-las como pertinentes a si próprio (mesmo que sem exclusividade) e, em consequência, exatamente por isto, as coloca sob uma disciplina peculiar instaurada para resguardo dos interesses nelas encarnados: aquela disciplina que naturalmente corresponde ao próprio Estado, isto é, uma disciplina de direito público’ (Grandes Temas de Direito Administrativo, Malheiros, São Paulo, 2009, p. 274).” (STJ, CC nº 138.405/DF, Relator p/ o Acórdão: Ministro Herman Benjamin, julgamento: 17.8.2016)

“1. A questão que tem sede nas denominadas leis da concessão e diz respeito à prestação de serviço adequado, estabelecida unilateralmente pelo Poder Público, é de direito público.” (STJ, CC nº 104.374/RS, julgamento: 20.5.2009);

f) nesse contexto, a então Sefid, no âmbito do TC 026.335/2007-4 (Acórdão 1.055/2011 – Plenário), esclareceu que:

“III.1 - A NATUREZA DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

Sobre o tema contratos administrativos, os escólios doutrinários de Hely Lopes Meirelles orientam no seguinte sentido:

‘O contrato administrativo, por parte da Administração, destina-se ao atendimento das necessidades públicas, mas, por parte do contratado, objetiva um lucro, através da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras’ (Licitação e Contrato Administrativo, p. 166).

Um contrato de concessão representa a vontade dos contratantes num dado momento. De fato, a lei define a matéria para que as partes tenham segurança quanto ao que fora desejado no início do contrato, buscando atingir o objetivo de tornar a exploração de serviços públicos atrativa para os investidores, assegurando que os particulares assumam eficientemente o desempenho de alguns deles.

Nos acordos firmados para esse fim, é razoável, pois, que a Administração reconheça a existência de ingredientes consensuais, conquanto eles sejam harmônicos com a legislação vigente, não ferindo, por conseguinte, a natureza desses contratos.

É notório que as concessões são efetivadas em contratos administrativos propriamente ditos. Destinam-se à prestação de serviço a cargo do Estado, o que significa que elas devem naturalmente guardar em si a supremacia e a indisponibilidade do interesse público como princípios proeminentes.”;

g) ainda que o Brasil possa efetivamente estar “no fim da era de um direito administrativo estatal para um direito administrativo de governança (...) ou Administração Infraestrutural do Estado Pós-Social”, redirecionando o foco do controle para os resultados, como argumenta o titular da Serur (peça 407), é certo que as salvaguardas dos princípios da administração pública subsistem e que a lei e os contratos devem, por óbvio, ser cumpridos. A prestação de serviço adequado, obrigação com assento constitucional (artigo 175, parágrafo único, inciso IV), e a melhoria dos serviços são, entre outras, metas irrenunciáveis, seja qual for a ótica do direito administrativo sob a qual se examine o tema ora em discussão;

h) mesmo que o controle dê ênfase aos resultados, isto não exclui a análise dos procedimentos empregados no curso da execução contratual, os quais devem observância aos princípios sob os quais foi firmado o contrato: legalidade e economicidade, entre outros. Até porque o controle visa à conformidade da ação administrativa com a lei, consoante exposto no Acórdão 3.697/2013 – Plenário. Além disso, na essência da boa governança, qualquer que seja a acepção desse termo, estão o Estado de Direito, a responsabilidade, a eficiência e a prestação de contas;

i) não houve, portanto, no caso concreto, interpretação “ampliativa”, “exagerada”, de cláusulas contratuais “em prol da Administração”, nem “verdadeiros aditivos de obrigações

implícitas”, menos ainda desconsideração das “*demais cláusulas*”. O fio condutor das deliberações proferidas por esta Corte foram as cláusulas contratuais livremente pactuadas entre o poder concedente e as concessionárias. Nada além disso;

j) cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

“Se é certo que toda interpretação traz em si uma carga construtiva, não menos correta exsurge a vinculação à ordem jurídico-constitucional. O fenômeno ocorre a partir das normas em vigor, variando de acordo com a formação profissional e humanística do intérprete. No exercício gratificante da arte de interpretar, descabe ‘inserir na regra de direito o próprio juízo - por mais sensato que seja - sobre a finalidade que ‘conviria’ fosse por ela perseguida.” (RE nº 148.304);

k) à luz do que dispõe o ordenamento jurídico, não se pode perder de vista que toda a interpretação em matéria contratual de concessões de serviço público deve ter por norte a modicidade tarifária, pilar legalmente instituído para balizar as contratações do gênero. O usuário do serviço tem direito subjetivo à modicidade, vale dizer, as concessionárias não fazem jus a lucros desproporcionais aos encargos assumidos. Só lhes é devida a justa remuneração, nada mais do que isto;

l) o equilíbrio econômico-financeiro do contrato encontra expressão no valor da Tarifa Básica de Pedágio – TBP, determinado na proposta econômica vencedora do certame e resultante do equilíbrio entre os encargos da concessionária e as receitas da concessão. Já a manutenção do equilíbrio ocorre por meio da conservação da Taxa Interno de Retorno – TIR (taxa de rentabilidade) da proposta. Nesse contexto, o valor-limite da tarifa é o montante necessário para remunerar adequadamente os desembolsos dos investidores;

m) nessa toada, o TCU entende que, nas concessões rodoviárias, a administração deve incluir cláusula prevendo a revisão periódica da tarifa, a fim de repassar os ganhos decorrentes de aumento de produtividade e da maior eficiência tecnológica além do aumento ou da redução extraordinária dos custos e das despesas da concessionária e das alterações ocorridas no custo de oportunidade do negócio, de acordo com os artigos 9º, § 2º, e 29, V, da Lei 8.987/1995 (Acórdão 2.104/2008 – Plenário). Nesse sentido, por meio do Acórdão 1.904/2009 – Plenário, esta Corte de Contas afirmou que a agência reguladora deve estabelecer regras claras para a revisão e o reajuste das tarifas com base em estudos fundamentados sobre os custos, prevendo mecanismos para compartilhar com os usuários os benefícios gerados por possíveis aumentos de eficiência, com o intuito de zelar pela modicidade tarifária e pelo equilíbrio econômico-financeiro do ajuste;

n) em síntese:

“se as concessionárias ostentam o inalienável direito à justa remuneração, com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, também os usuários da rodovia possuem o indeclinável direito à modicidade tarifária, com a manutenção das cláusulas econômico-financeiras.” (Acórdão 2.927/2011 – Plenário, peça 243, p. 9);

o) cabe salientar ainda que o valor da tarifa deve guardar relação de proporcionalidade com o serviço efetivamente prestado, sob pena de enriquecimento sem causa, consoante decidido pelo STJ durante o julgamento do REsp 655.130/RJ, ocorrido no dia 3/5/2007;

p) cumpre considerar também que a Lei de Concessões e os contratos ora sob comento preveem a generalidade como requisito da prestação de serviço adequado. Nos termos do contrato acostado aos presentes autos (peça 2, p. 42), generalidade significa a “*universalidade da prestação dos serviços conforme previstos no PER, isto é, serviços iguais para todos os usuários, sem qualquer discriminação*”. De acordo com a doutrina, a universalização, que é o princípio nuclear do serviço público, consiste no dever de fazer com que os serviços possam chegar à maior quantidade de pessoas em condições econômicas adequadas; e

q) o Ministério Público de Contas não vislumbra, portanto, à luz do que foi contratualmente pactuado entre o poder concedente e as concessionárias, motivação bastante para que os usuários do pedágio automático precisem pagar mais do que os usuários das cabines manuais.

29. Em relação aos argumentos apresentados em grau de recurso e à respectiva análise pela Serur, o Procurador Júlio Marcelo de Oliveira frisou que:

- Alegações das recorrentes

a) pelo fato de ter sido adotado um regime que instituiu a obrigação de serem mantidas praças de pedágios manuais (dotadas de infraestrutura física e de pessoal) e eletrônicos (contando apenas com infraestrutura física), a redução do custo apenas se verificará quando for compulsória a adoção do modal eletrônico. Afinal, somente nessa última hipótese, haverá economia de escala (peça 248, p. 22 e 3); e

b) cabines destinadas ao pagamento da tarifa sem a necessidade de parar o veículo ou reduzir sua velocidade são extras e geram, no caso do pagamento diferido, um custo financeiro que é suportado pela concessionária. Aduzem que o valor pago pelo usuário só entra no caixa dessa empresa após 20 ou 30 dias, ao contrário do que ocorre quando existe a arrecadação em espécie, hipótese na qual o recebimento é imediato (peça 248, p. 27 e 8);

- Análise do representante do MPTCU

a) no caso vertente, havia a previsão contratual do pagamento diferido, logo, não se pode alegar a superveniência de fato novo. Ademais, na sociedade moderna, qualquer pequena sociedade comercial e qualquer indivíduo mediano têm uma clara noção das implicações de uma venda a prazo, ou seja, do custo financeiro a ser suportado. Por via de consequência, esse custo deve (ou deveria) ter sido precificado no fluxo de caixa da concessionária por ocasião da oferta de proposta no certame licitatório;

b) a simples implantação da sistemática eletrônica de pedagiamento já traz benefícios para as concessionárias, decorrentes da redução de suas despesas com mão de obra e segurança. Nesse cenário, quanto mais usuários aderirem à cobrança automática do pedágio, maior será o custo de implantação e menor será o custo operacional do sistema sob comento; e

c) vale registrar que os Programas de Exploração das Rodovias previam que os equipamentos de cobrança automática deveriam, gradativamente, substituir os manuais, **verbis**:

“Conforme indicado pela monitoração da operação das Praças de Pedágio, a implantação de equipamentos de cobrança automática deverá ser realizada gradativamente, substituindo-se os equipamentos existentes, de forma a possibilitar a manutenção dos níveis de serviço exigidos no sistema de arrecadação, sendo, no mínimo, 1 equipamento por Praça de Pedágio ou Auxiliar.” (peça 134, p. 2)

“Está prevista, quando indicado pela monitoração da operação das Praças de Pedágio, a implantação de equipamentos de cobrança automática, que deverão, gradativamente, substituir os equipamentos manuais, de acordo com os resultados da referida monitoração, de maneira a proporcionar elevados níveis de serviço no sistema de arrecadação.” (peça 140, p. 100);

- Argumentos do titular da Serur

a) *“desde 29/12/1994, no primeiro contrato de concessão de rodovia assinado pela União (Ponte Rio-Niterói), entendeu-se não incumbir ao concessionário a gestão do pagamento por meio automático”;*

b) *“os contratos seguintes mantiveram tal entendimento, ou seja, os custos de gestão do sistema de pagamento automático não foram diluídos na tarifa básica”;* e

c) *“nova jurisprudência, surgida apenas em novembro de 2013, e ora recorrida, não poderia ser aplicada a situações pretéritas, fundadas no próprio entendimento do agente regulador (ANTT), a implicar ofensa ao princípio da boa-fé e do ato jurídico perfeito”* (peça 407);

- Análise do representante do MPTCU

a) é incontroverso que o dever de boa-fé da administração pública exige o respeito incondicional às regras do edital. Aduzo que boa-fé, proteção à confiança e segurança jurídica caminham inexoravelmente juntas na mesma direção. Nessa linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal entende que:

“O postulado da segurança jurídica, enquanto expressão do Estado Democrático de Direito, mostra-se impregnado de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público (RTJ nº 191/922), em ordem a viabilizar a incidência desse mesmo princípio sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado, para que se preservem, desse modo, sem prejuízo ou surpresa para o administrado, situações já consolidadas no passado. A essencialidade do postulado da segurança jurídica e a necessidade de se respeitarem situações consolidadas no tempo, especialmente quando amparadas pela boa-fé do cidadão, representam fatores a que o Poder Judiciário não pode ficar alheio.” (RE 646.313 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgado no dia 18/11/2014, 2ª Turma)

b) cabe salientar que, desde a celebração do primeiro contrato de concessão, em 1994, a obrigação de gerir o pagamento por meio automático já era das concessionárias. Se os respectivos custos não constaram das respectivas propostas e, por conseguinte, não foram diluídos na tarifa básica, trata-se de erro grave inescusável dessas empresas, cujas consequências devem ser por elas suportadas, não podendo recair sobre os usuários;

c) os custos relacionados ao serviço de pedágio automático, que é inerente à concessão, se não o foram, deveriam ter sido considerados para o cálculo da tarifa proposta pelos licitantes, pois compõem o conjunto de obrigações da contratada;

d) como os contratos de concessão previam a existência de cabines automáticas, é fora de dúvida que os custos da operação de cobrança eletrônica já estavam (ou deveriam estar) previstos na definição da tarifa de pedágio, portanto, devem as concessionárias com eles arcar. Sobre o tema, o STJ já decidiu que:

“8. Os concorrentes ao procedimento licitatório, por ocasião da apresentação de suas propostas, devem indicar o valor e os tipos das tarifas que irão cobrar dos usuários pelos serviços prestados.

9. As tarifas fixadas pelos proponentes servem como um dos critérios para a escolha da empresa vencedora do certame, sendo elemento contributivo para determinar a viabilidade da concessão e estabelecer o que é necessário ao equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento.

10. O artigo 9º da Lei nº 8.987, de 1995, determina que ‘a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação.’ (STJ, REsp 926.159/RS, julgado em 13/11/2007)

e) por seu turno, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região entendeu que:

“6. As tarifas cobradas pelas concessionárias constituem contraprestação pelos serviços prestados e que são objeto do contrato de concessão celebrado com o poder concedente, não podendo o usuário ser onerado em quantia superior, sob pena de afronta ao princípio da modicidade tarifária.” (Agravo de Instrumento 79053920154020000 - RJ);

f) esse mesmo espírito norteia os contratos administrativos em geral, conforme entendimento acolhido no Acórdão 117/2014 – Plenário, relatado pelo Ministro Benjamin Zymler, **verbis**:

“O regime jurídico-administrativo a que estão sujeitos os particulares contratantes com a Administração não lhes dá direito adquirido à manutenção de erros observados nas composições de preços unitários, precipuamente quando em razão de tais falhas estiver ocorrendo o pagamento de serviços acima dos custos necessários e realmente incorridos para a sua realização.”;

g) com fulcro nessas considerações, conclui-se que, em que pese o decurso de tempo, a não identificação da falha em comento pela ANTT e a discordância da agência reguladora e das concessionárias em relação ao entendimento do TCU materializado nos Acórdãos Plenário 3.206/2013 e 1.008/2014, os usuários não podem arcar com as consequências do erro cometido por essas empresas;

- Argumentos do titular da Serur

a) “a mudança de jurisprudência consolidada que subtrai direitos do administrado deve ter efeitos prospectivos (*ex nunc*), mais ainda quando o ora contratado entrou na licitação com uma perspectiva de custos consolidada no tempo” (peça 407);

- Análise do representante do MPTCU

a) não se pode acompanhar o entendimento no sentido de que a segurança jurídica ampara as cobranças indevidamente realizadas, uma vez que os contratos sempre previram que o pedágio automático integrava o objeto da concessão;

b) ademais, não houve mudança de entendimento no TCU, que somente se manifestou sobre a questão ora posta nestes autos após a autuação do presente feito;

c) conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 976.836/RS, julgado no dia 25/8/2010):

“2. O concessionário trava duas espécies de relações jurídicas, a saber:

(a) uma com o poder concedente, titular, dentre outros, do **ius imperii** no atendimento do interesse público, ressalvadas eventuais indenizações legais; e

(b) outra com os usuários, de natureza consumerista, reguladas, ambas, pelo contrato e supervisionadas pela agência reguladora correspondente.

(...)

6. O regime aplicável às concessionárias na composição da tarifa, instrumento bifronte de viabilização da prestação do serviço público concedido e da manutenção da equação econômico-financeira, é *dúplice*, por isto que, na relação estabelecida entre o poder concedente e a concessionária, *vige a normatização administrativa e, na relação entre a concessionária e o usuário, o direito consumerista. Precedentes do STJ: REsp nº 1.062.975/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23.9.2008, DJ de 29.10.2008.*”;

d) nesse contexto, à vista de todo o desenho normativo acerca da prestação de serviços públicos, ganha relevância o fato de que, no âmbito do contrato de concessão, os usuários são uma parte essencial do relacionamento entre poder concedente (no caso, ANTT) e concessionária. Por via de consequência, o princípio da segurança jurídica deve ser especialmente valorado em prol das pessoas que trafegam pela rodovia, os quais foram onerados pelas cobranças indevidamente levadas a termo. Note-se que tais cobranças violaram os termos dos contratos, que previam que os custos em tela deveriam ser arcados pelas concessionárias de serviço público;

e) nesse sentido, o STJ asseverou que:

“17. Os direitos dos usuários de serviço público concedido obedecem à **ratio** no sentido de que:

‘Os usuários, atendidas as condições relativas à prestação do serviço e dentro das possibilidades normais dele, têm o direito ao serviço e ao que foi legalmente caracterizado como serviço adequado, no referido art. 6º, § 1º. O Concessionário não lhes poderá negar ou interromper a prestação, salvo, é claro, nas hipóteses previstas nas próprias cláusulas regulamentares. Cumpridas pelo usuário as exigências estatuídas, o concessionário está constituído na obrigação de oferecer o serviço de modo constituído e regular. Com efeito, sua prestação é instituída não apenas em benefício da coletividade concebida em abstrato, mas dos usuários, individualmente considerados, isto é, daqueles que arcarão com o pagamento das tarifas a fim de serem servidos. Por isto, aquele a quem for negado o serviço adequado (art. 7º, I, c/c 6º, § 1º) ou que sofrer-lhe a interrupção pode, judicialmente, exigir em seu favor o cumprimento da obrigação do concessionário inadimplente, exercitando um direito subjetivo próprio.’ (Curso de Direito Administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello, 25ª ed., Malheiros Editores, 2008, p. 733 a 735)” (REsp nº 976.836/RS, julgado em 25/8/2010);

f) no exame do mérito deste processo, deve-se tomar em consideração o evidente prejuízo inadvertidamente imposto aos usuários das rodovias;

g) o TCU agiu tão logo foi identificado o problema. Em abril de 2012, pouco depois da autuação do presente processo, esta Corte questionou a agência reguladora e abriu prazo para as concessionárias se manifestarem, em justa reverência ao devido processo legal;

h) o Ministério Público de Contas considera ser possível que as concessionárias prestem o serviço de arrecadação eletrônica da tarifa de pedágio, considerando que é delas a obrigação de manter e operar, por conta própria, direta ou indiretamente, o respectivo sistema de arrecadação. Por outro lado, entende-se que a natureza e a sistemática inerentes ao aludido sistema não desnaturam a obrigação de dar cumprimento aos exatos termos contratuais;

i) em suma, o fato de a arrecadação eletrônica da tarifa e de a cobrança diferida não se enquadrarem nas atividades típicas da concessão não afasta a obrigação da concessionária, visto que o instrumento contratual assim determinou e que é possível terceirizar a execução dessas atividades, desde que a concessionária assuma a remuneração do subcontratado. A título de exemplo, cabe citar que o contrato e o Programa de Exploração da Rodovia relativos à Rodovia Presidente Dutra preveem que (peças 138, p. 9; 140, p. 100, e 180, p. 13):

Contrato PG-137/95-00:

“Do Sistema de Cobrança

74. A CONCESSIONÁRIA deverá organizar o sistema de cobrança do pedágio nos termos previstos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DA RODOVIA, implementando-o com a maior eficiência gerencial possível, de modo a provocar o mínimo de desconforto e de perda de tempo para os usuários da RODOVIA, devendo atender as condições estabelecidas no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DA RODOVIA.”

PER atualizado da Novadutra:

“5.2.3.1 Sistema de Arrecadação do Pedágio

O sistema de cobrança contemplará duas modalidades: sem parada de veículos – cobrança automática; com parada de veículo – semi-automática e manual, ambas com condições de identificar eixos com rodagem dupla de qualquer veículo.

A instalação do subsistema de cobrança automática (AVI) objetivará viabilizar o pagamento de pedágio sem necessidade de parada ou de redução significativa na velocidade do veículo, através da utilização de equipamento detector de sinal de rádio, emitido por dispositivo emissor instalado no veículo. Pela detecção do sinal, o veículo será identificado e, associando-se outros dados (horário, data, local), será procedido débito correspondente a desconto no crédito de pedágio adquirido com antecedência ou débito automático em conta ou em cartão de crédito.”; e

j) o fato de o Poder Legislativo Federal estar regulamentando a atividade financeira de gestão, consoante disposto na Lei 12.865/2013, não compromete as conclusões acima apresentadas;

- Alegações das recorrentes

a) a Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A e a Concessionária da Ponte Rio-Niterói S/A afirmaram que (peça 257):

“63. As atividades financeiras, por envolverem recursos de terceiros, contam com inúmeras regras próprias e detalhadas, controlando desde a constituição e existência da própria empresa (exigência de capital mínimo, controle de dirigentes, etc.) à operação propriamente dita.

64. Tanto é assim que o Poder Legislativo Federal (Lei nº 12.865/2013) vem regulamentando essa atividade de gestão (denominada legalmente como ‘arranjos de pagamentos’) exatamente por ser uma atividade financeira, a qual se submete à regulamentação do Banco Central.

65. De fato, a Lei nº 12.865/2013 não conferiria ao Banco Central responsabilidade de regulamentação e fiscalização sobre atividades próprias de concessionárias de rodovias, que estão sob a regulação da ANTT por força da Lei Federal nº 10.233/2001. Esse dado fático reforça a alegação de que a atividade de arrecadação eletrônica da tarifa não é própria de uma concessionária

de rodovias, mas, sim, uma atividade financeira, a ser desenvolvida por empresa que detém condições jurídicas e técnicas para tanto.

66. Por outro lado, também não caberia às concessionárias exercer a atividade por meio de terceiros especializados (as operadoras, que têm natureza financeira). Não cabe, nesse caso, uma analogia com a obra, que a concessionária não faz, mas contrata de terceiros e é sua responsabilidade contratual.

67. As diferenças são duas, bastante claras. A obra é obrigação da concessionária porque ela se insere na rodovia, no escopo da concessionária e no seu propósito específico, de exploração da rodovia. A obra é parte da concessão, seu resultado é integrado ao patrimônio do Estado, que será revertido à sua administração ao final da concessão.

68. A cobrança diferida não guarda qualquer ligação com o objeto da concessão. O resultado desse serviço não se integra à concessão, não se torna patrimônio do Estado, não melhora ou afeta a rodovia concedida ou o poder concedente. O resultado desse trabalho da operadora é meramente uma comodidade opcional ao usuário.

69. Portanto, pela sua natureza jurídica que é financeira, pela impossibilidade de uma concessionária que tem propósito específico de explorar a rodovia, pelo fato de o resultado de seu trabalho não se inserir no objeto da concessão, a cobrança diferida no tempo e espaço não é, em sua essência, um serviço próprio da concessionária.

d. Esclarecimentos quanto à implantação do Onda Livre

70. Deve-se esclarecer o equívoco cometido pelo acórdão recorrido que afirma que a Concessionária da Ponte Rio-Niterói teria contestado a pretensão da ANTT de repassar à modicidade das tarifas as receitas decorrentes do aluguel dos equipamentos necessários à operação do sistema de arrecadação eletrônica (Onda Livre), ao argumento de que tal atividade seria inerente ao objetivo da concessão.

71. Tal alegação destoa da realidade dos fatos, pois, como esclarecido pela concessionária, o programa de exploração da ponte somente a obrigava a implantar a infraestrutura necessária para o registro eletrônico de veículos na rodovia, não lhe atribuindo a atividade de arrecadação diferida da tarifa.

72. Ocorre que, diante da ausência de elementos de arrecadação eletrônica de pedágio à época, a concessionária desenvolveu o sistema de cobrança diferida (Onda Livre), sendo alugados os equipamentos necessários para sua operação.

73. Não sendo uma obrigação da concessionária a prestação desse serviço, ao invés de repassar seus custos a todos os usuários indistintamente e sendo um serviço opcional, optou-se por onerar apenas os usuários do Onda Livre, repassando-lhes os custos da operação do sistema.

74. Quando da revisão do contrato de concessão da ponte (Processo Administrativo nº 50500.086989/2007-52), a ANTT aventou que os valores recebidos dos usuários do Onda Livre poderiam constituir receitas alternativas, com a necessidade de reversão à modicidade tarifária.

75. Todavia, após esclarecimentos da concessionária, essa questão foi rechaçada pela própria Agência, já que os valores em discussão correspondiam, tão somente, 'ao reembolso dos gastos despendidos pela concessionária para efetuar a cobrança, como aquisição e manutenção de equipamentos eletrônicos, emissão de faturas, operações de cobrança, salários e encargos do pessoal e modernização operacional do sistema ONDA LIVRE' (fl. 74 – Nota Técnica/Suref/Suinf/ANTT 002/2008).

76. Além disso, posteriormente, a Advocacia-Geral da União emitiu parecer concluindo que as receitas decorrentes da cobrança pela prestação do serviço de arrecadação diferida da tarifa não caracterizam receitas alternativas e extraordinárias (fls. 160 a 163 do Processo Administrativo nº 50500.086989/2007-52), o que reforça a posição de que jamais foi obrigação da concessionária operar e manter, por sua conta, o sistema de arrecadação diferida da tarifa.”;

- Análise do representante do MPTCU

a) o auditor da Serur anotou o seguinte (peça 405):

“5.6. Quanto à alegação de riscos de inadimplência que não deveriam ser suportados pelas concessionárias, tratando-se de questões afetas ao mercado financeiro e sujeitas à autorização e fiscalização da autoridade monetária, também se elucidou a questão quando do julgamento dos embargos, uma vez que restou determinada a aceitação do pagamento automático na modalidade pré-paga, mediante débito em conta corrente ou débito em cartão de crédito, modalidades de pagamento comuns, livres da intervenção do Banco Central e que não trazem qualquer risco de inadimplência.”

b) a análise do auditor, acima transcrita, conta com a adesão do Ministério Público de Contas. Afinal, não se pode confundir as formas de pagamento previstas nos contratos de concessão livremente pactuados com a disciplina de que trata a Lei 12.865/2013, cujo escopo é o seguinte:

“Art. 6º Para os efeitos das normas aplicáveis aos arranjos e às instituições de pagamento que passam a integrar o Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), nos termos desta Lei, considera-se:

I - arranjo de pagamento - conjunto de regras e procedimentos que disciplina a prestação de determinado serviço de pagamento ao público aceito por mais de um recebedor, mediante acesso direto pelos usuários finais, pagadores e recebedores;

II - instituidor de arranjo de pagamento - pessoa jurídica responsável pelo arranjo de pagamento e, quando for o caso, pelo uso da marca associada ao arranjo de pagamento;

III - instituição de pagamento - pessoa jurídica que, aderindo a um ou mais arranjos de pagamento, tenha como atividade principal ou acessória, alternativa ou cumulativamente:

a) disponibilizar serviço de aporte ou saque de recursos mantidos em conta de pagamento;

b) executar ou facilitar a instrução de pagamento relacionada a determinado serviço de pagamento, inclusive transferência originada de ou destinada a conta de pagamento;

c) gerir conta de pagamento;

d) emitir instrumento de pagamento;

e) credenciar a aceitação de instrumento de pagamento;

f) executar remessa de fundos;

g) converter moeda física ou escritural em moeda eletrônica, ou vice-versa, credenciar a aceitação ou gerir o uso de moeda eletrônica; e

h) outras atividades relacionadas à prestação de serviço de pagamento, designadas pelo Banco Central do Brasil;

IV - conta de pagamento - conta de registro detida em nome de usuário final de serviços de pagamento utilizada para a execução de transações de pagamento;

V - instrumento de pagamento - dispositivo ou conjunto de procedimentos acordado entre o usuário final e seu prestador de serviço de pagamento utilizado para iniciar uma transação de pagamento; e

VI - moeda eletrônica - recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento.”;

c) as concessionárias não são instituidoras de arranjos de pagamento, mas, beneficiárias dos valores a serem pagos pelos usuários a título de contrapartida pela fruição do serviço de arrecadação eletrônica de pedágio. Nesse sentido, os contratos de concessão firmados admitem pagamento nas modalidades pré-pago, débito em conta corrente ou em cartão de crédito, que somente são viáveis com a intermediação de uma instituição financeira;

d) ao celebrarem os ajustes nesses termos, as concessionárias anuíram, desde a data da assinatura dos pactos concessórios, à obrigação de contratar um terceiro para prestar o serviço de pagamento automático. Desse modo, diversamente do que afirmam as recorrentes, a cobrança diferida tem ligação direta com o objeto da concessão. Essa afirmação é reforçada pela existência da obrigação contratual de oferta de cabine automática nas praças de pedágio. Não se trata, por conseguinte, de *“meramente uma comodidade opcional ao usuário”*;

e) dito de outra forma, para ter direito ao serviço público concedido, o usuário deve suportar o ônus do pagamento apenas da tarifa básica de pedágio, inexistindo previsão legal de qualquer pagamento adicional a terceiros contratados diretamente pela concessionária;

f) sobre o risco de inadimplência, caso exista, os contratos de concessão assim determinam (peça 2, p. 27): “4.1 A Concessionária assume integral responsabilidade por todos os riscos inerentes à Concessão.” Essa alocação de riscos decorre da natureza jurídica das concessões ora em análise, pois elas constituem um instituto por meio do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, com a garantia contratual de preservação do equilíbrio econômico-financeiro. Note-se que a concessionária é remunerada pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente, pelas tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço (artigo 2º, II, da Lei 8.987/1995);

g) ainda de acordo com os pactos concessórios, o poder concedente assume apenas os riscos decorrentes de seu inadimplemento contratual, de alterações unilaterais no contrato ou de fato do príncipe que provoque impacto econômico-financeiro na avença (peça 2, p. 28, item 4.9); e

h) em linha de coerência com essa demarcação de responsabilidades, o marco regulatório, reproduzido em cláusula contratual, define ser:

“obrigação da Concessionária manter em vigor, durante todo o prazo de duração da Concessão, apólices de seguro em valor suficiente para garantir efetiva cobertura dos riscos inerentes à execução das atividades pertinentes à Concessão, em consonância com o Programa de Seguros apresentado” (peça 2, p. 29, item 5.10);

- Argumentos do titular da Serur

a) sobre a cláusula do contrato paradigma, segundo a qual *“a concessionária deverá implantar sistema de cobrança eletrônica de pedágio, na forma regulamentar da ANTT, favorecendo a interoperabilidade nacional e a integração, de forma eficiente, com outros sistemas automáticos”*, o Secretário alegou que a solução técnica *“virá de fora, cabendo a ele, concessionário, apenas criar condições para sua operacionalização na rodovia”*. Afinal (peça 407):

- compete à ANTT regulamentar a forma de cumprir a obrigação; e
- a interoperabilidade nacional faz com que a obrigação transcenda as forças e o controle do concessionário individual;

- Análise do representante do MPTCU

a) não compartilha dessa compreensão, pelo menos não nesses exatos termos. Vislumbra que a regulamentação a ser feita pela agência reguladora alcança apenas a interoperabilidade nacional e a integração com outros sistemas automáticos. Na ausência de regulamentação a cargo da ANTT, que permaneceu omissa por muitos anos, vindo a disciplinar a matéria apenas no início do exercício de 2014, certamente impulsionada pela deliberação inicialmente emanada desta Corte, por meio do Acórdão 3.206/2013 – Plenário (peça 205), cabia às concessionárias entrarem em acordo umas com as outras, de forma a simplificar o sistema e permitir que o usuário, apenas com um único dispositivo apto à leitura, pudesse trafegar por dois ou mais trechos sob concessões diversas, mediante a leitura do mesmo **tag** nas diferentes praças de pedágio automatizadas;

b) a implantação do sistema de cobrança eletrônica de pedágio no âmbito exclusivo do próprio contrato dispensava a intervenção da ANTT, haja vista a simplicidade do procedimento e a expressa previsão contratual;

c) o fato de o contrato paradigma, *“quando fala em conforto das praças de pedágio”*, obrigar a manutenção de *“níveis que assegurem a comodidade, nada falando sobre a gratuidade integral”*, não compromete as conclusões do Ministério Público de Contas acerca da indevida cobrança de taxa de adesão e de mensalidade. Nunca se defendeu que deveria haver gratuidade na arrecadação eletrônica de pedágio, mas que os respectivos custos já estão (ou deveriam estar) incluídos

na tarifa básica de pedágio. Afinal, ao tratar de serviço adequado, o contrato previu que, para os fins nele previstos, considera-se (peça 2, p. 41 e 2):

“d) conforto: a manutenção nas pistas de rolamento, de sinalização, de informações, de comunicações e de cobrança de pedágio em níveis que assegurem a comodidade dos usuários conforme definido no PER;”;

d) de fato, o aludido contrato afirma serem “gratuitos” os serviços de atendimento mecânico e de atendimento médico de primeiros socorros, como se observa no trecho a seguir reproduzido:

“e) segurança: a operação, nos níveis exigidos no PER, dos sistemas referidos na letra anterior, de modo a que sejam mantidos, em níveis satisfatórios, os riscos de acidentes, compreendendo, também, os serviços gratuitos de atendimento mecânico e serviços gratuitos de atendimento médico de primeiros socorros;”; e

e) saliento que, em hipótese alguma, o contrato poderia atribuir gratuidade ao pedágio eletrônico, cujos custos já deveriam integrar a tarifa básica;

- Argumentos do titular da Serur

a) *“20. É possível observar nos autos que, caso inseridos os custos da comodidade do pagamento automático na tarifa básica, aqueles que não utilizam essa comodidade também pagarão sob a forma de rateio. O que seria desconforme às normas da regulação do setor, uma vez que ‘é vedado à ANTT estabelecer privilégios tarifários que beneficiem segmentos específicos de usuários do Lote Rodoviário’ (peça 2, fl. 33). E mais, ao incluir tais serviços privilegiados na tarifa, não apenas se ofenderia a isonomia de tratamento entre os usuários, mas também impactaria o princípio geral da proteção dos consumidores finais quanto à incidência dos fretes nos preços dos produtos transportados (art. 11, III, da Lei nº 10.233/2001)”;*

- Análise do representante do MPTCU

a) de fato, o contrato prevê que (peça 2, p. 32):

“6.19. É vedado à ANTT estabelecer privilégios tarifários que beneficiem segmentos específicos de usuários do Lote Rodoviário, exceto se no cumprimento de lei que especifique as fontes de recursos para ressarcimento da Concessionária.

6.20 As tarifas de pedágio são diferenciadas por categoria de veículos, em decorrência dos desgastes físicos e impactos na capacidade de tráfego diferenciados que acarretam às Rodovias que compõem o Lote Rodoviário, que implicam custos diferenciados de engenharia e operação das vias.

6.21 A correspondência dos valores das tarifas de pedágio, pelas diferentes categorias de veículos, é a seguinte:”;

b) no caso sob comento, não se trata de privilégio tarifário, logo, não há ofensa à isonomia, que só existiria se o usuário não pudesse escolher livremente entre trafegar pela cabine manual ou, sem ônus adicional, pela cabine automática;

c) raciocínio similar embasou o veto ao art. 12 da Lei 8.987/1995, veiculado por meio da Mensagem 181, de 13/2/1995, como se observa a seguir:

“Art. 12. É vedado ao poder concedente estabelecer privilégios tarifários que beneficiem segmentos específicos de usuários do serviço concedido, exceto se no cumprimento de lei que especifique as fontes de recursos.

Razões do veto

O impropriamente denominado tratamento privilegiado representa, na totalidade das vezes, medida de cunho eminentemente social, que traduz formas compensatórias de distribuição de rendas através de preços públicos, tendo por motivação os elevados princípios de justiça social que dimanam da Constituição.

Se o dispositivo ora vetado fosse convertido em lei, ele teria o condão de revogar as leis que instituíram esses subsídios sociais, uma vez que elas não definiram as respectivas fontes de recursos, com graves consequências para as classes menos favorecidas da população.

Assim, essas pessoas teriam, de inopino, sacrificadas suas rendas familiares, ao ter que arcar, por exemplo, com o pagamento de tarifas de energia elétrica e gás liquefeito de petróleo às mesmas tarifas pagas pelos usuários de renda mais elevada; pessoas portadoras de deficiência física e aposentados se veriam privadas da gratuidade das tarifas de transportes coletivos.

Ademais, tal modalidade de proteção do concessionário encontra sede mais adequada no contrato de concessão, no qual devem ser claramente definidos os ‘direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária’ (art. 23, V, do projeto), que naturalmente incluem todas as medidas de proteção desta última.”;

d) o art. 13 da Lei 8.987/1995 estabelece a possibilidade de diferenciação das tarifas, o que não significa a quebra da isonomia, “*em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários*”;

e) essa disposição foi confirmada pelo STJ, quando do julgamento do REsp 861.661/RJ, **verbis**:

“1. O faturamento do serviço de fornecimento de água com base na tarifa progressiva, de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo, é legítimo e atende ao interesse público, porquanto estimula o uso racional dos recursos hídricos. Interpretação dos arts. 4º da Lei nº 6.528/1978 e 13 da Lei nº 8.987/1995.

2. ‘A política de tarifação dos serviços públicos concedidos, prevista na CF (art. 175), foi estabelecida pela Lei nº 8.987/1995, com escalonamento na tarifação, de modo a pagar menos pelo serviço o consumidor com menor gasto, em nome da política das ações afirmativas, devidamente chanceladas pelo Judiciário (precedentes desta Corte)’ (REsp nº 485.842/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 24.5.2004).

3. Recurso especial provido, para se reconhecer a legalidade da cobrança do serviço de fornecimento de água com base na tarifa progressiva e para julgar improcedente o pedido.” ;

f) se é para questionar isonomia, veja-se que os usuários das cabines automáticas tiveram que arcar com as despesas para prover a infraestrutura das cabines manuais, embora delas não se utilizem; e

g) diante do acima exposto, perde relevância o argumento recursal de que, se o pedágio eletrônico estivesse incluído na tarifa básica, haveria a “*socialização de um custo que reverteria em benefício de apenas alguns*” ou de que haveria a “*socialização dos custos totais com os usuários que optaram por não desfrutar desse serviço opcional*” (peças 254, p. 27, item 77, e 257, p. 21, item 58);

- Alegações das recorrentes

a) “*79. O exemplo da cadeira mais espaçosa em aeronaves é elucidativo para efeito de comparação. Não se discute a cobrança adicional de um valor para aquele passageiro que opte por ocupar um assento mais confortável que os demais. Trata-se de privilégio aplicável tão somente àquele que está disposto a despende um valor extra por esse serviço, não sendo razoável que se repasse o custo de forma indiscriminada a todos os passageiros que não se aproveitam de tais condições de comodidade.*”;

- Análise do representante do MPTCU

a) a comparação não nos parece válida. De fato, por ocasião da aquisição da passagem, o interessado escolhe o assento que lhe aprouver e assume o pagamento de um valor maior, caso opte por mais conforto. Note-se que esse custo maior está previsto no contrato firmado com a companhia aérea, a qual não está obrigada a oferecer assentos diferenciados pelo mesmo preço cobrado pelos assentos comuns. Já no caso dos contratos de concessão, a empresa está obrigada a disponibilizar a arrecadação eletrônica, uma vez que a oferta desse serviço integra o rol de seus deveres; e

b) cumpre frisar que, segundo o STJ, o direito de o cidadão utilizar os serviços públicos essenciais para a vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiá-lo (RMS 21.555/RN, julgado em 20/6/2006);

- Argumentos do titular da Serur

a) o Programa de Exploração da Rodovia paradigma prevê que “a cobrança automática deverá viabilizar o pagamento do pedágio sem necessidade de parada (...), através de equipamento detector de sinal de rádio” (peça 2, p. 176);

b) nota-se que está prevista apenas a viabilização, não a arrecadação. “Segundo a língua portuguesa, viabilizar significa apenas instalar os equipamentos que tornem exequível a cobrança automática, ou seja, o detector do sinal de rádio e os equipamentos para o armazenamento (com os dados requeridos pelo regulador)”. Assim, o usuário que “deseje essa utilidade deverá encarregar-se da contratação de serviço concretizador (arrecadador) do que tornado viável pelo concessionário” (peça 407); e

c) “21. Essa é a exata conclusão que se extrai do PER da Nova Dutra e da Ponte (vide itens 19 e 20 da instrução técnica posta no Relatório do Acórdão de 2013), pois os equipamentos relacionados significam que a obrigação da concessionária se exaure com a emissão dos dados para o sistema de arrecadação. Isso é confirmado pelos procedimentos executivos do sistema de arrecadação de pedágio (peça 2, fl. 177), pois quando fala em operacionalização automática, elenca alternativas (segundo o dicionário Houaiss, a conjunção coordenada ‘ou’ pode significar exclusão, alternância, dúvida, outra maneira de dizer algo ou alternativa. Portanto, não é exaustivo e nem cumulativo - o que requereria a conjunção aditiva ‘e’), sendo direcionada pela capacidade de um modelo interoperacionalizável nacionalmente e que acompanhe a tecnologia (atual tendência) oferecida pelo mercado (portanto, é algo externo à concessão) arrecadador (vide PER da BR-116/RJ, peça 128, item 4.2.2.9), todos distantes do objeto da concessão. Ao contrário, quando fala em sistema manual de cobrança, o PER une a tarefa de viabilizar com a de arrecadar. A outra conclusão, caso levemos ao extremo a interpretação, na obrigação ‘outros dispositivos com resultados semelhantes’ poderia significar teratologicamente, que, em face de ‘lançamento’ de aplicativo em celular, e quando o sinal do mesmo fosse insuficiente ou instável, seria obrigação do concessionário instalar antenas de celulares na rodovia.” (peça 407);

- Análise do representante do MPTCU

a) é obrigação da concessionária implantar, operar, gerir, organizar e implementar todos os sistemas e atividades pertinentes à execução dos serviços concedidos, em especial a cobrança de pedágio, seja ela manual ou automática, ainda que terceiros sejam contratados para executar o serviço;

b) há previsão editalícia e contratual para que seja colocada pelo menos uma cabine de cobrança automática em funcionamento;

c) a cobrança automática configura aspecto essencial da prestação do serviço e não pode ser compreendida como um serviço pelo qual a concessionária (ou empresa preposta) poderia cobrar valores extras;

d) a operação automática de arrecadação não gera apenas custos para a concessionária, mas enseja também o aumento de receita;

e) os contratos exigem cabines em operação, sendo assim, a obrigação de mantê-las em funcionamento é da concessionária;

f) de acordo com as regras contratuais e editalícias, a cobrança do pedágio e de todos os serviços a ele vinculados é de responsabilidade das concessionárias, independentemente da forma de arrecadação (manual ou automática). Portanto, a cobrança de qualquer quantia adicional à tarifa do pedágio é indevida;

g) a alegação de que as concessionárias não seriam responsáveis pela gestão do sistema de pagamento automático, mas apenas pela implantação de sua infraestrutura, levaria ao contrassenso de

se admitir que as avenças estabeleceram, para pessoas absolutamente estranhas ao pacto, obrigações que são intrínsecas à concessão;

h) os dois tipos de cobrança são de responsabilidade da concessionária, que deve disponibilizá-los à população para que cada um possa escolher livremente entre eles. Note-se que o pagamento automático é um serviço opcional, porém, sua oferta é obrigatória, por força do contrato;

i) a gestora da rodovia tem o dever de arcar com os custos naturais da atividade e isto vale do início até o fim da operação de pedagiamento;

j) os custos relacionados ao pagamento automático já foram (ou deveriam ter sido) considerados no cálculo da tarifa proposta pelos licitantes. Logo, é indevida a cobrança de taxa de adesão e mensalidade de um serviço que é inerente à própria concessão e está previsto nos editais de licitação e nos contratos, ainda que sua execução tenha sido atribuída a terceiro;

k) a disponibilização do sistema eletrônico de arrecadação sem cobranças adicionais nada mais é que um avanço técnico aplicado em obediência à legislação;

l) não é razoável admitir que o modelo da concessão de determinada rodovia estabeleça que um dos serviços inerentes a essa concessão seja cobrado diretamente do usuário, por pessoa alheia à relação de concessão, sem clara e expressa previsão contratual nesse sentido. Embora seja possível a terceirização de determinadas atividades, essa subcontratação é uma relação da qual não participa o usuário, ou seja, permanece intacta a responsabilidade da concessionária pela prestação do serviço em tela;

m) a concessionária responde pela implantação e pela operação do sistema eletrônico de cobrança, sem que haja uma cobrança adicional do usuário. Esse posicionamento é confirmado em diversos pontos dos contratos e de seus respectivos programas de exploração, que trazem, por exemplo, detalhes da operação e da forma de pagamento do pedágio; e

n) a implantação de um sistema de cobrança eletrônica vai muito além da infraestrutura necessária para tanto, mesmo porque ela depende do efetivo e pleno funcionamento do sistema de cobrança;

- Alegações das recorrentes

a) a empresa ViaBahia afirmou que o TCU não se pronunciou até o presente momento sobre a especificidade do contrato de concessão alusivo ao Edital 1/2008, no qual há autorização expressa para a comercialização de cartões e etiquetas eletrônicas para a cobrança automática por meio de terceiros (peça 328), a saber:

“9.3.5. Caberá à Concessionária, diretamente ou por meio de terceiros, comercializar os cartões e etiquetas eletrônicas para a cobrança automática.”;

b) regra semelhante consta do contrato relativo à Rodovia ECO-101 (peça 288, p. 11 e 12) e dos Programas de Exploração da Rodovia da 3ª Etapa, Fases I e III (peça 288, p. 13);

- Análise do representante do MPTCU

a) preliminarmente, cabe destacar que este processo cuida apenas da 1ª e da 2ª Etapas;

b) a previsão contratual expressa no aludido item 9.3.5 não se confunde com a cobrança de taxa de adesão e de mensalidade atinentes ao pedágio automático. Ela apenas autoriza a comercialização de cartões e etiquetas eletrônicas; e

c) dessa forma, cabe determinar à agência reguladora que adote as providências necessárias para adequar os mencionados contratos ao entendimento já firmado pelo TCU, no sentido de que o usuário que deseja somente trafegar em determinado trecho de rodovia federal sujeito a contrato de concessão referente às 1ª e 2ª Etapas, sem usufruir de qualquer serviço adicional, deve passar pela cabine de cobrança automática de pedágio pagando unicamente o pagamento da tarifa de pedágio. Contudo, em face do princípio do **non reformatio in pejus**, inexistem, nestes autos, medidas a adotar;

- Argumentos do titular da Serur

a) “22. É de se esperar que, nas próximas licitações, o mercado responda com tarifas maiores em função das incertezas e de se deixar à concessionária o ônus de suportar qualquer indeterminação dos editais ou mudança do contexto tecnológico. Podemos ir mais longe, ao dizer que as decisões deste Tribunal em casos concretos afetam o sistema das concessões como um todo, pelo que, os benefícios supostamente auferidos em uma situação peculiar, podem fazer desmoronar o sistema através de mecanismos de defesa em futuros certames licitatórios, quer pela ausência de interessados, quer pela redução de vantagens oferecidas no presente para dar conta de surpresas futuras ou, o pior, a convicção de que todas as dúvidas serão interpretadas a favor da Administração. Essa é a exata lógica da economia comportamental, cujo marco teórico dispensamos de transcrições.

23. No direito administrativo dos serviços públicos, admite-se que o edital crie novos direitos e obrigações, passando a integrar o seu marco regulatório. A decisão recorrida, ao contrário, e parafraseando Alexandre Santos de Aragão, ‘impôs às concessionárias a execução de outro projeto, violando inclusive os princípios licitatórios, já que a revisão não pode ser instrumento para que o contratado execute um contrato distinto do licitado’ (Direito dos Serviços Públicos, p. 609)”;

- Análise do representante do MPTCU

a) o arcabouço jurídico do sistema de concessões de serviço público requer, de fato, diante da natureza dos bens tutelados, cuidado em sua compreensão. Ganha relevo, nesse cenário, a interpretação sistemática;

b) a preocupação evidenciada de que “todas as dúvidas serão interpretadas a favor da Administração” não se revela pertinente. Cada intervenção do TCU terá o desfecho adequado às características de cada transação submetida ao descortino da Corte de Contas;

c) cumpre destacar que este Tribunal, no exercício de sua missão institucional, é fiel escudeiro do Estado Democrático de Direito. O devido processo legal é respeitado em todos os seus aspectos. Portanto, as deliberações do TCU resultam de processos lastreados no contraditório e na ampla defesa. Nesse cenário, não é razoável afirmar que a decisão recorrida “impôs às concessionárias a execução de outro projeto, violando inclusive os princípios licitatórios, já que a revisão não pode ser instrumento para que o contratado execute um contrato distinto do licitado”;

d) ademais, o fato de o convencimento do julgador nem sempre agradar totalmente às partes não indica que o julgamento não foi justo.

30. No que concerne aos memoriais juntados aos presentes autos, o representante do Ministério Público junto ao TCU salientou que “o teor de memorial, previsto no art. 160, § 3º, do Regimento Interno do TCU, pode ser considerado ou ignorado pelo relator, a seu exclusivo juízo, sem que a negativa represente prejuízo à defesa ou nulidade da deliberação proferida, porque essa peça, de caráter meramente informativo, não se confunde com aquela prevista no art. 364, § 2º, do CPC (Lei nº 13.105/2015)” (Boletim de Jurisprudência TCU 152/2016).

31. Contudo, a fim de que não parem dúvidas acerca do seu posicionamento, o Ministério Público de Contas enfrentou também o conteúdo veiculado nos memoriais constantes nestes autos, tendo destacado que:

a) de acordo com as cláusulas dos editais e dos contratos, a implantação da infraestrutura para permitir a cobrança eletrônica é indissociável da efetiva gestão dessa forma de pagamento. Afinal, não faz sentido disponibilizar a infraestrutura e não garantir o efetivo funcionamento do serviço;

b) ainda que se tratasse de “silêncio contratual” ou “cláusula imperfeita” ou se a vontade declarada das partes fosse outra, prevalece o que foi pactuado. Uma vez celebrado o contrato, ele é o que é, não o que pretendia o poder concedente ou a concessionária. O ajuste deve ser interpretado de acordo com os seus próprios termos. Nesse contexto, não se trata de o TCU “impor a sua interpretação após 20 anos de execução dos contratos”, mas somente de fazer valer o que realmente foi pactuado, de maneira que não há que se falar em efeitos apenas prospectivos, ou seja, apenas para novos contratos;

c) a interpretação deste Tribunal é válida também para os contratos em curso, independentemente da data da sua celebração, considerando que são atos jurídicos perfeitos, que

previram, desde seu nascedouro, com o consentimento de ambas as partes, a obrigação de as concessionárias fornecerem o serviço de cobrança eletrônica de pedágio (arrecadação eletrônica da tarifa). Por via de consequência, o TCU não está criando obrigações implícitas no curso dos contratos;

d) nesse contexto, não devem ser acolhidos os argumentos no sentido de que haveria aumento do risco e, conseqüentemente, do custo de se firmar contratos com o Governo Federal, o que poderia ensejar o afastamento dos investidores. Até porque, em um país como o Brasil, o “risco TCU”, se é que existe, é infinitamente menor que o risco da ausência de atuação do órgão de controle externo;

e) o que efetivamente afasta investidores é o descumprimento das cláusulas legitimamente pactuadas. Isto, sim, gera incerteza e insegurança e dá causa à fuga de capitais.

32. Em seguida, o representante do **Parquet** especializado abordou o reiterado argumento recursal no sentido de que a matéria ora em discussão foi apreciada judicialmente, tendo frisado que, segundo as concessionárias:

a) o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo teria se posicionado favoravelmente à legalidade da cobrança de taxas dos usuários do sistema eletrônico de pedágio, por entender que a adoção dessa sistemática é opcional (peça 257, p. 34 e 35, itens 116 a 119); e

b) na Ação Civil Pública 186-78.2010.8.16.0122, movida pelo Ministério Público do Estado do Paraná contra a CGMP e a Rodonorte Concessionária de Rodovias S.A., a liminar foi concedida em 1ª instância. A CGMP interpôs agravo de instrumento e o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, além de deferir o pedido de efeito suspensivo requerido, posteriormente deu provimento a esse recurso e tornou sem efeito a decisão agravada (peças 243, p. 9; 254, p. 18, e 257, p. 34 e 35, itens 116 a 119).

33. O Procurador Júlio Marcelo de Oliveira destacou que essa questão foi assim abordada pelo auditor da Serur (peça 405):

“14.1. Alegam as recorrentes que a decisão desta Corte viola coisa julgada, assim se manifestando:

a) apesar de este Tribunal não acatar argumento apresentado na fase processual anterior de que o Poder Judiciário já considerou a cobrança de taxa de adesão e mensalidade da TAG legal, suscitando o princípio da independência das instâncias, houve clara violação ao princípio do monopólio da jurisdição;

b) isso porque, apesar de previsto no ordenamento jurídico pátrio o princípio da independência das instâncias, é cláusula prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, além de também constar do inciso seguinte a imutabilidade da coisa julgada, justamente o que se verifica no caso em apreço;

c) dessa forma, requerem as recorrentes a reforma do acórdão recorrido para a exclusão de seu item 9.2.

Análise

14.2. Permanece o entendimento já indicado no acórdão recorrido. Ocorre que não lograram as recorrentes trazer aos autos qualquer julgamento de mérito realizado pelo Poder Judiciário sobre a questão ora tratada, limitando-se a indicar que, em agravo de instrumento, foi cassada decisão liminar de primeira instância que suspendia a prática.

14.3. Dessa forma, não há que se falar em coisa julgada no âmbito judicial que lhes garanta o direito de terceirizar a gestão da cobrança automática de pedágio imputando aos usuários o ônus de arcar com as despesas dessa prática.”

34. Ainda sobre essa questão, o representante do Ministério Público junto ao TCU destacou que:

a) em consulta aos portais dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e do Paraná, a assessoria do meu gabinete não localizou decisão de mérito a respeito da matéria sob comento. Ademais, ainda que tal decisão existisse, o Tribunal de Contas da União, no exercício de sua

competência constitucionalmente prevista e observado o devido processo legal, tem inquestionável autonomia para encaminhar o desate da questão de acordo com o seu convencimento;

b) a independência das instâncias só deixa de prevalecer quando a decisão judicial que declara a inexistência do fato ou nega sua autoria é proferida em ação de natureza criminal. Tratando-se de ação civil, prevalece a regra geral, que é a incomunicabilidade das instâncias civil, penal e administrativa. Nesse sentido, por exemplo, pode ser citado o entendimento adotado no Acórdão 2.983/2016 – 1ª Câmara; e

c) em suma, a existência de ação civil pública em trâmite não afasta a competência constitucional desta Corte de Contas quanto aos aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos praticados por órgãos e entidades sob sua jurisdição. Entendimento nesse sentido foi exarado, por exemplo, no Acórdão 3.021/2009 – 2ª Câmara.

35. Ao analisar outros argumentos das recorrentes, o membro do Ministério Público junto ao TCU asseverou que:

- Alegações das recorrentes

a) “53. Na atividade de registro eletrônico dos usuários, cessa a função das concessionárias, as quais não arrecadam a tarifa, apenas registrando o cruzamento de veículos pela praça de pedágio. O fato de a estrutura física de registro eletrônico situar-se necessariamente no leito da rodovia importou o Poder Público atribuir às concessionárias a obrigação de promover a sua instalação física e operá-la, o que não redundava, conforme acima demonstrado, na obrigação de prestar também o serviço de arrecadação diferida da tarifa”; e

b) a Resolução ANTT 673/2004 previa que o operador do pedágio eletrônico é distinto daquele da rodovia (peça 248, p. 9, 10 e 24). Dispositivo de igual teor foi incluído na Resolução ANTT 2.885/2008, que revogou a primeira norma mencionada. Cabe salientar que essas duas resoluções regulamentaram a cobrança do vale-pedágio obrigatório sobre o transporte rodoviário de carga, que foi instituído pela Lei 10.209/2001;

- Análise do representante do MPTCU

a) a Resolução ANTT 673/2004 previa que:

“Art. 10. Caberá à ANTT habilitar empresas para fornecimento do Vale-Pedágio obrigatório, em âmbito nacional.

§ 1º A empresa interessada deverá submeter à avaliação da ANTT o seu modelo operacional e sistemática de comercialização, com abrangência nacional, que atenda aos requisitos estabelecidos nesta Resolução.

§ 2º Poderão ser habilitados modelos e sistemas de Vale-Pedágio obrigatório que utilizem meios manuais ou eletrônicos de pagamento, mediante cupons, senha, código-chave, código de barras, detecção automática de veículo, cartões magnéticos ou outros meios de coleta eletrônica de pedágio, que atendam à regulamentação específica da ANTT.

Art. 11. O fornecimento do Vale-Pedágio obrigatório se dará sob as seguintes condições:

I – os custos incidentes no fornecimento do Vale-Pedágio obrigatório serão fixados de comum acordo entre as partes contratantes, ou seja, embarcador e empresa habilitada; e

II – o repasse do valor do Vale-Pedágio obrigatório fornecido ao embarcador [proprietário originário da carga, contratante do serviço de transporte rodoviário de carga, e equiparados] deverá ser feito pela empresa habilitada, à operadora de rodovia sob pedágio, em até 15 (quinze) dias, a partir do recebimento na praça de pedágio.

(...)

Art. 13. Na implantação do sistema de arrecadação do Vale-Pedágio obrigatório nas praças de pedágio, deverá ser observado que:

I – o fornecimento de softwares e de equipamentos, necessários à implantação do sistema da empresa habilitada, será de exclusiva responsabilidade desta, não implicando custos adicionais para a operadora de rodovia sob pedágio;

II – caso a operadora de rodovia sob pedágio venha a optar pela integração de seu sistema de arrecadação com o sistema de Vale-Pedágio da empresa habilitada, o ônus relativo à sua implantação e operação deverá ser negociado diretamente entre as partes envolvidas, não podendo acarretar reflexo na tarifa do pedágio; e

III – o intercâmbio de informações do sistema será de responsabilidade da empresa habilitada, que deverá garantir sua confidencialidade e segurança, utilizando protocolos de troca de informações que atendam a legislação de regência, cessando esta responsabilidade no momento em que se complete a recepção dos dados pela operadora de rodovia, a qual passa a se responsabilizar pela confidencialidade e segurança dos mesmos.”;

b) a Resolução ANTT 2.885/2008, ora em vigor, estabelece as normas para o Vale-Pedágio obrigatório, institui os procedimentos para a habilitação de empresas fornecedoras em âmbito nacional e para aprovação de modelos e sistemas operacionais e define as infrações e respectivas penalidades. Essa norma reafirma que a cobrança da arrecadação eletrônica não incumbe às concessionárias. Ademais, seu art. 12 determina que as empresas fornecedoras são obrigadas a “*disponibilizar e instalar os softwares e equipamentos necessários à implantação do sistema, não implicando custos adicionais para a operadora de rodovia sob pedágio, salvo acordo em contrário, não podendo acarretar reflexo na tarifa de pedágio*”;

c) cabe salientar que a referida norma regulamenta especificamente o vale-pedágio, não cabendo aplica-la, por analogia, aos contratos ora em exame;

d) a postura da ANTT, de silenciar-se até 2014 acerca da regulamentação da arrecadação eletrônica de pedágio, fundamenta o entendimento de que, caso mantida a deliberação pela ilegalidade da cobrança da taxa de adesão e da mensalidade para serviços de pagamento automático de pedágio, os efeitos financeiros sobre os contratos atualmente em vigor alusivos à 1ª e à 2ª Etapa devem ser contados somente a partir da data do trânsito em julgado da deliberação que vier a ser proferida na presente fase processual; e

e) por fim, cumpre frisar que os ajustes decorrentes da alteração da sistemática atual de prestação do serviço de arrecadação eletrônica da tarifa são decorrentes do fiel cumprimento à ordem jurídica. E a reverência ao Estado Democrático de Direito não pode ser vista como fato gerador de prejuízo às concessionárias e ao sistema.

36. Na sequência, o representante do **Parquet** especializado passou a analisar a situação da concessionária Ecosul, tendo destacado que assiste razão ao auditor da Serur no que concerne à inexistência de ofensa ao contraditório e à ampla defesa, como se observa no seguinte trecho da instrução elaborada por esse auditor (peça 405):

“12.1. Alega a concessionária Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S/A (peça 255) que o acórdão recorrido padece de vício de nulidade, apontando as seguintes razões:

a) foi instada a se manifestar nos presentes autos em virtude da representação oferecida pelo Ministério Público junto ao Tribunal, na qual era questionada a cobrança de taxas de adesão e mensalidade para usuários dos serviços de cobrança automática de pedágio, tendo tal representação citado, como exemplo, contrato firmado entre a ANTT e outra concessionária, mas na fase de instrução dos autos a Unidade Técnica, para fundamentar sua proposta de encaminhamento, realizou a análise do contrato por ela firmado com a agência reguladora, situação que, a seu ver, demandaria nova oitiva, haja vista a inovação dos fundamentos do processo, informando que:

‘Mesmo assim, a instrução técnica produziu novas alegações - jamais levadas ao conhecimento da Signatária antes da prolação do v. acórdão recorrido - segundo as quais haveria obrigação da Signatária de prestar o referido serviço, sem qualquer compensação, eis que supostamente previsto no próprio contrato de concessão.’

b) cita diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, inclusive a Súmula Vinculante 3, ensinamentos doutrinários de diversos juristas e várias decisões desta Corte de Contas que asseguram aos interessados o contraditório e a ampla defesa em todas as fases processuais.

Análise

12.2. *Equivoca-se a recorrente. Em momento algum esta Corte promoveu alterações no teor da representação oferecida pelo D. Representante do Parquet, tendo a recorrente sido chamada aos autos para se manifestar sobre a cobrança de taxa de adesão e mensalidade pelo serviço de pagamento automático de pedágio na rodovia por ela administrada.*

12.3. *O fato de o Ministério Público ter citado na peça inaugural apenas um dos contratos firmados pela ANTT para concessão de rodovias federais não descaracteriza o teor da representação, que efetivamente questiona as cobranças tidas por ilegais por parte de todas as concessionárias, tendo assim requerido a autoridade representante:*

‘No mérito, requer o Ministério Público, caso confirmadas as irregularidades, a adoção das medidas corretivas e repressivas adequadas e a expedição de determinação à ANTT para que, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, suspenda a cobrança da taxa de adesão e da mensalidade afetas ao sistema de pedagiamento eletrônico nas concessões de rodovias federais.’

12.4. *Ademais, é perfeitamente claro que a recorrente não foi chamada aos autos para oferecer defesa acerca de contrato do qual não fazia parte, tendo exercido, com todos os meios inerentes, seu direito ao contraditório e à ampla defesa ao apresentar a resposta acostada à peça 127 dos autos.*

12.5. *Em tal documento, justamente por não poder ser diferente, a recorrente justifica as cobranças questionadas pelo Ministério Público/TCU em face do contrato por ela firmado com o Poder Público, e não em relação ao contrato firmado por outra concessionária.*

12.6. *Dessa forma, tendo exercido adequadamente os direitos ao contraditório e à ampla defesa em virtude do chamado elaborado pelo Tribunal, não há qualquer razão para a recorrente questionar qualquer nulidade na fase processual anterior.”.*

37. Ainda sobre essa questão, o Procurador Júlio Marcelo de Oliveira frisou que:

a) a atuação do TCU não está adstrita às questões suscitadas por quem o provocou, no caso deste processo, o Ministério Público de Contas. Com base no princípio do impulso oficial, o Tribunal pode, por iniciativa própria, circunscrito às suas competências, ampliar o escopo de investigação dos fatos trazidos ao seu conhecimento. Nesse sentido, podem ser citados os entendimentos veiculados nos Acórdãos 2.278/2016 – Plenário e 423/2010 – 2ª Câmara;

b) cabe salientar que, nestes autos, os “limites” da representação oferecida pelo MP de Contas foram encampados pelo TCU. Prova disto é que a oitiva da Ecosul foi promovida nos termos a seguir (peça 23):

“Consoante Despacho exarado pelo Relator, Exmo. Sr. Ministro José Múcio Monteiro, de 4/4/2012, proferido nos autos do processo em epígrafe, que trata de representação formulada pelo Exmo. Sr. Júlio Marcelo de Oliveira, membro do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (MP/TCU), que, por meio do expediente constante da peça 1, p. 1-39, de 16/12/2011, questiona a cobrança de taxa de adesão e de mensalidade pelo serviço de pagamento automático de pedágio nas rodovias federais brasileiras, foi determinada a oitiva da Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S/A-Ecosul, na pessoa de seu representante legal, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência, encaminhe a este Tribunal informações acerca dos fatos especificados na referida representação”;

c) assim sendo, verifica-se que a Ecosul não foi chamada aos autos para oferecer defesa acerca de contrato da qual não fazia parte. Houve, pois, plena observância ao devido processo legal.

38. Ao tratar do recurso interposto contra o item 9.3 do Acórdão 3.206/2013 – Plenário, o representante do Ministério Público junto ao TCU destacou que:

a) o auditor e o diretor da Serur entenderam que a recomendação veiculada no mencionado item não é passível de recurso, **verbis** (peças 405 e 6):

“16.1. Insurge-se uma das recorrentes contra a recomendação dada à ANTT por esta Corte de que avalie a conveniência e oportunidade de representar ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica acerca de suposta concentração de mercado, alegando que, da forma como restou redigido o comando, estaria esta Corte induzindo a erro o órgão de defesa da concorrência.

Análise

16.2. Não há razões para a recorrente se insurgir, haja vista a natureza do comando questionado, recomendação que, nitidamente, não causa qualquer sucumbência a quaisquer das pessoas que figuram no polo passivo da presente representação.”;

b) esse item 9.3 não constou expressamente da “proposta de encaminhamento” elaborada pelo auditor (peça 405). Além disso, em seu despacho, o titular da unidade técnica não abordou o cabimento (ou não) de recurso contra a mencionada recomendação (peça 407);

c) o Ministério Público de Contas entende, nos termos do Acórdão nº 2.533/2015 – Plenário, que, de fato, “em regra, as recomendações expedidas pelo TCU não geram sucumbência à parte e não ensejam pretensão recursal. Contudo, a aplicabilidade desse entendimento deve ser analisada em cada caso concreto”. Nestes autos, esta Corte decidiu:

“recomendar à ANTT que, a respeito da prestação do serviço de cobrança automática de pedágio, avalie a pertinência de encaminhar formalmente a questão da concorrência entre as empresas especializadas na prestação do serviço ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)”;

d) no caso vertente, não houve sucumbência, o que implica dizer que o pedido de reexame da Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S/A – Ecosul (peças 255 e 327) não deve ser conhecido. Nesse sentido, a unidade técnica registrou no exame de admissibilidade que (peça 330):

“A recorrente se insurge contra os itens 9.2 e 9.3 do Acórdão nº 3.206/2013 - Plenário (peça 205).

Em relação ao item 9.3, vale dizer que a expedição de recomendações por parte do TCU não gera qualquer sucumbência aos seus jurisdicionados, diante do seu caráter não impositivo, como já decidiu esta Corte de Contas (Acórdãos nº 2.895/2009 - Plenário, nº 2.112/2005 - 1ª Câmara e nº 1.103/2008 - 2ª Câmara). No mesmo sentido tem decidido o STF, conforme entendimento expresso pelo Ministro Sidney Sanches no MS nº 21.715:

‘Ora, quanto a simples diligências determinadas, ou meras recomendações feitas, pelo Tribunal de Contas da União, sem caráter de julgamento propriamente dito ou de determinação, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não tem admitido sua competência originária, para julgar Mandado de Segurança que impugne tais deliberações.’

Assim, diante da inexistência de sucumbência, entende-se que não cabe recurso em face do item 9.3 do Acórdão nº 3.206/2013 – Plenário (peça 205), por falta de interesse recursal, razão pela qual o referido item não consta do item 3.1 da conclusão da instrução preliminar.”.

39. Em seguida, o representante do MP/TCU analisou os recursos interpostos contra os itens 9.4 e 9.5 do Acórdão 3.206/2013 – Plenário, tendo salientado que:

a) as concessionárias Autopista Litoral Sul (peça 252), Autopista Fernão Dias (peça 251), Acciona/Rodovia do Aço (peças 248 e 329), Autopista Planalto Sul (peça 250), Autopista Fluminense (peça 241) e Autopista Régis Bittencourt (peça 240) questionaram os itens 9.4 (“comunicar a representante e as concessionárias desta deliberação”) e 9.5 (“encaminhar cópia deste acórdão, acompanhada do relatório e do voto que o fundamentam, ao Deputado Federal Filipe Pereira”) do mencionado **decisum**; e

b) a Serur, no exame preliminar desses recursos, entendeu que os itens acima citados são irrecuráveis. O Ministério Público de Contas manifestou sua concordância com esse posicionamento da unidade técnica.

40. O Procurador Júlio Marcelo de Oliveira também abordou os limites da competência desta Corte de Contas, tendo frisado que:

a) nos termos do voto condutor do Acórdão 3.206/2013 – Plenário, proferido pelo Ministro José Múcio Monteiro (peça 206):

“21. Anoto que, após a manifestação da unidade técnica, as concessionárias da Rodovia Presidente Dutra e da Ponte Rio-Niterói apresentaram memorial em conjunto, tratando de duas questões preliminares. A primeira, que não acolho em virtude da independência das instâncias, refere-

se à decisão judicial, no âmbito da Ação Civil Pública nº 186-78.2010.8.16.0122, em sede de agravo de instrumento, em que teria havido manifestação ‘pela legalidade da cobrança de taxa de adesão e mensalidade dos usuários pela utilização do sistema eletrônico de arrecadação diferida de pedágio’. Na segunda, alegam não ser legítima a interferência do TCU, neste caso, pois sua competência é de segunda ordem, cabendo apenas avaliar a fiscalização pela ANTT.

22. Penso ser exatamente esse o papel que esta Corte está exercendo, visto que está determinado à agência que exija o cumprimento dos contratos”;

b) o TCU não usurpou a competência da agência reguladora nem exarou determinação direta para as concessionárias. A Corte apenas determinou ao ente regulador a adoção de providências;

c) conforme defendido pelo Ministro Benjamin Zymler, na obra “O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas”, as finalidades almejadas pela Corte de Contas, no exercício do controle externo das concessões de serviços públicos:

“englobam o incremento da eficiência e da eficácia das agências reguladoras; o aumento da transparência e da confiabilidade dos métodos utilizados por essas agências; a observância dos princípios regentes das concessões, dentre os quais destacam-se os da modicidade tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro; a preservação dos legítimos interesses dos usuários e dos concessionários e a elevação do volume de recursos auferidos pelo Poder Público”;

d) como bem se observou no voto condutor do Acórdão 1.201/2009 – Plenário, a atuação do TCU assegura a transparência, estabilidade e certeza de que os negócios realizados pelas agências reguladoras estão em conformidade com a lei e atendem ao interesse público;

e) desse modo, nos termos da jurisprudência assente nesta Corte:

- o Tribunal de Contas da União pode determinar medidas corretivas de ato praticado na esfera de discricionariedade das agências reguladoras, desde que esse ato viole o ordenamento jurídico, do qual fazem parte os princípios da economicidade da Administração Pública e da modicidade tarifária na prestação de serviços públicos (Acórdão 644/2016 – Plenário);

- não compete a esta Corte de Contas, no exercício do controle externo da Administração Pública, fiscalizar diretamente as empresas concessionárias de serviço público, mas, sim, examinar se o poder concedente está fiscalizando de forma adequada a execução dos contratos de concessão (Acórdão 2.527/2015 – Plenário);

- este Tribunal, no uso de suas competências constitucionais, exerce o controle do poder discricionário da Administração Pública, por meio da proteção e concretização dos princípios constitucionais e das diretrizes legais aplicáveis, bem assim pelo critério da razoabilidade, controlando eventuais omissões, excessos ou insuficiências na atuação dos órgãos e entidades envolvidos (Acórdão 1.077/2015 – Plenário);

- o controle exercido por esta Corte incide diretamente sobre a agência reguladora e mediatamente sobre as delegatárias (Acórdão 909/2015 – Plenário);

- ao exercer o controle externo das atividades finalísticas das agências reguladoras, o TCU deve atuar de forma complementar, exercendo uma fiscalização de segunda ordem, preservando ao máximo o âmbito de competência dessas entidades públicas (Acórdão 2.314/2014 – Plenário);

- a competência do Tribunal de Contas da União incide estritamente sobre a legalidade dos atos das agências reguladoras (Acórdão 2.241/2013 – Plenário);

f) cabe considerar ainda que, ao delegar um serviço público mediante concessão, não deve o poder concedente se eximir de fiscalizar e exigir o cumprimento do contrato administrativo no qual é parte. Nesse sentido, pode ser citado, por exemplo, o entendimento exarado pelo STJ, quando do julgamento do REsp 1.595.018/RJ, ocorrido no dia 18/8/2016;

g) neste caso concreto, o TCU somente determinou à ANTT que dê fiel cumprimento aos termos contratuais. Cumpre lembrar que a Agência Nacional de Transportes Terrestres, instituída pela Lei 10.233/2001, que foi regulamentada pelo Decreto 4.130/2002, na qualidade de órgão regulador da atividade de exploração da infraestrutura ferroviária e rodoviária federal e da atividade de prestação de serviços de transporte terrestre, tem o poder-dever de fiscalizar e regular o setor rodoviário em relação

às empresas concessionárias, o que inclui o controle sobre a fixação e o reajuste das tarifas cobradas dos usuários dos serviços prestados por essas empresas, de modo a garantir o acesso da população em condições adequadas e com tarifas razoáveis;

h) uma vez identificada alguma atuação da agência em desacerto com o ordenamento jurídico em vigor, o controle externo deve apontar as medidas necessárias para garantir o exato cumprimento das regras legais e contratuais vigentes;

i) o controle externo, ainda que de segunda ordem, alcança as atividades finalísticas e os atos de gestão praticados no âmbito da entidade, a fim de verificar se estão de acordo com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, consoante previsão expressa do art. 37, **caput**, da Constituição Federal (Acórdão 1.407/2016 – Plenário);

j) ademais, consoante lição do Ministro Benjamin Zymler:

“o exercício eficaz do controle externo colabora com o esforço que deve ser empreendido visando impedir a captura das agências reguladoras. Em todo o mundo, essas agências, por lidarem com interesses de forças econômicas poderosas, correm o risco de serem capturadas. Caso isso ocorra, as entidades reguladoras terão sido afastadas das ingerências políticas indevidas, graças à sua autonomia, e colocadas sob o jugo de agentes econômicos privilegiados, inviabilizando o exercício pleno da regulação. Esse entendimento é corroborado pelo fato de os Estados Unidos, berço das agências reguladoras, terem concluído que um controle externo eficaz é um poderoso instrumento na luta contra a captura dessas entidades. Ressalte-se, ainda, que a atuação do TCU amplia o pluralismo de pressões sobre os reguladores e, conseqüentemente, ajuda a inibir eventuais relações clientelistas entre reguladores e agentes econômicos regulados.”;

k) essas ponderações retratam “a vida como ela é” e fizeram o Ministério Público de Contas refletir sobre a verdadeira e legítima missão institucional das agências reguladoras no Brasil. No caso vertente, avultou a surpreendente e omissa postura da ANTT, que não exigiu o exato cumprimento dos deveres contratuais por parte das concessionárias. A título de exemplo da visão estreita, limitada e simplista da ANTT sobre os fatos em exame neste processo, pode ser citado o seguinte trecho da Nota Técnica 139/2013 Geror/Suinf, de 10/9/2013 (peça 197, p. 2 a 7):

“2. A análise da Sefid foi motivada por Representação do Ministério Público junto ao TCU, que se fundamentou inicialmente nos seguintes pontos:

- constatação de que as empresas criadas pelas controladoras das principais concessionárias de rodovias federais do Brasil têm apresentado altos níveis de arrecadação;*
- verificação de imperfeições no mercado de arrecadação eletrônica de pedágio.*

(...)

5. Sobre o segundo ponto, é importante mencionar informação contida na própria representação, de que a criação da STP, empresa de arrecadação eletrônica de pedágio formada pela CCR, EcoRodovias e Catel, foi analisada pelo CADE oportunamente e aprovada. É provável que se tivesse avaliado em contrário, a cobrança eletrônica não tivesse prosperado e a questão não seria objeto da presente discussão.

(...)

9. A representação levanta desconfiância a respeito do controle das principais empresas de arrecadação eletrônica, que também controlam as principais concessionárias de rodovias no Brasil. A desconfiância paira sobre a questão de que as terceirizadas seriam, portanto, as próprias concessionárias oferecendo serviços adicionais.

10. Sobre esse ponto, cabe diferenciar o conceito de empresa controladora do conceito de Sociedade de Propósito Específico - SPE, que, como a própria definição releva, não pode exercer outra atividade que não a delimitada pelo Contrato de Concessão. Portanto, não há impeditivo algum para que as empresas controladoras organizem empresas especializadas na arrecadação eletrônica de pedágio. De fato, a própria imposição contratual de disponibilização de sistema de cobrança automática impeliu as controladoras a desenvolverem esse mercado no país, abrindo a possibilidade para sua exploração.”

l) cumpre destacar o seguinte trecho da Justificativa do Projeto de Lei nº 7.452/2010, apresentado pelo Deputado Federal Filipe Pereira na sessão de 8/6/2010 (peça 2, p. 195):

“Há de se reconhecer a louvável iniciativa das concessionárias ao adotar medidas para agilizar o fluxo do trânsito e, conseqüentemente, reduzir o já escasso tempo do cidadão em congestionamentos. Entretanto, por se tratar de um novo ramo de serviços que se apresenta ao mercado brasileiro, a cobrança automática de pedágios ainda carece de regulamentação, fator que cria uma situação favorável à proliferação de contratos leoninos, nos quais a parte mais lesada sempre é o usuário final”; e

m) em virtude do entendimento que a ANTT e as concessionárias têm esposado das regras do jogo, o usuário dos serviços de cobrança automática de pedágio, parte hipossuficiente na relação jurídica sob comento, tem sido obrigado a se sujeitar aos contratos de adesão concebidos pelas empresas administradoras dos meios de pagamento, contratadas diretamente pelas concessionárias sem licitação. Note-se que a “indisposição” do usuário em pagar valores adicionais à tarifa de pedágio (taxa de adesão e mensalidade) implica a negativa de acesso a este segmento do serviço público concedido (pedágio automático), o qual indubitavelmente integra o serviço adequado de que tratam os contratos e os Programas de Exploração da Rodovia.

41. O representante do Ministério Público de Contas também analisou a Resolução 4.281/2014, que foi editada pela ANTT no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 20, II, da Lei 10.233/2001. A mencionada resolução, que foi elaborada em conformidade com o Voto DG 3, de 17/2/2014, proferido no Processo 50500.138280/2013-98), dispõe sobre as normas para a padronização, implementação e operação do sistema de Arrecadação Eletrônica de Pedágio nas rodovias federais reguladas pela ANTT (peça 317, p. 61 a 7). O Procurador junto ao TCU destacou que:

a) considera-se Administradora de Meios de Pagamento para Arrecadação de Pedágio (AMAP) a empresa autorizada pela ANTT para atuar nas rodovias federais concedidas na prestação de serviços de Arrecadação Eletrônica de Pedágio (art. 2º, III);

b) a adequação, substituição ou implantação e manutenção dos equipamentos instalados em pista, sistemas, processos e sinalização viária destinada à Arrecadação Eletrônica de Pedágio é de responsabilidade da concessionária. Os **tags** utilizados para identificar os veículos que utilizam o sistema de Arrecadação Eletrônica de Pedágio descrito nessa resolução serão de responsabilidade das suas respectivas AMAP (art. 5º);

c) a concessionária deverá proceder à instalação dos equipamentos de pista, sistemas, processos e sinalização viária destinados à efetiva operação do padrão 915 MHz em até 120 (cento e vinte) dias após a entrada em vigor desta Resolução (art. 6º);

d) serão autorizadas pela ANTT para atuar como AMAP as entidades que tenham condições técnicas de comercializar e operar os serviços de Arrecadação Eletrônica de Pedágio nas rodovias federais concedidas, nos termos dos contratos de concessão. A entidade interessada deverá apresentar à ANTT requerimento demonstrando sua intenção em se tornar AMAP, instaurando-se o devido processo administrativo, que culminará com a análise para verificação da autorização para desempenhar as suas atividades dentro dos padrões técnicos e de qualidade exigidos pela ANTT (art.10);

e) as concessionárias de rodovias federais concedidas ficam obrigadas a operar com as AMAP autorizadas pela ANTT. Uma vez a AMAP autorizada, será encaminhada comunicação da ANTT às concessionárias, que deverão iniciar as tratativas em até 10 (dez) dias após o recebimento desta comunicação, para implementação da operação da AMAP no âmbito de sua concessão (art. 15);

f) no caso da existência de vários sistemas de Arrecadação Eletrônica de Pedágio no país, a ANTT deverá promover a sua integração para assegurar a interoperabilidade entre tais sistemas (art. 16, parágrafo único);

g) cabe à ANTT dirimir quaisquer dúvidas relacionadas ao sistema de Arrecadação Eletrônica de Pedágio, nas rodovias por ela reguladas, e questões correlatas disciplinadas nessa Resolução (artigo 19);

h) o art. 5º, XXII, da Resolução ANTT 4.071/2013 passa a vigorar com a seguinte alteração (art. 21):

“XXII - deixar de operar ou operar o sistema de cobrança eletrônica de pedágio em desconformidade com as condições previstas no Contrato de Concessão, no PER ou em resolução específica;” [infração sujeita às penalidades de advertência e multa por inexecução contratual];

i) constata-se que a citada Resolução ANTT nº 4.281/2014 não guarda coerência com o entendimento adotado na deliberação ora recorrida. Assim sendo, se o TCU negar provimento aos recursos, como pretende o MP de Contas, será necessário determinar à agência reguladora que promova as adequações necessárias no texto do referido ato normativo.

42. Por fim, o Procurador Júlio Marcelo de Oliveira teceu algumas considerações adicionais sobre questões variadas, tendo frisado que:

a) em consulta à internet, realizada no dia 17/2/2017, o Ministério Público de Contas verificou que está disponível o Plano Adesão Zero ao Sem Parar, de abrangência nacional (pedágios, **shoppings** e estacionamentos), cujas características gerais são as que seguem:

“O plano Adesão Zero é voltado para clientes que querem utilizar o Sem Parar e deixar as filas para trás nos estacionamentos e pedágios de todo Brasil. As condições são exclusivas para os pedidos realizados pela Internet e válido somente para pessoa física, instalação em carro de passeio e/ou utilitários na categoria 1.

Sem taxa de adesão.

Mensalidade de R\$ 21,74 (mais as tarifas em pedágios e estacionamentos utilizados).

Sujeito à análise de crédito.

É necessário o desbloqueio pelo telefone (4002 1552 ou 0800 015 02 52) ou no site Minha Conta.”;

b) nova consulta, realizada no dia 15/3/2017, permitiu identificar, no âmbito da Auto Expresso (**tag** único válido em todo o Brasil), a disponibilidade dos seguintes planos:

PLANO	TAXA DE ADESÃO (R\$)	MENSALIDADE (R\$)	REDE DE UTILIZAÇÃO
PREMMIA	60,00	12,49	Pedágios, estacionamentos e abastecimentos
PRÉ-PAGO Recarga Automática	60,00	Sem mensalidade (recarga a partir de R\$ 50,00)	Pedágios e estacionamentos
LIVRE	0,00	17,90	Pedágios e estacionamentos
TOTAL	60,00	13,90	Pedágios e estacionamentos

c) assim sendo, ainda hoje, subsistem cobranças que oneram indevidamente os usuários do pedágio automático;

d) por meio do Ofício nº 857/2014/DG/ANTT, de 24/9/2014, a ANTT solicitou ao TCU *“considerar como ‘reservada’ as informações encaminhadas por esta ANTT até que tenhamos condições de atender ao disposto no Ofício nº 22/2014 - TCU/SefidTransporte, de 28/7/2014, que considera a informação não classificada quanto à confidencialidade, de acordo com a LAI, ‘como pública pelo TCU’”* (peça 381). Sobre esse assunto, não foi localizada, nestes autos, manifestação posterior da ANTT;

e) o Ministério Público de Contas recebeu, na caixa institucional do Gab. Proc-JMO, no dia 9/3/2017, mensagem eletrônica originária do Fiscobras Gerencial, cujo conteúdo segue transcrito:

“Trata-se de processo em que consta como interessado/unidade jurisdicionada/responsável a CRT/CONCESSIONÁRIA DA RODOVIA RIO-TERESÓPOLIS, relacionada pelo Exmo. Ministro Vital do Rêgo no Memorando nº 19/2016 - GAB-VR dentre aqueles que dão causa a seu impedimento, nos termos do art. 151, parágrafo único, do Regimento Interno/TCU.

Dessa forma, encaminhe-se ao Gabinete do Ministro-Relator, via Secretaria das Sessões (Seses) - para ciência e registro -, com o alerta de que a votação que apreciará o presente processo não deve contemplar a participação do Exmo. Ministro Vital do Rêgo.”

43. Com espeque no acima exposto, o Ministério Público de Contas opinou no sentido de o Tribunal de Contas da União:

a) conhecer dos pedidos de reexame interpostos pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e pelas concessionárias Transbrasiliana Concessionária de Rodovia S.A., Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S.A. e Concessionária da Ponte Rio-Niterói S.A., Concessionária Rio-Teresópolis S.A. – CRT e ViaBahia Concessionária de Rodovias S.A. (peça 328);

b) conhecer dos pedidos de reexame manejados pelas concessionárias Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S.A. – Ecosul, Autopista Planalto Sul S.A., Autopista Fernão Dias S.A., Acciona/Rodovia do Aço S.A., Autopista Litoral Sul S.A., Autopista Fluminense S.A. e Autopista Régis Bittencourt S.A., salvo no que se refere aos itens 9.3, 9.4 e 9.5 do Acórdão 3.206/2013 – Plenário, diante da ausência de sucumbência, que caracteriza a falta de interesse recursal;

c) no mérito, negar provimento aos recursos interpostos;

d) esclarecer à ANTT e aos interessados, quanto à determinação constante do subitem 9.2 do Acórdão 3.206/2013 – Plenário, modificado pelo Acórdão 1.008/2014, também do Plenário do TCU, que o entendimento adotado por esta Corte, caso reconhecida a ilegalidade da cobrança da taxa de adesão e da mensalidade para serviços de pagamento automático de pedágio, deve incidir, desde logo, sobre os contratos de concessão atualmente em vigor alusivos à 1ª e à 2ª Etapa, porém, surtindo efeitos financeiros somente a partir da data do trânsito em julgado da deliberação que vier a ser proferida;

e) determinar à ANTT que, caso confirmada pelo TCU a ilegalidade da cobrança de taxa de adesão e de mensalidade para serviços de pagamento automático de pedágio, promova as adequações pertinentes no texto da Resolução ANTT 4.281/2014;

f) comunicar o teor da decisão que sobrevier aos recorrentes e aos demais interessados.

É o Relatório.

VOTO

I – Introdução

Trata-se de pedidos de reexame interpostos contra o Acórdão 3.206/2013 - Plenário pela Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT e pelas empresas Autopista Régis Bittencourt S/A, Autopista Fluminense S/A, Acciona Concessões – Rodovia do Aço S/A, Autopista Planalto Sul S/A, Autopista Fernão Dias S/A, Autopista Litoral Sul S/A, Transbrasiliana Concessionária de Rodovia S/A, Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S/A, Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A, Concessionária da Ponte Rio-Niterói S/A e Concessionária Rio Teresópolis S/A.

2. A deliberação recorrida, com as alterações promovidas pelo Acórdão nº 1.008/2014 - Plenário, apresenta o seguinte teor:

“9.1 conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2 determinar à ANTT que adote, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, as devidas providências no sentido de que as concessionárias possibilitem ao usuário que deseja somente trafegar em determinado trecho de rodovia federal sujeito a contrato de concessão referente às 1ª e 2ª etapas, sem usufruir de qualquer serviço adicional, a passagem pela cabine de cobrança automática de pedágio, mediante unicamente o pagamento da tarifa de pedágio; (nova redação)

9.3 recomendar à ANTT que, a respeito da prestação do serviço de cobrança automática de pedágio, avalie a pertinência de encaminhar formalmente a questão da concorrência entre as empresas especializadas na prestação do serviço ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE);

9.4 comunicar a representante e as concessionárias desta deliberação;

9.5 encaminhar cópia deste acórdão, acompanhada do relatório e do voto que o fundamentam, ao Deputado Federal Filipe Pereira; e

9.6 arquivar os autos deste processo.”

3. Aduzo que o Acórdão nº 1.008/2014 - Plenário, no intuito de esclarecer a aplicação da determinação acima citada, trouxe o seguinte dispositivo:

“9.4 esclarecer à ANTT e aos interessados, quanto à determinação constante do subitem 9.2 do Acórdão nº 3.206/2013 – Plenário (modificada por este acórdão), que:

9.4.1 o pagamento do pedágio poderá ser efetuado por meio de uma das opções previstas nos contratos, débito correspondente a desconto no crédito de pedágio adquirido com antecedência, débito automático em conta-corrente ou em cartão de crédito, sem custo adicional, exceto para a aquisição do aparelho de leitura eletrônico a ser instalado no veículo;

9.4.2 desde que por livre escolha do usuário, pode haver cobrança adicional para a prestação de serviços que extrapolem o estabelecido nos contratos, tais como o pagamento postecipado do pedágio e a possibilidade de utilização do mesmo leitor eletrônico veicular para mais de um trecho concedido (interoperabilidade);”

4. Os presentes autos tiveram origem em uma representação oferecida pelo Ministério Público junto a esta Corte, por intermédio do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, na qual foi questionada a cobrança de taxa de adesão e mensalidade, pelas concessionárias de rodovias públicas federais, dos usuários dos serviços por elas prestados que optassem por efetuar o pagamento da tarifa de pedágio de forma automática.

5. Segundo o representante do **Parquet** especializado, as cláusulas contratuais, os programas de exploração das rodovias – PER e as disposições da Lei nº 8.987/1995 impõe às concessionárias o ônus de permitir aos usuários dos seus serviços a opção de utilizar o pagamento automático do pedágio sem arcar com nenhum encargo adicional.

6. Foi determinada a oitiva da ANTT e das concessionárias de rodovias federais, posteriormente habilitadas como interessadas nos presentes autos. Em seguida, a unidade técnica propôs julgar procedente a presente representação.

7. No julgamento deste processo, foi proferido o Acórdão nº 3.206/2013 – Plenário, em face do qual foram opostos embargos de declaração pela ANTT e pela empresa Concessionária Rio-Teresópolis S/A.
8. Ao julgar os referidos embargos, esta Corte prolatou o Acórdão nº 1.008/2014 – Plenário, anteriormente citado neste voto.
9. A Serur, após realizar os exames preliminares de admissibilidade, manifestou-se pelo conhecimento destes recursos. Acolhi esse entendimento, por meio de despacho, no qual suspendi os efeitos dos itens 9.1 a 9.5 do Acórdão nº 3.206/2013 - Plenário.
10. A Secretaria de Recursos salientou que, nas peças recursais sob comento, foram levantadas as seguintes questões:
- a) o contrato de concessão ou o programa de exploração de rodovias que o compõe preveem que as concessionárias estão obrigadas a operacionalizar todo o sistema de cobrança automática de pedágio?
 - b) é uma obrigação das concessionárias conferir ao usuário dos serviços a opção de pagar a tarifa de pedágio sem a necessidade de parada do veículo?
 - c) a obrigação das concessionárias de garantir aos usuários fluidez no trânsito pressupõe a prestação de todos os serviços inerentes à cobrança automática de pedágio?
 - d) a obrigação das concessionárias de viabilizar as cobranças automáticas de pedágio causa desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão?
 - e) a determinação do TCU impede a interoperabilidade do sistema de pagamento automático?
 - f) a determinação em tela extrapolou as competências constitucionais desta Corte?
 - g) a prática adotada por uma das concessionárias, anteriormente à expedição da determinação ora combatida, de prestar o serviço de cobrança automática de pedágio sem qualquer cobrança adicional decorre do atendimento às normas legais e contratuais ou configura mera liberalidade?
 - h) o acórdão recorrido viola os direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa?
 - i) há coisa julgada no âmbito do Poder Judiciário acerca da questão posta nos presentes autos?
 - j) a determinação recorrida fere o princípio da segurança jurídica? e
 - k) a recomendação constante do item 9.3 do acórdão vergastado pode induzir o Conselho Administrativo de Defesa Econômica a entender que todas as concessionárias de rodovias controlam empresas que prestam serviços de cobrança automática de pedágio?
11. Após analisar as alegações das recorrentes, o auditor concluiu que:
- a) o contrato de concessão e o programa de exploração de rodovias que o compõe preveem ser obrigação das concessionárias a operacionalização de todo o sistema de cobrança automática de pedágio;
 - b) a opção dada ao usuário dos serviços para o pagamento da tarifa de pedágio, sem a necessidade de parada do veículo, é uma obrigação das concessionárias;
 - c) a obrigação das concessionárias de garantir aos usuários fluidez no trânsito pressupõe a prestação de todos os serviços inerentes à cobrança automática de pedágio;
 - d) a obrigação de as concessionárias gerirem e operacionalizarem as cobranças automáticas de pedágio, por estarem previstas nas normas contratuais desde as respectivas origens, não causa desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão;
 - e) a determinação desta Corte, com os esclarecimentos contidos no Acórdão nº 1.008/2014 - Plenário, não é capaz de ensejar a frustração da interoperabilidade do sistema de pagamento automático;
 - f) a determinação do Tribunal não extrapolou as competências constitucionais desta Corte;

g) a prática adotada por uma das concessionárias, anteriormente à expedição da determinação combatida, no mesmo sentido da decisão desta Corte, não altera o entendimento firmado nos presentes autos;

h) não se verifica qualquer nulidade no acórdão recorrido devido à alegada violação aos direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa;

i) não há coisa julgada no âmbito do Poder Judiciário acerca da questão posta nos presentes autos, haja vista que as ações judiciais citadas pelas recorrentes não tiveram qualquer julgamento de mérito;

j) como defendido pelas recorrentes, a determinação combatida fere o princípio da segurança jurídica, uma vez que a interpretação contratual adotada pelas recorrentes e pelo ente regulador vigorou por quase vinte anos sem qualquer contestação pelo TCU. Ademais, nestes autos, restou demonstrada a boa-fé das partes, que seguiram o modelo adotado no contrato de concessão da Ponte Rio-Niterói de repassar aos usuários os custos da gestão do sistema de pagamento automático de pedágio; e

k) a recomendação constante do item 9.3 do acórdão recorrido não é passível de recurso.

12. Com fulcro nessas considerações, o auditor entendeu que deve ser dado provimento aos pedidos de reexame aqui analisados, tornando insubsistente o item 9.2 do acórdão recorrido, com a redação dada pelo Acórdão 1.008/2014 - Plenário, assim como o item 9.4 e seus subitens desse último julgado.

13. O Secretário da Serur emitiu parecer, no qual afirmou em síntese que:

a) nota-se a utilização de uma hermenêutica publicista, de **imperium**, que interpreta cláusulas contratuais ampliativamente em prol da Administração, conferindo-lhe verdadeiros aditivos de obrigações implícitas e desconsiderando as demais cláusulas. Isso leva a conclusões diametralmente opostas à vontade das partes e à própria compreensão de todos os licitantes. Nesse sentido, vai-se na contramão da tendência mundial e da nossa evolução jurisprudencial;

b) o jurista português Vasco Pereira da Silva afirma que essa interpretação “exagerada” não está sincronizada com a sistemática dos serviços públicos concedidos pelo Estado, cujos instrumentos de atuação extravasam os esquemas tradicionais e redirecionam o foco do controle para os resultados, preservando as salvaguardas dos princípios da administração pública;

c) o auditor desta Secretaria fundamentou o provimento dos recursos no princípio da segurança jurídica, que deve ser aplicado ao caso vertente;

d) portanto, deve ser valorizada a interpretação das leis, dos editais e dos contratos, adotada inclusive pela própria ANTT, no sentido de que os serviços de Arrecadação Eletrônica de Pedágio não integram as obrigações dos concessionários, os quais, quando de suas propostas, não os lançaram nas tarifas. Cabe reiterar que essa prática não foi questionada por 19 anos;

e) cumpre trazer à colação a tese, defendida pelo Ministro Roberto Barroso e adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a mudança de jurisprudência consolidada que subtrai direitos do administrado deve ter efeitos prospectivos (**ex nunc**). A aplicação dessa tese se torna ainda mais necessária quando se observa que o ora contratado entrou na licitação com uma perspectiva de custos consolidada no tempo e, para ser competitivo, não incluiu determinados serviços em seus custos;

f) no direito administrativo das concessões, a vontade das partes manifestada pelo edital e pelas propostas deve ser considerada, sob pena de enriquecimento sem causa do Estado. Afinal, a supremacia e a unilateralidade são substituídas pelo consenso e pela bilateralidade, pois na gestão privada dos serviços públicos avança o direito privado e, em consequência, a especialização do direito administrativo se mostra aberta e multiforme. Nesse sentido, as formas de colaboração, cooperação e consenso entre as autoridades públicas e as do setor privado são mais simétricas;

g) a cláusula contratual ora sob comento estabeleceu que “a concessionária deverá implantar sistema de cobrança eletrônica de pedágio, na forma regulamentar da ANTT, favorecendo a interoperabilidade nacional e a integração, de forma eficiente, com outros sistemas automáticos”. Daí

decorre que a ANTT detém competência para regulamentar a forma pela qual deve ser adimplida essa obrigação. Além disso, a interoperabilidade nacional faz com que a obrigação em tela transcenda as forças e o controle do concessionário individual. A solução técnica, portanto, virá de fora, cabendo a esse concessionário criar as condições para sua operacionalização na rodovia por ele operada;

h) a avença em tela define a modicidade da tarifa como a “*justa correlação entre os encargos da Concessionária e a retribuição dos usuários, expressa no valor da Tarifa Básica do Pedágio*”. Considerando que o regulador entendia que os serviços de gerenciamento da arrecadação eletrônica de pedágio não eram de responsabilidade das concessionárias e que elas, quando da licitação, basearam suas propostas nesse entendimento e no costume prevalecente desde 1994, não se pode afirmar que o pagamento pelo usuário de tais serviços ofende a modicidade tarifária;

i) os editais, caso tivessem pretendido incluir tais custos, teriam descumprido os requisitos do art. 18 da Lei nº 8.987/1995, uma vez que a redação desses instrumentos foi totalmente imprecisa. Portanto, a solução juridicamente integrativa consiste em considerar que tais serviços eram estranhos aos editais e aos contratos; e

j) o PER não estabeleceu a obrigação de prestação direta da arrecadação eletrônica do pedágio nem o dever de suportar os respectivos custos. O referido documento previu que a cobrança automática deverá viabilizar o pagamento do pedágio sem necessidade de parada ou redução significativa da velocidade, por meio de equipamento detector de sinal de rádio emitido por dispositivo instalado no veículo ou por outros de resultados semelhantes. Note-se que viabilizar significa instalar os equipamentos que tornem exequível a cobrança automática (detector do sinal de rádio e os equipamentos para o armazenamento dos dados requeridos pelo regulador). Caso o usuário deseje essa utilidade, deverá encarregar-se da contratação do arrecadador, o que é tornado viável pelo concessionário.

14. Diante do acima exposto, o titular da Serur propôs o conhecimento dos recursos sob enfoque, para, no mérito, dar-lhes provimento parcial de modo a declarar a insubsistência do item 9.2 do Acórdão nº 3.206/2013 – Plenário e dos itens 9.3 e 9.4 do Acórdão nº 1.008/2014 – Plenário.

15. Tendo em vista a relevância da matéria ora em análise, por meio de despacho, em caráter excepcional, encaminhei os presentes autos para o Ministério Público junto TCU, para o obséquio de sua manifestação sobre as alegações encaminhadas pelas recorrentes.

16. Em atendimento à minha solicitação, o ilustre Procurador Júlio Marcelo de Oliveira emitiu parecer, cujos principais pontos são sumarizados a seguir.

17. O representante do **Parquet** inicialmente salientou que a cobrança de taxa de adesão e de mensalidade para serviços de arrecadação eletrônica de pedágio em rodovias federais ostenta materialidade, conforme se verifica na reportagem veiculada pela Revista ÉPOCA, sob o título “*Via rápida para o lucro*”, edição 684, de 25/6/2011:

“Os serviços de pedágio automático são opcionais, mas se transformaram nos últimos anos no Brasil num excelente negócio. Nas estradas, o pagamento automático responde por mais de 60% da arrecadação dos pedágios. Esse mercado é amplamente dominado por uma empresa, a STP, que controla os serviços de pedágio automático Sem Parar, Via Fácil, Onda Livre e está presente em 46 estradas do país transferidas para a iniciativa privada. Em 2009, as três marcas de fantasia da STP arrecadaram, juntas, R\$ 3,5 bilhões. No ano passado, depois de repassar a parte do pedágio que cabia às concessionárias das rodovias privatizadas, a STP faturou R\$ 281 milhões. Se fosse uma concessão, a STP seria a segunda maior do país em receita, atrás apenas da Via Dutra, que liga São Paulo ao Rio de Janeiro.”

18. O Procurador Júlio Marcelo de Oliveira acrescentou que, ainda segundo essa reportagem, à época, os custos arcados pelos usuários eram os seguintes:

- Sem Parar/Via Fácil: R\$ 60,78 para aderir ao serviço de pagamento automático e taxa mensal de R\$ 10,84; e

- Onda Livre: taxa de adesão de R\$ 61,57 e mensalidade de R\$ 8,70;

19. Em seguida, o representante do Ministério Público junto ao TCU destacou, em síntese, que:

a) a partir da mencionada matéria publicada na Revista Época e de consulta a vários contratos de concessão, o Ministério Público de Contas entendeu, com base especificamente no contrato firmado pela ANTT com a Autopista Régis Bittencourt S.A. (BR 116/SP/PR, trecho São Paulo - Curitiba), que não havia autorização, no contrato celebrado em 2008 ou no Programa de Exploração da Rodovia – PER atualizado em 2010, para a cobrança de taxa de adesão ou mensalidade para custeio de sistema eletrônico de pedagiamento. Nesse contexto, foi formulada a presente representação;

b) cumpre esclarecer que o Programa de Exploração da Rodovia – PER é o documento que define e estabelece as condições em que os serviços e as obras serão executados pela concessionária, ou seja, é o projeto básico para execução do contrato. No caso vertente, as especificações nele apresentadas “*indicam a qualidade mínima requerida para os serviços, devendo ser alteradas na medida em que novos materiais e técnicas venham a surgir, sendo submetidas, sempre, à aceitação da ANTT, não ensejando revisão da tarifa básica de pedágio*”;

c) o Ministério Público de Contas também não identificou amparo normativo para as cobranças ora em exame no âmbito das seguintes concessões:

- Autopista Fernão Dias S/A, BR 381/MG/SP, Trecho Belo Horizonte - São Paulo: Edital de Concessão nº 2/2007, contrato firmado no dia 14/2/2008, 3ª Revisão Ordinária e 2ª Revisão Extraordinária, aprovadas pela Resolução ANTT nº 3.618, de 15/12/2010;

- Autopista Litoral Sul S/A (BR 116/PR, BR 376/PR e BR 101/SC) - Trecho Curitiba – Florianópolis: Edital de Concessão nº 3/2007, contrato celebrado em 14/2/2008, 3ª Revisão Ordinária e 2ª Revisão Extraordinária, aprovadas pela Resolução ANTT nº 3.630, de 9/2/2011; e

- Autopista Fluminense S/A (BR 101/RJ) - Trecho Divisa RJ/ES - Ponte Presidente Costa e Silva: Edital de Concessão nº 4/2007, contrato assinado no dia 14/2/2008, 3ª Revisão Ordinária e 2ª Revisão Extraordinária, aprovadas pela Resolução ANTT nº 3.628, de 27/1/2011;

d) os elementos trazidos aos presentes autos por meio dos recursos em tela não abalam a firme convicção do Ministério Público de Contas no sentido de que a cobrança de taxa de adesão e de mensalidade levada a termo em desfavor dos usuários não tem amparo jurídico. Essa controvérsia, que tem implicações relevantes no mundo dos fatos, repousa, basicamente, no real alcance das obrigações contratuais, à luz dos respectivos Programas de Exploração da Rodovia, e do conteúdo da expressão “serviço adequado”, cujo conceito a Lei nº 8.987/1995 nos oferece:

“DO SERVIÇO ADEQUADO

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.”

e) a então 1ª Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação – Sefid1, destacou que:

“14. (...) a implantação de sistema de cobrança eletrônica constitui-se numa obrigação contratual da concessionária, pela qual não está prevista cobrança adicional ao usuário, quer seja pela concessionária, quer seja por outra empresa estranha ao contrato de concessão do serviço público. As despesas decorrentes da automação e da atualização, requisitos da prestação do serviço adequado, são custos operacionais que devem ser suportados pela concessionária, na forma do fluxo de caixa da concessão.

15. A respeito desses e de outros indícios de irregularidades no âmbito das concessões de rodovias federais, a ANTT não precisa ser provocada para agir, uma vez que fiscalizar o cumprimento

dos contratos de concessão é seu dever de ofício, faz parte de suas atribuições legais, conforme disposto na Lei nº 10.233/2001, art. 24, inciso VIII.”

f) instada pelo TCU, a ANTT, em 27/4/2012, apresentou esclarecimentos sobre a matéria, cabendo destacar as seguintes ponderações que seguem:

- em todas as rodovias federais concedidas já foi implantado o sistema de cobrança eletrônica de pedágio;

- em todos os trechos de rodovias federais concedidas, é cobrada taxa de adesão ou mensalidade dos usuários pela utilização do serviço público com sistema de cobrança automática;

- foi prevista, no Programa de Exploração da Rodovia – PER, a implantação da estrutura (infraestrutura básica e edificações) para a cobrança da tarifa de pedágio;

- o PER determina que ao menos uma das cabines de cobrança deve ter estrutura para arrecadação de pedágio mediante cobrança automática. Ele não impõe à concessionária que preste o serviço de arrecadação de pedágio, logo, não atribui um valor para esse tipo de investimento;

- a Tarifa Básica de Pedágio – TBP, que é a principal fonte de receita da concessionária, não engloba custos e despesas pela prestação do serviço de arrecadação do pedágio, na modalidade “*sem parada de veículos - cobrança automática*”;

- nenhum valor pago pelo serviço de cobrança automática se enquadra no disposto no artigo 11 da Lei nº 8.987/1995, a seguir transcrito, uma vez que esses valores não são fontes de receitas complementares (alternativas) para as concessionárias, as quais não auferem lucro por esse serviço terceirizado:

“Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.”

- o fundamento legal para a prestação de serviço acessório pelas empresas terceirizadas está previsto no art. 25 da Lei nº 8.987/1995, **verbis**:

“Art. 25. (...)

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.”

- no caso vertente, o serviço diferenciado é opcional e pode ser contratado caso o usuário prefira não parar para fazer o pagamento, buscando uma maior comodidade. Dessa forma, o sistema de cobrança automática está previsto em lei, é operado por uma empresa privada, não acarreta custos adicionais para os demais usuários que não o utilizam e não caracteriza um pagamento em duplicidade para os usuários que optam por essa facilidade.

20. Após analisar os argumentos apresentados pelas recorrentes, o representante do **Parquet** especializado frisou que:

a) o simples trafegar pela rodovia utilizando a cobrança eletrônica é um direito dos usuários, em atendimento, entre outros, ao princípio da atualidade na prestação dos serviços. A cobrança de taxa de adesão e de mensalidade sem que haja usufruto de serviços adicionais, mas apenas tráfego pela rodovia, está em desacordo com o art. 6º da Lei nº 8.987/1995, os editais de licitação, os PER e os contratos de concessão de rodovias federais;

b) conforme registrado pela SefidTransporte, “*o sistema de arrecadação de pedágio é formado por dois subsistemas, o manual e o automático. Ambas as formas de arrecadação estão previstas nos editais de licitação e nos PERs e são inerentes à prestação do serviço. A cobrança*

automática é uma das formas de garantir a fluidez do tráfego nas praças de pedágio, sendo condição sine qua non da qualidade da prestação do serviço”;

c) não deve ser acolhida a interpretação de que às concessionárias caberia apenas fornecer a infraestrutura necessária para que a cobrança automática entrasse em operação. A infraestrutura tem sua razão de existir na efetiva operação e, por imperativo lógico, quem o contrato poderia obrigar a operar o sistema senão a concessionária? Os contratos e os PER deixam claro que ambos os subsistemas, o manual e o automático, foram previstos nos editais para serem colocados em operação pelas concessionárias, diretamente ou não;

d) considerando que os contratos têm como objeto, expressamente, a operação e a exploração das rodovias concedidas, a concessionária deve não só disponibilizar, mas também operar todos os sistemas inerentes ou acessórios à prestação do serviço, em especial, o sistema de cobrança de pedágio, sem o qual não poderia existir concessão;

e) é obrigação da concessionária implantar, operar, gerir, organizar, implementar ou qualquer termo equivalente, todos os sistemas e demais atividades pertinentes à execução dos serviços concedidos, em especial a cobrança de pedágio, seja ela manual ou automática, ainda que terceiros sejam contratados para executar o serviço;

f) a alegação de que o PER e o contrato de concessão não impõem à concessionária a obrigação de operar de forma direta e imediata o subsistema automático, nem veda qualquer cobrança de valores adicionais pelo incremento do serviço, não procede. Afinal, há previsão editalícia e contratual para que seja colocada pelo menos uma cabine de cobrança automática em funcionamento. Assim, os custos de operação dessa cabine estão ou deveriam estar previstos na definição da tarifa de pedágio. Portanto, eles devem ser suportados pela concessionária. Note-se que, se assim não fosse, haveria a previsão contratual de cobrança de valores adicionais;

g) a cobrança automática configura um aspecto essencial do objeto concedido e não pode ser compreendida como um serviço opcional, pelo qual a concessionária (ou empresa preposta) pode cobrar valores extras. Ademais, a operação automática de arrecadação não gera apenas custos para a concessionária, uma vez que reduz os gastos com pessoal nas praças e com operações de guarda e transporte de numerário. Além disso, propicia um maior fluxo de veículos e ganhos de natureza tecnológica, o que provoca o aumento da receita;

h) os contratos de concessão preveem a existência de cabines em operação, o que implica dizer que a obrigação de mantê-las em funcionamento é da concessionária, de forma direta ou terceirizada. Caso opte por contratar outra empresa, a detentora da concessão firma um novo contrato com a contratada, o qual estabelece direitos e obrigações para as partes, devendo ser observadas as condições estabelecidas nos contratos de concessão;

i) a totalidade das obras necessárias e dos serviços relacionados à operação das rodovias, definidos nos Programas de Exploração da Rodovia, foi outorgada às vencedoras das licitações, incluindo aqueles atinentes à cobrança do pedágio;

j) por definição expressa dos contratos e dos respectivos PER, as rodovias devem ser exploradas e operadas mediante pedágio, que pode ser cobrado automática ou manualmente. Em ambas as hipóteses, a responsabilidade pela cobrança dessa tarifa é das concessionárias; e

k) a cobrança de valores alheios à tarifa do pedágio é, portanto, indevida, tendo em vista que a disponibilização dos dois tipos de cobrança é uma obrigação contratual da concessionária. Assim sendo, não se pode exigir do usuário que pague nenhuma quantia adicional.

21. Com espeque no acima exposto, o Ministério Público de Contas opinou no sentido de:

a) conhecer dos pedidos de reexame sob enfoque, para, no mérito, negar-lhes provimento;

b) esclarecer à ANTT e aos interessados, quanto à determinação constante do subitem 9.2 do Acórdão nº 3.206/2013 – Plenário, modificado pelo Acórdão nº 1.008/2014, também do Plenário do TCU, que o entendimento adotado por esta Corte, caso reconhecida a ilegalidade da cobrança da taxa de adesão e da mensalidade para serviços de pagamento automático de pedágio, deve incidir, desde logo, sobre os contratos de concessão atualmente em vigor alusivos à 1ª e à 2ª Etapas, porém, surtindo

efeitos financeiros somente a partir da data do trânsito em julgado da deliberação que vier a ser proferida;

- c) determinar à ANTT que, caso confirmada pelo TCU a ilegalidade da cobrança de taxa de adesão e de mensalidade para serviços de pagamento automático de pedágio, promova as adequações pertinentes no texto da Resolução ANTT nº 4.281/2014; e
- d) comunicar o teor da decisão que sobrevier aos recorrentes e aos demais interessados.

II – Análise do mérito destes recursos

22. Os presentes recursos devem ser conhecidos, uma vez que foram preenchidos os requisitos legais e regimentais aplicáveis à espécie.

23. Por dever de justiça, saliento a qualidade do trabalho desenvolvido pelo Ministro Relator a **quo** José Múcio Monteiro, que apresentou fundamentos consistentes e adequados no voto condutor da decisão ora recorrida.

24. Visando facilitar a compreensão pelos meus pares das questões tratadas nos 12 recursos ora sob comento, passo a analisar as principais alegações das recorrentes agrupadas por temas.

II.1. Alegações relativas à não inclusão da implantação e da operação do sistema de cobrança automática de pedágio no escopo da concessão

25. As recorrentes asseveraram que:

a) os contratos de concessão por elas firmados e os programas de exploração das rodovias - PER que os integram não lhes imputam a obrigação de implantar todo o complexo sistema de cobrança automática de pedágio e administrar a gestão dos meios de pagamento. Os referidos documentos apenas determinariam que fosse implantado nas praças de pedágio um sistema capaz de efetuar a leitura de dispositivo eletrônico com leitura por rádio frequência – TAG;

b) para que esse sistema funcione, é necessário que o usuário adquira um TAG, que possui um custo de produção, distribuição e comercialização, que são atividades estranhas ao objeto do contrato de concessão. Posteriormente, o usuário deve associar esse dispositivo a um meio de pagamento. Na modalidade pré-paga, deverão ser depositados valores em uma “conta”. Já na pós-paga, deverá ser instituído um limite de crédito. Essas atividades também estão fora do escopo dos contratos de concessão de rodovias; e

c) as mencionadas atividades geram um risco de crédito associado à sua gestão e estão sujeitas aos dispositivos da Lei nº 12.865/2013 e ao controle por parte do Banco Central.

26. Entendo que esses argumentos não devem ser aceitos por esta Corte de Contas. Afinal, os contratos de concessão, quando imputam às concessionárias a obrigação de disponibilizar para os usuários das rodovias concedidas praças de pedágio com, no mínimo, uma cabine com pagamento automático, corroboram a posição anteriormente assumida por este Tribunal.

27. Ademais, tendo em vista que as normas contratuais não preveem que os serviços necessários para viabilizar esse pagamento não integram o objeto dos contratos de concessão, é razoável entender que não deve haver cobranças adicionais por esses serviços, que devem ser prestados pelas empresas contratantes de forma direta ou por meio de terceirização, nesse último caso contratada e remunerada pelas concessionárias.

28. Por outro lado, caso o usuário opte por instalar em seu veículo dispositivo que lhe permita usufruir dos serviços prestados por mais de uma concessionária ou de outros serviços, como o pagamento de estacionamento em centros comerciais e de serviços em postos de combustíveis, os quais efetivamente não integram o objeto contratado, será lícita a cobrança adicional.

29. A alegação de que existiriam riscos de inadimplência que não deveriam ser suportados pelas concessionárias também não deve ser acolhida, uma vez que o TCU tratou do pagamento automático na modalidade pré-paga, mediante débito em conta corrente ou débito em cartão de crédito, modalidades de pagamento comuns, que estão livres da intervenção do Banco Central do Brasil e não acarretam o mencionado risco.

II.2. Alegações relativas ao suposto risco para a interoperabilidade do sistema

30. As concessionárias alegaram que, caso fossem de fato obrigadas a gerir e operar o sistema de cobrança automática de pedágio, cada uma poderia projetar seu próprio TAG, estando obrigada a aceitá-lo somente em suas praças de pedágio, o que comprometeria a interligação do sistema. Numa situação extrema, isso obrigaria os usuários que utilizam rodovias operadas por empresas diferentes a instalar em seus veículos um TAG de cada uma dessas entidades.

31. Julgo que essa questão foi devidamente esclarecida pelo TCU, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração opostos ao acórdão ora recorrido. Conforme consta do item 9.4.2 do Acórdão nº 1.008/2014 - Plenário, poderá haver cobranças além da tarifa de pedágio caso o usuário opte por utilizar o TAG para transitar em mais de uma rodovia concedida. Essa autorização de cobranças adicionais ao pedágio foi expedida tendo em vista que nenhuma concessionária é obrigada a prestar gratuitamente um serviço que possa ser utilizado pelo usuário para trafegar em rodovia concedida para outra empresa. Assim sendo, a interoperabilidade do sistema de pagamento automático foi garantida.

II.3. Alegações relativas à suposta extrapolação das competências do TCU

32. As recorrentes alegaram que esta Corte teria extrapolado suas competências constitucionais ao expedir a determinação contida no item 9.2 do acórdão guerreado. Tal alegação teria os seguintes fundamentos:

a) em consonância com a doutrina e a jurisprudência citadas, o TCU não pode fiscalizar questões que dizem respeito a decisões político-administrativas voltadas para as atividades-fim das agências reguladoras, como aquelas tratadas nos presentes autos, devendo se limitar a expedir recomendações;

b) ao estipular obrigação não antevista pela própria ANTT, o que foi confirmado pela agência reguladora em sua manifestação exarada nos presentes autos, o TCU extrapolou suas competências; e

c) segundo a ANTT:

“resta claro que esse r. Tribunal de Contas, órgão de controle externo, ao imiscuir-se na seara da interpretação de cláusulas contratuais, em pacto de outorga firmado sob o pálio da legalidade, no qual a Agência defende entendimento técnico seguro em sentido contrário, impõe riscos reais de instabilidade e prejuízos ao próprio usuário que pretende defender, afastando-se da necessária parceria com o ente regulatório para que seja obtida a melhor execução do contrato.”

33. Contrariamente ao que foi alegado pelas recorrentes, esta Corte não usurpou as competências do ente regulador em momento algum, uma vez que a norma contratual que obriga as concessionárias a gerir os sistemas de pagamento automático de pedágio foi por ele livremente elaborada, no exercício de uma competência exclusiva da ANTT. Tendo a agência elaborado a norma contratual, licitado a concessão com base nela e concedido os trechos rodoviários, o ente regulador se encontra vinculado à aplicação dessa norma. Nesse contexto, o TCU tem competência para fazer cumprir as normas livremente estabelecidas pela agência reguladora.

II.4. Alegações relativas à atuação da concessionária Concer

34. As recorrentes afirmaram que o Tribunal se equivocou quando considerou que a concessionária Concer, que supostamente operaria o serviço de pedágio eletrônico sem qualquer cobrança adicional ao usuário, estaria observando as regras contratuais. Ao ver das concessionárias, ocorreria uma mera liberalidade, que pode ser implementada por qualquer agente privado na condução de seu negócio, mesmo sendo tal prática antieconômica. Adicionalmente, a empresa que gerencia esses serviços para a Concer afirmou que os usuários do serviço de pagamento automático de pedágio pagam um valor adicional ao pedágio.

35. Apesar de considerar razoável esse argumento das recorrentes, ressalto que o acórdão vergastado não teve entre seus fundamentos a forma de atuação de uma concessionária específica, mas

a interpretação pelo TCU das regras pactuadas nos contratos de concessão. Assim sendo, essa alegação não é apta para ensejar mudanças na decisão recorrida.

II.5. Alegações relativas à suposta nulidade do acórdão recorrido

36. A Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S/A alegou que o acórdão recorrido padeceria de um vício que ensejaria sua nulidade. Essa empresa teria sido instada a se manifestar nos presentes autos em virtude da representação oferecida pelo Ministério Público junto ao Tribunal, na qual era questionada a cobrança de taxa de adesão e mensalidade para usuários dos serviços de cobrança automática de pedágio. Nessa representação foi citado, como exemplo, contrato firmado pela ANTT e por outra concessionária, mas, na fase de instrução dos presentes autos, a unidade técnica, visando fundamentar sua proposta de encaminhamento, realizou a análise do contrato firmado pela ora recorrente. Assim sendo, deveria ter ocorrido nova oitiva, haja vista a inovação dos fundamentos do processo.

37. Nesse sentido, ela asseverou que:

“A instrução técnica produziu novas alegações - jamais levadas ao conhecimento da Signatária antes da prolação do v. acórdão recorrido - segundo as quais haveria obrigação da Signatária de prestar o referido serviço, sem qualquer compensação, eis que supostamente previsto no próprio contrato de concessão”.

38. Julgo que o alegado vício não existe, pois esta Corte não alterou o teor da representação oferecida pelo representante do **Parquet** especializado. Na verdade, a recorrente foi chamada aos presentes autos para se manifestar sobre a cobrança de taxa de adesão e mensalidade pelo serviço de pagamento automático de pedágio na rodovia por ela administrada. O fato de o Ministério Público ter citado na peça inaugural apenas um dos contratos firmados pela ANTT para a concessão de rodovias federais não descaracteriza o teor desta representação, que efetivamente questiona as cobranças tidas por ilegais realizadas por todas as concessionárias.

39. Esse entendimento é corroborado pelo seguinte trecho da peça inicial desta representação:

“No mérito, requer o Ministério Público, caso confirmadas as irregularidades, a adoção das medidas corretivas e repressivas adequadas e a expedição de determinação à ANTT para que, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, suspenda a cobrança da taxa de adesão e da mensalidade afetas ao sistema de pedagiamento eletrônico nas concessões de rodovias federais”.

40. Destaco, ainda, que a recorrente não foi chamada aos autos para oferecer defesa acerca de contrato do qual não fazia parte. Ademais, ela exerceu plenamente seu direito ao contraditório e à ampla defesa, tendo apresentado tempestivamente suas alegações, que foram devidamente analisadas por esta Corte de Contas.

41. Por fim, friso que, em suas alegações, a ora recorrente justificou as cobranças questionadas pelo Ministério Público junto ao TCU referentes ao contrato por ela firmado com o Poder Público, não em relação à avença firmada por outra concessionária.

II.6. Alegações relativas à suposta violação de coisa julgada

42. As concessionárias alegaram que a decisão desta Corte viola coisa julgada, uma vez que o TCU não acatou argumento apresentado na fase processual anterior no sentido de que o Poder Judiciário considerou a cobrança de taxa de adesão e mensalidade da TAG legal. Assim sendo, teria havido uma clara violação ao princípio do monopólio da jurisdição.

43. As recorrentes acrescentaram que, apesar de o princípio da independência das instâncias estar previsto no ordenamento jurídico pátrio, o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal estabelece que não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito. Além disso, no inciso seguinte desse mesmo artigo, foi garantida a imutabilidade da coisa julgada, que foi violada no caso em apreço.

44. Julgo não ser procedente esse argumento, tendo em vista que as recorrentes não apresentaram qualquer julgamento de mérito realizado pelo Poder Judiciário sobre a questão ora tratada, limitando-se a indicar que, em agravo de instrumento, foi cassada decisão liminar de primeira

instância que suspendia a prática. Por via de consequência, não há que se falar em coisa julgada no âmbito judicial que lhes garanta o direito de terceirizar a gestão da cobrança automática de pedágio e imputar aos usuários o ônus de arcar com as despesas decorrentes dessa prática.

II.7. Alegações relativas ao caráter opcional da utilização do pedágio eletrônico

45. As concessionárias alegaram também que a opção pelo pagamento do pedágio sem a necessidade de parar o veículo é um benefício adicional conferido ao usuário das rodovias concedidas, que necessariamente deve arcar com os custos desse conforto e dessa comodidade. Aduziram que, caso venha a ser mantida a obrigação de gestão e operacionalização da cobrança automática de pedágio pelas concessionárias, os custos envolvidos e os riscos de crédito serão necessariamente repassados para todos os usuários, haja vista a impossibilidade de cobrança de pedágio em valores distintos entre optantes pelo pagamento automático e pelo pagamento manual. Consequentemente, haverá a indevida socialização de tais custos e riscos, o que violará os princípios da eficiência e economicidade e irá de encontro ao interesse público.

46. Em reforço a esses argumentos, o órgão regulador afirmou ser imprescindível a terceirização dos serviços de gestão do pagamento automático do pedágio, o que acarreta a necessidade de contratar uma empresa que deverá ser devidamente remunerada.

47. Julgo que assiste razão às recorrentes quanto à afirmação de que o pagamento automático de pedágio é uma opção dos usuários que lhes proporciona conforto e comodidade. Exatamente por isso, nos termos contratados, as concessionárias estão obrigadas a disponibilizar tal opção a quem trafega nas rodovias por elas administradas, podendo optar pela prestação direta desse serviço ou por sua terceirização.

48. Cumpre salientar que o Tribunal não vetou a terceirização dos serviços em tela, devendo a eventual contratada pelas concessionárias ser remunerada pela prestação desses serviços. Assim sendo, julgo que essas alegações não são aptas a ensejar a alteração da determinação recorrida.

II.8. Alegações relativas à não obrigatoriedade da implantação e da operação do sistema de cobrança automática de pedágio

49. As concessionárias asseveraram que a instalação e a operação do pedágio eletrônico não seriam obrigatórias, uma vez que não seriam imprescindíveis para garantir a fluidez do tráfego na rodovia e, conseqüentemente, a prestação de um serviço com a qualidade esperada, que caracteriza um serviço adequado. Ademais, a fluidez do trânsito poderia ser garantida pelo aumento do número de cabines de cobrança manual.

50. Para fundamentar esse argumento, as recorrentes lembraram que o contrato de concessão estabelece diversos mecanismos de controle da qualidade dos serviços prestados, conforme se observa no item 3.2.2.2 do PER, **verbis**:

“O serviço de gerenciamento do tráfego se constitui como a própria atividade de monitoração, envolvendo o controle permanente do trânsito, das condições de fluidez, segurança e conforto do usuário, fatos relacionados com os serviços ofertados pela Concessionária, os problemas gerados pela estrutura viária, as interferências e inter-relações com a rede viária de influência e os agentes externos, entre outros aspectos vinculados à gestão do tráfego de veículos na RODOVIA.”

51. As concessionárias aduziram que, especificamente no que concerne à fluidez nas praças de pedágio, a norma contratual estabelece mecanismos de controle que não dizem respeito à disponibilização de faixas de cobrança automática, **verbis**:

“Em qualquer condição ou período da concessão, as filas máximas nas Praças de Pedágio ou Auxiliares não deverão ultrapassar 300 m de extensão, limite que deverá ser visualizado por meio de faixa sinalizada no pavimento, e, ainda, qualquer usuário não deverá permanecer na fila por mais de 10 minutos. Caso a Concessionária observe que qualquer dos limites pode vir a ser atingido, deverá liberar a passagem de veículos sem cobrança de pedágio, sem que isto possa gerar qualquer pedido de ressarcimento.”

52. Essas alegações não merecem acolhida, uma vez que as cabines de cobrança automática de pedágio efetivamente contribuem para a fluidez do trânsito. Nesse sentido, o próprio programa de exploração da rodovia, que integra o contrato de concessão, estabelece que essa forma de cobrança pressupõe o pagamento da tarifa sem a necessidade de parada do veículo ou redução drástica da respectiva velocidade.

53. Cabe frisar, ainda, que o aumento do número de cabines de cobrança manual, aventado pelas concessionárias, não é uma alternativa viável à implantação da cobrança automática de pedágio, que está expressamente prevista, de forma compulsória, nos contratos de concessão.

II.8. Alegações relativas à recomendação dirigida para a ANTT

54. As recorrentes alegaram que o TCU, ao proferir a recomendação a seguir transcrita, poderia induzir o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE à prática de um erro:

“9.3 recomendar à ANTT que, a respeito da prestação do serviço de cobrança automática de pedágio, avalie a pertinência de encaminhar formalmente a questão da concorrência entre as empresas especializadas na prestação do serviço ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE);”

55. Considero que essa alegação não deve ser acolhida, uma vez que, devido à sua natureza, essa recomendação não provoca sucumbência para as pessoas que figuram no polo passivo da presente representação. Entretanto, levando em conta as ponderações do Ministro Raimundo Carreiro, julgo conveniente substituir essa recomendação por uma determinação à Segecex no sentido de encaminhar formalmente à questão em tela para o CADE.

II.9. Alegações relativas às supostas alteração unilateral dos contratos e violação dos Princípios da Segurança Jurídica e da Proteção da Confiança

56. As concessionárias alegaram que a manutenção da determinação expedida pelo Tribunal impõe ônus adicional às concessionárias e caracteriza uma alteração unilateral dos contratos. Por via de consequência, acarreta a necessidade de ser promovida a revisão da equação econômico-financeira dos contratos de concessão. Afinal, segundo elas, o referido ônus não estava previsto originalmente nos editais de licitação e nas minutas de contrato, logo, ele não foi levado em consideração, pelas licitantes, no cálculo das tarifas básicas de pedágio.

57. As recorrentes aduziram que:

a) a mudança de entendimento sobre as cláusulas contratuais fere o princípio da segurança jurídica;

b) por não estar prevista nas normas contratuais ou legais aplicáveis às concessões, a determinação expedida por esta Corte viola a garantia constitucional do ato jurídico perfeito, ameaça a estabilidade das instituições e a credibilidade de todo o ordenamento jurídico nacional e propaga a insegurança jurídica;

c) o TCU fiscalizou os serviços concedidos por mais de quinze anos e nunca fez menção à obrigatoriedade que impôs no acórdão recorrido. Nesse sentido, afirmaram que:

“A admitir-se, por puro amor à argumentação, que era obrigação das concessionárias, cristalina e inegavelmente a elas atribuídas pelos contratos de concessão e pelo PER, a prestação de serviços de cobrança automática de pedágio, por que o TCU não apontou tal situação nos mais de 15 (quinze) anos anteriores em que avaliou o cumprimento dos contratos de concessão rodoviária? Por que não exigiu que os estudos econômico-financeiros e técnicos considerassem, para a formulação e composição da TBP, os custos de implantação do sistema de cobrança automática da tarifa de pedágio, tal qual fez para a cobrança manual? Por que não há parâmetros e níveis de serviço, como tempo de espera, disponibilidade etc, que as cabines de cobrança automática deveriam observar? O Acórdão é incapaz de responder a estas questões”; e

d) a interpretação dominante à época das licitações era no sentido de que o adimplemento da obrigação das concessionárias em relação à cobrança automática de pedágio se daria por meio da disponibilização da infraestrutura necessária à operação do sistema por outras empresas. Assim sendo,

a atual interpretação do TCU representa uma mudança de entendimento, que se pretende aplicar a casos já consolidados. Contudo, a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal leva em conta a boa-fé das licitantes e se inclina pela manutenção da interpretação anterior em prol da segurança jurídica.

58. Nesse mesmo sentido, a agência reguladora asseverou que:

“20. Ademais, ainda que o entendimento do Tribunal seja o mais acertado, é forçoso reconhecer que uma mudança de interpretação de uma cláusula contratual importa a alteração da relação econômica pactuada. Não basta dizer que o sentido da cláusula deve passar a ser interpretado conforme a nova orientação; certamente, o impacto dessa forma de aplicar um mesmo dispositivo contratual que, durante anos a fio, foi interpretado de maneira diversa, pode implicar uma alteração no equilíbrio econômico-financeiro estabelecido, com um horizonte de alteração na tarifa de pedágio para todos os usuários do sistema, inclusive aqueles que não utilizam os serviços de cobrança eletrônica.

21. Insta registrar que a atuação do controle externo, por determinar forma de interpretação de cláusula contratual, que por um longo período de tempo tenha sido aplicada em outro sentido, consiste em, ao menos, potencial ofensa à estabilidade jurídica e interferência no exercício da atividade regulatória. De modo que a mera modificação do entendimento da aplicação de uma cláusula consiste em alteração capaz de trazer mais prejuízo que benefícios”;

59. Considero que essas alegações das recorrentes são procedentes e aptas a ensejar a alteração da determinação atacada, pelos motivos que passo a expor.

60. Com exceção de uma das concessionárias, que não repassa os custos da gestão do sistema de cobrança automática de pedágio para os usuários, todas as demais defendem que tais custos devem ser arcados pelos motoristas que trafegam nas vias concedidas e utilizam essa forma de pagamento. Aduzo que esse entendimento foi expressamente corroborado pelo ente regulador, que foi o responsável pela licitação, contratação e fiscalização das concessões em tela.

61. Quanto à questão temporal levantada pelas recorrentes, saliento que, desde 29/12/1994, quando foi assinado pela União o primeiro contrato de concessão de rodovia, referente à Ponte Rio-Niterói, vem sendo adotado o repasse dos custos sob comento para os usuários. Afinal, a empresa concessionária da Ponte sempre entendeu que o contrato por ela assinado, que previa o pagamento de pedágio por meio automático, não lhe incumbiu da gestão desse sistema de cobrança. Por via de consequência e tendo em vista a inexistência de empresas gestoras desse serviço no país à época, ela implementou o sistema “*Onda Livre*”, em 1995, no âmbito do qual é cobrada dos usuários uma taxa mensal. Desse modo, desde o início das concessões rodoviárias federais, entendeu-se que a tarifa básica de pedágio não contemplava a gestão do sistema de pagamento automático.

62. Por oportuno, esclareço que a determinação em tela não produziu qualquer impacto sobre o contrato de concessão da Ponte Rio-Niterói, cuja vigência terminou no dia 31/5/2015.

63. Nesse cenário, é razoável supor que, na fase de elaboração de suas propostas, as concessionárias ora recorrentes tenham agido de boa-fé quando consideraram não serem responsáveis pela gerência do sistema de pagamento automático de pedágio.

64. Apesar de o lapso temporal verificado entre as contratações em tela e a atuação desta Corte (o acórdão recorrido foi prolatado em novembro de 2013, quase 19 anos após a assinatura do contrato referente à concessão da Ponte Rio-Niterói), por si só, não ter o condão de tornar inválida a determinação combatida nestes recursos, cumpre reconhecer que a demora do TCU em enfrentar essa questão efetivamente contribuiu para a crença na regularidade da prática combatida nos presentes autos. Desse modo, até a data da prolação do acórdão recorrido, ela era reputada como sendo válida.

65. Segundo a doutrina e a jurisprudência aplicáveis, a mudança de interpretação de norma administrativa não deve ser aplicada a situações pretéritas nas quais seja observada, além do entendimento defensável, a boa-fé do administrado, sob pena de violar os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

66. Nesse sentido, por exemplo, o STF, quando do julgamento da Ação Cível Originária nº 79/MT, relatada pelo Ministro Cezar Peluso, assim se manifestou:

*“Ora, assim como fazem os direitos alemão, francês, espanhol e italiano, o ordenamento brasileiro revela, na expressão de sua unidade sistemática e na sua aplicação, a reverência aos princípios ou subprincípios conexos da segurança jurídica e da proteção da confiança, sob a compreensão de que nem sempre se assentam, exclusivamente, na observância da pura legalidade ou das regras **stricto sensu**. Isto significa que situações de fato, quando perduram por largo tempo, sobretudo se oriundas de atos administrativos, que guardam presunção e aparência de legitimidade, devem estimadas com cautela quanto à regularidade e à eficácia jurídicas, até porque, enquanto a segurança é fundamento quase axiomático, perceptível do ângulo geral e abstrato, a confiança, que diz com a subjetividade, só é passível de avaliação perante a concretude das circunstâncias.*

*A fonte do princípio da proteção da confiança está, aí, na boa-fé do particular, como norma de conduta, e, em consequência, na **ratio iuris** da coibição do **venire contra factum proprium**. Tudo isso implica a vinculação jurídica da Administração Pública às suas próprias práticas, ainda quando ilegais na origem. O Estado de Direito é sobremodo Estado de confiança”.*

67. Importa salientar ainda que, recentemente, foi editada a Lei 13.655/2018, com o fito de incluir no Decreto-Lei 4.657, de 4/9/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. No que concerne à vedação de mudança de interpretação de uma situação constituída, como a que ora se examina, a mencionada Lei acrescentou ao Decreto-Lei em tela o art. 24, que apresenta a seguinte redação:

“Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.”

68. Por oportuno, trago à colação a seguinte lição do Prof. Adilson Abreu Dallari, proferida quando da análise desse artigo, à época da tramitação do Projeto de Lei 349/2015 (que deu origem à Lei 13.655/2018):

“O dispositivo agora em comento é um avanço em relação ao que já prescreve a Lei nº 9.784, de 29/01/1999 (Lei de Processo Administrativo), cujo art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, apenas diz, expressamente que é ‘vedada a aplicação retroativa de nova interpretação’. Agora, cuida-se do estabelecimento de uma disciplina mais abrangente, com a indicação mais precisa de como e onde a vedação de retroatividade deve ser aplicada, inclusive com a conceituação, no parágrafo único, do que deve ser entendido como ‘orientação geral’, e, por último, ao proscreever a pura e simples declaração de invalidade de situações plenamente constituídas, abre caminho para a possibilidade de modulação dos efeitos, prestigiando, ao mesmo tempo, a boa-fé e a razoabilidade, em plena consonância com o estágio atual de desenvolvimento das relações de Direito Administrativo.”

69. Por fim, considero muito relevante o argumento apresentado pelo ente regulador no sentido de que a manutenção da determinação do TCU ora recorrida acarretará o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Nessa hipótese, haverá o aumento da tarifa do pedágio para compensar a assunção de despesas não previstas originalmente no fluxo de caixa da concessão, o que acarretará a divisão por todos os usuários da rodovia dos custos correspondentes à utilização do pedágio eletrônico por uma parcela desses usuários.

70. Considero que, caso esse cenário efetivamente se concretize, haverá uma injustiça flagrante com aqueles usuários da rodovia que utilizam o pagamento manual do pedágio, a qual serve como mais um argumento favorável à alteração da determinação recorrida.

71. Com fulcro nessas considerações, julgo que o TCU deve conhecer dos pedidos de reexame interpostos por Autopista Régis Bittencourt S/A, Autopista Fluminense S/A, Acciona Concessões – Rodovia do Aço S/A, Autopista Planalto Sul S/A, Autopista Fernão Dias S/A, Autopista Litoral Sul S/A, Transbrasiliana Concessionária de Rodovia S/A, Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S/A, Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A, Concessionária da Ponte Rio-Niterói S/A, Concessionária Rio Teresópolis S/A e pela Agência Nacional de Transporte Terrestre - ANTT contra o Acórdão nº 3.206/2013 - Plenário, para, no mérito, dar-lhes provimento, tornando insubsistente o item 9.2 do acórdão recorrido, com a redação dada pelo Acórdão nº 1.008/2014 - Plenário, assim como o item 9.4 e seus subitens desse último julgado.

72. Aduzo que deve ser excluída a recomendação exarada no item 9.3 do acórdão recorrido, a qual deve ser substituída por uma determinação para que a Segecex encaminhe formalmente a questão da concorrência entre as empresas especializadas na prestação do serviço ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), consoante exposto nos parágrafos 54 e 55 deste voto.

73. Por fim, acolho a sugestão formulada pelo Ministro Raimundo Carreiro no sentido de recomendar à ANTT que avalie a possibilidade de, no futuro, franquear aos usuários o direito de utilizar o serviço de cobrança automática de pedágio sem o pagamento de preço adicional à respectiva tarifa.

Diante do acima exposto, concordando com a unidade técnica e divergindo do Ministério Público junto ao TCU, voto para que o Tribunal aprove a minuta de acórdão que ora submeto à consideração deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 6 de fevereiro de 2019.

BENJAMIN ZYMLER
Relator

ACÓRDÃO Nº 174/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC 037.837/2011-7.
2. Grupo I – Classe de Assunto: I - Pedido de reexame em Representação.
3. Representante/Interessados/ Recorrentes:
 - 3.1. Representante: Procurador Júlio Marcelo de Oliveira.
 - 3.2. Interessados: Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias - ABCR (CNPJ 01.435.491/0001-66), Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (CNPJ 04.898.488/0001-77), Autopista Fernão Dias (CNPJ 09.326.342/0001-70), Autopista Fluminense S/A (CNPJ 09.324.949/0001-11), Autopista Litoral Sul S.A. (CNPJ 09.313.969/0001-97), Autopista Planalto Sul (CNPJ 09.325.109/0001-73), Autopista Regis Bittencourt S/A (CNPJ 09.336.431/0001-06), Concessionária da Ponte Rio-Niterói S/A (CNPJ 00.358.042/0001-07), Concessionária da Rod. Osório Porto Alegre (CNPJ 01.654.604/0002-03), Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A (CNPJ 00.861.626/0001-92), CRT Rio – Teresópolis Participações S. A. (CNPJ 03.293.146/0001-60), Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S/A - Ecosul (CNPJ 02.511.048/0001-90), Rodovia do Aço S/A (CNPJ 09.414.761/0001-64), Transbrasiliana Concessionária de Rodovia S.A. (CNPJ 09.074.183/0001-64) e Viabahia Concessionaria de Rodovias S.A. (CNPJ 10.670.314/0001-55).
 - 3.3. Recorrentes: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (CNPJ 04.898.488/0001-77), Autopista Fernão Dias (CNPJ 09.326.342/0001-70), Autopista Fluminense S/A (CNPJ 09.324.949/0001-11), Autopista Litoral Sul S.A. (CNPJ 09.313.969/0001-97), Autopista Planalto Sul (CNPJ 09.325.109/0001-73), Autopista Regis Bittencourt S/A (CNPJ 09.336.431/0001-06), Concessionária da Ponte Rio-Niterói S/A (CNPJ 00.358.042/0001-07), Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A (CNPJ 00.861.626/0001-92), Concessionária da Rodovia Rio - Teresópolis (CNPJ 03.293.146/0001-60), Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S/A - Ecosul (CNPJ 02.511.048/0001-90), Rodovia do Aço S/A (CNPJ 09.414.761/0001-64) e Transbrasiliana Concessionária de Rodovia S.A. (CNPJ 09.074.183/0001-64).
4. Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT.
5. Relator: Ministro Benjamin Zymler.
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro José Múcio Monteiro.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Júlio Marcelo de Oliveira.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (SERUR) e Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (SeinfraRod).
8. Representação legal:
 - 8.1. Jéssica Loyola Caetano Rios (53.018/OAB-DF), representando Transbrasiliana - Concessionária de Rodovia S.A. e CRT Rio – Teresópolis Participações S. A.;
 - 8.2. Ana Beatriz Rodrigues Castro e outros, representando a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT;
 - 8.3. Everardo Ribeiro Gueiros Filho (19.740/OAB-DF) e outros, representando a ABCR - Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias;
 - 8.4. Ricardo de Paula Feijó (70.383/OAB-PR) e outros, representando a Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S/A - Ecosul;
 - 8.5. Cezar Degraf Matheus (12.154/OAB-PR), representando Autopista Planalto Sul, Autopista Regis Bittencourt S/A, Autopista Fluminense S/A, Autopista Fernão Dias e Autopista Litoral Sul S.A.;
 - 8.6. Igor Fellipe Araujo de Sousa (41.605/OAB-DF) e outros, representando a Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A; e
 - 8.7. Alexandre Frayze David (160.614/OAB-SP) e outros, representando a Acciona Concessões Rodovia do Aço S/A.
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes pedidos de reexame interpostos contra o Acórdão 3.206/2013 - Plenário pela Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT e pelas empresas Autopista Régis Bittencourt S/A, Autopista Fluminense S/A, Acciona Concessões – Rodovia do Aço S/A, Autopista Planalto Sul S/A, Autopista Fernão Dias S/A, Autopista Litoral Sul S/A, Transbrasiliana Concessionária de Rodovia S/A, Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S/A, Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A, Concessionária da Ponte Rio-Niterói S/A e Concessionária Rio Teresópolis S/A,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer dos pedidos de reexame interpostos por Autopista Régis Bittencourt S/A, Autopista Fluminense S/A, Acciona Concessões – Rodovia do Aço S/A, Autopista Planalto Sul S/A, Autopista Fernão Dias S/A, Autopista Litoral Sul S/A, Transbrasiliana Concessionária de Rodovia S/A, Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S/A, Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A, Concessionária da Ponte Rio-Niterói S/A, Concessionária Rio Teresópolis S/A e pela Agência Nacional de Transporte Terrestre - ANTT contra o Acórdão nº 3.206/2013 - Plenário, para, no mérito, dar-lhes provimento parcial, tornando insubsistente o item 9.2 do acórdão recorrido, com a redação dada pelo Acórdão nº 1.008/2014 - Plenário, assim como o item 9.4 e seus subitens desse último julgado;

9.2. tornar sem efeito a recomendação constante do item 9.3 do Acórdão nº 3.206/2013 – Plenário;

9.3. recomendar à ANTT que, com base nos princípios da eficiência e da atualidade assentados na Lei 8.972/2005, ao elaborar editais de licitação para concessão de trechos de rodovias federais, considere a possibilidade de franquear aos usuários o direito de utilizar o serviço de cobrança automática de pedágio sem o pagamento de preço adicional à respectiva tarifa;

9.4. determinar à Segecex que encaminhe formalmente a questão da concorrência entre as empresas especializadas na prestação do serviço ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); e

9.5. dar ciência deste acórdão aos recorrentes.

10. Ata nº 3/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 6/2/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0174-03/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler (Relator), Augusto Nardes, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)
JOSÉ MUCIO MONTEIRO
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
BENJAMIN ZYMLER
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral