

O Acesso a Rodovias e a Competência dos Entes Federados: Federalismo Solidário e Articulação do Sistema Viário Nacional

Tercio Sampaio Ferraz Junior¹

Juliano Souza de Albuquerque Maranhão²

I Introdução

As parcerias entre empresas privadas e a administração pública têm trazido desafios interessantes para a doutrina, frente aos institutos tradicionais de direito público. Um aspecto peculiar está no novo modelo de gestão empresarial do serviço público.

A prestação de serviço público por meio de particular, dentro desse modelo, pode gerar a impressão de que a sua atuação visa em primeira linha ao interesse privado, ao menos no que se refere àqueles serviços assessórios, que não fazem parte do objeto principal da concessão, mas que incumbem às concessionárias explorar economicamente (Lei nº 8.987/95, art. 11), como forma de persecução de tarifas módicas para o serviço principal. Em artigo recente, os autores exploram esse modelo de prestação de serviço buscando mostrar que a busca de receitas alternativas no bojo da concessão faz-se em nome do interesse público, em atendimento ao princípio constitucional de eficiência na administração.³

¹ Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

² Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pós-doc pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e pesquisador visitante nas Universidades de Leipzig, Maasticht e Utrecht.

³ Ferraz Junior, Tercio Sampaio e Maranhão, Juliano S. A. O princípio de eficiência e a gestão empresarial na prestação de serviços públicos: a exploração econômica das margens de rodovias, a ser publicado na *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, 2006; no mesmo sentido ver WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

É relevante compreender essa dimensão do interesse público dentro de uma gestão privada, em parceria com o Estado, de forma a evitar falsas dicotomias, em particular a oposição entre interesse público *versus* interesse privado, quando se trata de conflito envolvendo concessionárias de serviço público, de um lado, e a administração direta, de outro.

Exemplo típico nesse sentido é a discussão do correto regramento dos acessos de Municípios a vias públicas Estaduais ou Federais, sob a administração de concessionárias de serviço público. Os acessos às rodovias podem ser livremente construídos por Municípios, em nome do interesse público municipal que se sobrepõe ao interesse privado da concessionária?

Colocar a questão nesses termos obscurece o papel das concessionárias na persecução do interesse público. No caso das rodovias, entra em jogo o interesse na proteção da segurança do tráfego e a manutenção de vias de tráfego célere e de longo percurso. Em que medida o interesse do Município deve se sobrepor ao interesse Federal e Estadual? Surge, nitidamente, um problema de definição de competências. Como procuraremos mostrar nesse artigo, a ordem dos interesses perseguidos é nacional, de forma que se trata, antes de tudo, de uma exigência de articulação dos interesses Municipais, Estaduais e Federais, na constituição do sistema viário nacional. Tal articulação deve ser pautada dentro de uma concepção solidária da Federação.

O tema será abordado da seguinte forma. Primeiramente, embora as questões tenham por fulcro principal o acesso a rodovias privatizadas, federais e estaduais, por meio de vias construídas por Municípios, a seu critério e por conta de sua autonomia, a análise pressupõe uma consideração mais abrangente do princípio federativo e das competências atribuídas pela Constituição Federal – CF – aos entes federados, o que será explorado na Seção 2.

Em seguida, na Seção 3, examinaremos os princípios e diretrizes que regem o chamado Sistema Viário Nacional e sua interpretação, de forma a compatibilizar o exercício das respectivas competências dos entes federativos, particularmente no que concerne à interligação entre os sistemas viários federal, estaduais e municipais.

Feita essa análise, cabe adentrar especificamente no regime de concessão das rodovias estaduais e federais, de forma a compreender qual o papel das concessionárias na relação entre o Poder Público Estadual e Federal, de um lado, e o Poder Público Municipal de outro, particularmente no que se refere às regras de exploração dos bens que integram a concessão de serviço público concedido, que inclui todos os elementos da faixa de domínio, dentre os quais a pista, as margens e os próprios acessos. Tal tarefa será feita na Seção 3.

Examinada as condições e regras de gestão das rodovias no que se refere aos acessos, como elemento de interligação entre as vias que integram o sistema viário nacional, trataremos, na Seção 4, particularmente das chamadas “rotas de fuga”, que podem ser simples casos particulares de acessos, aplicando-se as con-

dições e soluções normativas gerais já discutidas, mas que podem também constituir estratégias de contorno das praças de pedágio, o que traz novos elementos para a análise.

Por fim, na Seção 5, questionaremos a natureza dos atos administrativos envolvidos na autorização de acessos às rodovias, em termos de sua discricionariedade ou vinculação, de modo a delinear a forma de controle destes pelo Poder Judiciário.

2 Competência dos entes Federados e o peculiar interesse dos municípios

2.1 Constituição como ordem principiológica

Ao fazer o traçado constitucional da Federação, a Constituição de 1988 se vale de princípios e regras. Ambos são conteúdos de normas constitucionais.

A Constituição declara seus princípios no seu Título I: “Dos princípios fundamentais.” Este título contém, por assim dizer, o traçado do ato principal do poder constituinte originário. É assim que ele se instaura e altera o que consta dos arts. 1º, 2º, 3º e 4º é principiar outra constituição. Esses princípios, que ali se chamam “fundamentais”, “objetivos fundamentais” e “princípios”, são a base da *principialidade* constituinte originária: neles está a supremacia de uma ordem nova. Isto o poder constituinte derivado não pode alterar, pois seu poder constituinte ali se principia como ali se principia o próprio poder constituinte originário. Por este seu caráter de fundamentos da própria *principialidade*, estes princípios devem ser chamados de fundamentais. Tais princípios *estão ali com* o ato constituinte, fazem da sua *originalidade* (caráter *original* do Poder Constituinte).

Por seu caráter *originário* destaca-se, inicialmente, no art. 1º o que se poderia chamar de princípio congênito do exercício do poder: só o povo é suporte de qualquer poder, inclusive o constituinte. Este princípio do ato constituinte se desdobra, analiticamente, no princípio da soberania popular, da cidadania como o direito de ter direitos,⁴ da dignidade da pessoa humana (base para os direitos fundamentais), do caráter social e livre da atividade econômica (trabalho e livre iniciativa), do pluralismo político e da tripartição dos poderes. Com base nestes princípios originários, a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, que é sua fórmula-síntese. A partir destes princípios originários, o poder constituinte instaura a República Federativa.

República e federação, respectivamente, regime de governo e forma de Estado, têm por base o princípio republicano e o princípio federativo. Estes princípios

⁴ Sobre a análise de Lafer desse conceito em H. Arendt, cf. Celso Lafer. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo, 1988. p. 146.

têm caráter estatuído. Também eles são fundamentais, mas não são originários no sentido de imanentes à própria principalidade do exercício do poder constituinte. Constituem opção fundamental do poder constituinte. Por seu caráter podemos chamá-los de princípios fundamentais *instituídos*. Sem os primeiros, o poder constituinte não se *constitui*. Os segundos decorrem do seu exercício.

A Constituição, porém, ao instituir o princípio federativo, já delinea a federação estabelecendo-lhe certos princípios comuns de organização. Se uma federação é uma repartição de competência, a Constituição Federal distingue entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 18) conforme um princípio de autonomia política, que faz parte do princípio federativo. A instauração de quatro ordens jurídicas coexistentes é uma opção do constituinte que exige, no entanto, compatibilidade e conformidade de suas regras. Para efeito desta exigência é que se estabelecem os *princípios de organização*. Dentre eles mencionem-se os constantes do art. 37, referentes à Administração Pública dos quatro entes políticos da Federação (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, seguidos de regras comuns). Também o princípio da proporcionalidade eleitoral (art. 45 combinado com o art. 27 e art. 29, IV), os do art. 93, referentes à magistratura, os do art. 145, § 1º (pessoalidade e gradualidade, conforme a capacidade contributiva, dos tributos), os do art. 150 (anterioridade na estatuição de tributos etc.), e ainda os do art. 170 (Ordem Econômica).

Os princípios comuns de organização são, em geral, específicos a certa classe ou assunto especial. Ora se referem à administração, ora à magistratura, ora aos servidores, ora à ordem econômica. Já por essa razão têm um peso menor que os princípios fundamentais, que afetam a estrutura da Constituição por inteiro. Por sua vez, a possibilidade de se conceber a Constituição como uma estrutura (normas interligadas num conjunto de relações) exige outros, que, implícitos, são agasalhados sem nomeação, como o princípio da prevalência hierárquica das normas referentes aos direitos fundamentais sobre as demais normas constitucionais, o princípio da unicidade das normas constitucionais, o próprio princípio da supremacia constitucional etc.

Por fim, há de se lembrar que a Constituição contém também os chamados princípios estabelecidos, que, na verdade, são, antes, vedações expressas ao poder constituinte estadual (CF, art. 25: “*Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição*”), o que nos levaria a falar mais propriamente de *regras*. Assim, quando a Constituição Federal fala em “observados os princípios desta Constituição”, referindo-se ao constituinte estadual, reporta-se genericamente a princípios e regras, sem maiores distinções. Com respeito às regras devemos reconhecer, ademais, que nem todas contêm vedações expressas. Assim, por exemplo, o art. 19 contém regras que vedam a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, expressamente, certos comportamentos normativos (por exemplo, recusar fé a documentos públicos, criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si etc.). Outras disciplinam a competência legislativa comum, concorrente e suplementar (art. 22, parágrafo único, art. 23 e art. 24). Os §§ 1º ao 4º do art. 24 contêm, assim, regras para a disciplina

das competências suplementar e concorrente. A distribuição de competências, por meio de regras, contém, porém, indiretamente (*a contrario sensu*), vedações para o constituinte estadual, que detém uma competência residual.

Em suma, é nesse contexto principiológico da Constituição que ganha relevo e sentido a distribuição das competências federativas, cujos contornos devem ser respeitados quando se examina o seu contorno formal e material.

2.2 Distribuição de competências na Federação

Sob o prisma teórico, diz-se que uma federação é constituída de *poderes autônomos*, isto é, conjuntos de competências, em virtude de direito próprio e não de delegação, para o estabelecimento de normas vinculantes, em determinado âmbito formal e material de atividade, sobre o qual se exerce poder de governo.

As competências normativas e as correspondentes áreas de atuação governamental do Estado federal são repartidas horizontal e verticalmente. A repartição horizontal ocorre pela atribuição a cada ente federativo de uma área reservada, que lhe cabe, então, disciplinar em toda a sua extensão. A repartição vertical distribui uma mesma matéria em diferentes níveis (do geral ao particular) e a reparte entre os entes federativos. No primeiro caso (horizontal), as competências ou são comuns ou são privativas ou são exclusivas. No segundo (vertical), temos a competência concorrente.

Competência comum significa que o exercício de uma atividade (prestação de serviços) por uma entidade inclui igual competência para outra, sob o prisma de colaboração. Competência exclusiva significa a competência própria de uma entidade, que não pode ser delegada a nenhuma outra. Competência privativa é competência própria, que admite, porém, delegação. A competência concorrente refere-se a áreas matérias de atuação, submetidas a uma capacidade normativa dos entes federados, conforme uma ordem de subordinação.

A Constituição Federal de 1988 conhece tanto a repartição horizontal quanto a vertical. No plano horizontal, o art. 21 estabelece o âmbito de atividade da União; o art. 22 enuncia o campo de competência legislativa, privativa da União; o art. 30, o da competência privativa dos Municípios; o art. 25, § 1º, a competência residual, privativa dos Estados; e o art. 23, a competência comum da União dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Nesse sentido, como salienta José Afonso da Silva:⁵

“O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal é o da predominância do interesse, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local.”

⁵ Afonso da Silva, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 478.

Importante, nesse passo, é a menção às técnicas disciplinadoras da competência concorrente (CF, art. 24), que permite a análise, nesse contexto, da competência municipal.

Para disciplinar a competência concorrente há duas técnicas conhecidas: a cumulativa, técnica que regula de que modo os entes federados podem avançar na disciplina das matérias desde que o ente que lhes é considerado superior não o faça (não há limites prévios, mas a norma da União prevalece, em caso de conflito), e a não cumulativa, em que, previamente, as matérias estão delimitadas por sua extensão (normas gerais e particulares).⁶

2.3 Competência suplementar dos municípios

Na discriminação das competências do Município fala-se em *competência suplementar*. Esta competência conferida aos Municípios (art. 30, II) não está inserida no art. 24 da Constituição Federal, posto que os Municípios *não* participam da competência concorrente. Que significa, então, essa competência?

A Constituição Federal (art. 30, incisos I e II) disciplina a competência legislativa municipal nos seguintes termos:

“Art. 30. *Compete aos Municípios:*

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

[...].”

O primeiro inciso, que parece discriminar a competência municipal por mero critério espacial (*interesse local*), é mais bem interpretado em termos de peculiar interesse, donde a necessidade de se demonstrar que o interesse é, por ser local, mais expressivo para a localidade do que um eventual sentido extensivo, capaz de dar-lhe também e concomitantemente um sentido estadual ou federal. Ou, como dizia Hely Lopes Meirelles,⁷ ainda que nos quadros da Constituição anterior, *peculiar interesse* não é um interesse exclusivo nem privativo de uma localidade, nem único da comunidade, mas a “*predominância* do interesse do Município sobre o Estado ou a União”. Como exemplifica Celso Bastos,⁸ a abertura de uma avenida serve a qualquer cidadão brasileiro que circule pelo município, mas é, obviamente, de interesse peculiar a este, por preponderar sobre qualquer sentido extensivo, estadual ou da União.

⁶ Cf. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. 6. ed. São Paulo: Saraiva: 1986. p. 98 ss.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo, 1981. p. 76.

⁸ BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, 2002, p. 514.

A regra do inciso primeiro é, assim, em termos de peculiaridade, igualmente importante para entender o inciso segundo. Deste modo, quanto à possibilidade de suplementar a legislação federal, atente-se, inicialmente, para o fato de que, salvo pela expressão *no que couber*, não existe, no dispositivo, a mesma disciplina que há para competência complementar dos Estados e do Distrito Federal, no art. 24 da Constituição Federal (competência para editar normas gerais à falta de lei federal dispendo sobre elas, ou seja, em caso de lacuna). A doutrina entende, pois, que, de um lado, a expressão *no que couber* só admite suplementação no caso de assuntos que digam respeito aos interesses locais em termos de interesse peculiar; e, por outro lado, não admite suplementação à falta de norma geral federal. Seria absurdo que um Município viesse a disciplinar suplementarmente comércio interestadual ou internacional, ou regras atinentes à organização judiciária dos Estados, à falta delas.

A conclusão a se destacar nesta seção, portanto, é que a competência suplementar municipal está calcada na peculiaridade, no caráter peculiar e local do interesse a que atende o ato administrativo. Mas essa competência suplementar do Município é apenas uma competência decorrente, que se exerce *conforme* a legislação federal e, dado o efetivo exercício da competência concorrente, à legislação estadual.

Essa delimitação da competência suplementar dos Municípios, no que se refere à competência concorrente, ganha especial relevo quando se examina sua relação com os casos de competência exclusiva do ente federado.

3 Sistema nacional de viação: princípios e diretrizes

Nesse passo, torna-se decisivo localizar o sentido da competência municipal, em especial para construir acessos a rodovias federais ou estaduais, em face de princípios e diretrizes estabelecidos por competência *exclusiva* da União.

O art. 21 da Constituição Federal dispõe sobre a competência administrativa (material) *exclusiva* da União.⁹ Pelo art. 21, inciso XXI, é, nesse sentido, competência da União “estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação”, o que ocorre mediante lei federal. Primeiramente vamos elucidar o sentido de “princípios e diretrizes” que compete à União estabelecer.

3.1 Princípios e diretrizes

Teoricamente podemos dizer que princípios são pautas de segundo grau que presidem a elaboração de pautas de primeiro grau. Isto é, princípios são prescrições genéricas, que se especificam em regras.¹⁰ Nesses termos:

⁹ Cf. José Afonso da Silva. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo, 2005. p. 260.

¹⁰ Cf. CARRIÓ. *Princípios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires, 1970, p. 52, citando Dworkin.

1. princípios não exigem um comportamento determinado, isto é, estabelecem ou pontos de partida ou metas para o entendimento normativo de regras; as regras, ao contrário, são pautas, gerais ou específicas, de comportamentos determinados;
2. princípios não são aplicáveis à maneira de um “tudo ou nada”, pois enunciam uma ou algumas razões para decidir em determinado sentido sem obrigar a uma decisão particular; já as regras enunciam pautas dicotômicas, isto é, estabelecem condições que tornam necessária sua aplicação, com conseqüências que se seguem automaticamente;
3. princípios têm um peso ou importância relativos entre si, ao passo que as regras têm uma impenibilidade mais estrita; assim, princípios comportam avaliação sem que a substituição de um por outro de maior peso signifique a exclusão do primeiro; já as regras, embora admitam exceções, quando contraditadas, provocam a exclusão do dispositivo colidente;
4. o conceito de *validade* cabe bem para as regras (que ou são válidas ou não o são), mas não para os princípios, que, por serem submetidos a avaliação de importância, mais bem se encaixam no conceito de *legitimidade*.

Por *diretrizes* podemos entender *regras gerais*, ou seja, pautas determinadas de comportamento, mas de conteúdo genérico, dirigidas a uma universalidade de destinatários. Tratando-se de *regras*, elas contêm, indiretamente, vedações.

A competência da União tem por matéria um *sistema* (de viação), isto é, um conjunto de *relações* (estrutura) e um conjunto de *elementos* (repertório). Nesse sentido, uma língua, por exemplo, é constituída de símbolos (palavras) que constituem o *repertório* lingüístico e das relações entre eles, conforme regras, que constituem sua *estrutura* (sobre esse conceito de *sistema*, com base na *Teoria dos Sistemas Gerais*, aplicado aos ordenamentos jurídicos).¹¹ No caso, trata-se da estrutura viária (relações) do conjunto (repertório) das rodovias do País (sistema viário nacional).

Nesses termos, em matéria de *sistema nacional de viação*, compete exclusivamente à União determinar-lhe as bases originárias de sustentação e as metas de orientação de sua estrutura (*princípios*, bem como as *normas gerais*) de disciplina das rodovias (repertório), válidas (*princípios*) para todos os entes federados (destinatários) e de conteúdo abarcante de interesses que ultrapassem o limite dos Estados e Municípios (*diretrizes*).

Com respeito aos princípios do sistema nacional de viação, a exclusividade os retira inteiramente da competência dos Municípios. Mas como a exclusividade também se refere ao estabelecimento de diretrizes, equivalente ao estabelecimento de normas gerais, abre-se a possibilidade de Municípios legislar sobre questões de seu interesse peculiar.

¹¹ Cf. Ferraz Junior, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo, p. 172 ss.

3.2 Princípios e diretrizes do Sistema Nacional de Viação

O Sistema Nacional de Viação é estruturado a partir de dois diplomas, a Lei nº 5917/73, que aprova o Plano Nacional de Viação, que foi recebida pela Constituição Federal de 1988 por força do art. 21, inciso XXI, e a Lei nº 10.233/2001, que, já no contexto das concessões de rodovias, cria as agências reguladoras do setor de transporte e o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte.

Ao exercer sua competência exclusiva, a União, por lei, estabelece um plano em termos de uma previsão de comportamentos futuros, mediante a formulação explícita de objetivos. Considera como *objetivo essencial* do Plano Nacional de Viação “*permitir o estabelecimento da infra-estrutura de um sistema viário integrado, assim como as bases para planos globais de transporte que atendam, pelo menor custo, às necessidades do País, sob o múltiplo aspecto econômico-social-político-militar*” (Lei nº 5.917/73, art. 2º). A norma legal identifica, assim, uma “obrigação de resultado”, peça fundamental para a instauração jurídica de um plano.¹² Desencadeia-se, desse modo, um processo de atos jurídicos e atividades técnicas, a desenrolar-se em determinado período (art. 9º), que visa a um controle racional da matéria viária, tendo em vista o bem-estar geral (Eros Grau, op. cit. p. 84).

Em primeiro lugar, no que concerne às relações entre os entes federados, destaca-se a integração viária nacional, o que pressupõe uma “*coordenação racional entre os sistemas federal, estaduais e municipais*” (art. 3º, alínea a).

O termo *coordenação* remete à equivalência de posições e não a hierarquia/subordinação nas relações entre cada ente federado, porém sempre dentro da política viária nacional traçada pela União, no exercício de sua competência exclusiva. É evidente, por outro lado, que as políticas dos diferentes entes, autônomos, não sejam implementadas de forma independente. A integração, aqui, depende de entendimento a ser alcançado para uma política que transcende os interesses de cada ente, mas atende ao interesse nacional.

Nesse ponto, a Lei nº 10.233/2001, no contexto das concessões (faz remissão expressa ao art. 21, XII, da CF), prevê a criação de um órgão, o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (CONIT), que tem dentre as suas funções a de traçar “*diretrizes para a integração física e de objetivos dos sistemas viários e das operações de transporte sob jurisdição da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*” (art. 5º, inc. II) e “*harmonizar as políticas nacionais de transporte com as políticas de transporte dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios*” (art. 6º, inc. III). Cria, ademais, o órgão regulador do Sistema Viário Federal, a *Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT* (art. 21), que deverá harmonizar sua esfera de atuação com a dos órgãos reguladores do sistema viário, pertencentes aos demais entes federados (art. 22, § 2º).

¹² Cf. GRAU, Eros: *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo, 1977, p. 243.

O mesmo dever de interação aparece nas competências das agências reguladoras estaduais. A Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado de São Paulo (ARTESP), por exemplo, deve *“interagir com as autoridades federais, estaduais e municipais, responsáveis pela regulamentação e fiscalização dos serviços públicos de transporte, bem como por outras atividades que afetem esses serviços”* (art. 4º, inc. XXI, da Lei Complementar nº 914/2002).

Em segundo lugar, nota-se que essa preocupação com a harmonização ou ordenação de políticas viárias e mesmo a interligação física do sistema viário – que já toca no problema dos acessos – tem como critério a racionalidade (*coordenação racional*) no atendimento aos objetivos de implantação de um sistema rodoviário eficiente, o que significa que qualquer decisão deve ser pautada não por sobreposição política de interesses, mas pela sua fundamentação técnica. Assim, dentre as diretrizes do Plano Nacional de Viação (Lei nº 5.917/73), consta que os planos diretores *“devem selecionar as alternativas mais eficientes”* (art. 3º, alínea b) e *“a execução das obras referentes ao Sistema Nacional de Viação, especialmente as previstas no Plano Nacional de Viação, deverá ser realizada em função da existência prévia de estudos econômicos, que se ajustem às peculiaridades locais, que justifiquem sua prioridade e de projetos de engenharia final”* (art. 3º, alínea f).

O Plano Nacional de Viação vem representado e descrito complementarmente no documento anexo à Lei nº 5.917/73, contendo dentre outros o *Sistema Rodoviário Nacional* (art. 1º – 2), que engloba a respectiva rede construída e prevista (§ 1º). Quanto à rede prevista, as *localidades intermédias* nela constantes não constituem pontos obrigatórios de passagem, mas figuram apenas como indicação geral da diretriz das vias consideradas, sendo o seu traçado definitivo fixado pelo Poder Executivo, após estudos técnicos e econômicos (§ 2º).

A racionalidade na operação das rodovias vem novamente prevista na Lei nº 10.2331/2001, que fala, dessa vez, em operação *“racional e segura”* como objetivos essenciais do Sistema Nacional da Viação (art. 4º, inc. II). A racionalidade aqui tem a ver com *“gerência eficiente das vias”* e com o objetivo de *“tornar mínimos os custos operacionais e, conseqüentemente, os fretes e tarifas”*, mas sempre garantindo *“a segurança e a confiabilidade do transporte”* (art. 4º, § 2º).

Portanto, outro princípio que se sobreleva para o sistema nacional de viação é a segurança dos usuários, ser observada que deve tanto na integração dos sistemas viários e em particular na interligação física entre as rodovias, como perseguida pelos estudos técnicos de viabilidade e de racionalização econômica da sua operação.

Percebem-se, nessa formatação do sistema viário, *princípios* e *diretrizes*. São princípios da integração e coordenação dos sistemas viários dos diferentes entes federativos a racionalidade e eficiência na gerência e operação dos sistemas viários e a garantia de segurança dos usuários. É *diretriz* (regra geral) a exigência de *prévios estudos econômicos* e de *projetos de engenharia final* para a concretização desses princípios em cada caso.

É a partir desse arcabouço normativo que se devem interpretar as regras constitucionais sobre a competência dos entes federados.

No que se refere aos Municípios, a competência para a expedição de normas guia-se pelo critério do *interesse peculiar* discutido na seção precedente. Cabe aos municípios organizar, explorar e fiscalizar as ruas, avenidas etc. de trafegabilidade local de acordo com seu planejamento e diretrizes de urbanização. Esses elementos da malha urbana são bens de uso comum, constituindo simples logradouros públicos, que permitem a ligação entre pontos dentro de uma mesma malha urbana, portanto de interesse peculiar e local, o que os submete ao Poder Municipal, nos termos da Constituição Federal 88, art. 30, I.

As estradas, por sua vez, apesar de também qualificadas legalmente como *bens de uso comum* (art. 99, I, do Código Civil Brasileiro), são reservadas a determinadas utilizações, que podem ser categorizadas na finalidade de tráfego célere de longo percurso, o que, por sua própria natureza, impõe limitações ao acesso irrestrito. Daí o motivo por que alguns administrativistas chegam até mesmo a questionar a classificação legal, vendo nas estradas bens de uso especial, ou seja, com afetação específica para aquele fim, independentemente de ato administrativo que lhe dê essa destinação particular.¹³ De qualquer modo, independentemente dessa discussão, a natureza das coisas permite entender a razão por que, ainda que consideradas bem de uso comum, as estradas requerem uma disciplina especial no que se refere aos acessos.

A Competência da União abrange, nos termos do art. 3º da Lei nº 10.233/2001, o Sistema Federal de Viação, constituído pela “*malha arterial básica do Sistema Nacional de Viação, formada por eixos e terminais relevantes do ponto de vista da demanda de transporte, da integração nacional e das conexões internacionais*”. As rodovias sob jurisdição do Estado são, residualmente, aquelas que não correspondem ao interesse peculiar de uma malha urbana particular e não estão inseridas no Sistema Viário Federal, servindo à ligação de longo percurso que conecta localidades mais distantes não pertencentes a uma mesma malha urbana.

Quanto à diretriz, a Lei nº 5.917/73 prevê que os Estados, Territórios, Distrito Federal e Municípios elaborem e revejam seus Planos Viários, com a finalidade de adequada articulação e compatibilidade entre eles e deles com os sistemas federais (art. 10). Trata-se, assim, de competência a ser exercida sob a diretriz técnica da adequada articulação e da compatibilidade. Essa diretriz técnica erige a racionalidade funcional como uma condição necessária, ainda que não suficiente, da competência (*conditio sine qua non*).

Assim, por força de norma geral da lei, os Municípios devem apresentar seus planos rodoviários aos órgãos competentes dos Estados em que se situem, poden-

¹³ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 470; e Floriano Marques Neto. Cobrança pelo Acesso a Rodovias para Exploração de Atividade Econômica, *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, ano 10, nº 43, mar./abr. 2002.

do ser elaborados, ademais, Planos Rodoviários Vicinais Intermunicipais pelos órgãos rodoviários estaduais, desde que compatíveis com os Planos estaduais, municipais e o nacional (art. 12, § 2º). Nesses termos, as rodovias vicinais intermunicipais não consideradas estaduais serão de competência executiva e político-administrativa dos Municípios em que se situem (art. 12, § 3º). Essa diretriz traz uma ordem lógica de ajustamento, mediante a qual as malhas urbanas e interligações entre municípios ajustam-se a uma estrutura viária Estadual (ou diretamente a uma via federal), que, por sua vez, ajusta-se a uma estrutura viária federal, de forma articulada.

Em suma, o Plano Nacional de Viação, estabelecido por lei federal no contexto da competência exclusiva da União, institui, pois, um *sistema*, portanto, um conjunto estrutural de matérias viárias, que implementa o princípio federativo, levando em consideração critérios de racionalidade técnica: viabilidade conforme exigências econômicas e de engenharia viária, em que se compatibiliza, *coordenada e racionalmente*, a segurança do usuário.

3.3 Os acessos às rodovias estaduais e federais

Toda a discussão sobre a competência dos entes federados em matéria viária e a observância dos princípios de integração, racionalidade e segurança do Sistema Viário Nacional ganha contornos práticos no momento da interligação viária, da construção e manutenção de acesso à rodovia, particularmente quando surge um conflito entre o interesse local municipal e o interesse estadual ou federal.

A primeira questão a enfrentar diz respeito à natureza e abrangência do bem público: “rodovia”. Aqui, ganha relevo o traço distintivo, inerente à natureza das coisas, entre os logradouros públicos, cujo acesso é irrestrito, no qual estão as ruas e avenidas municipais, de um lado, e as rodovias, do outro, cuja finalidade de uso pressupõe algumas restrições ou condicionamentos. Se, no primeiro caso, o Código Civil confere direito de passagem sobre propriedades de terceiros para obtenção de acesso à via pública (CC, art. 1.285), no segundo caso, o fluxo veloz e seguro de veículos é incompatível com a criação irrestrita de acessos por qualquer detentor de propriedades lindeiras; daí a necessidade de regramento e autorização pelo ente detentor da rodovia.

Mas, se está claro que não cabe a abertura irrestrita de acessos às rodovias e que, portanto, os proprietários devem interligar-se às mesmas através das vias municipais, poderia o Município arbitrar o ponto ou os diferentes pontos de interligação de sua malha urbana com o eixo rodoviário, com base em seu *interesse local*?

Aqueles que respondem afirmativamente a questão acima fundamentam-se: (a) no interesse local do Município frente à intervenção do Estado ou da União e (b) em função da identificação somente de um interesse municipal a ser protegido, agregam, na hipótese de rodovia concedida, o argumento segundo o qual o

interesse privado das concessionárias em assegurar o equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão sucumbe perante o interesse público Municipal. Vamos examinar o argumento *b* quando tratarmos, na seqüência, dos efeitos da concessão e do papel da concessionária ao explorar o bem público concedido. Neste passo trataremos apenas do fundamento *a*, que independe do problema da concessão, pois diz respeito antes à relação entre as competências municipais frente à competência federal e à estadual.

Quando se entende o “*bloqueio*” do acesso à rodovia como ação vedada ao Estado ou União, presume-se um conflito de competências, que se resolveria como uma indevida interferência do Estado ou da União, conforme o caso, na administração do Município. Porém, vale lembrar inicialmente, como ressalta Hely Lopes Meirelles,¹⁴ que o bem público rodovia compreende, além do leito ocupado com o revestimento da pista, a faixa marginal, sobre a qual se erigem os acessos, e os acessos já construídos. Tratando-se, nessa extensão, de bem de propriedade do Estado ou da União, por que não ver, ao contrário, a construção do acesso pelo Município em determinado local e em número por ele decidido como uma invasão da esfera de competência Estadual ou Federal na administração e gerência de seus próprios bens?

Para resolver a questão, dentro do delineamento constitucional de competências acima discutido, o caminho é investigar se a abertura do acesso é matéria de exclusiva natureza local e de interesse peculiar do município. A questão merece um aprofundamento, não podendo limitar-se a uma simples referência ao art. 30, inciso I, da Constituição Federal.

A existência de acesso da malha urbana à rodovia atine ao interesse do Município, mas é também, sob outro prisma, tema necessário dentro do princípio da integração do Sistema Viário Nacional. Esse ponto parece indiscutível. Faz mister esclarecer, porém, que o problema do *bloqueio* não está, propriamente, na existência do acesso (interesse municipal), mas no *local e no número de acessos*.

O local e o número de acessos afetam diretamente a fluidez do tráfego nas pistas, o que é até de senso comum, quando se considera a necessidade de aceleração do entrante, com a conseqüente desaceleração de veículo na pista, sem falar dos riscos de colisões e das necessidades de sinalização e medidas de segurança, que, aliás, competem e são de responsabilidade do poder público titular da rodovia. Se isso é verdade, então, ao controlar os acessos e estudar os locais adequados para a sua instalação, os Estados e a União estão atuando diretamente na esfera do seu interesse e, portanto, dentro de sua competência. Trata-se de tema referente à segurança e à racionalidade do sistema viário, o que, como visto anteriormente, subordina a competência suplementar dos Municípios à legislação sobre o sistema nacional de viação.

Não acreditamos, por essa razão, que, de um lado, se possa sustentar uma indevida interferência na competência municipal, pela simples suposição de que o

¹⁴ Op. cit. p. 470-471.

controle sobre a localização e número de acessos, quando efetuado, implique, de algum modo, o objetivo de organizar, disciplinar a malha urbana municipal, a eles interligados ou mesmo de apenas nela influir. Mas, de outro, não se pode deixar de levar em conta que a proteção do interesse público no tráfego rápido e seguro das rodovias e o controle dos acessos à mesma pode indiretamente afetar interesses locais dos municípios na organização de sua malha urbana.

Na verdade, esse eventual “conflito” de interesses não resulta em um conflito de competências. Fica claro, ao contrário, que, diretamente, tanto os Estados e a União, numa banda, quanto os Municípios, noutra, estão atuando dentro de suas esferas de competência, respectivamente, ao controlar o local e o número de acessos e ao exigir o acesso às rodovias, o que deve ocorrer de forma que a integração de suas políticas viárias, autônomas, venha a se pautar, como visto, pelos princípios da racionalidade técnica e da garantia à segurança dos usuários.

Nesses termos, o Decreto nº 5.621/2005, do Presidente da República, ao regulamentar a Lei nº 5.917/73, estabelece que (art. 1º)

“A construção, pavimentação, ampliação e da capacidade e recuperação de acessos às rodovias integrantes do Plano Nacional de Viação serão autorizadas mediante portaria específica do Diretor-Geral do Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes – DNIT, observadas as seguintes condições, entre outras estabelecidas por Resolução do Conselho de Administração do DNIT: I – ficar compreendido entre uma rodovia federal e o limite do perímetro urbano de um município, desde que não exceda a extensão de 5 km; II – corresponder a um único acesso de rodovia federal ao município; e III – estar respaldado em estudo técnico detalhado, elaborado pelo órgão competente, que justifique a viabilidade do empreendimento.”¹⁵

Essas condições discriminam as exigências referentes à necessidade técnica (de engenharia) e à viabilidade financeira, bem como a garantia de segurança dos usuários, esta última elevada a princípio informador do sistema pela Lei nº 10.233/2001. Ou seja, havendo conflito entre os interesses dos entes federados, os fatores de segurança, da viabilidade econômica e da gestão eficiente dos bens públicos são chamados a decidir sobre a oportunidade e adequação da instalação de acesso, através de estudo técnico-econômico. Trata-se aqui de matéria atinente à discricionariedade técnica do titular do bem público considerado, a partir de entendimentos com os demais entes federados. Dentro do contexto das concessões de rodovias, Floriano Marques Neto, apesar de vê-las como concessões de uso de bem público e não, como nos parece correto, como concessão de serviços públicos, chega ao mesmo entendimento na inteligência da competência municipal constitucional:

¹⁵ Na mesma linha o Decreto nº 30.374/89, do Estado de São Paulo estabelece, em seu art. 6º, que “a autorização de acesso somente poderá ser concedida se atendidas as exigências locais de segurança de tráfego, de acordo com as normas técnicas do Departamento de Estradas e Rodagem do Estado de São Paulo”.

*“o viário que deve permitir o acesso às propriedades lindeiras a uma rodovia bloqueada não será o viário rodoviário, e sim o viário local, pertencente ao município. Estas vias (ruas, avenidas ou mesmo estradas municipais abertas) é que se ligam às rodovias, dentro do planejamento técnico necessário a impedir comprometimento da segurança dos usuários. Este entendimento, aliás, é o que mais se coaduna com a já referida competência municipal prevista no art. 30, inc. I da CF”.*¹⁶

Para reforçar o ponto, cabe uma analogia com a *limitação administrativa* à edificação por propriedades à margem de rodovias.¹⁷ Também aqui surge a questão das esferas de competências dos entes federados quando a rodovia adentra na malha urbana municipal.

A jurisprudência se assenta de forma pacífica no sentido de que as limitações incumbem ao ente titular da rodovia quando se trata de zona rural, enquanto as restrições a propriedades em zonas urbanas atinam ao Município. O problema surge quando a estrada adentra na zona urbana. A doutrina parece se alinhar com Hely Lopes Meirelles, no sentido de atentar para os motivos de segurança que, para aquele autor, fundamentam a afetação do bem a um uso especial, mas, de qualquer modo, implicam a limitação administrativa:

*“Tal limitação só abrange a zona rural, cessando quando a rodovia ingressa no perímetro urbano na condição de avenida ou rua (bem de uso comum do povo), porque, então, deixam de subsistir os requisitos de via expressa (bem de uso especial) que justificavam aquela limitação. Mas, se a rodovia atravessa a cidade, bloqueada de ambos os lados, ou se o perímetro urbano a envolve pela expansão da área edificável, permanece a limitação originária, porque subsistem os mesmos motivos de segurança e higiene (proteção contra acidentes, visibilidade e poeira) que exigiram tal limitação.”*¹⁸

No mesmo sentido, Régis Oliveira, em estudo posterior ao advento da Constituição de 1988, que conferiu ao Município sua atual estatura na Federação, sobleva o poder de polícia do Estado na garantia de segurança das rodovias:

*“Afirmar-se que é possível construir ao longo da rodovia estadual, quando atravessa zona urbana de Município, apenas sujeitando a construção a restrições edilícias dele próprio é desconhecer o poder de polícia do Estado. O interesse pela proteção a acidentes, a segurança, a higiene, todos são valores que não podem ser desconhecidos pelo agente administrativo.”*¹⁹

¹⁶ MARQUES NETO, F. Op. cit. p. 158.

¹⁷ A proibição a edificação nas margens de rodovias, pela sua generalidade, é caso de limitação administrativa, não se confundindo com a servidão administrativa, que constitui ônus especial imposto a determinada propriedade. Cf. MEIRELES, Hely Lopes. Op. cit. p. 550.

¹⁸ MEIRELLES, H. L. Op. cit. p. 472.

¹⁹ OLIVEIRA, R. F. Construção à Margem de Rodovias, RT, ano 80, v. 670, ago. 1991. p. 229.

Ora, se a competência do titular da rodovia prevalece no caso de uma limitação administrativa ao exercício da propriedade em zona urbana, o que dizer de sua competência para dispor sobre sua própria propriedade para regularizar o acesso à via expressa, por razões que repousam nos princípios e diretrizes do *sistema nacional de viação*?

Com efeito, o fundamento do controle tanto do acesso às rodovias, quanto das propriedades lindeiras, mesmo em zonas urbanas, é o princípio de garantia de segurança do usuário. Não se trata, em suma, nem mesmo de uma sobreposição do interesse do Estado, ou da União sobre o interesse local do Município, mas de proteção de um bem maior, segurança, no interesse do sistema viário nacional, cuja guarda compete a quem dispõe, titularmente, sobre a rodovia. Não há aqui invasão de competências, mas antes coordenação de políticas dos entes federados, ditada a partir de um plano nacional, por exigência legal de competência exclusiva da União, para a garantia de segurança do usuário do Sistema Nacional de Viação.

4 Plano viário e regime de concessão de obras públicas

Os critérios de racionalidade técnica (conveniência geográfica, engenharia de segurança, distâncias mínimas, sinalização adequada etc.), aliados aos de viabilidade econômico-financeira, no quadro da competência exclusiva da União, apontam, pois, para uma necessária coordenação entre os planos viários e o regime de concessão de obras públicas.

A Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95) insere-se dentro de um novo modelo de Estado (Estado Regulador) em que

*“[a] concessão deve ser compreendida no âmbito de uma ordem política e jurídica com características diversas daquelas vigentes há cem anos. Em termos mais precisos, a alteração radical das concepções políticas, sociais, econômicas e jurídicas refletiu-se sobre o instituto da concessão. Alude-se, então, à nova concessão para indicar os efeitos da constitucionalização e da democratização do Estado e do Direito brasileiros”.*²⁰

Por este motivo o destaque acentuado que Celso Antonio Bandeira de Mello dá para a inserção na pauta da regulação dos serviços públicos do intuito lucrativo dos agentes privados (concessionárias).²¹ É evidente que as empresas que prestam

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 1, nº 1, jan./mar. 2003, p. 95-96.

²¹ É o que se vê quando ele afirma que, “[p]ara o concessionário, a prestação do serviço é um meio através do qual obtém um fim que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário é o meio por cuja via busca sua finalidade, que é a boa prestação do serviço” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 633).

licitação para ser titular de concessão de serviços públicos estão interessadas na obtenção de seu lucro. O Estado pode exigir metas, serviço eficiente e adequado, modicidade das tarifas, mas deve permitir que a empresa alcance também seus objetivos.

E não se trata aqui somente do respeito aos interesses individuais da empresa concessionária. Trata-se antes de tudo de garantia do interesse público na prestação eficiente do serviço e aqui destaco o princípio de eficiência que informa a Administração Pública dentro do novo modelo de Estado.

O princípio da eficiência (CF, art. 37) tem por fim disciplinar a atividade administrativa nos seus resultados, tornando possível a legitimação (mas também sua responsabilização) dos atos administrativos por seu êxito em atingir os fins pretendidos por lei.²² Dentro do dever de prestação de serviços públicos, a nova solução para essa responsabilidade de Administração pelos resultados, *i. e.*, por um serviço adequado, de qualidade e com tarifas módicas, é dada justamente pela organização empresarial, pela persecução do lucro.

Assim, a opção constitucional de posicionamento do Estado com relação ao domínio econômico em geral, mas também com relação aos serviços públicos, reconhece a eficiência e os benefícios da organização privada de mercado e da decisão empresarial. Ao mesmo tempo, no que se refere aos serviços públicos, e particularmente aos direitos de exploração de bem público, responsabiliza as decisões privadas pelos resultados das razões que motivaram a concessão, o que passa a ser regulado e fiscalizado por agência reguladora.

Essa responsabilização é instrumentalizada por uma série de obrigações de interesse coletivo assumidas pela concessionária. Primeiramente, são concedidos para exploração de particular não só a rodovia, como também as faixas de marginais e os próprios acessos.²³ Prevê-se também a obrigação de promoção de desapropriações e servidões, com a intervenção do Poder Concedente, para persecução das metas de expansão.²⁴ É, ademais, incumbência da concessionária “*adotar todas as providências necessárias, inclusive judiciais, à garantia do patrimônio da Rodovia, inclusive de sua faixa de domínio e de seus acessos*”.²⁵ A afetação característica do bem para o interesse público de fluidez e segurança do tráfego na via expressa também aparece na própria definição do serviço adequado pelo qual se responsabiliza a concessionária.²⁶

²² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade, *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 35, ano 8, nov./dez. 2000, p. 143 ss.

²³ Cláusula 14 do Contrato de Concessão da Rodovia Presidente Dutra (Federal) e Cláusula 8.1. do Contrato de Concessão da Autoban (São Paulo).

²⁴ Cláusula 16.1 do Contrato do Sistema Anhanguera-Bandeirantes.

²⁵ Cláusula 81, e, do Contrato de Concessão da Rodovia Presidente Dutra. Disposição semelhante encontra-se na Cláusula 48.1, VIII, do contrato da Viaoeste, e na Cláusula 50.1, VIII, do contrato da Autoban.

²⁶ Por exemplo, na Cláusula 30 do contrato da Dutra, onde segurança vem definida como (letra e): “*a operação nos níveis exigidos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DA RODOVIA, dos sistemas referidos na*

No que se refere à construção ou remoção de acessos, havendo a consideração de interesses privados ou de outros entes, o que implica o exercício de poder público, a regra é que as concessionárias devem realizar os entendimentos necessários com os entes envolvidos em conjunto com o Poder Concedente. Assim, lê-se na cláusula 82, V, do Contrato da Rodovia Presidente Dutra que cabe à Concessionária “*efetuar os necessários entendimentos com as Prefeituras Municipais ou com os respectivos beneficiários para a construção, reformulação ou remoção de acessos*”.²⁷

A solicitação de acesso por qualquer interessado deve passar por avaliação técnica da Concessionária segundo seu planejamento para conferir condições de fluidez e segurança do tráfego, a qual, por sua vez, fará solicitação ao Poder Concedente para que este autorize ou rejeite o pedido. A prerrogativa para definição da localização e do número de acessos, como já visto, é de interesse e competência do Estado ou da União, o que, no caso da concessão, passa a ser gerido pela concessionária. Porém, o exercício do poder de acatar ou rejeitar o pedido perante os demais entes ou os administrados a partir de projeto fundamentado compete ao Poder Concedente. Mas o que se deve pontuar aqui é a atuação necessária das concessionárias para que se promovam a definição, planejamento, remoção ou remanejamento de acessos dos acessos.

Pode-se entender, nesse contexto, que a competência dos Municípios para a construção de acessos às rodovias, estaduais ou federais, mesmo submetidas a regime de concessão, não só deve respeitar a legislação federal sobre sistema rodoviário e, conseqüentemente, a competência federal e estadual no que diz respeito às condições técnicas, como também a legislação referente a concessões, no campo de intersecção dessa com a legislação sobre sistema viário.

Nos termos da discriminação de competências federativas e da concessão do serviço de exploração da rodovia, não se pode reduzir a administração e planejamento dos acessos pela concessionária a um interesse privado a ser oposto a um interesse público Municipal, como consta de análise preliminar do STF, em casos específicos, nos quais se discutia a relação de prevalência da competência municipal sobre contratos de concessão e a exigência de equilíbrio econômico financeiro da política tarifária.²⁸ Na verdade, o foco do problema aqui examinado é outro: trata-se antes de interesse público e de discriminação de competências entre os entes federados, nos termos do art. 21, XXI, da Constituição Federal, no qual,

letra anterior, de modo que sejam mantidos, em níveis satisfatórios, os riscos de acidentes, compreendendo, também os serviços gratuitos de atendimento mecânico emergencial”; e na fluidez do tráfego (letra f): “as boas condições de fluidez de trânsito, alcançada pelo correto gerenciamento dos sistemas referidos na letra d acima, propiciando que os usuários alcancem seus destinos de acordo com as suas programações de tempo, sem congestionamentos, inclusive nas praças de pedágio e nos pontos de pesagem”.

²⁷ Ver por exemplo a Cláusula 82, do Contrato de Concessão da Dutra e em São Paulo, o art. 5º, parágrafo único, do Decreto nº 40.077/95. No modelo de contrato de concessão de rodovias federais submetido a Consulta Pública pela ANTT prevê-se como competência e, portanto, dever, do órgão regulador, apoiar a concessionária nos entendimentos com os demais entes.

²⁸ STA 8/RS, Relator Min. Maurício Correa, 15-1-04, DJ 3-2-04; e SS 2.257/SP, Min. Maurício Correa 7-10-03, DJ 13-10-03.

de um lado, está o atendimento ao interesse de segurança e fluidez do tráfego, exercido pelo Estado ou pela União mediante a administração que melhor possa atender a esses fins, e, de outro, a organização da malha urbana dos Municípios. Para a melhor persecução desses interesses a lei federal prevê a articulação e entendimentos entre os entes envolvidos, devendo a solução de eventuais problemas ser pautada por critérios técnicos.

É decorrência do que foi até aqui exposto que não subsiste a alegação de diferença entre acessos *já existentes*, mesmo anteriormente à concessão, e *novos* acessos. Estando os acessos a serviço de *qualquer usuário da rodovia*, todo o planejamento deles incumbe à concessionária que, uma vez fundada em razões técnicas de engenharia e econômicas e em condições mínimas estabelecidas normativamente mediante regulamentação federal ou estadual, poderá reformular os acessos de forma a alcançar da forma mais eficiente o interesse público em uma via segura e com razoável fluidez de tráfego, com a autorização do Poder Concedente, obviamente. Tanto é assim que os contratos de concessão, ao se referirem aos acessos e entendimentos com as Prefeituras Municipais ou beneficiários, falam na sua construção, mas também na sua reformulação e remoção. Esse entendimento vale não só para os acessos *já existentes não autorizados*, que podem e devem ser bloqueados, pela Concessionária, em conjunto com o Poder Concedente no exercício do poder de polícia, posto que não tenham sido baseados em estudos técnicos, conforme exigência do Plano Nacional de Viação, mas também para aqueles acessos *autorizados*. Neste último caso, a remoção ou reformulação do acesso deve estar pautada em justificativa que as alinhe à segurança e à eficiência na exploração da via pública, isto é, da rodovia.

4.1 Rotas de fuga

Esse entendimento geral com relação aos acessos aplica-se, em particular, às chamadas “rotas de fuga”, definidos na Consulta como *a abertura ou asfaltamento de acessos com a nítida finalidade de propiciar ou estimular a fuga de veículos do pedágio cobrado pela concessionária*. Cabem, porém, considerações adicionais sobre esse tema.

Costuma-se invocar o interesse dos habitantes e da economia do Município para justificar essa espécie de acesso, que estaria, assim, no âmbito da competência municipal por se tratar de interesse local e peculiar.

Constituindo a *rota de fuga* elemento que interfere na forma de utilização da rodovia, a mesma não pode deixar de ser considerada, no que concerne às exigências do sistema nacional de viação, em função das melhores condições de fluidez de tráfego e segurança da estrada e, apenas **dessa perspectiva**, em função dos benefícios que possa trazer aos habitantes do município. Vale dizer, os habitantes do município devem ser considerados sob a perspectiva de seus interesses como usuários desse sistema (*municípe-usuário*). O interesse local do Município, em termos viários, está, certamente, na organização de sua malha urbana e do corresponden-

te sistema, de forma eficiente para a respectiva circulação. Focar esse interesse numa questão de um (suposto) benefício econômico local e, assim, de evitar que os municípios, que, por inevitável necessidade, são obrigados a usar da rodovia, paguem o pedágio, constitui um *desvio de finalidade* e um *abuso de competência*.

Não só há um desvio de finalidade com relação ao munícipe-usuário, como também é inevitável que a *rota de fuga* acabe por servir a **qualquer usuário** da rodovia, munícipe ou não. Aqui sequer há um interesse de munícipe que possa de alguma forma ser atribuído ao “interesse local”. Sob a ótica do interesse público na eficiência do sistema viário, a *rota de fuga* significa, assim, a violação direta a um de seus princípios gerais, segundo o qual deve-se “*assegurar, sempre que possível, que os usuários paguem pelos custos de serviços prestados em regime de eficiência*” (art. 11, inc. IV, da Lei nº 10.233/2001), o que a reveste de ilegalidade incontornável.

De outro lado, por se arrogar competência para a construção da *rota de fuga*, que serve a **qualquer usuário**, está o Município a exercer, na verdade, uma competência *suplementar* como se esta fosse competência para colmatar lacunas, quando se trata apenas de uma competência *decorrente*, que se exerce *conforme* a legislação federal. E, nesse caso, ocorre *abuso de competência*, posto que não cabe ao Município, a pretexto de regulamentar o uso local, interferir na disciplina geral da utilização da rodovia por qualquer usuário.

Não se trata aqui, portanto, de fundamentar o caráter indevido da *rota de fuga* no interesse privado no lucro da concessionária ou na garantia do equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão em contraposição à competência de um ente federado (o Município) perante a política tarifária do Poder Concedente, ainda mesmo que a persecução do lucro seja o próprio fundamento da organização da exploração vista como mais eficiente pelo Estado ou União no momento em que efetua a concessão. O que está em questão é, *primariamente*, a obrigatoriedade da administração da rodovia *sob as melhores condições de segurança e racionalidade na fluidez de tráfego*, e, *secundariamente*, um serviço, cuja prestação deve ocorrer segundo o princípio de eficiência administrativa, o que pressupõe a justa e conseqüente remuneração para que se obtenha o êxito pretendido (CF, art. 175, parágrafo único, III e IV).

De certo modo, pode-se dizer que a *rota de fuga*, por constituir desvio de finalidade e abuso de competência, chega a ferir o sentido solidário da Federação brasileira.²⁹ O federalismo solidário exige, como condição de efetividade, a cooperação entre os entes federados, tanto no sentido vertical quanto horizontal. Esta cooperação, embora à primeira vista faça pensar numa espécie de contrato federado, a presidir as relações entre as unidades, tem um outro fundamento.

Na verdade, no contexto do federalismo solidário, ela não tem uma natureza contratual. Isto porque as relações entre as entidades que compõem a federação,

²⁹ Sobre esse sentido, no constitucionalismo brasileiro, cf. Orlando Bittar. *Obras Completas*. Belém, 1978. v. 2, p. 323 ss.

cujo objetivo deve ser o fomento das finalidades comuns, têm um sentido jurídico-político que as transcende. Para adotar a célebre distinção de Henry Maine,³⁰ não se trata de *contrato*, mas de *status*. A federação não une contratualmente seus membros, mas altera-lhes o *status*. De uma entidade administrativa, no caso brasileiro, a província, muda sua constituição: passa a Estado federado. Daí a idéia de união indissolúvel (CF, art. 1º), de uma ordem permanente (CF art. 60, § 4º, I). À federação cabe, nestes termos, *a fortiori*, o princípio da homogeneidade, de que nos fala Carl Schmitt,³¹ ou seja, da igualdade substancial que preside todo acordo concreto entre seus membros e exclui, entre eles, formas conflituais típicas das relações entre estados independentes.

De outro lado, porém, essa homogeneidade não institui um Estado unitário, mas uma relação comunitária em que os objetivos econômicos e sociais devem instaurar, entre as unidades federadas, uma distribuição cooperativa de competências, mesmo quando concorrentes.

Essa relação, que tem por fundamento o princípio da homogeneidade, exclui formas conflituais, como a utilização unilateral de uma competência para proteger, em nome da autonomia, os interesses de cidadãos de uma unidade, mas que repercute nas outras unidades, tomando-a por base para desonerar uns em detrimento dos demais.

É justamente isso que ocorre com a criação de *rotas de fuga*, sobretudo quando os acessos são construídos ostensivamente para evitar o pagamento do pedágio, caso em que o ato assume o caráter de um *abuso* da autonomia (não importam as justificativas), gerando um conflito *político-institucional* que fere o sentido solidário da Federação.

Pode-se falar mesmo de uma quebra de lealdade e até de certa má-fé objetiva³² do Município que faz acessos que são verdadeiros contornos às praças de pedágio para evitar que usuários paguem pedágio, caracterizadas pela frustração do comportamento esperado, que é o encaminhamento de planejamento e estudos técnicos para o detentor da rodovia, como legalmente previsto.

5 Discricionariedade e o controle pelo Poder Judiciário

Em tema de segurança e eficiência na autorização do acesso, deve-se examinar, primeiramente, o sentido discricionário do ato administrativo.

³⁰ MAINE, H. *Ancient Law*. Dent, 1917. p. 99-100.

³¹ Carl Schmitt. *Verfassungslehre*. Berlim: Duncker & Humblot, 1970. p. 375.

³² A cláusula geral da boa-fé objetiva que é invocada em vários dispositivos do Código Civil de 2002: arts. 113 (sobre interpretação do negócio jurídico), 128 (concernente a condição resolutiva quando aposta a negócio de execução continuada ou periódica), 187 (relativo a abuso de direito) e 422 (referente a contrato). A aplicação desse princípio não se restringe apenas ao direito privado, mas se dá também no âmbito do direito público, tendo, pois, aplicação que se vai generalizando principalmente por influência da jurisprudência estrangeira, em particular a alemã (cf. Menezes Cordeiro. *Tratado de Direito Civil Português*, I (Parte Geral), t. I, § 14º, nº 67, p. 200, Coimbra: Livraria Almedina, 1999).

Como visto anteriormente, União e Estados, na exploração das rodovias afetadas à sua competência, devem expedir as condições que discriminam as exigências referentes à necessidade técnica (de engenharia) e à viabilidade financeira, bem como a garantia de segurança dos usuários, elevada a princípio informador do sistema pela Lei nº 10.233/2001. Ou seja, havendo conflito entre os interesses dos entes federados, é a conjugação do valor da segurança, a viabilidade econômica e a gestão eficiente dos bens públicos o que leva a decidir sobre a oportunidade e adequação da instalação de acesso, para o que se requer o estudo técnico-econômico. Trata-se aqui de matéria atinente à discricionariedade técnica do titular do bem público considerado.

No que se refere aos atos administrativos, de modo geral, fala-se em discricionariedade técnica. A noção nasceu na Áustria, com Bernatzik, que entendia tratar-se de atos que, por sua alta complexidade técnica, deviam ser retirados do controle jurisdicional. Seu conceito conheceu um desenvolvimento maior na Itália, onde Alessi distinguia entre discricionariedade administrativa, cujos critérios de decisão são puramente administrativos (por exemplo, a concessão de licença para uso de armas, um certificado de boa conduta), e discricionariedade técnica, que exige critérios técnicos, como, por exemplo, ordenar o fechamento de um estabelecimento por considerá-lo insalubre.³³

Aparece, aqui, o problema da relação entre o parecer técnico exarado por entidade consultiva e o ato administrativo. Na tradição mais antiga do Direito Administrativo, o tema sempre vinha posto em termos de uma separação estrutural entre ato de conhecimento e ato de vontade. Assim, o parecer técnico teria a essência cognitiva, seria apenas manifestação de conhecimentos técnicos e de correspondente verificação de fatos dados a exame. De sua parte, o ato administrativo estaria caracterizado pela essência voluntária da tomada de decisão. Em consequência, o parecer, por natureza, não poderia produzir fatos decisórios e, de seu lado, o ato administrativo, em face do parecer, seria absolutamente livre na expressão de sua vontade.

O moderno desenvolvimento da teoria da administração mostrou, no entanto, que uma separação estrutural deste gênero não dava conta do sentido complexo do ato administrativo enquanto um processo de formação do poder decisório. Diante disto, isto é, diante da percepção complexa do fenômeno decisório, “o parecer como ato isolado e contraponível à decisão constitui um sem sentido”.³⁴ A necessária visão articulada do referido fenômeno convence da necessária inserção do parecer (laudo técnico) e de sua utilização nos momentos formativos e determinantes da opção realizadora da administração.

Um dos elementos perceptíveis desta nova relação estrutural está na exigência de motivação dos atos administrativos. Os motivos, afinal, para serem reco-

³³ Cf. GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro, 2005. p. 191 ss.

³⁴ TRIMARCHI, Francesco. *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, Milano, 1974. p. 203.

nhecidos, têm de se exteriorizar de qualquer modo, devendo depreender-se mais ou menos diretamente de quaisquer dados ou circunstâncias exteriores ao agente. A motivação é, assim, a expressão externa dos motivos. Esta expressão é, em consequência, um elemento decisivo para a correta apreciação da legitimidade de um ato administrativo. Sem ela, o ato fica a mercê de um sem-número de motivos subjetivos e ocultos, mas presentes no ato decisório.³⁵

Ora, a motivação como elemento de controle da legitimidade dos atos torna visível o entrelaçamento entre fatores cognitivos e volitivos na formação do poder decisório. O conteúdo da decisão exteriorizada deve decorrer de premissas técnicas adotadas ou, no mínimo, não pode conflitar com elas. Por seu intermédio, é possível discernir entre discricionariedade e arbitrariedade.³⁶ Neste quadro, o parecer técnico ou laudo técnico deixa de ser um mero elemento de contraposição ao interesse decisório da Administração, para constituir um elemento informador do próprio ato de decidir.

Para bem balizar o entendimento, é preciso distinguir, no entanto, entre a chamada discricionariedade técnica imprópria e a discricionariedade técnica própria. Esta última ocorre quando a lei usa conceitos que dependem da manifestação de órgãos técnicos, não cabendo ao administrador se não uma única solução juridicamente válida. Nesse caso, o ato, embora com base em conceitos empíricos sujeitos à interpretação técnica, é vinculado. Na verdade, porém, o caráter vinculante de um parecer não o torna ato volitivo, mas significa que, entre o órgão decisório e a entidade consultiva, se estabelece uma conjugação de hipóteses. Por exemplo, se a lei determina que uma autorização só poderá ocorrer se houver parecer favorável, a existência deste implicará a ilegalidade da eventual omissão da autoridade em decidir. Isto, porém, não significa que o órgão decisório não possa valorar os termos do parecer exarado, chamando a atenção para aspectos, fazendo disto uma solicitação indireta de reexame até mesmo de fatos supervenientes.

Já a discricionariedade técnica imprópria ocorre quando o administrador se louva em critérios técnicos, mas não se obriga apenas por eles ou aprecia diferentes critérios, podendo exercer seu juízo conforme conveniência e oportunidade. Ao contrário da discricionariedade técnica própria, onde o preenchimento uniforme do conceito legal indeterminado aponta para a solução tecnicamente adequada, na discricionariedade técnica imprópria os critérios podem abrir um leque de opções tecnicamente adequadas aos fins propostos, cabendo ao administrador a decisão, ou ainda, os diferentes critérios técnicos empregados podem a favor ou contra determinado ato, ou vantagens e desvantagens, cabendo ao administrador ponderar e defini-lo segundo a conveniência e oportunidade.

Como vimos, a questão aqui enfrentada diz respeito ao local e número de acessos para um determinado trecho da rodovia. Os laudos técnicos para a cons-

³⁵ Cf. QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Estudos de Direito Público*. Coimbra, 1989. v. 1, p. 485.

³⁶ Idem, *ibidem*. p. 489.

trução de acessos envolvem estudos de tráfego, estudos geológicos e geotécnicos, hidrológicos, topográficos, estudo de impacto ambiental e de viabilidade econômica, projeto de segurança e de sinalização. São diferentes critérios decisórios que podem apontar para ponderações de vantagens e desvantagens técnicas em cada aspecto envolvido (econômico, geológico, topográfico, demanda de tráfego, segurança etc.), a partir dos quais a autoridade está tecnicamente apta a fundamentar sua decisão, observando os objetivos de integração, fluidez e segurança do tráfego de veículos. Vale dizer, os estudos não decidem, fundamentam a decisão.

Mesmo com base em laudo técnico, a autoridade pode interditar locais de acesso por razões de engenharia, mas, em virtude de outros critérios (necessidade, no tempo, de acesso provisório até que se construa um definitivo – urgência –, manutenção de acesso existente até que se providencie o definitivo – continuidade –, espaçamento menor ou maior entre um acesso e outro por razões de segurança – essencialidade – etc.), a autoridade opta por não realizá-la ou realizá-la parcialmente ou sob condições temporais (sujeitas a prazo).

Assim, no caso em tela, a racionalidade técnica opõe ou sopesa diferentes fatores que envolvem a viabilidade conforme exigências econômicas e de engenharia viária, compatibilizadas, coordenada e racionalmente, com a segurança do usuário. Trata-se, portanto, de discricionariedade técnica imprópria, como se vê, a propósito, na seguinte consideração:

“O ato administrativo de negar ou conceder acesso a uma determinada via pública ou a um ponto determinado de uma estrada – não carece de lei (Seabra Fagundes, op. cit. p. 105). Que melhores razões não ocorressem, dir-se-ia que o bloqueio de uma via pública é, em geral, uma característica substancial do objeto da obra. Integra-lhe o mérito. E ‘os atos de mérito são da atribuição do Poder Executivo, posto que os elementos que o constituem são dependentes do crédito político e meios técnicos peculiares ao exercício do Poder Administrativo (Seabra Fagundes ‘O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário’, 2. ed. p. 174). Mas em maior sentido, aí estaria a justificativa do bloqueio o poder de polícia tido pela Administração sobre a faixa de domínio e em relação ao tráfego. Polícia – ou poder de polícia – é definida, precisamente, como aquela atividade de Administração, excepcional e discricionária, que restringe coativamente a atividade individual, na proteção da segurança coletiva e da boa ordem da coisa pública.”³⁷

Tratando-se de discricionariedade técnica imprópria, não cabe ao Judiciário definir o local e número de acessos; no máximo cabe o controle da fundamentação do ato administrativo, que genericamente lhe é conferido pelo princípio de motivação dos atos administrativos, como pressuposto de sua legalidade.

Nessa hipótese, o ato administrativo do Município, autorizando a construção de um acesso, fora de qualquer plano de coordenação segundo as exigências do

³⁷ DUARTE, Flávio. *Aspectos Jurídicos da Rodovia*. Mauad Editora, p. 49, 50.

Sistema Viário Nacional, portanto, desligado de um estudo ou laudo técnico de viabilidade econômica e de engenharia, carrega, consigo, o ônus da fundamentação.

Em conseqüência, se o acesso realizado não é autorizado pelo competente poder federal ou estadual, ocorrendo à sua revelia, ou se contradiz o plano técnico efetivamente realizado pela autoridade competente ou, por delegação, pelo concessionário, ou se leva em consideração outras razões (por exemplo, interesse econômico do Município), desprezando o fundamento básico da segurança, o ato administrativo do Município não tem fundamentação, sendo, portanto, ilegal. Cumpre ao Poder Executivo (federal ou estadual), no exercício de seu poder de polícia, simplesmente bloqueá-lo. Por sua vez, se o acesso existente é autorizado e se planeja removê-lo, cabe à concessionária ou operadora da rodovia fundamentar tecnicamente a sua remoção ou reformulação, que será autorizada pelo poder concedente. E, por outro lado, a recusa de acesso mediante solicitação fundamentada do Município também deve estar embasada em fundamentação técnica.

Em qualquer dessas hipóteses, ao Judiciário cabe apenas, *no mérito*, o controle da existência da fundamentação, sendo nulo o ato não fundamentado, ou, *na forma*, apreciar o ato quanto aos limites da competência outorgada pela Constituição.

6 Conclusão

A análise empreendida permite delinear o seguinte quadro de soluções referente à construção de acessos nas margens de rodovias:

- (i) as rodovias estaduais e municipais são bens públicos de uso especial afetado ao interesse coletivo em vias de longo percurso integradas ao sistema viário nacional e com fluidez célere e segura de veículos. Como os acessos integram esses bens, e considerando que sua abertura ou manutenção afeta diretamente o interesse público perseguido, cabe ao ente titular do bem, estadual ou federal, definir o local e o número de acessos adequados a esses objetivos;
- (ii) tal definição deve estar fundada em critérios técnicos presentes em estudos de engenharia e de viabilidade econômica, haja vista que a racionalidade e eficiência são princípios do sistema viário nacional.

Portanto, a abertura e manutenção de acessos nas rodovias estaduais ou federais condiciona-se à autorização pelo titular do bem (Estado ou União), fundada em estudos técnicos. Em caso de exploração do bem por meio de concessão, a concessionária, responsável pela eficiência do serviço e pela manutenção dos bens concedidos, deve gerir a rodovia e solicitar por iniciativa própria, ou por provocação de terceiros, inclusive os Municípios, a abertura, reformulação ou remoção de acessos, com base em estudos técnicos, cuja execução condiciona-se à autorização pelo Poder Concedente.

Tal solução pauta-se por uma concepção de articulação e solidariedade entre os entes federados na persecução do interesse nacional. O fato de qualquer um dos entes prestar o serviço que lhe incumbe por meio de parceria com o particular não pode mudar a natureza pública dos interesses protegidos, transformando a questão em uma pseudo oposição entre interesse público *versus* interesse privado.

A autorização da abertura, reformulação ou remoção de acessos situa-se no campo de discricionariedade técnica imprópria do ente Estadual ou da União, conforme se trate de rodovia estadual ou federal. Como tal, deve louvar-se em estudos técnicos que considerarão fatores de viabilidade econômica, engenharia, demanda de tráfego e de segurança, mas não se vincula a uma determinada solução apontada por um determinado estudo. Antes, pondera os estudos e decide tendo em vista maior eficiência em termos de integração viária, fluidez de tráfego, segurança e modicidade de tarifas. Assim, a autorização pode ser recusada uma vez pautada em critérios técnicos.

Caso a solicitação do Município para abertura de acesso seja baseada em estudos técnicos, cumpre ao Estado ou União opor razões de ordem técnica, dentre elas, alternativas mais eficientes para atendimento da finalidade pública, para recusar a autorização. Caso a abertura de acesso seja realizada sem pedido de autorização e, portanto, sem estudo que a fundamente, o ente que detém a rodovia poderá removê-lo ou bloqueá-lo, independentemente de fundamentação técnica, pois o ônus da fundamentação cabe, no caso, àquele que deseja abrir o acesso. Caso o acesso já seja existente e autorizado, cabe àquele ente que deseja removê-lo fundamentar tecnicamente sua decisão.

Tratando-se de discricionariedade técnica imprópria, ao Judiciário cabe apenas, no mérito, o controle da existência da fundamentação, sendo nulo o ato não fundamentado, ou, na forma, apreciar o ato quanto aos limites da competência outorgada pela Constituição. Presentes estudos técnicos que demonstrem a inadequação ou irregularidade de acesso, não cabe ao judiciário discutir o mérito desses estudos ou da decisão administrativa neles pautada.