

Natureza Jurídica do Pedágio: A Teoria do Preço Tributário

Wagner Prando Nepomuceno *

Karen Müller Flores **

Resumo: A desvinculação de tributos à conservação e pavimentação da malha rodoviária nacional, instaurou o “caos” no setor rodoviário, apresentando-se como solução à cobrança de pedágio. Contudo, a instalação das praças de pedágio, muitas vezes em locais inadequados, ao menos do ponto de vista dos usuários, tem suscitado grandes problemas, entre eles a natureza jurídica do pedágio. O pedágio, tanto pode ser tributo (taxa de serviço), se subordina ao regime constitucional-tributário, ou, como preço público se subordina ao regime jurídico administrativo, ou ainda considerado um instituto *sui generis* (híbrido), ora taxa de serviço, ora preço público, ou ainda como preço tributário, instituto heterogêneo, subordinado aos regimes jurídico-tributário e administrativo conjuntamente, ambos albergados pelo Direito Constitucional.

Palavras-chave: pedágio; concessão de rodovias; natureza jurídica do pedágio.

Abstract: The linking of taxes to the conservation and paving of the national rail road, settled the chaos on the road sector; now presenting itself as solution to the charging of the car toll. However, the installing of the car toll square, many times in inappropriate places, at least according to the users' point of view, has raised big problems, among them the juristic nature of the car toll. The car toll can be a tax (service tax), it is subordinated to the constitutional-tributary regime or as public price it is subordinated to the administrative juridical regime, or still considered a *sui generis* institute (hybrid), sometimes service tax, sometimes public price, or still as tax price, heterogeneous institute, subordinated to the tax juridical and administrative regime together, both to defend by the Constitucional Law.

Key word: toll; concession of highways; legal nature of the toll.

Introdução

O presente estudo tem como escopo demonstrar as principais contribuições técnico-jurídicas existentes acerca da natureza jurídica do pedágio, e os problemas ocasionados por sua dúbia interpretação, com ênfase na legislação, doutrina e jurisprudência pátrias.

Inicialmente abordar-se-ão questões históricas, alienígenas e pátrias, destacando pontos relevantes, que serviram como alicerce para o melhor entendimento do presente trabalho.

Num segundo momento, passar-se-á ao estudo das concessões de rodovias, do qual o pedágio é a principal forma remuneratória - a mais difundida -, porém não a única, e talvez, nem a melhor.

Ao final, analisam-se o pedágio e suas diversas *naturezas jurídicas*, apresentando -se como: taxa de serviço; preço público, *sui generis* (dependendo da sua instituição para ser taxa ou

* Advogado e professor universitário. Especialista em direito Empresarial pela PUC/RS. Especialista em Processo Civil pela Unisinos. Mestre em Direito pela UCS.

** Advogada formada pela Universidade de Caxias do Sul, atuante na comarca de Farroupilha/RS. Aluna da Pós-Graduação em Direito Ambiental, na mesma instituição.

preço público), e ao final apresentar-se a teoria do preço tributário, figura heterogênea formado pela taxa de serviço e pelo preço público, decorrendo conseqüentemente a flexibilização dos regimes jurídicos.

Evolução histórica do pedágio

Ao contrário do que se possa imaginar o pedágio¹ é um instituto que soa história, sendo tão antiga quanto à própria organização social. Não há como definir uma data e local precisos em que tenha surgido, entretanto, acreditam os doutrinadores pátrios que sua origem remonta à Roma,² denominado *portorium*.³

No Brasil é possível encontrar institutos de cobrança semelhantes ao pedágio, desde os primórdios da colonização; por exemplo, no período colonial o direito de passagem sobre os rios (barcagem).⁴ No período imperial, com o surgimento da primeira estrada de rodagem no País, construída por meio de concessão, por Mariano Procópio Ferreira Laje, com recursos próprios,⁵ adquirindo assim o direito à cobrança de pedágio “das carroças e diligências que utilizavam a Estrada União e Indústria”,⁶ surgindo, assim, o pedágio hordienamente conhecido.

Com a Proclamação da República, a crise no sistema rodoviário apenas agravou-se, diante da ineficaz e insuficiente vinculação de recursos à manutenção e à conservação da malha rodoviária pátria, instalando-se no cenário nacional a instabilidade e vulnerabilidade do sistema rodoviário, e nele a figura do pedágio.

A natureza jurídica do pedágio é discussão constante entre doutrinadores e tribunais,

¹ Na lição de Bernardo Ribeiro de Moraes: “...vocábulo que provém do latim (pedatus, a, um: que tem pés; pedacticum, onde põe o pé), também conhecido como taxa de pedágio, taxa de abertura e conservação de estradas ou sobre taxa sobre circulação de veículos. A palavra ‘padágio’ indica o trânsito a pé (pes, pedis) e acha-se ligada à autorização que se dá ao transeunte para passar por um determinado trecho de caminho (estrada, túnel, ponte, calçada, canal etc.)”. Nesse sentido, o mesmo autor esclarece: “Bastava a simples passagem pelos caminhos ou áreas predeterminadas, seja a pé (pedágio), a cavalo, através de barco (barcagem) ou de veículos (rodágio); para ser devido o pedágio”. (*Compêndio de direito tributário*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v.1, p. 337)

Assim, é importante destacar que alguns autores, como, por exemplo, Sacha Calmon Navarro, defendem o uso da palavra rodágio ao invés de pedágio, em função de sua terminologia.

² MEIRELLES, Hely Lopes. Pedágio: condições para sua cobrança. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, p. 11-22, 1971, p. 14.

³ Segundo José Cretella Júnior e Geraldo de Ulhôa Cintra: “Portorium, ii, n. frete que se paga ao barqueiro. Cic. Portagem, tributo das fazendas que entram ou saem dos portos ou passam por pontes, rios. Imponere portorium singulis rebus: Cic. Pôr tributo sôbre tôdas as coisas”. (*Dicionário Latino-Português*. 7.ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1956, p. 931)

⁴ AMED, Fernando José; NEGREIROS, Plínio José Labriola de Campo; KANAMARU, Helder (colab.); LONGO, Moacir (colab.). *Histórias dos tributos no Brasil*. São Paulo: SINAFRESP, 2000, p. 105.

A SINAFRESP manifestou-se no sentido de que a remissão feita pelos autores não é fidedigna, conforme nota publicada. (Disponível em: <http://www.radiobras.gov.br/integras/00/integra_2710_4.htm> Acesso em: 22 ago. 2004)

⁵ DUARTE, Fabio Marcelo de Rezende. *Aspectos jurídicos das rodovias: tutela de uso comum, concessões rodoviárias, responsabilidade civil, e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997, p. 15.

⁶ DUARTE, Fabio Marcelo de Rezende. *Estudos e pareceres de direito rodoviário*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2002, p. 66-67.

pátrios e alienígenas.

A atual Constituição da República Federativa do Brasil, ao invés de pacificar o assunto, trouxe mais questões à arena. Nasce na seara jurídica o Imposto Estadual sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), vinculado ao setor rodoviário estadual, e o Imposto sobre Vendas a Varejo de Combustíveis Líquidos e Gasosos (IVVC), de competência municipal. Todavia, os impostos como tributos não-vinculados não obrigavam (e não obrigam), a aplicação desses recursos diretamente na conservação e manutenção da malha rodoviária.⁷ Assim, como nova tentativa – frustrada, criou-se o selo-pedágio (Lei 7.712/88), revogado pouco depois pela Lei 8.075/90, por ser considerado inconstitucional.⁸ Logo, depois, criou-se a Taxa de Conservação Rodoviária Federal, pela Lei 8.155/90, tendo como fato gerador o uso efetivo ou potencial das rodovias federais, também, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.⁹

Instituiu-se a Contribuição de Intervenção de Domínio Econômico (Cide), pela EC 33/2001 e Lei 10.336/2001, incidindo sobre a importação e a comercialização de petróleo, gás natural e seus derivados, e álcool etílico combustível, os quais deveriam ser empregados como determinava a lei que a instituiu; contudo, os recursos da Cide, na Lei Orçamentária de 2003, foram destinados não só ao custeio da malha rodoviária, mas também do pagamento de pessoal e encargos sociais no valor de R\$ 276,84 milhões, incluindo pagamento de aposentadoria e pensões dos servidores civis; pagamento de juros, encargos e amortização do estoque de todas as dívidas anteriores do setor, no valor de R\$ 752,7 milhões, entre outras incoerências a que são submetidos os recursos destinados à malha rodoviária brasileira, cada vez mais precária.¹⁰

Nessa sistemática, seguimos pelo estudo das conseqüências geradas por uma legislação *precária*, além, da inexistência de um sistema tributário realmente eficaz à manutenção e conservação das rodovias brasileiras.

Pedágio: características fundamentais

O poder público é o titular dos serviços públicos, delegando (concedendo) apenas seu exercício a entidades privadas ou vinculadas ao poder público (empresas públicas ou mistas, em

⁷ PESSOA, Ruy Silva. *Fontes de financiamento para a infra-estrutura rodoviária federal: necessidade de recomposição*. fev. 1993. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/livraria/tp.php?ano=1993>> Acesso em: 5 abr. 2004.

⁸ O selo-pedágio (Lei n. 7.712/88) foi declarado inconstitucional pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no julgamento da INAMS n. 90.01.14328-8/MG, em 12 de agosto de 1991. Relatora: Eliana Calmon.

⁹ PESSOA, op. cit. Nesse sentido a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal: ADI 447/DF - Distrito Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 05 dez. 2004)

¹⁰ PEREIRA JÚNIOR, José de Sena. *Consultoria legislativa: a CIDE e o financiamento do setor federal de transportes*, mar. 2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/diretoria/conleg/estudos/300600.pdf>> Acesso em: 7 abr. 2004.

regra),¹¹ tendo o pedágio, como principal fonte remuneratória das concessões de rodovias, além, das receitas alternativas, complementares, acessórias e os projetos associados,¹² novidade introduzida pela Lei 8.987/95.

Os contratos de concessão rodoviários devem ser precedidos de processo licitatório, definido por Meirelles como:¹³ “...documento escrito que *encerra a delegação* do poder concedente, define o objeto da concessão, delimita a área, forma e tempo da exploração, estabelecendo os direitos e deveres das partes e dos usuários do serviço”. (Grifo nosso)

Um dos pontos primordiais das concessões de rodovias é o estudo de viabilidade econômico-financeira. É nessa fase que o concessionário analisa a possibilidade de amortização dos investimentos efetuados e a obtenção de lucros, inclusive quanto as receitas alternativas, complementares ou acessórias,¹⁴ como forma de proteger o usuário de tarifas ou tributos abusivos.

Sendo os contratos de concessão de rodovias, por natureza, contratos de longa duração,¹⁵ imprescindível é a flexibilidade do contrato à manutenção do equilíbrio-econômico do mesmo, durante o período contratual.¹⁶

Os contratos de concessão podem ser remunerados por taxa de serviço público ou preço público.

As taxas de serviço público, como subespécie de tributo subordinada ao regime constitucional-tributário, só poderão ser exigidas mediante contraprestação do Estado, nunca por particulares ou empresas privadas, tendo como base de cálculo o custo do serviço público, mesmo que aproximado, bem como ao tempo despendido para a realização desse e as condições do contribuinte;¹⁷ qualquer incidência diversa, seria inconstitucional.¹⁸ Além disso, deve-se respeitar o princípio da legalidade. Dessa forma, para que a cobrança seja válida e legal, é necessária a edição de duas leis, “*uma*, de natureza administrativa, regulando [...] a prestação do serviço público, e *outra*, de índole tributária, qualificando estas atuações estatais e atribuindo-

¹¹ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviços públicos*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 21.

¹² GARCIA, Flávio Amaral. *Regulação Jurídica das Rodovias concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 171.

¹³ MEIRELLES, op. cit., p. 374.

¹⁴ “Nota-se que receitas alternativas, complementares ou acessórias são por exemplo, as decorrentes, em uma rodovia concedida, da exploração por terceiros de restaurantes, postos de abastecimento de combustíveis e outras iniciativas paralelas. [...] Vale dizer: projetos associados, ao contrário de atividades alternativas, complementares ou acessórias, não guardam relação direta com o objetos da concessão. Juridicamente, porém, essa distinção não me parece relevante, na medida em que a lei trata igualmente todas essas atividades”. (AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviços públicos*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 51)

¹⁵ GARCIA, op.cit., p. 133.

¹⁶ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviços públicos*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 53.

¹⁷ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Comentários ao Código Tributário Nacional: Lei 5.172, de 25.10.1966*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 141.

¹⁸ MORAES, op.cit., p. 7-13.

lhes o efeito de, uma vez realizadas, darem nascimento, *in concreto*, à modalidade de tributo ora em estudo.”¹⁹

Nem todos os serviços públicos específicos e divisíveis poderão ser remunerados por taxas, mas tão-somente os previstos em lei como de utilização compulsória.²⁰ Nesse sentido, Roque Antonio Carrazza²¹ elucida que existem serviços públicos gerais (*uti universi*) e específicos (*uti singuli*); os primeiros beneficiam um número indeterminado de pessoas (iluminação, segurança pública, diplomacia, entre outros); já, no segundo caso, os serviços beneficiam uma pessoa determinada ou um número determinado de pessoas, podendo ser mensurado (telefonia, transporte coletivo, água, energia elétrica, entre outros).

O preço público, por sua vez, é uma receita não-tributária, portanto, subordinada ao regime jurídico administrativo. Dessa forma, sendo uma obrigação contratual (*ex voluntate*) nem sempre apresentará uma equivalência entre o custo e o *produto*.²²

Portanto, se pedágio é preço público não apresentaria limites. A cobrança sem limites, ao menos objetivos, é, no mínimo incoerente e leviano por parte da administração pública.

Direito de locomoção

Segundo reza o art. 5º, inciso XV da Carta Magna: “É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”. Contudo, inexistem direitos fundamentais absolutos no Direito pátrio. Nesse sentido, anotam Santos e Motta:²³ “Não há um só direito, por mais fundamental, que seja absoluto: todo direito tem como correspondente um dever igual e contrário em intensidade e força”.

Desse modo, insustentável é a alegação da necessidade de vias alternativas para legitimar a cobrança de pedágio. Além disso, a Lei 8.987/1995, em seu artigo 9º, §2º dispõe: “Somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário”, reforçando ainda mais o pensamento do constituinte, no sentido da não-obrigatoriedade de via alternativa, ante a cobrança de pedágio. Conforme registra Garcia,²⁴ “não se nega a nenhum cidadão o direito de utilizar uma rodovia e, via de conseqüência, de exercer o seu direito constitucional de locomoção”, mas tão-somente é

¹⁹ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 312.

²⁰ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 51-52.

²¹ CARRAZZA, op. cit., p. 312-316.

²² MORAES, 2002, p. 328.

²³ MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. *Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e 1.000 questões*. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 73.

²⁴ GARCIA, op.cit., p. 155-157.

condicionado à cobrança de pedágio.

A jurisprudência pátria, contrariamente ao exposto, majoritária e sabiamente, manifesta-se pela obrigatoriedade de via alternativa gratuita, para legitimar a cobrança de pedágio.²⁵

Condições de trafegabilidade das rodovias

O pedágio é pago em razão do uso da via pública, independente de condições especiais dessa, “é forçoso reconhecer que via de acesso restrito ou remunerado não deverá apresentar necessariamente condições especiais de tráfego”, até em razão de não se poder exigir certas condições das estradas históricas; porém, a conservação deve ser contínua. Ainda assim, deve existir logicidade e coerência na adoção da medida (extrema) pelo poder público.²⁶

O Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina entende como condições inerentes à cobrança do pedágio, “condição especial da obra, mais vantajosa para o usuário, e coloque a sua disposição outra alternativa livre e gratuita. Inobservados esses requisitos, não se pode tributar algo apenas pelo seu uso”.²⁷

Isenções totais e parciais

Hodiernamente, com base no art. 2º do Decreto-lei 791/69, - único dispositivo legal sobre o tema - apenas os carros oficiais e diplomáticos, de propriedade das pessoas jurídicas de direito público são isentos.

O sistema de isenção é rígido, e assim deve permanecer, haja vista que “nenhuma isenção institui, pura ou simplesmente, um favor. O impacto das isenções na equação econômico-financeira do contrato é preocupante.²⁸ Portanto, “ilegal a norma que disciplinar qualquer espécie de isenção de tarifa”, sem previsão alternativa, conforme preceitua o art. 35 da Lei 9.074/1995.

Aristóteles já dizia: “Deve-se tratar igual os iguais e desigualmente os desiguais, na

²⁵ Nesse sentido, ver: Apelação e reexame necessário 598235596; Apelação Cível 598355485; e, Apelação Cível 599469475, todas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, são alguns exemplos (*TRIBUNAL do Rio Grande do sul*. Disponível em: www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 26 set. 2004). No mesmo sentido: Processo: 200200180470 (*TRIBUNAL Regional Federal da 4ª Região*. Disponível em: www.trf4.gov.br> Acesso em: 26 set. 2004); e Resp. n. 417.804-PR (2002/0018047-0) (*SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 25 mar. 2004). Em sentido contrário, ver: BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ementa 261439. (*TRIBUNAL de Justiça do Estado de São Paulo*. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>> Acesso em: 26 set. 2004)

²⁶ SAVARIS, José Antonio. *Pedágio: pressupostos jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 241-243.

²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação cível em mandado de segurança n. 96.007575-5. Relator: Des. Carlos Prudêncio. Ementa: Mandado de segurança. Cobrança de pedágio. Requisitos. Ausência de disposição, por parte do utente, de acesso alternativo livre e gratuito. Afronta à norma constitucional. Ilegalidade e inconstitucionalidade. Data da Decisão: 11/03/1997. (*TRIBUNAL de Justiça do Estado de Santa Catarina*. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia_documento.jsp?p_id=AAAG5%2FAAHA_AABBCAAH&p_query=%7Bped%E1gio%7D> Acesso em: 12 set. 2004)

²⁸ GARCIA, 2004, p. 168-169.

medida dessa desigualdade”.²⁹ Nesse sentido, legitima a isenção da cobrança para os moradores dos municípios limítrofes, ou, moradores de pequenos municípios, tendo como única via de acesso a municípios maiores, economicamente dependentes, a rodovia pedagiada? Qual a proporcionalidade (e progressividade) existente entre o valor exigido dos usuários em relação ao número de quilômetros rodados? As hipóteses aventadas não apresentam respostas fáceis ou óbvias, nem se pretende aqui responder às questões suscitadas, mas tão-somente levantar alguns pontos a serem discutidos, para quem sabe numa posterior análise respondê-las.

Respeitável é o posicionamento do doutrinador Duarte,³⁰ acerca do tema, apesar de dele discordar-se. Conforme se depreende:

É público e notório que a Rodovia BR-116, como de resto as principais estradas do país, atravessa diversos municípios, cidades e vias, quase sempre contíguas umas das outras. *Se fosse conceder isenções a todos os moradores dessas inúmeras comunidades, ninguém ou muito poucos pagariam a tarifa de pedágio, posto que são exatamente essas pessoas que mais se utilizam da rodovia*, a qual permite o tráfego e o trânsito entre as suas comunidades e as grandes capitais. Assim, de duas uma. Ou teríamos uma tarifa absurdamente alta para compensar as isenções concedidas aos moradores daquelas regiões; ou não teríamos o contrato de concessão de serviço público.

Parece um pouco sarcástico o autor, entendendo correta a oneração demasiada a que estão sujeitos esses usuários, como se o pedágio fosse mera forma expropriatória, tendo seu fim precípua no lucro do concessionário. Se o autor tivesse de viver (ou sobreviver) com um ou dois salários-mínimos, certamente não pensaria dessa forma.

As decisões jurisprudenciais, por sua vez, refletem, na grande maioria, as aspirações sociais, sem deixar de considerar as demais partes envolvidas (poder público e concessionário). A consciência social dos julgadores, com certeza, tem evitado muitos transtornos à sociedade, causados por atitudes inconseqüentes do poder público. Não parece, nesses casos, que exista respeito entre os meios empregados para se alcançar os fins almejados, situação que os tribunais pátrios começam a modificar.

Natureza jurídica do pedágio

Pedágio como taxa de serviço público

Entende Carrazza,³¹ que o pedágio é verdadeira *taxa de serviço*, não-obstante seu *nomen iuris*, exigido em razão da utilização das rodovias, conforme preceitua a Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 150, inciso V. Contudo, se o pedágio é taxa, não se

²⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 80.

³⁰ DUARTE, Fabio Marcelo de Rezende. *Estudos e pareceres de direito rodoviário*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2002, p. 117-122.

³¹ CARRAZZA, op. cit., p. 324.

apresenta nos moldes da atual Constituição, que legitima a cobrança de taxa de serviço pela utilização efetiva e potencial. Seria uma terceira modalidade de taxa não-albergada constitucionalmente?

Na lavra de Amaro,³² o pedágio apresenta-se de forma insólita na atual Constituição da República Federativa do Brasil, posição com a qual concorda-se.

Importante é ressaltar que a exceção ao princípio do livre-tráfego de bens ou pessoas pelo território nacional legitima a cobrança de pedágio, conseqüentemente, reconhecendo-lhe natureza tributária. Além disso, é exigido em razão da utilização efetiva da rodovia, não se enquadrando na definição constitucional de taxa. Dessa forma, segundo o autor tem-se uma verdadeira taxa de utilização de bem público, e não, taxa de serviço. Entretanto, assevera que a doutrina majoritária entende ser a Constituição Federal taxativa ao dispor sobre as hipóteses de incidência das taxas. Nesse sentido, vale ressaltar a posição minoritária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul,³³ que, em certa ocasião reconheceu no pedágio natureza tributária, na subespécie taxa de serviço.

A teoria ora apresentada, certamente tem logicidade e o respeito à doutrina e jurisprudência pátrias, contudo não satisfaz todas as questões propostas.

O pedágio não é taxa, porque não se enquadra perfeitamente no conceito de taxa de serviço, como ora se apresenta na Constituição da República Federativa do Brasil; porém, sua localização sistemática, no capítulo referente ao sistema tributário nacional, com certeza não pode ser relevada a segundo plano. Parece que, apesar de o constituinte não tê-lo enquadrado como taxa de serviço, subordinou-o aos princípios tributários, elevando-o a tributo, porém não como taxa de serviço.

Pedágio como preço público

Na opinião de Amaral,³⁴ pedágio é tarifa (preço público), justificando-se, como administrativista que é, com as regras de Direito Administrativo. Num primeiro momento alicerçando seu posicionamento no art.175, inciso, inciso III, preceitua sobre a política tarifária; segundo, porque a Lei 8.987/95, em seu art. 9º, §2º e §4º versa sobre revisão de tarifas e revisão do contrato, respectivamente; em terceiro, porque a Lei 8.666/93, no art. 65, inciso II, discorre

³² AMARO, Luciano. *Direito Tributário*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 50.

³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ementa: Tributário. Pedágio. Exigido pelo estado caracteriza-se como taxa de serviço e subordina-se ao principio da legalidade, não podendo ser instituído por mero Decreto. Antecipação de tutela corretamente concedida. Agravo desprovido. Agravo de Instrumento n. 597194752, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, julgado em 07/10/1998. (*TRIBUNAL de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 25 set. 2004)

³⁴ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Concessão de rodovias e cobrança de pedágio, p. 21-33 In: ANDRADE, Letícia Queiroz de (org.). *Decisões e parecer sobre pedágio*. São Paulo: ABCR, 2002, p. 24-26.

sobre o acordo entre as partes, contrapondo-se à voluntariedade do preço público, à compulsoriedade do tributo.

Data vênia, classificar o pedágio como preço público, com base no art. 175 da Magna Carta, sem se referir ao art. 150, inciso V do mesmo diploma legal, é, antes de tudo, uma contradição ao princípio da unidade da Constituição da República Federativa do Brasil. Ademais, é notório que o uso facultativo das rodovias inexistente. Rodovias em boas condições de trafegabilidade não é luxo, mas necessidade, sinônimo de progresso.

Consoante entendimento do doutrinador Berti,³⁵ insubsistente a teoria do pedágio-taxa, haja vista que o valor a ser exigido constará de contrato celebrado entre poder concedente e o concessionário, independente de sua instituição fundamentar-se em lei inexistindo sujeição aos princípios tributários. Além disso, é exigido pelo concessionário, e não, pelo poder público. Assevera que melhor seria enquadrar o pedágio como tarifa, pois inexistente natureza tributária; assim sendo, facultativa, exigida pelo concessionário (não-vinculada).

Certamente, a posição sistemática do pedágio na Constituição da República Federativa do Brasil não é decisiva para declarar-se a natureza jurídica do pedágio como tributo; todavia não deve e nem pode ser desprezada. Além disso, o fato do pedágio ser exigido pelo concessionário ou pela poder público, não é elemento contundente ou quanto muito de extrema relevância. Parece que o constituinte, ao dispor que a cobrança de pedágio pelo poder público repele a cobrança por pessoas físicas e não concessionárias, estaria atuando em nome da administração pública, e não, em nome próprio.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em seus julgados tem reconhecido ao pedágio natureza administrativa (contratual), na figura do preço público.³⁶

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, manifestou-se uma única ocasião sobre a natureza jurídica do pedágio atual, quando da análise do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 800-5/RS, versando sobre a constitucionalidade do Decreto 34.417 do Rio Grande do Sul.³⁷

Apesar de parte da doutrina e da jurisprudência pátrias reconhecer o pedágio como preço público, é notório que não perfaz totalmente as indagações doutrinárias, nem os anseios sociais, uma vez que os tribunais não conseguiram pacificar o assunto.

³⁵ BERTI, Flávio de Azambuja. *Pedágio: natureza jurídica à luz do sistema constitucional*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 145-158.

³⁶ Nesse sentido ver: Embargos Infringentes n. 70005612247; Apelação Cível n. 70000154625; Apelação Cível n. 70000154625; Apelação Cível n. 598041804; Apelação Cível n. 599413671; Apelação Cível n. 598305126; Apelação Cível n. 598189744. (*TRIBUNAL de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 25 set. 2004).

³⁷ Nesse sentido ver: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 800-5/RS. (*SUPREMO Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 25 set. 2004)

Pedágio como instituto *sui generis*

Uma terceira corrente, que *a priori* parece ser a mais correta legalmente, enfatiza que o pedágio tanto pode ser tributo como preço público, dependendo da forma de sua instituição. Tese defendida por doutrinadores como Mello,³⁸ Cassiano, Danilevicz, Berni,³⁹ Baleeiro,⁴⁰ Moraes,⁴¹ entre outros.

Interessante é a posição de Sacha Calmon Navarro Coêlho,⁴² quanto à flexibilização dos regimes jurídicos, colocando em discussão a possibilidade de aplicação dos regimes tributário e administrativo ao mesmo tempo; em outras palavras, defendendo a adoção de um regime híbrido, ora legal, ora contratual.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em alguns de seus julgados, tem reconhecido o pedágio como instituto *sui generis* ou híbrido.⁴³ Assim, será preço público quando derivar de uma relação facultativa (contratual), imprescindível para tanto a existência de via alternativa. Destarte, legitima sua instituição via decreto do Poder Executivo, pois se subordina ao regime jurídico administrativo. Entretanto, será tributo, na subespécie taxa, quando compulsório, adstrito aos princípios tributários. Além do que, diante do princípio da legalidade, todo e qualquer tributo deverá ser instituído por lei e somente por lei. Além disso, inexistente é a obrigatoriedade de vias alternativas.

Pedágio como preço tributário

Das teorias existentes, nenhuma perfaz totalmente nossas expectativas; poder-se-ia dizer que todas estão corretas, porém não totalmente; todas estão erradas, porém não totalmente. Diante disso, ousa-se, propor uma nova teoria, mais protetiva ao usuário, entretanto sem qualquer prejuízo à administração pública ou ao concessionário. Assim, a teoria do preço tributário pretende fazer o reconhecimento da natureza dúbia do pedágio, ao mesmo tempo preço

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Natureza jurídica do pedágio: taxa? preço público? *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 32, p. 21-26, 2000, p. 23.

Nesse sentido, também o parecer elaborado à Associação Brasileira de concessionárias de Rodovias (ABCR), em setembro de 2000, sob o título Pedágio. (ANDRADE, Letícia Queiroz de (org.). *Decisões e parecer sobre pedágio*. São Paulo: ABCR, 2002, p. 11-20)

³⁹ CASSIANO, Adão Sergio do Nascimento; DANILEVICZ, Igor; BERNI, Maurício Batista. *Direito tributário*. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 30.

⁴⁰ BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário*. 11.ed. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 112-113.

⁴¹ MORAES, 2002, p. 310.

⁴² COÊLHO, Sacha Calmon Navaro. *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 55-56.

⁴³ Nesse sentido ver: Apelação e Reexame Necessário n. 598235596; Apelação Cível n. 598355485; Apelação Cível n. 599469475. (TRIBUNAL de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 25 set. 2004).

e tributo, formando uma figura heterogênea,⁴⁴ num raciocínio garantista (aos usuários) e limitativo (ao poder administrativo).⁴⁵

O princípio da unidade da Constituição procura “determinar o ponto de equilíbrio diante das discrepâncias que possam surgir na aplicação das normas constitucionais, cuidando de administrar eventuais superposições”.⁴⁶ No caso em tela, o princípio da unidade da Constituição garante ao instituto do pedágio mais do que uma clara definição sobre sua natureza jurídica, mas constitucionalidade a essa limitação.

Importantíssimos, também, são os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que associados ao princípio da unidade constitucional, formam o alicerce, a viga-mestra da logicidade de nossa teoria.

A razoabilidade decorre de bom senso, moderação, equivalência entre os meios empregados ao alcance dos fins desejados, tendo em vista sempre a medida menos gravosa para a obtenção dos fins almejados, num binômio *ônus versus* benefício. Segundo Pontes⁴⁷ assevera que “a proporcionalidade concretiza a própria essência do Estado de Direito. A proibição do excesso representa o núcleo do princípio da proporcionalidade”.

A doutrina pátria majoritária diria que se o pedágio apresenta natureza jurídica de taxa, subordinando-se ao regime constitucional-tributário, ou, se preço público, ao regime constitucional-administrativo.⁴⁸ Todavia, não se pode esquecer que o pedágio foi legitimado constitucionalmente no capítulo referente aos tributos; assim, se ele é preço público, não é regido unicamente pelo Direito Administrativo. A nosso ver, o pedágio é um preço público com natureza tributária, portanto um instituto heterogêneo, o que se denomina de *preço tributário*. Importante ressalva faz Savaris,⁴⁹ dispondo brilhantemente:

Enquanto parte da doutrina brasileira se perde no debate entre taxa e preço público e parte dela resigna à imposição de serviços obrigatórios remunerados por preço independentemente de lei, a doutrina, [...], a jurisprudência espanhola cuidaram de focalizar o núcleo do trauma, qual seja, a limitação do poder discricionário como efetiva garantia atribuída ao cidadão pelo princípio da reserva de lei.

⁴⁴ “Heterogêneo. Adj. 1. de diferente natureza. 2. Composto de partes de diferente natureza”. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da língua portuguesa*. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 285)

⁴⁵ José Antonio Savaris reforça o posicionamento na medida em que se refere ao preço obrigatório. Nesse sentido, ver Savaris, op. cit., p. 76-87)

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 189.

⁴⁷ PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 43-58.

⁴⁸ Como se viu no item anterior, ao se tratar do pedágio como instituto sui generis, Sacha Calmon Navarro Coêlho é o único dos autores consultados por nós que apresenta a possibilidade da aplicabilidade dos regimes tributário e administrativo em conjunto, porém, sem entrar em detalhes. (*Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 55-56)

⁴⁹ SAVARIS, op.cit., p. 77-79.

A teoria do preço tributário abarca tanto a teoria do preço, como da taxa (*lato sensu*), assim sujeitando-se, tanto aos princípios tributários como aos administrativos. O instituto do pedágio merece uma atenção especial do legislador. Não poderá, o usuário, ficar à mercê da incapacidade legislativa e do comodismo dos tribunais pátrios, ora declarando tributo, ora preço, porque esse parece ser o primeiro passo para o absolutismo.⁵⁰ Certamente, ignorar a flexibilização dos regimes é uma falha imperdoável!

Assevera Albert Einstein:⁵¹ “Você não pode provar uma definição. O que você pode fazer, é mostrar que ela faz sentido”. Destarte, a “opção” pelo regime tributário, administrativo, misto ou tributário-administrativo, não pode ser vista como preterição de uma teoria incorreta à outra correta. Entende-se que, a opção pelo regime tributário-administrativo é uma classificação mais útil, lógica, proporcional, e razoável diante de suas características protetivas e limitativas, daí sua grande relevância prática. .

Considerações finais

Na busca de uma melhor compreensão do tema proposto no presente artigo, foi necessário o estudo de vários aspectos do pedágio, com a finalidade de incorporar conhecimento sobre a matéria, para após serem delimitadas a análise e as conclusões sobre a natureza jurídica propriamente dita.

Atualmente, são notórias, as más condições de trafegabilidade das rodovias pátrias, sejam elas pedagiadas ou não; reflexo de inúmeras tentativas frustradas de vinculação de recursos à construção e manutenção da malha rodoviária nacional.

Como se viu, a natureza jurídica do pedágio intriga a doutrina e jurisprudência pátrias, e, por vezes, complica a vida dos usuários, que muitas vezes recorrem ao Poder Judiciário para garantir seus direitos. Nesse passar, a teoria do preço tributário mostra-se uma solução pacífica para o tema, com a flexibilização dos regimes tributário e administrativo, formando o regime tributário-administrativo, que transmite maior segurança à ordem jurídica pátria, e, conseqüentemente, à coletividade.

Referências

⁵⁰ Não se pode retroceder a época em que “o raciocínio da prática tributária portuguesa era o inverso do justo: cobrava-se o que era necessário, ignorando-se os riscos desta cobrança sem limites”. (AMED, Fernando José; NEGREIROS, Plínio José Labriola de Campo; KANAMARU, Helder (colab.); LONGO, Moacir (colab.). *Histórias dos tributos no Brasil*. São Paulo: SINAFRESP, 2000, p. 103)

⁵¹ *CONVITE À FÍSICA*. Disponível em: <http://www.conviteafisica.com.br/home_fisica/frases/einstein.htm> Acesso em: 26 set. 2004.

- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviços públicos*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. Concessão de rodovias e cobrança de pedágio. In: ANDRADE, Letícia Queiroz de (Org.). *Decisões e parecer sobre pedágio*. São Paulo: ABCR, 2002.
- AMARO, Luciano. *Direito Tributário*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- AMED, Fernando José et al. *Histórias dos tributos no Brasil*. São Paulo: Sinafresp, 2000.
- ANDRADE, Letícia Queiroz de (Org.). *Decisões e parecer sobre pedágio*. São Paulo: ABCR, 2002, p. 11-20.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário*. 11.ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BERTI, Flávio de Azambuja. *Pedágio: natureza jurídica à luz do sistema constitucional*. Curitiba: Juruá, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CASSIANO, Adão Sergio do Nascimento; DANILEVICZ, Igor; BERNI, Maurício Batista. *Direito tributário*. Porto Alegre: Síntese, 2000.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- CONVITE À FÍSICA. Disponível em: <http://www.conviteafisica.com.br/home_fisica/frases/einstein.htm> Acesso em: 26 set. 2004.
- CRETELLA JÚNIOR, José e CINTRA, Geraldo de Ulhôa: *Dicionário latino-português*. 7.ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1956.
- DUARTE, Fabio Marcelo de Rezende. *Aspectos jurídicos das rodovias: tutela de uso comum, concessões rodoviárias, responsabilidade civil, e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.
- _____. *Estudos e pareceres de direito rodoviário*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2002.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da língua portuguesa*. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- GARCIA, Flávio Amaral. *Regulação Jurídica das Rodovias concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Pedágio: condições para sua cobrança. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, p. 11-22, 1971.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Natureza jurídica do pedágio: taxa? preço público? *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 32, p. 21-26, 2000.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. A transferência do “pedágio”: uma injusta e ilegítima concessão. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 12, p. 7-13, set. 1996.

_____. *Compêndio de direito tributário*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v.1.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. *Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e 1.000 questões*. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Comentários ao Código Tributário Nacional: Lei 5.172, de 25.10.1966*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA JÚNIOR, José de Sena. *Consultoria legislativa: a CIDE e o financiamento do setor federal de transportes*, mar. 2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/diretoria/conleg/estudos/300600.pdf>> Acesso em: 7 abr. 2004.

PESSOA, Ruy Silva. *Fontes de financiamento para a infra-estrutura rodoviária federal: necessidade de recomposição*. fev. 1993. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/livraria/tp.php?ano=1993>> Acesso em: 5 abr. 2004.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

SAVARIS, José Antonio. *Pedágio: pressupostos jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/>> Acesso em: 25 mar. 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 23 jun. 2004.

TRIBUNAL de Justiça do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>> Acesso em: 12 set. 2004.

TRIBUNAL de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>> Acesso em: 26 set. 2004.

TRIBUNAL de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 25 set. 2004.

TRIBUNAL Regional Federal da 4ª Região. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>> Acesso em: 26 set. 2004.