

NATUREZA JURÍDICA DO PEDÁGIO

Carlos Araújo Leonetti *

Sumário: Introdução; 1. Breve histórico da questão; 2. O pedágio na Constituição de 1988; 3. A cobrança de pedágio no Brasil; 4. O posicionamento atual da doutrina e jurisprudência. 5. A eterna discussão sobre a distinção taxa/tarifa; 6. Nossa posição pessoal; 7. Supostos óbices à exigência de pedágio; Conclusão; Referências.

Resumo: Este ensaio visa identificar a natureza jurídica do pedágio, exação cobrada pelo uso de inúmeras vias públicas no Brasil, à luz da Constituição de 1988. A determinação da exata natureza desta exação revela-se imprescindível ao exame jurídico das questões a ela relativas. Para atingir-se o objetivo colimado, parte-se do resgate histórico da exação, procede-se à sua análise à luz da redação da Constituição de 1988, examina-se o posicionamento da doutrina e da jurisprudência brasileiras para, finalmente, concluir-se que o pedágio pode tanto revestir a natureza de tributo (e, neste caso, será uma taxa) como de tarifa, dependendo de determinadas circunstâncias.

Palavras-chave: Pedágio; tributo; tarifa; taxa-pedágio; Constituição; via pública.

Abstract: This essay aims identify the juridical nature of the road tolls, under the Brazilian Constitution provisions. We will start with a brief history of the toll roads in Brazil. In a second moment, we will study the toll roads under the Brazilian Constitution provisions. Later, we will see the jurisprudence and courts opinion to, eventually, conclude that the toll roads will be taxes, or not, depending on the circumstances.

Keywords: Tolls; road tolls; tax; tariff; Constitution, public road.

Introdução

Um dos temas que continuam desafiando os juristas, não só no Brasil mas em outras nações, neste início de milênio, é a natureza jurídica do pedágio. Esta questão, aparentemente despida de maior importância,

* Mestre e Doutor em Direito. Professor de Direito Tributário nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da UFSC. Professor convidado em diversas Instituições do Brasil. Procurador da Fazenda Nacional em Santa Catarina. Ex *Visiting Scholar* no *International Tax Program* da *Harvard Law School*. Autor de três livros e de diversos artigos. Sócio Efetivo do Instituto Histórico e Geográfico de Santa Catarina.

na verdade reveste-se de enorme relevância, na medida em que define o regime jurídico a que se submete esta exação.

Com efeito, se o pedágio for um tributo, conforme entende boa parte da doutrina e jurisprudência pátrias, sua instituição e cobrança deverão obedecer, rigorosamente, às normas, constitucionais e infra-constitucionais, aplicáveis aos tributos em geral, o que implica limitação à atuação do Estado. Por outro lado, em se considerando o pedágio uma exação não-tributária, ou seja, tarifa ou preço, seu manejo estará livre das amarras constitucionais aplicáveis aos tributos.

Assim, discutir e identificar a real natureza jurídica do pedágio, constitui tema de grande relevância e interesse não apenas para os juristas, mas para os agentes políticos, os cientistas políticos e a Sociedade em geral, uma vez que tem inegáveis repercussões no exercício da cidadania.

1. Breve histórico da questão

A discussão relativa à natureza jurídica do pedágio no Brasil não é nova: sua origem remonta à entrada em vigor da Emenda Constitucional 1/69, que suprimiu a expressa referência ao pedágio como exceção ao chamado princípio da liberdade de tráfego. Até então, o pedágio constava no texto da Constituição (de 1967), a exemplo do que já ocorrera na Carta de 1946, como ressalva à limitação ao tráfego de pessoas ou bens por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais (art. 20, II..) Ocorre que a EC 1/69, que deu nova redação ao texto da Constituição de 1967, ao prever o princípio em seu art. 19, II, suprimiu tal ressalva.

Esta modificação no texto constitucional propiciou que parte da comunidade jurídica passa a entender que o pedágio não mais era um tributo, da espécie **taxa**, conforme se afirmava anteriormente.¹ Na esteira deste novo entendimento, o Decreto-lei nº 971/69 definiu o pedágio como **preço público** ou **tarifa**.²

¹ Flávio Bauer Novelli, em nota de rodapé em BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 177.

² Idem.

Assim, até a entrada em vigor da EC 1/69, a natureza jurídica tributária do pedágio, integrando a espécie taxa, era praticamente consensual na doutrina e na jurisprudência pátrias. Este entendimento derivava do fato de o constituinte haver se referido ao pedágio como ressalva a uma vedação aplicável a tributos (CF 67, art. 20, II). O raciocínio era lógico e, aparentemente, irrefutável: toda exceção a uma regra deve estar compreendida nesta, se não tal ressalva se revelaria desnecessária. Em outras palavras, se o constituinte de 1967 não considerasse o pedágio um tributo, não haveria porque excepcioná-lo, expressamente, da vedação insculpida no art. 20, II, uma vez que esta só se aplicava a tributos. Tal raciocínio, conforme se verá adiante, a nosso sentir, merece reparos.

Mas, voltemos à entrada em vigor da EC 1/69. Como o entendimento de que o pedágio era tributo repousava, basicamente (para não dizer, única e exclusivamente) no texto constitucional, mais especificamente no art. 20, II, a alteração deste dispositivo alimentou a corrente que defendia revestir o pedágio a natureza de preço público (ou tarifa).³ Aliomar Baleeiro, por exemplo, que antes da EC 1/69 entendia ser o pedágio (ou o rodágio, como ele preferia) uma taxa, parece ter aceitado a tese de que a mudança constitucional permitiu lhe fosse outorgado, pela lei, o regime de preço público, como o fez o já citado Decreto-lei nº 971/69.⁴

2. O pedágio na Constituição de 1988

Com o advento da Carta de 1988, a situação relativa à natureza jurídica do pedágio parece ter sofrido outra mudança radical. É que o constituinte, ao insculpir o velho princípio da liberdade de tráfego, “ressuscitou” a ressalva do pedágio, no seguintes termos:

Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

³ Neste artigo, usamos “preço público” e “tarifa” como sinônimos, embora estejamos conscientes de que tal presunção não é pacífica.

⁴ BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. Atualizada por Misabel Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 547-548.

[...]

V- estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;

Vê-se, de logo, a diferença entre a atual redação e a constante na CF de 1967, que se referia à cobrança de pedágio “**para atender ao custo das vias de transporte.**” Agora, esta exação somente pode ser exigida “**pelo uso de vias conservadas pelo Poder Público.**” A novel redação, a nosso ver, tem como mérito deixar claro que o pedágio, independentemente de revestir a natureza de tributo ou de tarifa, apenas pode ser exigido pelo efetivo uso da via, jamais pela sua disponibilidade, como fazia crer o texto da Carta de 1967.

Por outro lado, a expressão “vias conservadas pelo Poder Público”, a nosso sentir, merece críticas pela sua ambigüidade, uma vez que não explicita os requisitos para a cobrança da exação, abrindo um leque muito amplo. Tal espectro é ainda ampliado pela falta de normas gerais sobre pedágio, a serem obrigatoriamente veiculadas por lei complementar (federal), segundo o disposto no art. 146, III, da Carta Magna, pelo menos para as hipóteses em que o pedágio revestir natureza tributária.⁵

O texto deste dispositivo também contempla uma aparente redundância, uma vez que se refere a **via** (obviamente pública) **conservada** pelo Poder Público. Ora, poder-se-ia perguntar, é possível admitir-se uma via pública que não seja conservada pelo Poder Público? Acaso nossa Constituição estaria prevendo duas espécies de vias públicas: a conservada e a não conservada? A nós, parece que a redundância se justifica e pode ter sido até proposital. Com efeito, apesar de que, em princípio, toda via pública deva ser (devidamente) conservada pelo Poder Público competente, o fato é que, pelo menos no Brasil, isto não

⁵ Este dispositivo constitucional prevê que a lei complementar disponha sobre as normas gerais de direito tributário e, especialmente, sobre a definição de tributo e suas espécies. Assim, em sendo o pedágio um tributo, as normas gerais a ele lei aplicáveis deveriam constar em lei complementar, o que não ocorre.

é verdade. Assim, temos inúmeras vias de transporte, em especial rodovias, tanto federais como estaduais, em estado precário de conservação, devido à carência de recursos.

Assim, ante esta realidade, diga-se cruel, na medida em que contribui para a morte e a invalidez de milhares de pessoas a cada ano, com infortúnio para sua família, e com sérios prejuízos de ordem financeira, tanto para o setor privado como para o público, o constituinte de 1988, a exemplo do que já o fizeram seus congêneres em 1946 e em 1967, decidiu prever a possibilidade de custear a conservação das vias públicas por pedágio, pago por seus usuários.

3. A cobrança de pedágio no Brasil

Como se sabe, o pedágio é uma instituição milenar, que ganhou novo fôlego com a reconstrução dos países após a Segunda Grande Guerra, inicialmente nos Estados Unidos e mais tarde, na Europa, onde experimentou notável desenvolvimento, em especial na França e na Itália. No Brasil, apesar de um nascimento tímido nos anos 40, ganhou enorme impulso nos anos 80. Hoje em dia, há cobrança de pedágio, em rodovias estaduais, na Bahia, Minas Gerais, Espírito Santo, Rio de Janeiro, São Paulo, Paraná e Rio Grande do Sul, além de alguns trechos de vias federais. Como regra, o pedágio é cobrado por empresa privada concessionária da exploração da via. Em alguns Estados, como Rio Grande do Sul e São Paulo, entretanto, há trechos de rodovias estaduais que são cobrados pedágio administradas por autarquia estadual⁶ ou por sociedade de economia mista controlada pelo Estado.⁷

Registre-se que há autores, como Sacha Calmon Navarro Coêlho, que interpretam o vocábulo “conservadas” como via dotada de serviços especiais, tais como: pista dupla, iluminação, telefones de emergência ao longo da via, serviços de resgate médico e socorro mecânico, circuito fechado de

⁶ Tanto no Rio Grande do Sul como em São Paulo, os Departamentos de Estradas de Rodagem - DER.

⁷ Em São Paulo, a DERSA - Desenvolvimento Rodoviário S.A.

TV etc.,⁸ com o que não compartilhamos. Para nós, “via conservada” deve ser entendida como aquela objeto de serviços permanentes e eficazes de manutenção, de sorte que a via esteja sempre em boas condições de uso, de acordo com as normas técnicas aplicáveis, em todos os seus aspectos (pista de rolamento, acostamento, sinalização vertical e horizontal, “guard rails”, policiamento ostensivo, serviços de resgate médico e de socorro mecânico, etc.). Assim, a existência de pista dupla (ou múltipla), a nosso sentir, não é requisito indispensável para a cobrança do pedágio, uma vez que não se constitui em requisito essencial para que uma via possa ser usada com segurança. Vale dizer, as normas técnicas aplicáveis às vias de transporte, inclusive rodovias, não exigem que estas sempre tenham mais de uma pista de rolamento. Obviamente, se a via, além de ser conservada, apresentar pista dupla, maior será a justificativa para se cobrar pedágio.

4. O posicionamento atual da doutrina e jurisprudência

Quanto à natureza jurídica do pedágio, objeto primordial deste artigo, a verdade é que, a partir da Carta de 1988, a idéia segundo a qual aquele sempre revestirá natureza tributária, vem sendo defendida pela quase totalidade da doutrina e da jurisprudência brasileiras. Com efeito, tributaristas do porte de Luciano Amaro,⁹ Misabel Derzi,¹⁰ Roque Antônio Carrazza,¹¹ Leandro Paulsen,¹² entre outros, comungam deste entendimento. A mesma opinião é, ainda que com algumas defecções, compartilhada pelos nossos tribunais, inclusive pela Suprema

⁸ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 70. Nesta obra, Coelho defendia que o pedágio podia revestir a natureza de taxa ou de tarifa, conforme o regime jurídico adotado. Posteriormente, passou a entender que o pedágio será sempre preço, ou público ou privado. Veja-se: COELHO, Sacha C. N. **Curso de direito tributário Brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 426-428.

⁹ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 48-50.

¹⁰ DERZI, Misabel *in* BALEEIRO. **Direito....** Op. cit., p. 548-550.

¹¹ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 251-253.

¹² PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: Constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 219.

¹³ Neste sentido, PAULSEN, op. cit., p. 219-225.

Corte.¹³ Um dos poucos autores que entendem revestir o pedágio natureza jurídica de preço é Sacha Calmon Navarro Coêlho, que reviu seu posicionamento anterior.¹⁴ Outro jurista de renome que defende a natureza não-tributária do pedágio é Ricardo Lobo Torres, para quem a ressalva contida na segunda parte do inciso V, do art. 150, da Constituição, tem finalidade meramente didática.¹⁵

De modo geral, o fundamento dos que defendem a tese de que o pedágio revestiria, obrigatoriamente, a natureza de tributo, da espécie taxa, não podendo o legislador adotar outro regime jurídico, consiste no fato de o constituinte de 1988 ter mencionado a exação (única e exclusivamente) no art. 150, V, que integra o Capítulo I, do Título VI, dedicado ao Sistema Tributário Nacional.

Por outro lado, ainda segundo estes juristas, o fato de o pedágio estar referido como uma exceção (a segunda parte do inciso V, do art. 150) à uma regra geral que cuida de tributos (a primeira parte do mesmo dispositivo) corroboraria a inteligência de que o pedágio integra a categoria tributo. Em outras palavras: se o constituinte não considerasse o pedágio como tributo, não haveria porque ressaltá-lo de uma regra só aplicável a tributos, uma vez que já estaria automaticamente excluído.

5. A eterna discussão sobre a distinção taxa/tarifa

Como se vê, a questão relativa à distinção entre taxa e tarifa e, em especial, aos critérios para a adoção de uma ou outra no custeio de uma atividade estatal, perspassa a discussão do tema deste artigo.

Há quem sustente a tese segundo a qual o principal critério para se distinguir taxa de tarifa seria a compulsoriedade, ou não, do uso do respectivo serviço. Ou seja: quando o usuário tivesse outra opção para usufruir a utilidade objeto da cobrança, estar-se-ia diante de um preço; se não

¹⁴ Vede nota 8.

¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 65.

a tivesse, de uma taxa.¹⁶ A Súmula 545¹⁷ do Supremo Tribunal Federal, editada na vigência da Constituição de 1946, teria corroborado este entendimento. Mas, na verdade, como afirma Luciano Amaro,¹⁸ a súmula em comento diz o óbvio, pois o pagamento de qualquer taxa, como tributo que é, revela-se sempre compulsório. Para nós, este critério se revela insatisfatório, uma vez que as taxas de serviço podem ter como fato gerador a prestação de serviço público, desde que específico e divisível, ainda que sua utilização não seja compulsória.¹⁹ Para outros, todo serviço público, específico e divisível, seja prestado direta ou indiretamente pelo Poder Público, deve ser custeado por taxa, jamais por tarifa.²⁰

Parte da doutrina, no entanto, vem entendendo que há poder de opção do regime jurídico de custeio dos serviços públicos pelo legislador, embora aquele não seja ilimitado. Para estes doutrinadores, há hipóteses em que o legislador pode optar entre escolher o regime de taxa ou o de tarifa, mas há outras em que a adoção do regime de taxa seria obrigatória. A grande dificuldade aqui, sobre a qual a doutrina diverge, consiste em saber quando se trata de um serviço sujeito à primeira hipótese ou, à segunda.

Para Luciano Amaro,²¹ por exemplo, o regime de taxa é obrigatório, para os serviços públicos, específicos e divisíveis:

- a) **inerentes ao Poder Público**, que se constituem nas tarefas clássicas do Estado, como a prestação jurisdicional, a emissão de passaportes e outros documentos etc.;
- b) que, embora não inerentes ao Poder Público, se revelam **vitais à sobrevivência da coletividade**, tais como coleta e tratamento de

¹⁶ Neste sentido, MARTINS, Ives Gandra. Taxa e preço público. *Caderno de Pesquisas Tributárias*, n. 10, p. 174-176.

¹⁷ Esta súmula é do seguinte teor: "Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu."

¹⁸ AMARO, op. cit., p. 42.

¹⁹ É o que se depreende do exame conjunto dos art. 145, II, da Constituição e 79, I, b, do CTN.

²⁰ Neste sentido. ATALIBA, Geraldo. Considerações em torno da teoria jurídica da taxa. *RDP* n. 9, p. 51; GRECO, Marco Aurélio; SOUZA, Hamilton Dias de. Distinção entre taxa e preço público. *Caderno de Pesquisas Tributárias*, n. 10, p. 114-115.

²¹ AMARO, op. cit., p. 44-45.

esgotos. Nesta segunda hipótese, pouco importaria se o serviço é prestado diretamente pelo Poder Público, ou por entidade, pública ou privada, concessionária ou permissionária.

Já para Sacha Calmon Navarro Coêlho, a liberdade de escolha do legislador quanto ao regime jurídico a ser adotado para o custeio de serviços públicos só encontraria limites na Constituição. Para o notável tributarista mineiro, mesmo os serviços ditos essenciais à sobrevivência da coletividade, como fornecimento de energia elétrica, tratamento e distribuição de água, coleta e tratamento de esgotos etc., podem ser custeados por tarifa, **desde que a lei assim o determine**.²²

Compartilhamos o entendimento de Coêlho. Com efeito, conforme já comentado, a própria Constituição deixa claro que os serviços públicos, objeto de concessão ou permissão, podem ser custeados por tarifas. É o que se depreende da leitura sistêmica do disposto nos já citados artigos 150, par. 2º e 3º, e 175, da Carta de 1988. Assim, a nosso sentir, sempre que o serviço (específico e divisível) deva ser prestado diretamente pela Administração Pública, por imposição constitucional ou legal, o regime será o de taxa, ainda que a lei adote outro. Nos casos em que a execução do serviço pode ser, e efetivamente o é, delegada a outra entidade, pública ou privada, o legislador poderá optar entre o regime de taxa e o de tarifa.

6. Nossa posição pessoal

Para nós, o argumento esposado pela maioria da doutrina e jurisprudência pátrias para reconhecer que o pedágio é sempre um tributo não convence. Se, por um lado, parece óbvio (e com isto concordamos) que o constituinte entendeu que o pedágio poderá estar compreendido no gênero tributo, pelas razões já arrolados, por outro, não cremos que o dispositivo constitucional determine que o pedágio **sempre** revista natureza tributária.

²² Seria a hipótese, *v.g.*, do valor pago pelos serviços postais que, a nosso sentir, reveste a natureza jurídica de taxa, uma vez que são de competência exclusiva da União (CF/88, art. 22, X.) O fato de a União, por lei, ter repassado esta missão a uma empresa pública federal (a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos) não desnatura a exação.

Isto é, em nossa opinião, o disposto no inciso V, do art. 150, da Carta de 1988, deve ser interpretado da seguinte forma: “o pedágio está ressalvado da vedação ali contida, **ainda que revista natureza tributária**”. Ou seja: o constituinte admite que o pedágio poderá revestir tanto a natureza de tributo como de tarifa, mas deixa claro que, quando este for tributo, não estará sujeito à limitação do art. 150, V. Este nosso entendimento encontra respaldo no próprio texto constitucional, assim como na teoria geral do direito tributário, conforme se verá a seguir.

Com efeito, conforme já exposto, nossa Constituição admite que as atividades estatais, que os compêndios de direito financeiro e de ciência das finanças costumam denominar, genericamente, serviços públicos, podem ser remunerados tanto por tributos (taxas) como por tarifas (ou preços públicos).²³ A Carta de 1988, por exemplo, prevê a cobrança de tarifas (ou preços) pelo Poder Público, pelo menos no art. 150, par. 3º e no art. 175, III.

O primeiro dispositivo exclui da imunidade intergovernamental recíproca (art. 150, VI, *a* e par. 2º) as situações em que a entidade pública cobre “preços ou tarifas”²⁴ do usuário de seus serviços. Veja-se que o citado par. 3º faz expressa referência à alínea *a* do inciso VI, o que poderia fazer crer que os órgãos da administração pública direta (aos quais se aplica esta alínea) poderiam cobrar tarifas dos usuários de seus serviços. Para nós, tal conclusão seria errônea. Com efeito, o serviço prestado diretamente pelo Poder Público, ou será custeado por taxa, em se tratando de serviço público específico e divisível ou o será pelos impostos; jamais por tarifa.²⁵ Assim, a menção à alínea *a* do inciso VI teve apenas o escopo de enfatizar que a imunidade intergovernamental recíproca não prevalece frente às situações previstas no parágrafo 3º. Neste giro, este dispositivo (par. 3º do

²³ Neste sentido, BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 13. ed. Atualizada por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 122-127; HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 55-58, HORVATH, Estevão e OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Manual de direito financeiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 55-56.

²⁴ Com esta redação, parece que o constituinte estaria sinalizando no sentido de que preços públicos e tarifas não se confundem, tema que não é objeto de análise neste artigo.

²⁵ Neste sentido, HORVATH, Estevão; OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Manual de direito financeiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 51 e 55.

art. 150) deixa claro que as autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público podem cobrar tarifas dos usuários de seus serviços.

Já no art. 175, a Carta prevê que os serviços públicos poderão ser prestados de forma indireta, sob o regime de concessão ou permissão, assegurados os direitos dos usuários, **política tarifária** (grifos nossos) e a obrigação de manter serviço adequado.

Ora, é sabido que dentre os “serviços públicos” (aqui entendidos as atividades estatais em geral, ainda que não se amoldem ao conceito de serviço público no sentido estrito) que têm sido objeto de permissão ou concessão (especialmente esta última), com autorização legal, encontra-se a administração e conservação de rodovias e outras vias de tráfego. Neste sentido, veja-se, por exemplo, o texto da Lei Federal nº 10.233/01, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e regula a concessão de “exploração de infra-estrutura de transporte público” federal (art. 13, I). Este diploma legal, em diversos dispositivos, deixa claro que tal exploração, pela concessionária, será remunerada mediante a cobrança de **tarifas**,²⁶ que deverão atender ao princípio da “modicidade” (art. 28, I). As leis estaduais que disciplinam a concessão da exploração de rodovias igualmente prevêm a cobrança de tarifas.

Nosso entendimento, portanto, a respeito da natureza jurídica do pedágio, à luz da Carta de 1988, é que esta tanto pode ser de tributo (e, neste caso, será sempre uma taxa) como poderá revestir a forma de tarifa. Se a via pública objeto da cobrança de pedágio for administrada diretamente pelo Poder Público, seja por órgão da administração direta, seja por entidade autárquica²⁷ ou mesmo, por empresa controlada pelo Estado,²⁸ a exação revestirá, necessariamente, a natureza de taxa, ainda que

²⁶ Por exemplo, nos arts. 28, I e II; 34-A, par. 2º, VI e 35, VII.

²⁷ É o caso dos Departamentos de Estradas de Rodagem - DER, do Estado de São Paulo e do Rio Grande do Sul, que administram alguns trechos de rodovias estaduais, nos respectivos territórios.

²⁸ Por exemplo, a DERSA - Desenvolvimento Rodoviário S.A., sociedade de economia mista controlada pelo Estado de São Paulo, que administra alguns trechos de rodovias estaduais paulistas. Neste caso, como o citado na nota anterior, não há concessão da exploração da rodovia. O Estado continua administrando-a, embora o faça por meio de uma entidade por ele criada. Neste sentido, veja-se o *site* da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias - ABCR. Disponível em: www.abcr.org.br. Acesso em: 12.maio.2004.

a lei diga o contrário. Se a via for explorada por entidade particular, mediante concessão, autorização ou permissão, a escolha compete ao legislador, ao disciplinar a cobrança de pedágio como, *v.g.*, o fez o legislador federal na já citada Lei nº 10.233/01.

Conforme já visto, quando o pedágio revestir a natureza de taxa, sua cobrança não fere a vedação expressa no art. 150, V, da Carta Magna. Oportunamente, diga-se que a ressalva feita ao pedágio no citado dispositivo decorreu das dúvidas que à época (como agora) havia sobre a efetiva natureza jurídica do pedágio. Assim, o constituinte quis garantir que a legitimidade da cobrança de pedágio, que no final da década de 1980 já experimentava sensível expansão no Brasil, não fosse contestada nos tribunais ao agito do princípio da liberdade de tráfego.

Outra poderosa razão, a nosso sentir, para se concluir que o constituinte de 1988 não determinou que o pedágio sempre fosse tributo, reside na absoluta incompatibilidade entre a natureza tributária do pedágio e sua cobrança por empresas privadas, uma vez que, como regra geral, conforme já visto, as entidades concessionárias da exploração de vias públicas revestem tal forma jurídica. Com efeito, se o pedágio sempre é tributo, como sustenta a maioria da doutrina e da jurisprudência, como admitir que este seja exigido, fiscalizado e arrecadado por entidade privada com fins lucrativos, como sói acontecer com as concessionárias? Não seria tal possibilidade inadmissível em face do próprio conceito de tributo? A nós parece que sim.

Não se diga, aqui, que o fenômeno da parafiscalidade resolveria esta “aparente” contradição. Na verdade, a parafiscalidade tem sido amplamente admitida entre nós, mas sempre restrita a entidades públicas (autarquias, como o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social) e privadas que exerçam função pública (e, obviamente, sem fins lucrativos) como os sindicatos, o SESI - Serviço Social do Comércio, etc.

Em sendo taxa, hipótese, na prática, rara, o pedágio não pode ser reduzido à taxa de serviço, como pretendem alguns tributaristas, como Misabel Derzi e Roque Carrazza, entre outros. Para nós, tal redução se revela inviável, por duas razões:

- a) ao contrário das taxas de serviço, o pedágio jamais pode ser exigido apenas pela disponibilidade da via pública conservada, conforme sempre entenderam nossa doutrina e jurisprudência;
- b) diferentemente das taxas de serviço, o fato gerador do pedágio é o **uso** de um bem público, neste caso, uma via pública conservada. Ainda que se possa entender seja a via dotada de alguns serviços especiais, que as vias de uso gratuito não apresentam, o núcleo da hipótese de incidência consiste no uso do bem, e não na prestação destes.

Desta forma, entendemos que, quando o pedágio revestir natureza tributária, será uma taxa de terceira (sub)espécie, não se enquadrando nem como taxa de serviço, nem como taxa de polícia. A esta novel espécie chamamos **taxa-pedágio**. Assim, não concordamos com a doutrina tradicional que entende que a Constituição de 1988 apenas admitiria a taxa de serviço e a taxa de polícia (art. 145, II.)

Para nós, quando o pedágio for tributo (e não temos dúvida que este pode sê-lo), certamente será uma taxa, pois que o perfil daquele, entre as espécies tributárias hoje aceitas,²⁹ melhor se amolda ao desta. Com efeito, como tributo vinculado, que é, por excelência, o fato gerador da taxa será sempre uma atuação estatal específica **direta** e **imediatamente** referida ao contribuinte e, neste passo, distingue-se das contribuições de melhoria e das contribuições especiais em que tal referibilidade é **indireta** e **mediata**.³⁰ Ora, como o fato gerador do pedágio, conforme já visto, consiste no uso de uma via pública conservada, resta claro que há uma atuação estatal (a conservação da via e a prestação, efetiva ou potencial, dos serviços especiais) referida ao contribuinte (o usuário da via) de forma direta, uma vez que não há intermediários na relação Poder Público (ou concessionário) e usuário, e imediata, já que a atuação estatal ocorre imediatamente, isto é, durante o uso efetivo da via (nem antes e nem depois).

²⁹ Em nossa opinião, em número de cinco, a saber: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais. Neste sentido, veja -se nossa obra: LEONETTI, A **contribuição de melhoria na Constituição de 1988**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 32-36.

³⁰ ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 152.

Outra possível opção seria considerar o pedágio, como tributo, uma espécie tributária autônoma, o que não nos parece razoável, uma vez que este se amolda ao perfil geral das taxas.

Dessa forma, como tributo, o pedágio será uma taxa da sub-espécie **taxa-pedágio**, à qual se aplicarão as normas gerais que regem a espécie. Seu fato gerador é o uso (sempre efetivo) de uma via pública conservada diretamente pelo Poder Público, seja por órgão integrante da administração direta, seja por entidade autárquica ou empresa controlada pelo Poder concedente. A base de cálculo, como as das taxas em geral, será fixada em lei, devendo guardar uma relação direta com o custo da atuação estatal em que consiste o respectivo fato gerador. Como a determinação exata deste custo revela-se impossível na prática, é de admitir que o Poder Público estime a base de cálculo da taxa-pedágio, a partir de parâmetros ligados ao custo da conservação da via, tais como: distância percorrida pelo usuário, tipo de veículo, peso, número de eixos, dimensões etc. Finalmente, o contribuinte da taxa-pedágio será o usuário da via, assim entendido o proprietário, o possuidor, ou o condutor, na forma da lei instituidora.

Obviamente, considerações estranhas à determinação do custo da atividade estatal não podem ser admitidas na fixação da base de cálculo como, por exemplo, o valor venal do veículo, o seu ano de fabricação, a potência do motor etc. Também não se admite a cobrança da taxa-pedágio pela mera disponibilização da via pública, uma vez que a expressão “uso de via”, sem adjetivação, empregado pela Carta de 1988, deve ser entendida como uso efetivo.³¹

7. Supostos óbices à exigência de pedágio

Muito se tem dito, também, sobre supostas limitações à cobrança de pedágio. Uma delas, diz respeito à existência de via alternativa gratuita

³¹ Note-se que no art. 145, II, o constituinte deixou claro que as taxas de serviço, e apenas estas, podem ser exigidas pela mera disponibilidades dos serviços, o que não se verificou no art. 150, V.

àquela por cujo uso se cobra pedágio. Esta tese mereceu acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça.³² Ao que parece, o fundamento deste entendimento seria o princípio constitucional da liberdade de locomoção, insculpido no art. 5º, *caput* e inciso LVIII.

Não compartilhamos deste entendimento. Para nós, entender a cobrança pelo uso de via pública conservada como ofensa ao direito de ir-e-vir, constitui um verdadeiro exagero. O que repugna à Constituição, a nosso ver, é a imposição de óbices, de qualquer natureza, à livre circulação das pessoas, desde que tais empecilhos não estejam amparados na lei. A possibilidade de cobrança de pedágio, conforme já visto, está prevista expressamente na própria Carta Magna e é sempre precedida de lei, que a disciplina. Por outro lado, é do interesse geral que as vias sejam mantidas em bom estado de conservação. Aduza-se, ainda, que a cobrança de pedágio não é o único óbice de natureza financeira capaz de limitar, na prática, o uso das vias públicas pelos condutores de veículos. Os valores despendidos com combustíveis, imposto sobre a propriedade de veículos, taxa de licenciamento, seguro obrigatório etc. também colaboram para que determinado proprietário de veículo não o use tanto quanto gostaria. Nem por isso se afirma que o princípio da livre locomoção estaria sendo ferido.

Por derradeiro, nada impede que o legislador, ao instituir o pedágio, seja como taxa, seja como tarifa, exclua de sua cobrança determinados usuários,³³ a fim de dar concretude aos princípios constitucionais da igualdade tributária e da capacidade contributiva.

Outra suposta restrição ao uso de pedágio, apontada pela doutrina,³⁴ refere-se às vias intramunicipais, ou seja, aquelas cujo traçado está, inteiramente, contido no território de um único Município. Tal inteligência decorreria da redação do inciso V, do art. 150, da Constituição de 1988, cuja primeira parte se refere, expressamente, a “tributos interestaduais ou intermunicipais”.

³² Resp. 417804-PR. STJ. 1ª. T, j. 12.11.02., unânime.

³³ Por exemplo, a lei pode isentar (em caso de taxa) ou vedar a cobrança (no caso de tarifa), os veículos de transporte coletivo, a fim de que não haja transferência do encargo financeiro para seus usuários, normalmente pessoas pobres.

³⁴ Neste sentido, AMARO, op. cit., p. 145.

Discordamos deste entendimento. Para nós, a menção que o constituinte fez aos tributos interestaduais e intermunicipais se deve ao fato de que, no passado, Estados e Municípios usaram, e abusaram, do expediente de criar tributos (usualmente taxas), com fins meramente arrecadatórios, incidindo sobre a passagem de pessoas ou bens de seu território para o de outra entidade política.

Na verdade, a nosso ver, a vedação do inciso V, do art. 150, aplica-se também a tributos intramunicipais, desde que não estejam expressamente ressalvados na Constituição. Aliás, entendemos que tal dispositivo revela-se despiciendo, uma vez que o princípio maior da liberdade de tráfego (art. 5º, *caput* e inciso LVIII) já veda a limitação ao livre trânsito de pessoas ou bens por meio de tributos, exceto nos casos permitidos pela Constituição.³⁵

Apenas *ad argumentandum tantum*, ainda que a vedação do art. 150, V, se cingisse aos tributos interestaduais e intermunicipais, a solução, para nós, seria a mesma, uma vez que o dispositivo seria interpretado como: " **quando** o pedágio for um tributo interestadual ou intermunicipal, estará ressalvado desta vedação".

Conclusão

Em face do raciocínio desenvolvido neste ensaio, e a partir dos pressupostos nele adotados, pode-se concluir que o pedágio pode tanto revestir a natureza jurídica de tributo como de tarifa (ou preço público.) Se a via pública objeto da cobrança de pedágio for administrada diretamente pelo Poder Público, seja por órgão da administração direta, seja por entidade autárquica³⁶ ou mesmo por empresa controlada pelo Poder concedente,³⁷ a exação revestirá, necessariamente, a natureza de taxa, ainda

³⁵ Por exemplo, a incidência de ICMS nas saídas intermunicipais e interestaduais de mercadorias e nos serviços de transporte de passageiros e de carga, e a cobrança de ISS no serviço de transporte coletivo urbano.

³⁶ É o caso dos Departamentos de Estradas de Rodagem - DER, do Estados de São Paulo e do Rio Grande do Sul, que administram alguns trechos de rodovias estaduais, nos respectivos territórios.

³⁷ Por exemplo, a DERSA - Desenvolvimento Rodoviário S.A., sociedade de economia mista controlada pelo Estado de São Paulo, que administra alguns trechos de rodovias estaduais paulistas. Neste caso, como no citado na nota anterior, não há concessão da exploração da rodovia. O

que a lei diga o contrário. Se a via for explorada por entidade particular, mediante concessão, autorização ou permissão, a escolha compete ao legislador, ao disciplinar, a cobrança de pedágio como, *v.g.*, o fez o legislador federal na Lei federal nº 10.233/01.

Quando revestir a natureza de tributo, o pedágio será uma taxa, da subespécie **taxa-pedágio**, à qual se aplicarão as normas gerais que regem a espécie. Seu fato gerador é o uso (sempre efetivo) de uma via pública conservada diretamente pelo Poder Público, seja por órgão da administração direta, seja por entidade autárquica ou empresa controlada pelo Estado. A base de cálculo, como as das taxas em geral, será fixada em lei, devendo guardar uma relação direta com o custo da atuação estatal em que consiste o respectivo fato gerador. Como a determinação exata deste custo revela-se impossível na prática, é de admitir que o Poder Público estime a base de cálculo da taxa-pedágio, a partir de parâmetros ligados ao custo da conservação da via, tais como: distância percorrida pelo usuário, tipo de veículo, peso, número de eixos, dimensões etc. Finalmente, o contribuinte da taxa-pedágio será o usuário da via, assim entendido o proprietário, o possuidor, ou o condutor, na forma da lei instituidora.

Referências

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ATALIBA, Geraldo. Considerações em torno da teoria jurídica da taxa. *RDP* nº 9.

_____. **Hipótese de incidência tributária**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. Atualizada por Misabel Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 6. ed. Atualizada por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

Estado continua administrando-a, embora o faça por meio de uma entidade por ele criada. Neste sentido, veja-se o *site* da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias - ABCR Disponível em : www.abcr.org.br. Acesso em: 12.maio.2004.

_____. **Uma introdução à ciência das finanças**. 13. ed. Atualizada por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. **Curso de direito tributário Brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRECO, Marco Aurélio; SOUZA, Hamilton Dias de. Distinção entre taxa e preço público. **Caderno de Pesquisas Tributárias**, nº 10.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HORVATH, Estevão; OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Manual de direito financeiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEONETTI, Carlos Araújo. **A contribuição de melhoria na Constituição de 1988**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

MARTINS, Ives Gandra. Taxa e preço público. **Caderno de Pesquisas Tributárias**, nº 10.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: Constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**, 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.