PEDÁGIO — CONSTITUCIONALIDADE — CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO

— Tratando-se de preço público e não de taxa, não há exigência de previsão constitucional para a sua cobrança.

A regulamentação da cobrança de pedágio é da competência dos Estados, dentro de seu território, respeitadas as normas gerais do direito financeiro.

— Interpretação do Decreto-lei n.º 791, de 1969.

— Idem, do Decreto-lei n.º 392, de 1968.

PARECER

1. No direito brasileiro, a Constituição de 1946 consagrou expressamente a cobrança do pedágio no seu art. 27, admitindo, outrossim, no artigo 30, inciso III, que a União, os Estados e os Municípios podiam cobrar "quaisquer outras rendas que possam provir do exercício de suas atribuições e da utilização des seus bens e serviços".

2. A Constituição de 1967 também reconheceu explìcitamente o direito de cobrar pedágio no seu art. 20, inciso II, especificando que se destina a referida cobrança ao custo de vias de transporte.

A doutrina, ao interpretar o texto mencionado, esclareceu que *custo de vias de transporte* "são as despesas de construção, conservação e melhoramento de estradas", de acôrdo com a terminologia da Constituição de 1946, não podendo implicar em fraude à regra jurídica que veda tributos interestaduais ou intermunicipais.

Na matéria esclarece, com a sua habitual proficiência, PONTES DE MIRANDA que:

"Se a União, o Estado-membro, o Distrito Federal e o Município precisam aterrar mangues, ou abrir túneis, para os quais recorrem a taxas, isto é, à cobrança de contribuições que perfaçam o custo das obras ou o custo e a mantença delas, para o que somam conta de custo e conta de conservação, o artigo 20, II, não lhes impede exigir as taxas, porque não haveria passagem para pessoas, bens ou veículos, se o atêrro não tivesse sido feito ou os túneis não tivessem sido abertos. Claro que, se se trata de simples pretexto e o tributo não tem a finalidade concreta que se lhe dá, ou só em parte a tem, *inconstitucional*, em todo o seu objeto, ou em parte, é nula a regra de direito fiscal. Foi isso, na esteira dos nossos *Comentários* às Constituições anteriores, que a Constituição de 1946 explicitou e se transmitiu à de 1967." (*Comentários à Constituição de 1967*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, vol. II, p. 388.)

Tratando da tributação, a Constituição de 1967 fêz a distinção entre impostos, taxas e contribuições (art. 19), admitindo a cobrança das taxas "pelo exercício regular do poder de polícia ou pela utilização de serviços públicos, específicos e indivisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição". Na terminologia constitucional,

entendeu-se, pois, que o pedágio se enquadrava como taxa atendendo aos requisitos normativos do diploma fundamental (PONTES DE MIRANDA, ob, e loc. citados).

3. A Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, publicada no *Diário Oficial* de 20 de outubro de 1969 e republicada no mesmo órgão de 20 do mesmo mês, esclarece no seu artigo 8.º, inciso XV, letra *d*, que compete à União "explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, as vias de transporte entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de Estado ou território".

A *contrario sensu*, cabe aos Estados explorar as vias de transporte que não liguem portos marítimos nem fronteiras e não transponham os limites do território e uma das unidades da Federação.

É verdade que o art. 20, inciso II, da Emenda Constitucional, que corresponde ao artigo com a mesma numeração da Constituição de 1967, não fêz mais nenhuma referência ao pedágio, mas tal fato decorre de inexistir, na realidade, qualquer razão para que o mencionado artigo faça remissão ao pedágio. Efetivamente, o art. 20, inciso II, se limita a vedar os tributos interestaduais ou intermunicipais que, evidentemente, não se confundem nem se identificam com o pedágio. Ao contrário, ocorria uma impropriedade terminológica nos textos anteriores quando se considerava a validade do pedágio como uma espécie de exceção à proibição de tributos interestaduais, quando se tratava, de fato, de entidades totalmente diversas, pela sua natureza e pela sua finalidade.

O que se pretendeu proibir nos sucessivos textos constitucionais vigentes no Brasil, desde a proclamação da República, foi a cobrança do impôsto de trânsito entre os Estados e do impôsto de importação interestadual, como já os denominava RUY BARBOSA, analisando o art. 11 da Constituição de 1891. (BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos e ordenados por HOMERO PIRES, S. Paulo, Saraiva & Cia., 1932, 1.º vol., p. 365).

THEMÍSTOCLES CAVALCANTI elucida que o texto constitucional veda, no caso, "impostos sôbre o tráfego como os de barrreira, de tonelagem, de embarque, de viação, enfim, todos aquêles que embaraçam a livre circulação de mercadorias, impedindo o seu transporte e a sua transferência de um Estado ou de um Município para outro". CAVALCANTI, Themístocles. *A Constituição Federal Comentada*, Rio, Konfino, 1948, vol. I, p. 338).

A Carta de 1937, no seu art. 25, consagrou e justificou a proibição constitucional, sem ressalvar qualquer exceção no tocante ao pedágio, afirmando que o território nacional constitui uma unidade econômica, alfandegária e comercial, mas, mesmo na sua vigência, reconheceu-se amplamente o direito de cobrança pela União, pelos Estados e pelos municípios das taxas destinadas à indenização de despesas de construção, conservação e melhoramento das estradas (*Revista de Direito Administrativo*, vol. I, p. 496).

O pedágio era, então, considerado, não obstante o silêncio do texto da Lei Magna, como verdadeira taxa, cuja constitucionalidade era incontestável, embora a vedação de tributos interestaduais. O mesmo raciocínio deve ser aplicado diante da recente Emenda n.º 1, reconhecendo a licitude da cobrança do pedágio, inedependentemente de qualquer referência constitucional à possibilidade de cobrança de uma contribuição pelo uso da estrada.

4. Atualmente, entendem a lei, a doutrina e a jurisprudência que o pedágio constitui não mais uma taxa, mas uma tarifa, ou seja, um preço público.

Efetivamente, o Decreto-lei n.º 791, de 27 de agôsto de 1969, no seu art. 1.º § 3.º, conceitua o pedágio como tarifa.

5. Tarifa ou preço público é uma receita do Estado de natureza contratual, não obrigatória, que corresponde

à remuneração de um serviço prestado pela entidade de direito público, atendida sempre a equivalência das prestações recíprocas (BILAC PINTO. *Estudos de Direito Público*, edição da *Revista Forense*, 1953, p. 167).

Tôda a doutrina admite o caráter facultativo do preço público e sua vinculação a uma relação jurídica de natureza contratual.

O eminente jurisconsulto italiano, ACHILLE DONATO GIANNINI, que mais diretamente influenciou a reforma tributária brasileira, salienta o ponto crucial da distinção, provando que o preço público é uma relação de direito privado, enquanto os tributos são compulsórios e a taxa decorre de uma relação de direito público. (V. a respeito o parecer de RUY BARBOSA NOGUEIRA, na *Revista de Direito Público*, vol. 7, janeiro-março de 1969, p. 76).

6. A jurisprudência que inicialmente considerava o pedágio como taxa (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 36, p. 200) mereceu a crítica de ALIOMAR BALEEIRO (*Uma Introdução à Ciência das Finanças*, Rio, *Revista Forense*, 1955, vol. I, p. 326, nota 27, *in fine*). Muito ràpidamente firmou-se, nos votos vencidos, a tese de acôrdo com a qual o pedágio devia ser conceituado como verdadeiro preço público (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 53, p. 94 e seguintes, e, especialmente, p. 99). E, atualmente, passou tal corrente doutrinária a dominar completamente a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, que adotou a distinção entre taxas e preços públicos para dispensar, em relação a êstes últimos, os requisitos constitucionais sòmente aplicáveis e exigíveis em relação aos tributos e não incidentes sôbre os simples preços cuja fixação obedece a critérios próprios (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 33, p. 147 e p. 465).

Em recentes e sucessivos pronunciamentos, entendeu a nossa mais alta côrte de Justiça que:

"O preço de serviço não se confunde com taxa, não é tributo e não está sujeito às regras do art. 141, § 34 da Constituição (de 1946)". (Decisão do Tribunal Pleno em 3.5.1965, nos embargos no recurso extraordinário número 54.491, de Pernambuco, *in Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 33, p. 147).

7. Tratando-se de preço público e não de taxa, não há razão nenhuma para que se exija qualquer referência constitucional ao pedágio, que, como todos os demais preços públicos, pode ser cobrado independentemente de qualquer determinação da Lei Magna.

8. Mesmo se, *ad argumentandum*, se tratasse de taxa, é evidente que pela sua própria natureza facultativa e o seu caráter remuneratório o pedágio não constitui, de modo algum, um embaraço à livre circulação entre Estados ou entre Municípios, de maneira que, não precisando de autorização constitucional expressa para sua cobrança, não está, outrossim, de nenhuma forma, vedado pelo texto expresso do art. 20, inciso II, a Emenda Constitucional n.º 1 atualmente vigente.

9. Os constitucionalistas como PONTES DE MIRANDA e THEMÍSTOCLES CAVALCANTI e os fiscalistas como RUBENS GOMES DE SOUZA, que caracterizam o pedágio como taxa, também não assinalam qualquer inconstitucionalidade na sua cobrança que é plenamente lícita, independentemente de determinação expressa do texto fundamental.

10. Efetivamente, atende o pedágio aos requisitos estabelecidos pelo inciso I do art. 18 da Emenda Constitucional atualmente vigente, decorrendo a sua cobrança da "utilização efetiva de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ao contribuinte". Interpretando o texto constitucional à luz do Código Tributário, verificamos que são considerados serviços específicos aquêles que podem "ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidades públicas" e divisíveis os "suscetíveis de utilização separadamente por parte de cada

um dos usuários" (arts. 77 a 79 do Código Tributário Nacional). Atendendo, pois, às exigências da legislação tributária complementar, o pedágio se enquadra, perfeitamente, nos moldes da sistemática legislativa vigente, sem que se possa vislumbrar na sua cobrança qualquer inconstitucionalidade, pois:

a) o pedágio, evidentemente, não é impôsto interestadual ou intermunicipal vedado pelo art. 20, inciso II, da Emenda Constitucionl n.º 1 ;

b) o pedágio, concebido seja como taxa, seja como preço público, não necessita de suporte constitucional expresso para ser cobrado;

c) não havendo proibição de cobrar o pedágio, a utilização do mesmo, como instrumento para a construção de novas estradas, é plenamente compatível com a Constituição vigente.

11. O art. 18, § 2.º, da Emenda Constitucional n.º 1, esclarece que "para cobrança de taxas não se poderá tomar como base de cálculo a que tenha servido para a incidência dos impostos", vedando-se, outrossim, tradicionalmente, no direito brasileiro, a tributação. Assim sendo, foi suscitado o problema da compatibilidade entre a taxa rodoviária e o pedágio.

12. Na realidade, o Decreto-lei número 397, de 30 de dezembro de 1968, considerou devida a taxa rodoviária federal por todo veículo motorizado que transitar no território nacional, sendo base de cálculo do referido tributo o valor venal do veículo (art. 2.º). O fato gerador é, pois, a presença do automóvel no território nacional e a sua base de cálculo o valor do veículo. Ao contrário, o pedágio pressupõe a utilização de determinada rodovia, constituindo uma remuneração pelo serviço prestado ao contribuinte pela entidade de direito público que, direta ou indiretamente, construiu e conservou a estrada. O fato gerador, no caso, é a passagem pela rodovia e a base de cálculo independe do valor do veículo, podendo atender a um critério de cobrança uniforme para todos os carros ou a uma distinção entre veículos de passeio e automóveis comerciais, como foi sugerido pelo DNER para o pedágio das estradas Rio-São Paulo e Rio-Petrópolis.

Não se confundem, outrossim, os contribuintes em ambos os casos. Para o pedágio é devedor quem utiliza, naquele momento, o veículo, enquanto a taxa rodoviária é devida pelo proprietário do automóvel. Embora as finalidades possam ser análogas, verificamos, pois, que são distintos, na hipótese, tanto o fato gerador como a base de cálculo e o próprio contribuinte, não havendo, pois, como impugnar a cobrança do pedágio com base nas disposições constitucionais que proibem a bitributação.

13. No campo do direito administrativo, cada Estado tem plena autonomia para fixar as normas aplicáveis dentro do seu território.

Reconhece-se, assim, que "O Estado-membro tem a sua administração, que é, pelas próprias atribuições que se lhe dão, enorme, com os seus quadros de funcionários e o seu *"direito administrativo próprio"* (PONTES DE MIRANDA, obra citada, vol. II, p. 295).

Mesmo no campo do direito fiscal reconhece-se a autonomia estadual, devendo tão sòmente o Estado respeitar as normas gerais de direito financeiro baixadas pela União Federal (art. 8,º inciso VXII, letra *c*, da Emenda Constitucional n.º 1).

14. Quer o pedágio constitua preço público ou taxa, quer seja matéria de direito administrativo ou de direito financeiro, é evidente que a sua regulamentação, no plano de cada unidade da Federação, é matéria essencial e exclusivamente da alçada do direito estadual, sem prejuízo do respeito às normas gerais de direito financeiro e referentes à gestão patrimonial.

15. No Estado de São Paulo, a matéria foi regulamentada pelo Decreto-lei n.º 5, de 6 de março de 1969, que determinou a constituição de uma sociedade por ações denominada DERSA

— Desenvolvimento Rodoviário S/A. incumbida de ampliar e introduzir melhoramentos na Via Anchieta e de construir e pavimentar a Rodovia dos Imigrantes, cuidando, outrossim, permanentemente, da operação e conservação das rodovias (art. 1.º). A emprêsa recebeu concessão de uso pelo prazo de vinte anos das rodovias mencionadas (art. 1.º, parágrafo único), sendo a DERSA remunerada pelo recebimento do pedágio, cuja tarifa será por ela proposta ao DER, devendo ser aprovada por decreto do Poder Executivo, atendendo-se ao custo do empreendimento e do serviço, aos tipos de veículos e de percursos, de acôrdo com os padrões internacionais adotados para auto-estradas semelhantes (art. 7.º e respectivos parágrafos).

16. Entendemos qua a matéria sendo, como já salientamos, de direito administrativo, o Estado tem, para regulamentar o pedágio, a mais ampla liberdade. Mesmo, todavia, que entendêssemos que o pedágio constitui taxa e sendo, pois, a legislação específica de direito fiscal, também a competência no tocante às estradas estaduais seria de cada Estado, respeitadas as normas gerais de direito financeiro da União. No caso, a legislação paulista se coaduna e concilia perfeitamente com o disposto no Decreto-lei n.º 791, de 27 de agôsto de 1969. Ambos os diplomas — tanto o federal como o estadual — reconhecem que se trata de tarifa e que a base de cálculo levará em conta os custos da construção e conservação, abrangendo serviços e sôbre-serviços operacionais, administrativos e fiscais, admitindo, outrossim, expressamente, a concessão de uso de rodovias. Diante da evidente sincronização entre os dois textos legislativos, concluímos que a legislação estadual atende a todos os requisitos fixados pelas normas federais existentes sôbre a matéria.

17. A Emenda Constitucional n.º 1, no seu artigo 18, inciso II, fixa, como limite total para a cobrança da contribuição de melhoria a despesa realizada pelos podêres públicos e a norma se aplica em têrmos e por analogia no tocante ao pedágio.

A própria legislação ordinária, tradicionalmente, vinculou o pedágio ao atendimento ds despesas de construção, conservação e melhoramento das estradas (Constituição de 1946), ou seja, ao custo de vias de transportes (Constituição de 1967), incluindo-se, em tal custo, a amortização do capital e o lucro razoável do concessionário. Na realidade, a concessão com tarifas baseadas no custo tem sido interpretada pela legislação brasileira como devendo garantir a amortização do capital e um lucro razoável, além da possibilidade de reinvestimento. Tal tem sido a orientação dominante no campo das concessões de eletricidade, por exemplo.

Em relação ao pedágio, tanto a lei federal (Decreto-lei n.º 791, de ..... 27.8.1969), como a lei estadual paulista (Decreto-lei n.º 5, de 6 de março de 1969), vinculam a tarifa aos custos do empreendimento, ou seja, da construção e dos serviços e sôbre-serviços, abrangendo, outrossim, as despesas administrativas e de cobrança.

18. No campo internacional, idênticas têm sido as soluções, e, assim, a lei argentina sôbre pedágio *(leye de Peaje)*, de 20 de outubro de 1967, estabelece, no seu artigo 3.º, que o nível médio das tarifas não deverá exceder o valor econômico médio do serviço oferecido. A lei argentina manda atender, na fixação da tarifa, à rentabilidade de que a obra deveria ter, calculando-se o tráfego atual e considerando-se a necessidade de amortização do custo, dos juros, lucros e gastos de conservação e exploração. Verificamos a analogia entre as soluções oferecidas pelo direito brasileiro e pela legislação do país vizinho.

19. O grupo de trabalho do DNER que estudou a viabilidade da cobrança de pedágio nas rodovias Presidente Dutra e Rio-Petrópolis, entendeu que sòmente devia recair a tarifa sôbre serviços e sôbre-serviços (policiamento

especial, sinalização eficiente, socôrro médico e mecânico, fiscalização, paisagismo e sistema de comunicações de emergência). A legislação posterior abandonou, todavia, tal orientação para admitir, expressamente, que o pedágio abrangesse o custo da obra e dos serviços e sôbre-serviços, não devendo ultrapassar o custo global dos mesmos, inclui, como já vimos, a amortização, juros, lucro razoável do concessionário, despesas de serviços e sôbre-serviços e atendimento da cobrança.

20. Fixado o critério para a cobrança, o fato gerador é a ocupação da via de transporte, cobrando-se o pedágio por veículo e estabelecendo-se, para tanto, categorias distintas para exigir de cada uma delas o pagamento adequado. Entendemos que não se deve atender, no caso, ao valor do veículo que está sujeito a tributos específicos, como a própria taxa rodoviária federal. Parece aceitável, na matéria, a sugestão do Grupo de Trabalho do DNER, que fêz a distinção entre veículos comerciais e carros de passeio, sugerindo que os primeiros pagassem o dôbro dos segundos e entendem que:

"Para efeito de capacidade das rodovias, sabe-se que, em terreno plano, um veículo comercial equivale a dois carros de passeio.

Portanto, a *ocupação* da via, sob o aspecto operacional, de um veículo comercial é o dôbro da correspondente a um carro de passeio".

Preferiu, pois, o Grupo de Trabalho fixar tal critério, que se caracteriza pela sua simplicidade e eficiência, abandonando outras classificações aceitas em vários países, que atendem ao pêso do veículo, ao número de eixos ou outras características ainda mais complexas.

21. Como assinalou em recente artigo LAFAYETTE PRADO, "quando excessivo, o pedágio é iníquo; quando insuficiente, inócuo". Trata-se, pois, de fixar uma tarifa justa e razoável, atendendo o custo da obra e dos serviços e sôbre-serviços entendidos em sentido amplo, ou seja, abrangendo juros e lucro, como já assinalamos, e fazendo recair o pedágio sôbre os veículos que transitam pela rodovia, onerando-se mais pesadamente os veículos que ocupam mais amplamente a estrada, ou seja, os veículos comerciais, sem aceitar como base impositiva o valor do automóvel, que já serve de base de cálculo para outra taxa.

22. Embora os textos legais referentes ao pedágio nenhuma referência expressa façam à necessidade de alternativa, a possibilidade de utilização gratuita de outra via, anteriormente existente, é condição tradicional da cobrança do pedágio em outras legislações. A respeito, esclarece ASSIS RIBEIRO que o público americano aceitou o princípio de que no custo de transporte se inclui, também, o custo da estrada, partindo da premissa da opção entre a auto-estrada paga e a estrada tradicional gratuita. "É preciso salientar que, ao lado de uma auto-estrada que é um nôvo meio de transporte, existe sempre uma estrada paralela para servir às propriedades marginais. A duplicidade de estradas — elucida ASSIS RIBEIRO — é essencial, porque do contrário não terá auto-estrada. O motorista tem, então, diante de si a alternativa: ou segue de graça pela rodovia livre ou vai pela auto-estrada pagando o pedágio. Não há a imposição ao público de uma taxa. Os motoristas americanos têm a liberdade de escolher." (ASSIS RIBEIRO, C. J. de. *Financiamento de Obras Públicas*, Rio, Edições Financeiras, 1956, p. 192).

23. A jurisprudência também tem acentuado que "se não existisse outra rodovia para o trânsito daqueles que preferem não pagar a taxa, aí, então, desapareceria o característico principal do *preço público*, que é a voluntariedade do pagamento; aí, então, a taxa estaria dificultando o direito de livre trânsito dentro do país, donde a evidência do seu caráter coercitivo ou compulsório, principalmente se antes havia no local estrada de livre trân-

sito". (Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, no mandado de segurança n.º 82.444, *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 53, p. 101).

24. No silêncio dos textos legais sôbre a matéria, concluímos que, em relação às estradas já existentes, o pedágio só deve ser cobrado se ao lado da auto-estrada houver uma estrada paralela. Quanto às estradas novas ou a serem construídas para o futuro, nada impede a cobrança do pedágio. mesmo inexistindo estrada paralela. As nossas conclusões não tém fundamento na letra da Lei, mas se amparam no espírito da mesma e na interpretação do texto constitucional, assim como na própria história do pedágio no direito brasileiro e estrangeiro.

CONCLUSÕES

25. Pelo exposto, evidencia-se que:

a) é constitucional a cobrança do pedágio;

b) a lei estadual é competente para regular a sua cobrança nas estradas estaduais;

c) a fixação do valor do pedágio deve ser feita para atender às despesas de construção e conservação das estradas, compensando os serviços e sôbre-serviços e as despesas de manutenção do sistema de cobrança e entendendo-se, como custo, não só o investimento realizado, como os juros do capital e um lucro razoável para o concessionário que possibilite o reinvestimento e uma compensação adequada para o capital da emprêsa;

d) o fato gerador e a base de cálculo do pedágio e da taxa rodoviária não se confundem, não devendo o pedágio ter como base impositiva o valor venal do veículo;

e) nas estradas já construídas, a cobrança do pedágio só deve ser admitida se houver uma outra estrada gratuita que possa servir como alternativa.

Rio de Janeiro, 21 de novembro de 1969. — ARNOLDO WALD, Advogado no Rio de Janeiro.