PEDÁGIO — PREÇO PÚBLICO — TAXA — CONCEITUAÇÃO JURÍDICA

— A cobrança de pedágio, sob a forma de preço público, independe da existência de estrada de uso gratuito para servir como alternativa ao usuário.

— O pedágio, segundo a circunstância em que é adotado, pode-se revestir, nos dias modernos, dos aspectos da taxa ou preço público.

PARECER

1) À vista de representação do Chefe da Divisão de Pedágio, vazada nos seguintes termos: "Tendo em vista que já existe projeto e, em breve, poderá ser iniciada a reforma do Posto Riacho Grande, para permitir a cobrança de pedágio nos dois sentidos no Sistema Viário Anchieta—Imigrantes; e, mais, considerando que, segundo informações extra-oficiais o DER teria estabelecido sentido único de direção (São Paulo—Santos) no Caminho do Mar, sugerimos que seja solicitado à Assessoria Jurídica da Presidência um parecer consultando se tal fato tirará aos usuários do sistema o caráter de facultatividade, para fins de pedágio, o que não nos parece acertado, pois que os dois pontos referidos continuarão interligados através da rede viária do Estado", o Senhor Diretor de Operações da DERSA-Desenvolvimento Rodoviário S.A. consulta, em resumo, se a cobrança de pedágio, sob a forma de preço público, apenas deve ser admitida se houver outra estrada de uso gratuito para servir como alternativa ao usuário.

2) Conquanto entendimento firmado no sentido da consulta já tenha vingado, essa inteligência, à luz da lei, assim constitucional como ordinária, da doutrina relativa à tarifa e da jurisprudência, não mais prospera porque, consoante se exporá, a cobrança do pedágio, sob a forma de preço público, independe da existência de estrada de uso gratuito para servir como alternativa ao usuário. Nenhuma lei há estabelecendo essa condição. A idéia nasceu de interpretação doutrinária que, *data venia*, urge ser retificada.

3) O pedágio revestia-se, no início, dos aspectos de imposto. Passou, depois, à categoria de taxa, e, hoje, perdendo o caráter tributário, reveste-se, por caracterizar retribuição de serviço industrial prestado, direta ou indiretamente, pelo Estado, do perfil de preço público (nosso Parecer in *RDA* v. 106/547, nº 43).

4) Arnoldo Wald: "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" (Parecer in *RDA*, 99, nº 4).

5) Apesar de apresentarem algumas características comuns, a taxa — modalidade de tributo (Const. Fed. art. 18, inciso II; CTN, art. 77) e o preço público (Const. Fed., art. 167, inciso III; Dl. fed. nº 791, de 1969, art. 5º; Const. Est., art. 69; Dl. est. nº 5, art. 7º, com a redação dada pelo inciso V do art. 1 da Lei nº 95, de 1972), são institutos diferentes.

6) Caio Tácito: "Taxa é, em síntese, o custeio de serviço jurídico-administrativos, tipicamente estatais. Preço público, o pagamento de serviços que, embora exerci-

dos pelo Estado, não lhe são, em tese, privativos", esclarecendo, adiante: "As características da taxa são estas: obrigatoriedade e divisibilidade. Enquanto isso, o preço se caracteriza pela facultatividade. Se a prestação a pagar é por um serviço pedido, não obrigatório, então o que se paga se chama preço" (Parecer in *RDA*, v. 44/522 e 523).

7) Mas, registre-se, o traço de voluntariedade do pagamento, que tradicionalmente caracterizava o preço público, deixou de representar a diferença fundamental.

8) Hermes Lima: "É muito difícil, mesmo doutrinariamente, estabelecer uma linha de diferenciação nítida e perfeita entre taxa e preço público, porque quanto à obrigatoriedade, por exemplo, há divergências largas, em atribuir à taxa obrigatoriedade e ao preço facultatividade. O que parece é que a classificação não pode tomar apenas um elemento, para distinguir taxa de preço público. Há que tomar um conjunto dos elementos que caracterizam a retribuição que está sendo feita por determinado serviço" (voto no ERE nº 54 194, de Pernambuco, acórdão de 25.3.65, in *RTJ*, v. 33/465).

9) Luiz Gallotti também admite que não é a obrigatoriedade da cobrança que distingue a taxa do preço público, ao ressalvar, em voto: "Quero, agora, desfazer um equívoco do eminente mestre. S. Exª supõe entender eu que a obrigatoriedade da cobrança é o elemento essencial no conceito de taxa. Não! Há taxas sem obrigatoriedade", e, mais adiante: "Por isso, eu dizia que a obrigatoriedade não é essencial ao conceito de taxa" (ac. cit.).

10) Victor Nunes não diverge: "E em outra oportunidade, quando este Tribunal discutiu amplamente o problema do empréstimo compulsório, procurei demonstrar que o critério da obrigatoriedade é absolutamente insuficiente para caracterização do tributo. Reporto-me, para não repetir, ao voto que proferi no RMS nº 11 252, de 23.3.64", e, logo mais: "Não estou sustentando que não possa haver taxa que não seja obrigatória; o que estou sustentando é que há pagamentos obrigatórios, os quais, não obstante, não são Taxas" (ac. cit.).

11) Disse, por isso, Pedro Chaves: "Só a tipificação do fato jurígeno permite a distinção procurada" (voto no ERE nº 54 491, de Pernambuco, ac. de 5.5.65, in *RTJ* v. 33/147).

12) Barros Monteiro: "Se o serviço é prestado em decorrência da soberania do Estado, temos a figura da taxa; se, em decorrência de serviço que tanto possa ser executado pelo Estado, como pelo particular, temos o que se denomina preço público" (voto no RE nº 54 996, de Pernambuco, ac. de 27.5.68, in *DJU* de 28.6.68).

13) Vale a pena, quanto ao detalhe, reproduzir, também, a lição de Bernardo Ribeiro de Morais: "Para a distinção entre taxa e preço público não basta se tome apenas um elemento. Devemos tomar, um conjunto de elementos, a fim de caracterizar melhor a retribuição que está sendo examinada. O preço público deve representar a retribuição pecuniária (real valor ou não em relação à utilização ou compra de bens ou serviços estatais). Está no campo da receita industrial, jamais da receita tributária."

14) Esse douto monografista, após se reportar ao fato de que o problema é nitidamente político, por estar na opção do legislador a escolha do tipo de remuneração, traz à colação voto de Victor Nunes (in *RDA* v. 82/111), quando pondera: "O problema fundamental não é dizer se é taxa ou não é taxa. O problema fundamental é determinado de que a natureza vai ser explorado determinado serviço" (A

Taxa no sistema tributário brasileiro, p. 61).

15) Daí consignar Seabra Fagundes que o pedágio, segundo a circunstância em que adotado, pode se revestir, nos dias modernos, dos aspectos de taxa ou preço público (Parecer in *RDP*, 18, 331, nº 2).

16) Pontes de Miranda: "O pedágio, considerado como contraprestação. pode ser irradiado de lei de direito público, ou como taxa, ou como contribuição de melhora (que é espécie de taxa), ou como tarifa ou preço público; ou de lei de direito privado, se, por exemplo, o terreno ou a ponte, ou outro meio de ligação, é de propriedade de quem oferece a passagem a determinado preço ou tarifa" (Parecer in *RDP* 18/326).

17) A circuntância de o pedágio ser cobrado em rodovia ou obra rodoviária que não ofereça ao usuário a alternativa para utilização de outra via pública de uso gratuito, é despiciendo.

18) Como tarifa cobrada em caráter obrigatório, porque, na prática, não há alternativa para o usuário, Hermes Lima lembra a hipótese da taxa aeroportuária, considerada, malgrado o nome, preço público pelo Supremo Tribunal Federal (ver *RDA*, v. 25/148; v. 29/273; v. 37/195; Parecer de Haroldo Teixeira Valadão in *RDA* v. 20/351, etc.), para concluir: "Assim, a observação de que a facultatividade é que caracteriza o preço público, parece-me de todo improcedente. Não é a facultatividade que caracteriza o preço público, de modo nenhum. A característica do preço está na retribuição por um serviço, retribuição diferente do imposto e taxa. É renda proveniente, como diz o nº III do art. 30 (da Constituição de 1946), do exercício da utilização dos bens e serviços públicos" (voto no ac. cit. de 25.3.65).

19) No caso do pedágio cobrado pela DERSA, tal como ocorre com a taxa aeroportuária, que, ficou dito, é preço público, trata-se de renda industrial. É renda originária, e não se impõe senão por motivo de um serviço pedido. Nesse sentido a sua facultatividade de vez que o que se cobra é uma retribuição, que nada tem de fiscal ou tributária, pela voluntária utilização de bens e serviços públicos.

20) Tem-se, por conseguinte, no caso de receita industrial, preço público; de receita tributária, imposto e taxas. "No serviço público — observa Hermes Lima — o benefício corresponde à sua gestão. O serviço não pertence, formalmente, à soberania do Estado, mas pode ser delegado. O serviço produz renda que se concretiza no preço público, por ele cobrado" (ac. cit.).

21) Vem a pelo a lição de Caio Tácito: "Os preços públicos equivalem a serviços facultativos e não se impõem senão em virtude de ato direto de uso ou aquisição" (Parecer cit., in *RDA*, v. 44/528).

22) Rafael Bielsa: "Claro está el pago de um servicio prestado por concesionario no es contribución fiscal (impuesto, tasa, etc.), sino y simplesmente un precio: pero el carácter del servicio, su uso necesario, el monopolio, etc., pueden dar al precio cierta naturaleza de contribución, pero no es fiscal, por no ser el fisco quien la impone o percibe" (*Derecho administrativo*. 3. ed., 1938, v. 1, p. 341).

23) Com efeito, a tarifa ou preço de serviço pertence ao concessionário. É a remuneração de seu trabalho e visa tanto cobrir o custo do serviço como a garantir o lucro do empreendimento.

24) Dentre os pagamentos obrigatórios que, no dizer de Victor Nunes, "não são taxas", encontra-se, portanto, o pedágio cobrado, sob forma de preço público, pela DERSA.

25) A idéia da facultatividade do pagamento do pedágio pela possibilidade, que se teria de assegurar, de utilização de

outra estrada gratuita para servir como alternativa ao usuário, representa, portanto, conceito superado. Basta considerar, quanto às estradas existentes, a situação, na esfera federal, da Via Dutra, onde o pedágio, nos termos do Decreto-lei nº 791, de 27.8.69, é cobrado sob a forma de preço público por tratar-se de receita industrial do DNER; e, na esfera estadual, da Via Anchieta, onde o pedágio, pelas mesmas razões, também é cobrado, nos termos da legislação local, sob forma de tarifa. Quanto às rodovias e obras rodoviárias novas, considere-se, dentre outros casos, a Rodovia dos Imigrantes, a Ponte Presidente Costa e Silva e a Rodovia Porto Alegre — Osório.

26) De feito, não há lei condicionando a cobrança de pedágio, sob a forma de preço público, à existência de rodovia tradicional de uso gratuito para servir como alternativa ao usuário.

27) Esse entendimento decorria de construção doutrinária. Diz, por isso, Arnoldo Wald: "Embora os textos 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 de pedágio em outras legislações" (Parecer in *RDA*, v. 99/405, nº 22).

28) Tal inteligência, contudo, tem, hoje, contra si, ficou exposto, a moderna doutrina sobre preço público, a lei, e, conforme votos referidos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

29) A facultatividade não está, portanto no pagamento; está na utilização do serviço industrial explorado, direta ou indiretamente, pelo Estado. Daí a ponderação de Ruy Barbosa Nogueira: "O preço público é facultativo, ele decorre de uma relação jurídica contratual. É uma obrigação *ex voluntate* não é *ex lege* (Parecer in *RDP*, v. 7/76, nº XIV).

30) A utilização de auto-estrada que compõe o Sistema Rodoviário Anchieta—Imigrantes, constituído, segundo estabelece o Decreto nº 52 669, de 3.3.69:

'1 — pela Via Anchieta e respectivas marginais;

2 — pela Rodovia dos Imigrantes;

3 — pelas interligações, construídas pela DERSA, dessas duas estradas de rodagem, e, bem assim, por todos os acessos, trevos, obras de arte, postos de pedágio, postos de policiamento administrativos, postos de balança, núcleos e centros de quaisquer atividades ligadas a sua exploração necessários ao cumprimento das suas finalidades",

não é imposta por lei. Decorre de relação jurídica contratual. *Ex voluntate*. O usuário tem liberdade de optar, nem sempre, é verdade, em condições vantajosas, por outras estradas de uso gratuito que compõem a rede viária do Estado. Faltasse essa oportunidade a circunstância não converteria, porém, o pedágio-preço público em pedágio-taxa. Estará sempre em jogo, insista-se no detalhe, que, na hipótese, reveste-se de grande significado para conceituação da retribuição, uma receita industrial pela utilização de serviço público prestado pelo Estado em regime de concessão. Jamais, ingresso tributário.

31) A taxa aeroportuária tem igual sorte. É devida pela utilização dos serviços aeroportuários, que as aeronaves em operação não podem dispensar. Isso, contudo, não transmuda, consoante ficou salientado, dito preço público em taxa.

32) Atente-se, contudo, apenas para ficar consignado: não haverá coação para seguir pelo Sistema Anchieta—Imigrantes, se o DER, por motivos de segurança rodoviária, implantar na Estrada Velha do Mar mão única de direção no sentido São Paulo—Santos, por isso que o usuário, perdendo, é verdade, a fruição das vanta-

gens próprias de auto-estradas, poderá se utilizar, gratuitamente, da rede viária do Estado. Aliás, esclarece o Chefe da Divisão de Pedágio: "... os dois pontos referidos (São Paulo—Santos) continuarão interligados através da rede viária do Estado" (fls.).

33) Em conclusão: Se o DER, por motivo de ordem rodoviária, implantar mão única de direção, no sentido São Paulo-Santos, na Estrada Velha do Mar, também conhecida como Caminho do Mar, rodovia submetida à sua jurisdição administrativa (art. 33 do RCNT), a providência não afetará a situação jurídica do pedágio cobrado pela DERSA no Sistema Rodoviário Anchieta—Imigrantes, de que trata o Decreto nº 52 669, de 3.3.69, por isso que a cobrança sob a forma de preço público ou tarifa, conforme ficou demonstrado, dispensa a existência de via tradicional de uso gratuito para servir como alternativa ao usuário. Em jogo estará sempre receita industrial de serviço público explorado em regime de concessão. Jamais, receita fiscal do Estado.

É o que pensamos, *sub censura.*

S. Paulo, 1975.

Orlando Carlos Gandolfo, Assessor Jurídico da Diretoria, Procurador Subchefe do Estado em exercício junto à DERSA.

RETIFICAÇÃO

No v. 119, p. 434 foi publicado um parecer do Prof. Celso Antonio Bandeira de Melo sobre Concorrência Pública — Licitação — Limites de discricionariedade no julgamento das propostas.

Houve, porém, um equívoco ao atribuir-se o título de professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ao autor do trabalho, quando, na verdade, ele é professor da Pontifícia Universidade Católica, da mesma Capital. Fica, pois, retificado, o engano cometido.

REEMBOLSO POSTAL

OBSERVAÇÃO IMPORTANTE

A fim de simplificar e tornar mais rápido o envio de pedidos de publicações da Fundação Getulio Vargas, sugerimos o uso do reembolso postal, que beneficiará principalmente às pessoas residentes em locais afastados dos grandes centros. Assim, na ausência, em sua cidade, de representantes credenciados ou livrarias especializadas, dirija-se diretamente pelo reembolso à

EDITORA DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

Praia de Botafogo, 188 - C.P. 9 052 - ZC-02 - Rio de Janeiro, RJ.