

Pedágio: alternativa gratuita e direito de ir e vir (uma necessária correção)

Toll: free alternative and the right to come and go (a necessary correction)

*Eros Roberto Grau**

Resumo: discute a cobrança de pedágio sem a existência de via pública alternativa; analisa a natureza jurídica de tal cobrança: taxa ou preço público; e, sob a luz da constituição, discute se a exigência de pedágio em rodovias, sem que haja trajeto alternativo gratuito, interfere no direito de ir e vir.

Palavras-chave: constitucionalidade – pedágio – direito de ir e vir – taxa – preço público

Abstract: discusses the toll without the existence of alternative public road; examines the legal nature of this charge: rate or public price; and, under the light of constitution, discusses if the requirement of tolls in highways, without alternative free road, interferes in the right of come and go.

Key-words: constitutionality – toll – come and go right – rate – public price

* Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal. Professor titular aposentado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

1. Introdução

A constitucionalidade da cobrança de pedágio na rodovia que seria construída entre São Paulo e Santos por uma empresa estatal estadual (a Dersa) foi questionada no final dos anos 1960, início dos anos 1970. Indagava-se, além disso, da possibilidade jurídica dessa cobrança em conjunto com a incidência da Taxa Rodoviária Única.

Entre tantos outros argumentos explorados no debate então instalado,¹ o da existência ou não existência de via alternativa para a circulação de veículos, em geral e especificamente nessa rodovia, foi usado para ilustrar a diferença entre taxa e preço público (= tarifa).

A cobrança do pedágio foi pacificamente entendida, no quadro da doutrina, como adequada à Constituição então vigente. Permaneceu-se a indagar, contudo, em tese, se a inexistência de via alternativa que permitisse essa circulação entre origem e destino de determinada rodovia o transformaria, o pedágio, em taxa, modalidade tributária. E ainda se, sendo taxa, poderia ser cobrada sem que existisse via alternativa por onde pudessem circular veículos, gratuitamente, no mesmo trajeto. Na raiz dessas indagações encontrava-se a oposição entre *serviço público compulsório* e *serviço público facultativo*.

O raciocínio adotado, descolado do disposto no art. 79, I, *b*, do Código Tributário Nacional,² era singelo: existindo via alternativa, a utilização da rodovia seria facultativa e, logo, estaríamos diante de um preço, uma tarifa; inexistindo essa via alternativa, o pedágio configuraria modalidade tributária, taxa.

Alguns anos após, aqui e ali se passou a sustentar que nessa última hipótese a cobrança seria inconstitucional. Isso porque comprometeria o direito de ir e vir contemplado no art. 5º, XV da Constituição do Brasil, nos termos do qual “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”.

¹ Inúmeros pareceres foram então elaborados, quais os de Pontes de Miranda, de Seabra Fagundes, de Hely Lopes Meirelles, de Arnold Wald, de Orlando Carlos Gandolfo.

² Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:

I – utilizados pelo contribuinte:

a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;

b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

II – específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas;

III – divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

Em fevereiro de 2010, a questão foi mencionada em decisão monocrática que tomei em um recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal,³ decisão posteriormente por mim mesmo tornada sem efeito. Não obstante, a 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo tomou-a, entre outros, como fundamento para negar provimento ao Agravo de Instrumento 990.10.037345-5. Daí a razão deste meu texto de agora, em que retorno ao assunto para reparar equívoco perpetrado em minha primeira decisão.

O Ministério Público Federal ajuizara ação civil pública contra a União e outras pessoas jurídicas. Requeria fosse determinado à Convias, concessionária de trecho da rodovia BR-116, “se abstenha de cobrar o pedágio em todo o trecho da estrada por ela explorada na BR-116, até que seja providenciada uma via alternativa, em boas condições de uso, que leve o usuário ao mesmo destino proporcionado pela BR”. A ação foi julgada procedente, tendo sido interpostas apelações, às quais o Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento. Sobrevieram recursos especiais e recursos extraordinários.

Na mencionada decisão monocrática neguei provimento aos recursos extraordinários com fundamento no disposto no art. 21, §1º, do RISTF. Isso porque – afirmei nessa decisão – o Ministério Público era parte legítima para figurar no polo ativo da ação civil pública de que se tratava. Acolhi, no mérito, as razões expostas em parecer da Procuradoria Geral da República, razões que diziam que “[a] cobrança de pedágio, sem a disponibilização de vias alternativas de acesso, torna-se obrigatória e limita a liberdade de locomoção. Tratando-se de garantia fundamental, é objeto de cláusula pétrea e, portanto, inderrogável, mormente pela legislação ordinária”.

Mais, diziam ainda essas razões que (i) a cobrança de pedágio exige a

existência de via alternativa, de forma a permitir a escolha por parte do usuário, no sentido de utilizar a rodovia tarifada, ou fazer uso de outro trajeto, sem pedágio, mesmo que em piores condições. A cobrança de pedágio desacompanhada de via alternativa proporciona uma única opção: ou o cidadão locomove-se, e paga por isso, ou não se locomove. Nesse aspecto, apresenta-se a inconstitucionalidade do pedágio;

e (ii)

a legitimidade da incidência do pedágio, deve ser verificada a partir da análise do valor “liberdade de locomoção” que, em sofrendo restrição, na hipótese, por exigência de pagamento de tarifa, e sem qualquer possibilidade

³ RE 597.981.

de ser exercido por outro meio, aponta para a inviabilidade da cobrança. Por isso, somente inexistirá a inconstitucional limitação à liberdade de locomoção, se ao indivíduo for reservado o direito de exercê-la, sem condicionante de qualquer ordem. Vale dizer, o direito de liberdade (de locomoção) reclama possibilidade de escolha pelo cidadão, conforme sua livre conveniência e espontânea vontade, entre a utilização da via de acesso, restrito pelo pedágio, e aquela de livre condução. Em conclusão, a falta de via de acesso alternativa, gratuita, em boas condições de uso, que leve o usuário ao mesmo destino proporcionado pelo trecho tarifado, impede a exploração de rodovia mediante a cobrança de pedágio.

A decisão monocrática acima referida foi tornada sem efeito em 1º junho de 2010 em razão de o Superior Tribunal de Justiça ter dado parcial provimento a um dos recursos especiais interpostos, em consequência sendo julgados prejudicados os recursos extraordinários interpostos por perda dos seus objetos (art. 21, IX, do RISTF).

A análise da constitucionalidade da exploração de rodovia mediante a cobrança de pedágio reclama a consideração de distintas matérias:

(i) a da caracterização do pedágio como taxa ou preço público e da oposição entre *serviço público compulsório* e *serviço público facultativo*;

(ii) a da violação ou não violação, em razão da cobrança de pedágio em determinada rodovia, sem que o usuário tenha a opção de fazer uso de outro trajeto gratuitamente, do direito de ir e vir consagrado no art. 5º, XV da Constituição do Brasil.

2. Taxa e preço público, serviço público compulsório e serviço público facultativo

Debatia-se inicialmente, como nas linhas anteriores observei, se a inexistência de via alternativa que permitisse a circulação entre origem e destino de determinada rodovia faria do pedágio uma taxa, modalidade tributária. E, sendo taxa, se poderia ser cobrada sem que existisse via alternativa por onde pudessem circular veículos, gratuitamente, no mesmo trajeto. Na raiz dessas indagações encontrava-se a oposição entre *serviço público compulsório* e *serviço público facultativo*.

A argumentação adotada, descolada do disposto no art. 79, I, b, do Código Tributário Nacional, como já dito, era singela. O raciocínio, no entanto, era falacioso. Recorro, para demonstrá-lo, inicialmente à exposição de Aliomar Baleeiro,⁴ para

⁴ BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 353, nota de rodapé.

quem a compulsoriedade referida pelo art. 79, I, *b*, do Código Tributário Nacional há de ser e só pode ser compulsoriedade de pagamento do tributo (taxa), não de uso do serviço. O preceito do Código Tributário Nacional não exclui a incidência de taxa pela utilização potencial de serviço público efetivamente posto à disposição do contribuinte.

Mas há mais a ser considerado, pois se afirma correntemente que os *preços públicos* (= *tarifas*) são *receitas contratuais* cuja cobrança depende do acordo de vontades entre as partes envolvidas, Estado e particular; já os *tributos* são *receitas legais*, cuja arrecadação não encontra origem no consenso das partes, mas na lei. Taxa é *receita legal*, preço é *receita contratual*.

Tratando-se da remuneração pela prestação de serviços públicos compulsórios (*serviços pró-comunidade*), sua caracterização como *tributo (taxa)* resultaria inquestionável. Quando, no entanto, a remuneração correspondesse à prestação de serviço público facultativo (*serviço pró-indivíduo*), resultaria caracterizada como *preço (tarifa)*.

Daí a seguinte peculiaridade, decorrente da circunstância de a prestação dos serviços públicos, de uma e outra espécie, ser atribuída a concessionários: se facultativo o serviço público (energia elétrica, *v.g.*), a remuneração auferida pelo concessionário consubstanciaria preço (tarifa); se compulsório (água e esgotos, *v.g.*), consubstanciaria taxa.

Sucedendo que a Constituição não distingue serviços públicos de utilização compulsória e serviços públicos de utilização facultativa. Essa é a distinção que repousa sobre o critério insuficiente para o efeito de indicar onde a taxa, onde o preço público, critério que apartava os chamados serviços públicos *pró-comunidade* dos chamados serviços públicos *pró-indivíduo*.

Como a Constituição de 1988 não opera essa distinção, para sujeitar a instituição de um e outro tipo de serviço a distintas limitações, não se pode extrair da leitura do preceito do Código Tributário Nacional restrição não definida no plano constitucional à instituição de taxa.

Nosso direito positivo não define, mesmo no plano infraconstitucional, este ou aquele serviço público como compulsório. Têm-se tomado os serviços públicos de sepultamento e de coleta e tratamento de esgotos como típicos serviços públicos compulsórios, o de fornecimento de energia elétrica como facultativo. Esta, contudo, não é uma classificação construída a partir de critério jurídico nenhum.

Por isso mesmo carecemos de segurança jurídica para determinar que essa atividade de serviço público implicaria sua caracterização como compulsória, aquela importa sua conformação como facultativa. A inutilidade jurídica dos conceitos de *compulsoriedade* e de *facultatividade* do serviço é notável. Assim, *v.g.*, o falecimento de determinada pessoa em acidente aéreo, no qual pereceu carbonizada, faz com que os responsáveis pelo corpo não cheguem a ser jamais – pois eles é que seriam

compelidos a sê-lo – usuários compulsórios do serviço público de sepultamento. Neste caso, aliás, não se manifesta nem ao menos compulsoriedade de pagamento de taxa. Suponha-se, mais, alguém que tenha inventado equipamento eletrônico, absolutamente eficaz, de inutilização de dejetos de toda ordem: não será usuário do serviço público de coleta e tratamento de esgotos. Não o será, também – admitindo-se seja tido como compulsório o serviço público de fornecimento de água –, aquele que possuir uma fonte de água pura em seu quintal. Nestas duas últimas hipóteses, de toda sorte, serão ambos compelidos a pagar taxas (de valor mínimo, de ligação), o que demonstra estar cheio de razão Aliomar Baleeiro ao sustentar haver, em casos como tais, impactados pelo art. 79, I, *b*, do Código Tributário Nacional, compulsoriedade no pagamento da taxa e não na utilização do serviço.

A inadequação do uso do conceito de serviço público compulsório no âmbito do jurídico é, como se vê, evidente.

De resto, o pedágio é compulsório apenas quando o serviço que lhe corresponde (viabilização do trânsito de veículos por determinadas vias públicas) vier a ser efetivamente utilizado pelo contribuinte usuário.

Incide, no caso, o disposto na alínea *a* do inciso I do art. 79 do Código Tributário Nacional interpretado em coerência com o enunciado do inciso II do art. 145 da Constituição. Não o disposto na alínea *b* do inciso I do art. 79 da codificação. O pedágio é cobrado pelo uso efetivo do serviço, considerada a categoria do veículo.

Insisto em que a compulsoriedade é de pagamento da taxa, não da utilização do serviço, ainda se e quando inexistir, para o usuário do serviço, alternativa gratuita de fruição da mesma ou de utilidade análoga. A este ponto retornarei mais adiante.

3. Taxa ou tarifa de pedágio

Isto posto, teremos que não é a circunstância de o uso de determinada rodovia ser facultativo ou compulsório – isto é, existir ou não existir alternativa de trajeto gratuito para o usuário – que caracteriza o pedágio como tributo (taxa) ou preço público (tarifa).

Se o próprio Estado fornecer o serviço público de que se trata, específico e divisível, estaremos em face de uma taxa. Sua cobrança pela União, pelos estados-membros, pelo Distrito Federal e pelos municípios é expressamente prevista no art. 150, V, da Constituição.⁵

⁵ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] 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.”

Se o fizer mediante concessão de serviço público, o pedágio consubstanciará tarifa, que será cobrada nos termos da lei mencionada pelo parágrafo único do art. 175 da Constituição do Brasil.⁶

Nas concessões e permissões de serviço público, o particular explora o serviço, para tanto operando a construção ou ampliação, melhoria, conservação e manutenção da rodovia e, em contrapartida, sendo remunerado pelo Estado ou mediante o recebimento de tarifa.⁷ A quem alegar ser contraditória a concepção de que o pedágio pudesse ora configurar receita tributária, ora receita contratual, responderei afirmando que, no caso da sua cobrança por concessionário, estaremos em face de um *dever* de assumir *obrigação*.⁸

Enquanto tarifa, não é alcançada pelas regras da legalidade e da anterioridade. Fixados em decorrência de procedimento de licitação, sem subordinação à legislação específica anterior,⁹ os mecanismos atinentes a sua revisão são previstos no contrato de concessão.¹⁰ Não há que falar, em contratos afetados pela regra do equilíbrio econômico-financeiro – onde, ademais, há *preço* e não *tributo* –, em legalidade e anterioridade de *tributo*.

4. Bens de uso comum e uso comum

Que as rodovias, bens públicos de uso comum, consubstanciam serviço público, isso está também pacificado em nossa doutrina. São, em si, o próprio serviço público (objeto de atividade administrativa) prestado pela administração.

O que caracteriza o uso comum é a possibilidade de utilização do bem, por qualquer usuário, em paridade de situação com todos os demais utentes e sem necessidade de prévia autorização administrativa.¹¹

É certo, de outra banda, que o uso dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, qual dispõe o art. 103 do Código Civil.¹²

Isto posto, cumpre indagarmos se a cobrança de pedágio pelo concessionário do serviço está condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito

⁶ Veja-se, no plano das rodovias federais, a Lei nº 9.074/1995, art. 1º, IV e a Lei nº 8.987/1995.

⁷ Art. 175, parágrafo único, III da Constituição do Brasil e art. 9º da Lei nº 8.987/1995.

⁸ Veja-se, a respeito da distinção entre ambos, meu *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 308-309.

⁹ Cf. art. 9º, §1º da Lei nº 8.987/1995.

¹⁰ Cf. arts. 9º, §§2º e 23, IV da Lei nº 8.987/1995.

¹¹ Cf. LIMA, Rui Cirne. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 192-193. Ver BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 916.

¹² “Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.”

para o usuário, o que encontra resposta no art. 9º, §1º da Lei nº 8.987/1995: “somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário”.¹³

É bem verdade que a antiga redação do art. 7º da Lei nº 8.987/1995 dava margem a entender-se que a liberdade do usuário pela escolha do serviço imporia a necessária existência dessa alternativa gratuita, o que ensejou, em 1997, aguda observação de Antonio Carlos Cintra do Amaral:

Vale enfatizar: se por *liberdade de escolha* se entendesse, no caso de concessão de rodovias, a possibilidade de optar por uma via alternativa de livre trânsito, gratuita, ter-se-ia que entender que, para se cobrar tarifa pela prestação de serviço público de telecomunicações, água e esgoto, energia ou gás canalizado, seria necessária a existência alternativa de um serviço público de telecomunicações, água e esgoto, energia ou gás canalizado, prestado gratuitamente pelo Poder Público, o que seria inconcebível. Isso porque a legislação atual – repito – disciplina indistintamente a concessão de serviço público e a concessão precedida da execução da obra pública (concessão de obra pública). *Liberdade de escolha*, portanto, não se refere à existência alternativa de um serviço público gratuito prestado ao usuário, e sim à existência de mais de um prestador, já que, *pelo menos em princípio*, a lei estabelece a não exclusividade da concessão.¹⁴

A alteração do preceito pela Lei nº 9.648/1998 deixou, contudo, bem claro que essa liberdade diz com opção entre vários prestadores de serviços, quando o caso, observado ainda o disposto no art. 16 da Lei nº 8.987/1995, proíbe a exclusividade na prestação de serviços públicos, exceto em caso de inviabilidade técnica ou econômica. Não há, pois, nesse plano, dever estatal de oferecimento de via alternativa gratuita como requisito da cobrança de pedágio. A existência de serviço alternativo para o usuário como condição dessa cobrança é excepcional, depende de prévia e expressa definição legal.

5. Contraponto

As considerações até este ponto alinhadas permitem a enunciação da seguinte conclusão: o Estado, diretamente ou mediante concessão, pode impor ao usuário

¹³ Redação, deste parágrafo, da Lei nº 9.648/1998.

¹⁴ AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. Concessão de rodovias e cobrança de pedágio. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Org.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 139.

o pagamento de taxa ou preço público (= tarifa) pela prestação de determinado serviço público específico e divisível ainda quando inexistir, para o usuário, alternativa gratuita de fruição da mesma ou de utilidade análoga.

Cuido em seguida de verificar, pois, se essa cobrança entra em testilhas com o disposto no art. 5º, XV da Constituição do Brasil.

6. O direito de ir e vir

O *direito* de ir e vir é, no texto da Constituição do Brasil (= no Brasil), exatamente o *direito* de ir e vir como nela e por ela contemplado. Não é absoluto, nem relativo. Nem limitado, nem irrestrito. Inúmeros preceitos, além do inciso XV do seu art. 5º, o desenham. O inciso V do seu art. 150 também o conforma – isto é, conforma o *direito* de ir e vir tal e qual constitucionalmente positivado entre nós – admitindo, expressamente, a “cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo poder público”.

Importa lembrarmos, ademais, que a Constituição é uma totalidade, não se a pode interpretar em tiras, aos pedaços. A propósito desses dois aspectos remeto o leitor que me acompanhe ao que escrevi nos meus *A ordem econômica na Constituição de 1988*¹⁵ e *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*.¹⁶

Ao depois, referindo o que em outra ocasião afirmei a respeito do *direito* de liberdade econômica (liberdade de iniciativa econômica)¹⁷ – afirmação que aqui se aplica qual u’a luva –, desejo deixar bem vincado o seguinte: não há limitações ao *direito* de ir e vir; apenas e tão somente a *liberdade de ir e vir* pode estar sujeita a limitações.

O regime da *liberdade* de ir e vir é, no Brasil, o definido pela Constituição. Vale dizer: o *direito* de ir e vir só tem existência no contexto da ordem jurídica, tal como a Constituição o contemplou. Por certo que, na comparação entre ordens jurídicas distintas, poder-se-á dizer que nesta, em relação àquela, a *liberdade* de ir e vir é mais – ou menos – dilatada, em decorrência de ser menos ou mais limitada. Não, porém, que o *direito* de ir e vir aqui ou ali seja limitado, neste ou naquele grau. O *direito* de ir e vir existe nos quadrantes da ordem jurídica positiva que o contemple.¹⁸

Aqui não se trata de aplicarmos esta ou aquela teoria de limitação ou restrição do *direito* de ir e vir, cujo cerne, na Constituição do Brasil de 1988, abrange a con-

¹⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 164.

¹⁶ Id. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 131-132.

¹⁷ Id. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 206-207.

¹⁸ Neste sentido, ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè Editore, 1978. v. II, p. 590.

duta estatal *cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo poder público*. Eis por que o Estado não é vinculado pelo *dever-poder* de construir vias alternativas gratuitas em contrapartida à imposição de pedágio em rodovias por ele conservadas, seja diretamente, seja mediante concessão.

Permito-me, a esta altura, parenteticamente aludir a exposição que em outras ocasiões¹⁹ desenvolvi em torno do que estou a referir como *dever-poder*: os poderes que a autoridade pública maneja no desempenho da função administrativa são por ela detidos exclusivamente a fim de que possa prestar acatamento ao vínculo que afeta sua vontade. Por isso sustento que a administração, no desempenho da função administrativa, pode fazer tudo quanto deva fazer; mas apenas isso, nada mais. Não pode, por certo, fazer mais – ou menos – do que deva fazer.

O âmbito do *direito* de ir e vir é também integrado, entre nós, pelo *dever-poder* de o Estado prover vias públicas adequadas, em volume e qualidade suficientes à melhor circulação dos cidadãos. Deve fazê-lo e, para tanto, pode (= deve) a eles impor o pagamento de pedágios. Isso, além de tudo, com plena observância da regra da continuidade do serviço público.²⁰

O crescimento acentuado da frota de veículos faz das vias públicas um bem sempre mais escasso, a exigir investimentos progressivamente maiores na sua expansão e melhoria de qualidade. Daí, em face da limitação de recursos públicos disponíveis para a realização de tais investimentos, justificar-se a concessão, dos serviços, remunerada mediante a cobrança de pedágio. Que o crescimento da frota de veículos no país reclama o aumento da quantidade e melhoria da qualidade das vias públicas bem se pode avaliar mediante a comparação do número de acidentes, de engarrafamentos e de velocidade média em rodovias nas quais seja exigido,

¹⁹ V.g., meu voto no Recurso Extraordinário 581.947.

²⁰ A ideia de continuidade é inerente, mesmo no medievo, ao empreendimento de atividades que assumissem a configuração do que modernamente denominamos *serviço público*. Uma ordenança de Charles IX, rei de França, de 1560, estabelecia que aos titulares de direitos de pedágio (*droits de Peage*) incumbia a conservação em boa e devida reparação (= em bom estado) das pontes, caminhos e passagens; isso não sendo feito, o produto das receitas do pedágio seria tomado pelos agentes do reino (*Procureurs*) e aplicado à reparação e conservação devidas (cf. LAON, Jean de. *Le corps DV DROICT François, contenant la conference des ordonnances royaux, et Coustumes observees au Royaume de France*. MDC. p. 361). O mesmo preceito é reproduzido, no século XIX, no art. 42 do *cahier des charges* (conjunto de disposições que definem as condições da concessão de serviço público) aplicável à concessão de transporte ferroviário entre Paris e Lyon: “*Le chemin de fer et toutes ses dépendances seront constamment entretenus en bon état et de manière que la circulation soit toujours facile et sûre. L'état Du dit chemin et de ses dépendances sera reconnu annuellement, et plus souvent, en cas d'urgence ou d'accidents, par un ou plusieurs commissaires que désignera l'administration. Les frais d'entretien et ceux de réparation, soit ordinaires, soit extraordinaires, resteront entièrement à la charge de la compagnie*” (cf. DUFOUR, Gabriel. *Traité général de droit administratif appliqué*. 10. ed. Paris: Cotillon Éditeur, 1854. t. troisième, p. 213-214). Outrossim, o modelo de *cahier des charges* para a concessão de pontes, aprovado pela circular de 7 de maio de 1870, estabelecia, em seu art. 26, que, se a circulação viesse a ser interrompida, o concessionário deveria prover, por sua conta, um serviço de travessia por balsa; e, mais, se a ponte viesse a ser destruída, ainda que em razão de força maior, o concessionário seria obrigado a reconstruí-la, sem direito a reclamar qualquer indenização do Estado (cf. AUCOC, Léon. *Conférences sur l'administration et le droit administrative*. 10. ed. Paris: Dunod Editeur, 1882. p. 50-51).

ou não, o pagamento de pedágio. Aí se trata, inclusive, de prover a segurança das pessoas. Esse crescimento impõe ao Estado o dever-poder de nelas investir, do qual decorre o também dever-poder de cobrar por essa utilidade. Cobrar por elas, isso não decorre de um poder, porém do dever de fazê-lo. O Estado – repito-o – pode fazer tudo quanto deva fazer.

Isso resulta bem nítido em trecho de voto do ministro Teori Zavascki²¹ a respeito da matéria, cogitando de limitações ao tráfego de pessoas: “essa mesma limitação, e em grau ainda mais severo, se verifica quando, por insuficiência de recursos, o Estado não constrói rodovias ou não conserva adequadamente as que existem, impondo aos usuários percursos mais longos ou desgastes e avarias em seus veículos”.

O preceito veiculado pelo §1º do art. 9º da Lei nº 8.987/1995 – “somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário” – é plenamente adequado à Constituição.

Note-se bem, além disso – digo-o para exemplificar –, que a proibição da circulação de veículos com determinados números de placa em certos dias da semana e de caminhões em algumas rodovias, em certos horários nos finais de semana, não é incompatível com o *direito* de ir e vir, tal e qual o contempla a Constituição do Brasil. E nem seria descabida, entre nós, a criação de pedágio em vias movimentadas do centro de cidades, tal como ocorre em centros urbanos no exterior.

7. Conclusões

Resultam destarte demonstrados os equívocos consumados nas razões da Procuradoria Geral da República acostadas aos autos do Recurso Extraordinário 597.981 e na primeira decisão monocrática que nele tomei. Ainda que a instituição de pedágio sem a disponibilização de vias alternativas de acesso afete a *liberdade* de ir e vir, convive em completa harmonia com o *direito* de ir e vir tal e qual o contempla a Constituição do Brasil. Nele está contida.

O argumento de que a cobrança de pedágio somente seria possível quando o usuário pudesse escolher entre “utilizar a rodovia tarifada, ou fazer uso de outro trajeto, sem pedágio, mesmo que em piores condições” cede diante do disposto no art. 9º, §1º da Lei nº 8.987/1995. Valho-me ademais, neste ponto, das agudas observações de Antonio Carlos Cintra do Amaral, transcritas no item 4.²²

²¹ Recurso Especial 417.804.

²² “*Liberdade de escolha*, portanto, não se refere à existência alternativa de um serviço público gratuito prestado ao usuário, e sim à existência de mais de um prestador, já que, *pelo menos em princípio*, a lei estabelece a não exclusividade da concessão.”

Outrossim, a afirmação de que a incidência do pedágio importa restrição do valor *liberdade de locomoção* não induz conclusão de que o *direito de locomoção* (= *direito de ir e vir*, tal e qual o contempla a Constituição do Brasil) resulte comprometido por essa incidência. Reporto-me, a respeito disso, especialmente ao que averbei no item 6.

É por certo inadmissível, de resto, que a interpretação/aplicação do direito seja procedida com fundamento em *valores*, à margem da positividade da ordem jurídica. A respeito disso, mais uma vez remeto o leitor ao que afirmei em meu *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*.²³

Meu despacho monocrático no RE 597.981 foi por mim tornado sem efeito quando me dei conta de nele ter me afastado do disposto na Constituição. Como, no entanto, ainda assim conduziu a outro equívoco,²⁴ resolvi neste texto voltar à questão para afirmar:

1. que o Estado pode, sim, cobrar pela prestação de determinado serviço público específico e divisível ainda quando não preste serviço análogo gratuitamente ou inexista alternativa gratuita para a fruição da mesma ou de utilidade análoga; e

2. que a cobrança de pedágio em determinada rodovia sem que o usuário tenha a opção de fazer uso de outro trajeto gratuitamente não importa violação do *direito de ir e vir* consagrado no art. 5º, XV da Constituição do Brasil; o *direito de ir e vir* assegurado pela Constituição do Brasil, tal como por ela conformado, abrange a conduta estatal *cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo poder público*; a negação do dever-poder estatal de impor essa cobrança importa, ela sim, violação desse direito.

Referências

ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè Editore, 1978.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. Concessão de rodovias e cobrança de pedágio. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Org.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997.

AUCOC, Léon. *Conférences sur l'administration et le droit administrative*. 10. ed. Paris: Dunod Editeur, 1882.

²³ Op. cit., p. 288-289.

²⁴ Refiro-me ao Agravo de Instrumento 990.10.037345-6, julgado pela 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo (ver item 2).

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DUFOUR, Gabriel. *Traité général de droit administratif appliqué*. 10. ed. Paris: Cotillon Éditeur, 1854. t. troisième.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LAON, Jean de. *Le corps DV DROICT François, contenant la conference des ordonnances royavx, et Covstumes observees av Royaume de France*. MDC.

LIMA, Rui Cirne. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.