

A NATUREZA JURÍDICA DO PEDÁGIO

Pedro Aparecido CORREIA¹
Lorena LAGISCK²

RESUMO: A natureza jurídica do pedágio. Posicionamentos relativos ao tributo e à tarifa. Inexistência no ordenamento jurídico pátrio de uma definição advinda da Lei, seja ela constitucional, ou infraconstitucional. Neste vácuo normativo aborda-se conceitualmente fazendo a diferenciação de tarifa ou preço público da taxa; discorre-se sobre a limitação ao direito de ir e vir, que é direito fundamental da liberdade de locomoção; trata-se da forma de agir dos serviços públicos através da delegação. Na análise doutrinária e jurisprudencial, verifica-se a presença de três correntes relativas à natureza jurídica do pedágio, sendo uma a que o considera como um tributo, outra que o considera como tarifa e, por último, outra que considera uma junção de taxa (tributo) e de tarifa, justamente por suas características peculiares, podendo ser, esta última, vista por meio de determinados pressupostos. No findar vemos que o pedágio se sujeita à diversos regimes que são diferenciados entre si, tomando uma forma e outra, sendo que isto dependerá da realidade fática.

Palavras-chave: Natureza Jurídica. Lei. Pedágio. Tributo. Taxa. Tarifa. Constitucionalidade. Direitos. Garantias Fundamentais.

1. INTRODUÇÃO

O pedágio, de acordo com a enciclopédia livre, nada mais é do que um direito de passagem pago mediante uma taxa ao poder público, seja por meio de uma autarquia ou uma concessionária delegada, para ressarcir custos de construção ou manutenção de uma via de transporte.

Vejamos entendimento de acordo com Mello apud Savaris (2008, p.203):

“É a designação atribuída a uma cobrança passível de ser exigida dos usuários de via pública, a fim de acobertar despesas de construção,

1 Discente do 9º termo B do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. R.A: 001.110.159. E-mail: pedrocorreia@unitoledo.br

2 Discente do 9º termo A do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. R.A: 001.212.010. E-mail: lorena_lagisck@hotmail.com

remunerar os trabalhos aí implicados ou relativos à sua permanente conservação, bem como serviços complementares disponibilizados a quem dela se utilize.”

A natureza jurídica do pedágio é um tema recorrente e muito controvertido, seja na doutrina, ou na jurisprudência.

Não se chegou à um conceito concreto, sendo este tema recheado de divergências quanto ao seu caráter tributário ou de expediente administrativo, tanto na prática de sua cobrança como no campo doutrinário. A carência desta caracterização revela-se de importância fundamental para a devida aplicação ao pedágio dos princípios inerentes a cada ramo do direito administrativo ou tributário.

O Brasil é pluriconstitucionalista ao longo de sua história republicana e, sendo assim, o pedágio tem tratamentos diversos quando da vigência das várias Constituições que existiram no país. Analisar cada uma dessas características ajudará a entender o motivo de tantas divergências quanto à sua natureza jurídica.

Em 1824, na nossa primeira constituição, o pedágio não tinha regulamentação, apesar de ser utilizado há muito tempo no Brasil. Apenas com a constituição de 1891 que surgiu a vedação à limitação do tráfego, pois proibiu a criação de imposto que tributasse produtos ou veículos em suas passagens dentro de um Estado, ou entre os Estados da nação.

Com a Constituição de 1988, chamada pejorativamente de Constituição cidadã, o pedágio passou a ter um aspecto mais polêmico, controvertido. Atualmente, a ressalva para o trânsito de pessoas ou bens é cobrado quando da efetiva “utilização de vias conservadas pelo Poder Público” e não possui mais o caráter indenizatório ou remuneratório como era antigamente. Desse modo, deve-se observar as razões pelo qual a natureza do pedágio ainda de encontra não definida, sendo objeto de muitas discussões.

A figura do pedágio é encontrada na atual Constituição Federal como exceção a uma restrição voltada ao Poder Público, que não poderá instituir tributos que impliquem em uma limitação do trânsito de quaisquer cidadãos, eis que tal preceito demanda de princípio constitucional. Esta vedação constitucional visa impedir que a liberdade de locomoção, direito fundamental assegurado mediante cláusula pétrea, seja ferida em razão da instituição de tributos que venham impor uma barreira monetária que vede ou cerceie o tráfego.

Classificado o pedágio como uma exceção desta regra, o atual texto constitucional retirou-o do âmbito desta restrição e aceitou a sua livre utilização e, portanto, sua cobrança, nas vias que são conservadas pelo Poder Público. Apesar do status de função específica, a Constituição cidadã não estabeleceu mais nenhuma outra característica, parâmetro ou conceito que tornasse o caráter do pedágio indiscutível, assim como também não existe norma que regule o instituto do pedágio que, apesar de amplamente utilizado desde há longa data, ainda não possui uma natureza bem definida.

Assim, da eclosão dessa lacuna legal, cabe à doutrina definir o pedágio e extrair sua essência, pois é do entendimento aprofundado de qualquer instituto que poderemos usá-lo e conceituá-lo da forma mais correta e também atender as interjeições efetuadas pelos estudiosos com curiosidade mais aguçada. Desta maneira, atualmente, a doutrina levantou uma série de discussões que geraram posicionamentos diversos, que ora consideram o pedágio um tributo, ora uma tarifa ou preço público, devendo-se destacar também a existência de um posicionamento híbrido, que considera o pedágio tanto tributo, quanto tarifa, dependendo de determinados requisitos e situações fáticas.

Os altos tribunais, que também poderiam apontar a solução de tais discussões, raramente se manifestam sobre este assunto. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, corte que poderia dirimir tais discussões, eis que estas envolvem matéria constitucional, poucos são os acórdãos proferidos, porém, mesmo assim, pode-se extrair entendimento que pode ser considerado como majoritário.

É desses mencionados posicionamentos, tanto doutrinários, quanto jurisprudenciais, que serão abordados, analisando os argumentos utilizados em cada um com o fim de se encontrar a solução mais apropriada à figura do pedágio.

2. DA CONCEPÇÃO JURÍDICA DO PEDÁGIO

2.1 Da Constitucionalidade Do Pedágio

A Constituição de 1967, dizia que era vedado criar espécies de tributos

com o intuito de limitar o tráfego, exceto o pedágio. Deste modo, a constituição de 67 manteve a posição de que o pedágio era a única forma, constitucionalmente falando, de se vedar o tráfego de pessoas ou coisas. Entretanto a redação do artigo 20, inciso II dizia no final que o pedágio poderia ser cobrado para fins de “atender ao custo de vias de transporte”.

De acordo com Dalto Junior (2005), salienta-se que à época o Código Tributário Nacional já estava em vigor e, em razão de o pedágio atender ao caráter remuneratório das taxas contido neste, entendeu-se ser tributo da espécie taxa a figura estudada.

Com a promulgação da constituição de 1988, a situação sobre a natureza jurídica do pedágio sofreu uma mudança radical, pois o constituinte trouxe a ressalva dele da seguinte maneira:

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;

Desta forma, podemos ver nitidamente a diferença entre a constituição de 1967 e de 1988, em que a anterior se refere a cobrança do pedágio no sentido de “atender ao custo de vias de transporte” e, a atual se refere à cobrança do pedágio para “utilização de vias conservadas pelo Poder Público.”

Para Carlos Araújo Leonetti (2004, p.138) a nova redação dá a entender que o pedágio apenas pode ser exigido pelo uso da via:

“A nova 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.”

E, para o autor a expressão “utilização de vias conservadas pelo Poder Público” merece críticas no seguinte aspecto:

[...] 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.

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 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.

Diante disto, percebemos que, no Brasil, não é o poder público quem conserva as vias, assim como fala o texto constitucional, as vias são normalmente conservadas por autarquias ou sociedades de economia mista, mas principalmente por empresas privadas concessionárias da exploração da via.

Sobre a constitucionalidade no tocante ao direito de ir e vir, Mato (2011, p.2) diz o seguinte:

Em um primeiro momento o conflito pairava no direito à livre locomoção, garantido a todos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”; e no inciso XV do referido artigo: “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”. Há de se observar, portanto, a limitação ao direito em questão prevista pela própria Carta Magna em seu artigo 150, inciso V, vedando à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “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”.

Vemos que a constituição nos garante o direito a livre locomoção no território nacional, podendo nele entrar ou dele sair com nossos bens, entretanto,

vemos ao mesmo tempo, a própria constituição estabelecendo limites ao tráfego de pessoas, materializado pela cobrança nos pedágios.

2.2 Dos Direitos e Das Garantias Fundamentais

Os direitos fundamentais impressos na Constituição são limitações que a soberania popular impõe ao poder transmitido pela mesma ao Estado. Dentre eles, destacam-se os direitos fundamentais de primeira geração, também denominados de direitos individuais, que visam resguardar direitos civis e políticos, como a vida, a saúde, a liberdade, a igualdade, o ir e vir, dentre outros, sendo que se encontram basicamente concentrados no artigo 5º de nossa Constituição Federal de 1988, a qual desenvolve tais direitos em seus incisos, assim como os meios de garanti-los.

Todos os direitos fundamentais são importantes e merecem tutela, mas nos atemos ao direito à liberdade, que pode se expressar de diversas formas, sendo cada um destes meios protegidos especificamente pela Constituição. É de muita importância tecer considerações acerca da liberdade da pessoa física, que se encontra regulamentada no inciso XV do artigo 5º da Constituição Federal, cujo texto reza ser *“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”*. Assim, tal liberdade consiste na possibilidade de livre locomoção em todo território nacional por parte de todos os indivíduos (SILVA, 2002, p. 236), não podendo lei alguma ferir este direito ao efetuar-lhe restrições.

Cabe ressaltar que faceta da doutrina constitucionalista entende que este inciso não só estatui o direito à locomoção, mas também o denominado direito de circulação, que, com base na liberdade de ir e vir, concede a possibilidade de livre trajeto entre pontos diversos de via pública sem que o Estado interfira em tal deslocamento (SILVA, 2002, p. 238), independente do meio que o cidadão irá se utilizar para realizar o seu percurso.

Para alcançar o efetivo cumprimento dos direitos fundamentais, a Constituição elencou garantias que os assegurassem especificamente. No caso da liberdade em questão, o instrumento pertinente à sua concretização em caso de eventual cerceamento, ou mesmo na sua iminência, denomina-se Habeas Corpus,

constante no inciso LXVIII do artigo 5º. Inseto na seara dos remédios constitucionais, visa evitar ou interromper ato discricionário ou ilegal que restrinja a locomoção de determinado indivíduo. Apesar de mostrar-se como garantia que visa proteger de modo amplo a liberdade de locomoção, sua utilização está resumida ao campo do direito penal.

2.3 Vedação À Limitação De Tráfego

A vedação à limitação de tráfego é princípio jurídico tributário constante no inciso V do artigo 150 da Constituição Federal e é considerada regra que completa a liberdade da pessoa física (SILVA, 2002, p. 693).

Pelo referido inciso, fica vedada a imposição de limitações ao direito de locomoção, tanto de pessoas, quanto de bens, através de tributos interestaduais ou intermunicipais. Desse modo, proíbe tributo que tenha unicamente por fato gerador o cruzamento de fronteira interna, o que visa manter o pacto federativo e a autonomia que cada Estado-membro da Federação possui.

Tal instrumento normativo exprime ressalva à proibição, concedendo à figura do pedágio a tarefa de arrecadar quantia que se voltará às vias conservadas pelo Poder Público. Especificamente, a dita conservação traduz-se não na existência de vias não conservadas, apesar de a realidade assim levar a crer, mas sim no tratamento diferenciado que o ente público concederá à via pedagiada. Assim, a princípio, estas vias possuirão condições mais vantajosas de tráfego por terem benefícios do que as demais, já que não sofrerão da precariedade de recursos e conseqüentemente, falta de maiores investimentos que assola a maioria das rodovias não pedagiadas, apesar destas serem mantidas pelo Estado através de receita obtida pelo meio de impostos (tributos).

3. DIFERENÇA ENTRE TAXA E TARIFA

Na condição de institutos que facilmente podem se confundidos, mostra-se importante distinguir as taxas dos preços públicos, denominados estes,

também, de tarifas. Basicamente, tais figuras são estranhas entre si pelo fato de possuírem naturezas jurídicas diversas; enquanto as taxas revestem-se das características de um tributo, a tarifa ou preço público, figura-se como instituto pertencente à seara do Direito Financeiro, ciência esta que abarca em seu âmbito as receitas originárias.

Devemos exorbitar do assunto em tela no presente momento com o fim de elaborar mais uma distinção, sendo esta referente às receitas públicas. Tais receitas podem ser classificadas como derivadas e originárias, que são diferenciadas umas das outras através da proveniência dos recursos que compõem o patrimônio Estatal. As primeiras, receitas derivadas, são aquelas que decorrem diretamente de arrecadação compulsória de valores provenientes do patrimônio particular, como é o caso dos tributos em geral. Já as últimas, as receitas originárias, decorrem da exploração dos bens cuja propriedade é do próprio Estado, sendo *“regidas por normas de direito privado, pois derivam de obrigações de direito privado [...] Na obtenção das receitas originárias, o Estado não utiliza a sua soberania”* (MORAES, 1996, p. 302), podendo-se encaixar nessa classe os preços públicos.

Quanto à espécie tributária em menção, é tributo que está ligado a uma atuação estatal, direcionada esta em específico a determinado contribuinte, sendo que atualmente é regulada pelo artigo 77 do Código Tributário, reforçado pelo inciso II do artigo 145 da Constituição.

É considerado tributo vinculado, fazendo com que tal característica a diferencie substancialmente do imposto, pois enquanto este se origina através de fato praticado pelo contribuinte, aquela deriva de fato decorrente de atividade executada pelo poder público e direcionada ao contribuinte, que, por sua vez, estará obrigado a quitar a referida contraprestação.

O serviço público que origina a taxa deve ter em seu conteúdo os caracteres da especificidade e da divisibilidade, de modo que seja identificável a utilização do serviço de forma individual, ou seja, deve ser um serviço público *uti singuli*. Desse modo, é impossível a cobrança de taxa sobre atividade que beneficie genericamente a todo um conglomerado de indivíduos, neste caso os chamados serviços públicos *uti universi*.

Além disso, a taxa pode ser originada em caso do exercício regular do poder de polícia. Neste caso, será aquela que está vinculada a ato da Administração

Pública embasado em tal prerrogativa, estando a mesma instituída e cobrável ao contribuinte quando este der causa ao referido ato. Ela mostra-se diferente pelo fato de seu contribuinte não ser o beneficiário único do serviço, mas sim o causador do mesmo, pois o poder de polícia tem por escopo beneficiar toda a coletividade. Este subtipo de taxa exprime função extrafiscal, pois visa regular atividades particulares em prol do interesse estatal (BALEEIRO, 2001, p. 232).

Desse modo, observa-se ser nítida a distinção entre taxa e preço público, pois constituem meio de ingresso financeiro diverso um do outro. Além disso, pelo fato da taxa ser tributo, a mesma é revestida de compulsoriedade, diversamente do preço público, que não possui em seu âmbito tal exigência e assinala-se, inclusive, pela sua facultatividade. Essa característica diferenciadora de ambos decorre do fato de a primeira originar-se somente da lei, que torna obrigatório o seu conteúdo, e do segundo decorrer sempre da vontade dos contratantes. Ressalta-se que, apesar de este último tornar o cumprimento do convencionado obrigatório, isso somente ocorrerá em razão da facultatividade de agir e contratar que recai por sobre os pólos da relação jurídica, tal e qual ocorre com as relações contratuais pertencentes ao direito privado.

Nas palavras de Leandro Paulsen (2008, p. 40), a taxa:

“[...] é tributo, sendo cobrada compulsoriamente por força da prestação de serviço público de utilização compulsória ou do qual, de qualquer maneira, o indivíduo não possa abrir mão. O preço público, por sua vez, não é tributo, constituindo, sim, receita originária decorrente da contraprestação por um bem, utilidade ou serviço numa relação de cunho negocial em que está presente a voluntariedade. [...]”

Neste sentido e ciente de possíveis confusões acerca dos institutos em alusão, intentou superar divergências o Supremo Tribunal Federal ao editar súmula, de número 545, que fixou o seu entendimento acerca da diferenciação de tais figuras:

“Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daquelas, são compulsórias e têm sua cobrança

condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”.

Desse modo, a identificação da natureza de taxa ou de tarifa de determinada exação decorrente da prestação de serviço público torna-se de todo importante, pois, dependendo de onde se encaixará a figura, as consequências diversas. Sendo tributo na forma da espécie denominada taxa, a figura poderá apenas ser instituída mediante lei e apenas por pessoas jurídicas de direito público, pois somente elas é que possuem o poder de tributar, como anteriormente exposto. Além disso, deverá submeter-se aos princípios jurídicos da tributação e das demais limitações ao poder de tributar que estão presentes na Constituição Federal. Caso a figura possuir natureza de preço público, não estará sujeita a nenhuma dessas peculiaridades, pois não será tributo e estará sob a égide das normas de Direito Privado.

4. A NATUREZA JURÍDICA DO PEDÁGIO

4.1 O Pedágio Como Tributo

O primeiro posicionamento ao qual se pode citar é o que considera o pedágio como um tributo, tornando-o suscetível aos princípios, normas e limitações do sistema jurídico tributário. É adotado por parte considerável da doutrina, incluindo nomes como Leandro Paulsen (2008, p.237), Roque Antônio Carraza (2002, p. 502/505), Bernardo Ribeiro de Moraes (1996, p. 337/344), Misabel Derzi e Aliomar Baleeiro (2001, p. 548/550) e Luciano Amaro (2002, p. 48/50), o que possibilita a afirmação de que este é o entendimento atualmente dominante nesta seara.

Esta posição também já foi compartilhada pelo Supremo Tribunal Federal, mas o julgamento que a concretizou não se referia ao pedágio cobrado nos moldes atuais, o que levantou uma série de discussões acerca da pertinência da utilização de tal jurisprudência hodiernamente, conforme mais adiante explanaremos.

A teoria em tela embasa-se, primeiramente, em uma interpretação legalista da norma constitucional que admite o pedágio como ressalva à vedação de limitações ao tráfego, contida esta no já anteriormente citado inciso V do artigo 150. Seus adeptos entendem que Constituição Federal ora vigente eliminou quaisquer discussões quanto à natureza jurídica de tal figura, pois claramente a define como tributo ao encaixar sua única norma instituidora no capítulo referente ao Sistema Tributário Nacional. Devido a isso, entendem que a natureza tributária do pedágio é inafastável, já que definida pela Lei Maior (LEONETTI, 2004, texto digital).

Os adeptos dessa teoria ainda argumentam que o pedágio seria tributo não só pelo fato de estar inserto em capítulo que trata somente de tributos, mas também em razão de ser uma exceção à regra que versa a propósito de restrições quanto à instituição e utilização de tributos (AMARO, 2002, p. 49). Desse modo, entendem que *“se o constituinte não considerasse o pedágio como tributo, não haveria porque ressalvá-lo de uma regra só aplicável a tributos, posto que já estaria automaticamente excluído”* (LEONETTI, 2004, texto digital). Portanto, os seguidores desta teoria consideram que o pedágio possui natureza tributária evidente, obviedade esta alcançada, segundo eles, de análise lógica da norma constitucional que o regulamenta.

Apesar da natureza em si apresentar-se pacífica entre os seguidores desse entendimento, a espécie a qual o pedágio equivaleria cria algumas subdivisões doutrinárias, que acabam por vir a desenvolver raciocínios e argumentos que levam a conclusões com diferenças mínimas, pois ambas caminham no sentido de afirmar que o pedágio é taxa ou subespécie da mesma.

4.2 O Pedágio Como Taxa

Além de se basear no entendimento de que o pedágio é tributo devido à colocação de seu tratamento em capítulo que aborda o sistema tributário nacional e de ser exceção única à regra que veda à utilização de tributos como meio de se limitar o tráfego, os adeptos deste posicionamento utilizam-se de outros argumentos que direcionam a sua natureza específica à espécie taxa.

Primeiramente, este posicionamento encaixa a referida figura na espécie tributária taxa devido à similitude existente em seus caracteres de exigibilidade. Como foi visto anteriormente, a taxa, por ter por hipótese de incidência atuação estatal individualizada independente de qualquer ato do contribuinte, sendo que este deve arcar com o serviço público que lhe foi prestado através da referida remuneração, que deverá custear inteiramente o serviço, teria uma relação de proximidade com o pedágio, que também possui tais características, já que é serviço público *uti singuli*, independe de ato do particular para que seja exigível e, também, por ter fato gerador similar.

Neste sentido, Luciano Amaro (2002, p. 48/50) explicita que o pedágio se aproximaria da taxa em razão de ambas as exações referirem-se a serviço de fruição individual, pois um serviço *uti singuli* não poderia ser arcado por toda a sociedade, posto que o benefício é individual e não coletivo. Deveras, a taxa seria a única espécie a qual o pedágio poderia assemelhar-se, em detrimento das demais, sob pena de escapar aos liames da ressalva e ferir a vedação de limitação ao tráfego. Não poderia subsumir-se nas características de quaisquer outros tributos, já que com estes não se encontram semelhanças com as peculiaridades do pedágio.

Explicita de forma ainda mais clara Aires Barreto, dizendo que os termos serviço e utilização são dependentes entre si, sendo, principalmente no caso do pedágio, este a consequência do outro. Assim, pode-se concluir que o pedágio, como taxa, não se tornaria devido somente pelo uso, mas sim pelo serviço prestado, pois, segundo o autor, seria *“equivocado concluir que o tributo taxa é devido pela utilização. O tributo é devido pela prestação de serviço público; todavia, como é óbvio, não pode haver prestação sem utilização”* (1998, p. 541). O autor ainda conclui que no caso do pedágio o termo conservar assemelha-se a prestar, pois a conservação das vias decorre da prestação de serviço. É partindo desse pressuposto, dentre outras argumentações, que o posicionamento em enlevo considera pedágio como taxa de serviço.

De forma resumida, para estes doutrinadores não é o uso que é a hipótese da taxa, mas sim o serviço de conservação, que é posterior ao uso, fazendo com que o entendimento de Aires Barreto seja reforçado.

O primeiro acórdão prolatado pelo STF que se posiciona quanto ao pedágio refere-se à Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 800, pela qual o

Relator de então, o Ministro Ilmar Galvão, em sede de liminar, aponta ser a figura um preço público. O Ministro baseou-se em argumentos de Sacha Calmon Navarro Coêlho, à época já adepto deste posicionamento, e de Hely Lopes Meirelles, julgando como preço o pedágio, entendendo ser possível sua cobrança encaixar-se nos moldes exigidos por um simples decreto, já que não possui natureza tributária e, portanto, não irá observar quaisquer princípios constitucionais tributários.

Segue abaixo a ementa do mencionado acórdão:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO N. 34.417, DE 24.7.92, DO GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, QUE INSTITUI E AUTORIZA A COBRANÇA DE PEDAGIO EM RODOVIA ESTADUAL. ALEGADA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA ANTERIORIDADE. Tudo esta a indicar, entretanto, que se configura, no caso, mero preço público, não sujeito aos princípios invocados, carecendo de plausibilidade, por isso, a tese da inconstitucionalidade. De outra parte, não há falar-se em periculum in mora, já que, se risco de dano existe no pagar o pedágio, o mesmo acontece, na frustração de seu recebimento, com a diferença, apenas, de que, na primeira hipótese, não e ele de todo irreparável, como ocorre na segunda. Cautelar indeferida (BRASÍLIA, 2002, texto digital)”.

O segundo e último acórdão da Corte Maior já entende que o pedágio é taxa e refere-se ao Recurso Extraordinário de número 181.475-6/RS, cujo Relator foi o Ministro Carlos Velloso. Ressalte-se que apesar de o mencionado julgado referir-se primordialmente à figura do selo-pedágio então existente, o voto em análise cuida-se em discernir, primeiramente, a natureza do pedágio em si, fato que torna este de utilização precedente.

Desse modo, por tal julgamento proveniente da Suprema Corte, o pedágio teria natureza tributária pelos mesmos motivos que sustenta o entendimento doutrinário defensor deste posicionamento, como se pode depreender do trecho extraído do voto do Ministro Relator:

“Primeiro que tudo, deixo expresso o meu entendimento no sentido de que o pedágio, objeto da causa é espécie tributária, constitui-se numa taxa. O fato de ter sido o pedágio tratado no Sistema Tributário Nacional exatamente nas limitações ao poder de tributar – CF, art. 150, V – é significativo. Ora, incluído numa ressalva a uma limitação à tributação, se fosse preço, a ressalva não teria sentido. É dizer, se está a Constituição tratando de

limitações à tributação, não haveria sentido impor limitação a um preço (tarifa), que tem caráter contratual, assim incluído no regime de direito privado. O pedágio tem natureza jurídica de taxa (BRASÍLIA, 1999, texto digital)".

Sendo assim, é possível concluir que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o pedágio seria uma taxa, posto que o último julgado, mesmo que não relativamente recente, direcionou este raciocínio neste sentido.

4.3 O Pedágio Como Subespécie De Taxa: Uso De Via Pública

Apesar de derivar-se do antecedente, fato que cria uma relação de continuidade e torna indispensável à consideração das ponderações anteriores, este posicionamento se mostra diferente em razão do enfoque diferenciado que seus adeptos tomaram ao concluir o raciocínio. Além de seus adeptos possuírem argumentos estruturados que compõem inclusive o posicionamento antecedente, contaram com o ímpeto de considerarem a existência de uma nova espécie de taxa que não insere no inciso II do artigo 145 da Constituição.

Assim, os doutrinadores que adotam esta teoria concordam em se encaixar o pedágio na espécie taxa, mas entendem que não seria na subespécie referente aos serviços públicos. Tal assertiva decorre do fundamento de que o pedágio não consiste em remuneração proveniente da prestação ou da disposição de serviço públicouti singuli, pois as vias são bens públicos e não serviços estatais voltados à determinado contribuinte. Assim, o contribuinte não usa um serviço estatal, mas sim um bem público, contra prestacionando a utilização efetiva desse bem (AMARO, 2002, p.50). Além de o texto constitucional não deixar margens a dúvidas, com esse argumento afasta-se, inclusive, eventual cogitação acerca da cobrança do pedágio decorrente da mera disposição, como assim ocorre na taxa de serviço.

Em contrapartida com os argumentos que alegam ser a conservação das estradas o dito serviço público que embasaria a justificativa de o pedágio ser taxa de serviço, Luciano Amaro enfoca não ser o serviço de conservação das vias o

fim, mas sim um meio de garantir a utilização das mesmas pelo cidadão. Assim, em consonância com o disposto literalmente no texto constitucional, considera que o fato gerador do pedágio seria a efetiva utilização da via, concluindo que este é taxa de uso devido ao mencionado afastamento com a taxa de serviço prevista constitucionalmente. Ainda finaliza:

“A utilidade que o Estado propicia ao indivíduo não é o conserto, mas sim a utilização da estrada. Noutras palavras, a coisa ou fato estatal a que se liga o pedágio não é uma prestação de serviço (de conserto), é a estrada, com cuja utilização se concretiza o enlace do indivíduo à obrigação tributária (AMARO, 2002, p.50, grifo do autor)”.

Por fim, importa citar artigo de Andrei Pitten Velloso, que, ao desenvolver tema idêntico ao presente trabalho, aceita o posicionamento aqui mencionado. Para ele, que adota posicionamento constante em seção mais à frente, o pedágio, enquanto tributo, é taxa de uso em razão de a utilização do serviço público dar-se indiretamente, pois depende primeiramente do uso da via; como este uso é mais próximo que aquele, tal é que constitui fato gerador da taxa.

4.4 O Pedágio Como Preço Público Ou Tarifa

O segundo posicionamento a ser explanado não é tão adotado quanto o antecedente, pois a gama de doutrinadores que o segue é diminuta, principalmente com relação aos que se dedicam exclusivamente a estudos tributários. Dentre seus poucos adeptos, pode-se citar Sacha Calmon Navarro Coêlho (2004, p. 496/497) e Ricardo Lobo Torres (2004, p. 65), bem como Hely Lopes Meirelles (2001, p. 163), efetuando este, considerações focadas na órbita administrativista.

Pode-se afirmar que este posicionamento desconsidera e critica quaisquer argumentos que venham a tratar o pedágio como um tributo, pois entende que considerar apenas raciocínios decorrentes de uma interpretação estrita e legalista da lei não é o meio mais adequado para se alcançar sua natureza jurídica

(CEREJO, 2007, texto digital). Assim, tal posição entende que a ressalva inserida pela Constituição não passa de mera observação de conteúdo didático (TORRES, 2004, p.65), além de visar que o pedágio fosse afastado do mundo jurídico devido às especulações quanto a sua constitucionalidade (MACHADO, 2005, p. 282). Neste sentido, seus adeptos entendem que o legislador intuía:

“[...] evitar a possibilidade de, mediante uma interpretação extensiva de direitos fundamentais a ser dada pelos Tribunais pátrios, proibir-se a cobrança de pedágios necessários para a conservação de vias públicas, haja vista que, se o tributo não pudesse exercer tal limitação, tampouco um gravame não-tributário do porte do pedágio. Com base nessa possibilidade, a ressalva acabou surgindo com o fito de retirar a insegurança jurídica sobre os serviços de conservação das vias públicas (CEREJO, 2007, texto digital)”.

Diante disso, já que a efetiva utilização de bens públicos, como no caso as estradas, é remunerada através de preços, este posicionamento entende ser esta a natureza do pedágio. Assim, mesmo que seja cobrado pela Administração Pública, a remuneração será efetuada através de preço, só que revestido com caráter público, ao contrário do pedágio cobrado pelo particular em regime de concessão, que será um preço privado ou uma tarifa (COÊLHO, 2004, p. 496).

Deve-se observar que o pedágio constitui meio de instituição de vantagens nas rodovias que o cobram, sendo, por conseguinte, verba complementar, já que a conservação geral de estradas provém da receita arrecadada através de impostos. Assim, a doutrina finaliza que a legitimidade da cobrança do pedágio estaria condicionada à existência de via alternativa, pois, como visto, tal exação reveste-se de facultatividade, e, portanto, deve haver opções de escolha ao particular sob pena de sua utilização tornar-se compulsória e ferir não só sua principal característica, mas também o Direito Fundamental de liberdade de locomoção.

4.5 O Pedágio Como Figura Híbrida

Como ocorre na maioria das matérias controvertidas no mundo jurídico, a discussão acerca da natureza jurídica do pedágio não poderia deixar de possuir um posicionamento intermediário que se constituísse através de caracteres retirados de cada um dos posicionamentos contrários e conflitantes, como é o caso do presente.

Segundo este posicionamento, o pedágio poderá ser tanto um tributo quanto um preço, dependendo de determinados fatores. Como no primeiro posicionamento apresentado, este possui duas variantes, por se embasar em liames diferenciados, já que para uns a definição da natureza do pedágio depende da análise do caso concreto para que se observe o regime jurídico utilizado e para outros depende da existência de via alternativa, que irá definir o caráter compulsório ou não da exação.

5 CONCLUSÃO

Como restou demonstrado, em razão da falta de posicionamento do legislador constitucional, as discussões a respeito da natureza do pedágio foram bem discutidas no meio acadêmico. De tais discussões, uma série de posicionamentos visando solucionar sua natureza jurídica, não só em razão de curiosidade jurídica, como também devido ao fato de a natureza de tal figura revelaria o regime ao qual ela se encaixaria e deveria seguir, fazendo com que determinadas ilegalidades viessem à tona.

Em relação à corrente que considera o pedágio como um tributo, deve-se advertir que, grande parte da doutrina e da jurisprudência a adota; tal figura não pode possuir caráter tributário em decorrência de uma interpretação legalista do texto constitucional, pois o capítulo em que se situa ou o fato de ser exceção à regra que veda tributos não são meios aptos a definir a sua natureza. Além do mais, tal teoria não encontraria substrato na realidade, pois o pedágio não atenderia a determinados requisitos primordiais do gênero tributo ao ser cobrado em regime de concessão ou permissão como usualmente ocorre, pois não o seria mediante atividade administrativa plenamente vinculada e o seu caráter compulsório inexistiria, já que sua exigibilidade não seria decorrente da lei.

Nesse esteio que se baseia a corrente que considera o pedágio um preço, ou tarifa pública, termos estes utilizados como sinônimos no presente estudo. No tocante a essa corrente, que entende ter a figura em destaque um caráter facultativo e embasa seu argumento no fundamento de que o uso de bens públicos, como as estradas, enseja a cobrança de preço, deve-se fazer menção à incompletude de seu raciocínio que, apesar de não ser de todo equivocado, é posicionamento rígido, posto que desconsidera hipóteses que não as devidamente articuladas em seu entendimento.

Levando-se em conta que tais posicionamentos extremos podem não abarcar todos os aspectos do conceito, adequamo-nos à corrente híbrida, em sua ramificação que entende depender a natureza do pedágio do regime jurídico adotado para a sua instituição. Por ela, entende-se que a figura em menção possuirá tanto natureza de tributo, quanto de preço, sendo que tomará a forma de um ou de outro dependendo de que sede encontra-se sua cobrança.

Este posicionamento pode ser considerado o mais aceitável em razão de adequar-se melhor à realidade fática a qual o pedágio se encaixa atualmente, pois seu regime jurídico realmente é variável. Ademais, por ser intermediário, além de respeitar as características tanto da taxa, quanto da tarifa, considera não só os aspectos relevantes de cada corrente, mas também se atenta às principais críticas efetuadas, fazendo com que se amolde melhor ao ordenamento jurídico.

Considerando ser o pedágio tanto um tributo, quanto uma tarifa, dissonâncias acerca da validade jurídica de sua instituição ou modo de cobrança seriam dirimidas, sendo sua natureza definida de acordo com o regime que o regula no momento. Assim, o pedágio seria tanto um tributo, quanto uma tarifa, sendo aquele quando cobrado através da Administração Pública, como no caso das rodovias geridas pela DERSA ou pelo DER, e este quando gerido por Pessoa Jurídica de Direito Privado concessionária ou permissionária.

Assim, em razão da flexibilização que tal posicionamento pode ocasionar, resolvendo o embate acerca da natureza do pedágio de forma equilibrada e sem acarretar outras discussões decorrentes, conclui-se que a teoria híbrida seria a melhor aceita hodiernamente, posto adaptar-se ao regime variável que o pedágio se sujeita na prática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Carlos Henrique. **Pedágios**. Revista Tributária de Finanças Públicas, São Paulo, ano 8, nº. 35, p. 92 – 98, novembro/dezembro, 2000.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. Acquaviva. 12ª edição. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2004.

ALMEIDA NETO, João Alves de. **Pontos Controvertidos sobre o Aspecto Material da Taxa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, nº. 62, fevereiro/2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3776>>. Acesso em: 13 de março de 2014

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª edição, atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 40ª edição atualizada e ampliada até a emenda constitucional 53/06. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 800. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Requerido: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ilmar Galvão, Distrito Federal, 26 de novembro de 1992. Disponível em:

<<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>.
Acesso em: 13 de março de 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros Carvalho. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CEREJO, André Luiz Barros. **Pedágio: um novo tributo?** .Casa Jurídica, Mato Grosso, Agosto de 2007. Disponível em:
<http://www.casajuridica.com.br/?f=conteudo/ver_destaque&cod_destaque=378>.
Acesso em: 14 de março de 2014.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

DALTO JUNIOR, Gildo. **Pedágio: a sexta e mais nova espécie tributária**. Jus Navigandi, Teresina. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7293>>. Acesso em: 12 de março de 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Malheiros, 2000.

SAVARIS, José Antonio. **Pedágio: conceito e trajetória histórica**. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, 2008. Disponível em:
<<http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/107/97>>.
Acesso em: 12 de março de 2014.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

VELLOSO, Andrei Pitten. **Natureza Jurídica do Pedágio**. Jornal Estado de Direito, Porto Alegre, p. 06, maio/2006. Disponível em:
<<http://www.estadodedireito.com.br/index.php?action=artigos&codigo=57>>. Acesso em: 14 de março de 2014.