

ANOTAÇÕES SOBRE O PEDÁGIO - HISTÓRIA E NATUREZA JURÍDICA

Gustavo Teixeira Moris[†]

Resumo: Natureza jurídica do pedágio. Investigação acerca do papel do pedágio no direito positivo brasileiro, sua finalidade, seu regime jurídico e seus critérios definidores. Conceitos de taxa, preço público, serviço público e tarifa. Estudo da legislação infraconstitucional e constitucional acerca da taxa pela efetiva utilização do serviço público. Investigação histórica do pedágio no direito alienígena e no direito brasileiro. O pedágio no atual sistema constitucional. Limitações ao poder de tributar. As taxas sobre a ótica do concessionário do serviço público. Relação entre o concessionário do serviço público e o poder concedente. Relação entre o Poder concedente e o usuário do serviço público. Relação entre o concessionário do serviço e seu usuário.

Palavras-Chave: Pedágio. Tributo. Taxa. Preço Público. Tarifa. Constituição. Limitações ao poder de tributar. Natureza jurídica.

Abstract: Legal nature of the toll. Research on the role of toll on the Brazilian law, its purpose, its legal system and its defining criteria. Concepts of rate, price, public, public service and price. Study of infra-constitutional legislation and constitutional about the rate for the effective use of public services. Historical investigation of the toll on law and foreign law in Brazil. The toll in the current constitutional system. Limitations on taxing power. Taxes on the optics of the concessionaire of public service. Relationship between the concessionaire of public

[†] Professor de Direito Tributário, Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP.

service and the granting authority. Relationship between the grantor and power user of public service. Relationship between the operator of the service and its user.

Keywords: Toll. Tribute. Rate. Public Price. Tarifa. Constitution. Limitations on taxing power. Legal nature.

Sumário: 1. Introdução. 2. As Taxas. 3. Os preços públicos. 4. Serviços Públicos. 5. A tarifa. 6. Pedágio. 6.1. Um breve histórico sobre a evolução do Pedágio no mundo. 6.2. O Pedágio no direito positivo Brasileiro. 6.3. Conclusões acerca da natureza jurídica do Pedágio. 7. A questão das concessões de explorações dos serviços públicos a concessionários. 7.1. As relações existentes entre Poder concedente e concessionária e entre eles e o usuário do serviço público nas concessões. 7.1.1. O poder exige da concessionária um preço pela concessão do serviço público. 7.1.2. O poder concedente paga a concessionária um preço para que ela preste um serviço público, que o Estado, por alguma razão, não pode prestar diretamente ou julga mais conveniente que a concessionária o faça. 7.1.3. O poder concedente transfere a prestação do serviço público a concessionária com base na menor tarifa do serviço a ser prestado. 8. Conclusões. 9. Referências

1. INTRODUÇÃO



Para tratar do tema, inicialmente se faz necessário uma consulta a dois diplomas normativos que tratam panoramicamente da matéria, ao juízo do autor. O primeiro, a Constituição Federal, e o segundo o Código Tributário Nacional.

A Constituição Federal assim dispõe sobre as taxas:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

§ 2º - As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

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

III - cobrar tributos:

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;

Já o Código Tributário Nacional trata das taxas nos seguintes artigos:

Art. 5º Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria.

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas.

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de

interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

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.

Art. 80. Para efeito de instituição e cobrança de taxas, consideram-se compreendidas no âmbito das atribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, aquelas que, segundo a Constituição Federal, as Constituições dos Estados, as Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Muni-

cípios e a legislação com elas compatível, competem a cada uma dessas pessoas de direito público.

No presente trabalho nos ocuparemos de decompor de forma analítica as principais características das taxas de serviço, quando esses são efetivamente utilizados pelo contribuinte, impondo assim, um corte na matéria, que além de farta é particularmente polêmica.

O objetivo deste estudo é demonstrar as principais diferenças entre as taxas e os preços públicos, entre as taxas e as tarifas, e concluir que os pedágios também são espécies de taxa cobrada pela efetiva utilização do serviço público, conceituando-o, classificando-o e atribuindo-lhe uma natureza jurídica.

Para atingir o objetivo proposto, será preciso conceituar taxa, preço público, tarifa e serviço público. Bem como analisar as relações travadas nas concessões de serviços públicos entre poder concedente, concessionária e usuário do serviço. Necessário também será um breve esboço histórico do pedágio, no direito alienígena e no direito brasileiro.

2. AS TAXAS

Para o Jurista Bernardo Ribeiro de Moraes a taxa seria:

Uma espécie de tributo, que se distingue das demais pela existência, de duas causas jurídicas: em função do exercício regular do poder de polícia; e pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição (o destino da arrecadação da taxa não é mais elemento caracterizador deste tributo).¹

(...) como espécie tributária, a taxa é devida em razão da soberania financeira do Estado, inde-

¹ MORAES, Bernardo Ribeiro de. Doutrina e Prática das Taxas. Ed. Quartier Latin. 2ª edição. 2007. Pg 32.

pendentemente da vontade do contribuinte ou qualquer condição (a não ser quando estabelecida na própria lei).²

Nesse particular é complementado por Ramon Valdes Costa: “as taxas como todos os tributos são sempre obrigatórias, em virtude da decisão unilateral do Estado.”³

Assim, podemos concluir que as taxas são compulsórias, pois são criadas (seu critério material, critério espacial, sujeito ativo, sujeito passivo, base de cálculo e alíquota ou ainda cobrada com valor fixo) pela vontade unilateral do Estado, e podem ser instituídas sempre pelo Estado e por ele cobrada ou por quem lhe faça as vezes, sempre que houver um serviço público de sua titularidade,⁴ específico e divisível efetivamente utilizado pelo contribuinte.⁵

Nesse aspecto vale ressaltar que o contribuinte poderá, a depender do caso, utilizar ou não o serviço. Se optar em não utilizar, não haverá a existência do fato gerador da obrigação tributária e como consequência a cobrança da taxa não existirá. Mas, se de forma contrária, optar em utilizar o serviço, será sujeito passivo da obrigação tributária, tal qual e na forma em que tiver sido estabelecida em lei.⁶

²² Idem. Pg. 41.

³ COSTA. Ramon Valdes. Curso de Derecho Tributário. Montevideo. Ed. Impresora Uruguay Colombino. 1 ed. Tomo I. 1970. Pag. 313.

⁴ Lembremos que podem haver serviços prestados por particulares, mas tal particularidade não retira do Estado a titularidade do serviço. Nesses casos a prestação do serviço é que é concedida a terceiros, permanecendo o Estado com a titularidade do serviço.

⁵ Nesse particular não devemos confundir a compulsoriedade da exação com a compulsoriedade da utilização do serviço. São coisas distintas. A compulsoriedade do tributo é atributo que pertine a sua criação, independe de manifestação de vontade do contribuinte para que exista a hipótese de incidência. A necessidade de manifestação de vontade por sua vez existirá sempre, na formação de contratos, na utilização ou não do serviço, seja ele público ou privado. Achar que a compulsoriedade na utilização do serviço é que caracteriza a taxa é confundir as coisas.

⁶ Lembre-se que neste trabalho estamos analisando a taxa pela efetiva utilização de serviço público específico e divisível. Ou seja, os serviços postos a disposição embora possam ensejar a cobrança de taxa não serão tratados neste artigo.

3. OS PREÇOS PÚBLICOS

Diferentemente da taxa, o preço público demanda a manifestação de vontade do particular para a estipulação do *quantum* a ser pago ao Estado ou pelo Estado. Sem essa necessária manifestação, não se poderá chegar a um valor. No preço público a vontade do particular concorre de forma decisiva no estabelecimento do quanto pagar, ou ainda do quanto receber (característica inexistente na taxa, que vista sob a ótica do particular, será sempre o quantum a pagar).

Os preços públicos não nascem da lei, e sim do acordo de vontade entre as partes. Eles existem nas obras públicas, na compras públicas, na contratação de empresas privadas para a prestação de serviços gerais, nas alienações onerosas feitas pelo poder público ao particular, e em outras circunstâncias que dependam de um ajuste entre administração e particular para o surgimento do preço.

Na obra pública, a administração contrata particular para a sua execução, mediante ajuste de preço a ser feito através de processo licitatório, geralmente adjudicando o objeto a empresa que oferecer o menor preço.⁷ O mesmo ocorre na contratação de empresa para prestação de serviços gerais. Já nas alienações onerosas feitas pelo poder público ao particular os objetos são adjudicados ao particular que oferecer o maior preço para a obtenção dos bens.

Em todos os casos mencionados acima, a manifestação de vontade na formação do contrato (o preço é um dos elementos informadores do contrato) é imprescindível para a existência da obrigação.

Em última análise, não pode existir preço público sem a necessária manifestação de vontade do particular, pois o mes-

⁷ Vale Lembrar que a Lei 8.666/93 estabelece outros tipos de licitação tal como técnica e preço e melhor técnica.

mo tem natureza contratual, ou seja, não são compulsórios, pois sua existência está condicionada ao necessário acordo de vontade das partes, o que o distingue definitivamente da taxa, que como já vimos são criadas independentemente desta manifestação.

Pode-se afirmar que a expressão – preço público – é quase uma contradição em termos eis que preço é instituto relacionado à contratação privada. Então, nessa esteira, qual a significação de preço público? Seria todo valor fixado por um acordo de vontade entre no mínimo duas partes, e que uma delas seja o Poder Público.⁸

4. SERVIÇOS PÚBLICOS

O Ministro Moreira Alves, no X Simpósio de Direito Tributário, lançando sistemático olhar sobre os serviços procurou identificar três espécies:

Os serviços propriamente estatais, prestados mediante soberania estatal e remunerados mediante o estabelecimento de taxa. Esta categoria abrangeria os serviços judiciários e de emissão de passaporte.

Os serviços essenciais ao interesse público, cuja prestação estaria relacionada a um interesse da coletividade. Ocorreria nos casos de fornecimento de água e coleta de lixo. A sua remuneração também dar-se-ia por meio da taxa, tendo em vista o vínculo existente entre o serviço e o interesse supra-individual.

Por fim, haveria os serviços não essenciais, cuja fruição ficaria a critério do usuário. Esses serviços poderiam ser dele-

⁸ Assim têm-se como exemplo de preços públicos: Os preços fixados para construção de uma obra onde o contratante é o Poder Público e o contratado é um particular, os preços fixados em um contrato de locação, onde o locador é o Poder Público e o locatário é um particular, os preços fixados para a entrega de um dado bem, onde o comprador é o Poder Público e o vendedor é o particular entre outros exemplos que vemos adiante.

gados e seriam remunerados por preço público. Exemplos destes serviços seriam os telefônicos e de energia elétrica.

A par da brilhante sistematização ter jogado forte luz sobre o tema, a sistematização incorre em alguns problemas que são de 1) ordem prática ao distinguir serviços de fornecimento de água e serviço de energia elétrica, ambos essenciais ao mundo atual e ambos possíveis de delegação 2) quanto de ordem jurídica: eleger a compulsoriedade da utilização do serviço como critério para caracterizar-lo.

Nesse sentido nos leciona o professor Marçal:⁹

O problema fundamental não reside na espontaneidade (ou não) do consumo do serviço, mas na sua submissão ao regime de direito público. Serviços públicos podem, respeitados os parâmetros constitucionais, ser objeto de disciplina legal impondo sua compulsoriedade. Mas isso não é inerente ao conceito de serviço público. Há serviços que não são compulsórios nem por isso deixam de ser públicos. Enfim, a compulsoriedade da fruição somente é admissível nas hipóteses de regime de direito público, mas não é da essência do conceito de serviço público.

O professor Geraldo Ataliba reconhecia que a Constituição Federal impunha a taxa como instrumento adequado a promover a remuneração de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados, apontando que sua delegação não importaria na alteração da natureza do seu regime jurídico.¹⁰

Assim, juridicamente, poderíamos compreender os serviços públicos como todos os serviços de titularidade do Estado, cuja prestação é passível de concessões ou permissão, sempre através de licitação

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. 1ªed. Ed. Dialética. Pg. 344.

¹⁰ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. 5ªed. Malheiros. Pg. 140 e ss.

CF. Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

A necessidade de licitação dá a essência pública ao serviço, pois é por ser serviço público que o processo licitatório se impõe, pois, a contrário *sensu*, se o serviço não fosse público, não necessitaria de licitação para sua exploração, eis que estaria a disposição do mercado para sua livre exploração, imperaria o princípio da livre concorrência. Em outras palavras, a Administração Pública não pode fazer concessão de serviços que não sejam públicos, os serviços privados estão fora deste controle estatal.

É possível indagar-se agora, quais então seriam os serviços públicos? A pergunta deve seguir a dinâmica imposta pela evolução das instituições, das necessidades humanas, e da legislação. Juridicamente, e de forma estática, poderíamos dizer que todos os serviços que possam ser extraídos das competências e atribuições estabelecidas nos artigos 21 e 23 da CF poderiam em tese ser considerados serviços públicos, nem todos específicos e divisíveis. Exemplos indiscutíveis são os serviços de emissão de moeda, serviços de telecomunicação e radiodifusão, serviços de correios, serviços de instalação de energia elétrica, serviços de organização e manutenção do poder judiciário, dentre outros.¹¹

¹¹ Art. 21. Compete à União:

III - assegurar a defesa nacional; IV - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente; VII - emitir moeda; VIII - administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada; X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento

Por fim, registre-se que se o serviço é público, seja ele qual for, o fato de ser concedido para exploração privada, não lhe retira tal natureza nem modifica seu regime jurídico. Nesses casos não se modifica a titularidade do serviço, a titularidade do serviço continua a pertencer ao Estado, o que se concede ou se permite é a prestação de tais serviços. Assim, indaga-se: Se a Administração Pública ao prestar dado serviço público específico e divisível pode instituir determinada taxa, sujeita ao regime jurídico tributário, limitada pelas garantias constitucionais em favor do contribuinte, como poderia fazer a concessão do referido serviço ao particular, outorgando-lhe a sua prestação¹² e conferindo-lhe ainda a prerrogativa de ser (o particular)

energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; XIII - organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios; XIV - organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio; XV - organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional;

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

¹² Na concessão ou permissão o que se concede é a prestação do serviço público ao particular, a titularidade do serviço público permanece incólume em poder da Admi-

remunerado por outro instrumento/meio que não seja uma taxa? Ao outorgar a prestação do serviço público, é necessário também que seja transferido ao particular o seu regime jurídico em sua totalidade, que, por conseguinte, determinará a sua remuneração mediante o estabelecimento de taxa.

Por fim, para que não reste dúvida sobre a tese exposta, vale repisar que a compulsoriedade da utilização do serviço em nada tem a ver com a vinculação da taxa na sua cobrança. Não é porque a utilização é compulsória que a remuneração se deve dar por taxa, e sim porque o serviço é público, que deve ter satisfeita sua remuneração por taxa; e essa sim, ao ser estabelecida, será compulsória como todo tributo.

5. A TARIFA

A CF ao tratar das tarifas as aborda nas seguintes passagens:

Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.

§ 2º - Os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei:

I - igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do Poder Público;

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

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

§ 3º - As vedações do inciso VI, "a", e do pa-

rágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

III - política tarifária;

Atente-se para a regra de imunidade prevista no art.150, VI, “a” da CF, que proíbe a instituição de impostos sobre o patrimônio, a renda ou serviços uns dos outros. Segundo o professor Paulo de Barros Carvalho, a norma imunizante colabora com a norma de competência tributária, sendo destinada ao legislador ordinário para determinar a atribuição dos entes da federação. Dessa forma, do mesmo modo que a Constituição atribui a um ente a competência para instituição de determinado produto, explicita determinadas hipóteses de não incidência.¹³

Se é assim, a norma constante do § 3º, do artigo 150 da CF também conformaria o plexo de competência tributária dos referidos entes federados, e logo, ao dizer que “as vedações previstas no inciso VI, “a” do parágrafo anterior” não se estenderiam a serviços relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, o legislador constitucional indi-

¹³ CARVALHO. Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo. Saraiva. 2003. Pg. 168-169.

cou que:

caso determinado serviço seja prestado pelo Poder Público, mas possua características relacionadas com exploração de atividade econômica e sejam regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou¹⁴ haja contraprestação ou pagamento de preço, a imunidade do serviço prestado não subsistirá, a imunidade da renda obtida com a prestação do serviço também não subsistirá, e a imunidade do patrimônio de alguma forma afetado à prestação do serviço, também não subsistirá.

Nesses casos estar-se-ia diante de um serviço prestado pelo Poder Público, mas que não seria serviço público. A imunidade só abrange os serviços uns dos outros (públicos por natureza). A prestação de outros serviços (regidos pelas regras de direito privado) seria passível de tributação nos termos no § 3. É caso típico de serviço privado prestado pelo Poder Público. O fato do Poder Público prestar tal serviço não os transmuda de privados para públicos, nesse caso se tem o inverso das concessões de serviços públicos, aqui os serviços privados são prestados pelo Poder Público, continuando a serem privados.¹⁵

Mas o parágrafo 3º foi mais além, adicionou à hipótese acima com a conjunção OU, trazendo também a possibilidade de tributação quando haja a cobrança de tarifa pelo Poder Público ao usuário do serviço. Aqui estar-se-ia diante de serviços públicos prestado pelo Poder Público e exigindo-se tarifa como contraprestação pelo usuário do serviço.

O caso é diferente da primeira hipótese anti-imunizante. Na primeira hipótese, o serviço é privado (regido pela regras aplicáveis aos empreendimentos privados) prestado pelo Poder Público com a exigência de preço ou contraprestação do consumidor do serviço. Na segunda hipótese, o serviço é público, prestado por terceiro, mediante concessão ou permissão, onde

¹⁴ A conjunção ou na oração indicaria alternativa – ou o serviço privado é prestado ou ainda é prestado com exigência de contraprestação ou pagamento de preço.

se exige tarifa do usuário do serviço público.¹⁶

Em última análise, as hipóteses anti-imunizantes possuem natureza jurídica distintas, buscam atingir situações jurídicas distintas, a primeira visa atingir os serviços privados prestados pelo Poder Público e a segunda os serviços públicos prestados por terceiros em que haja cobrança de tarifa do usuário do serviço público.¹⁷

Os tomadores de ambos os serviços possuem natureza jurídica diferenciada, justamente pelos serviços serem diferenciados. O tomador do serviço privado é conhecido como consumidor e o tomador do serviço público é conhecido como usuário. Consumidor e usuário são categorias distintas sujeitas a regimes jurídicos distintos.

A própria Constituição Federal ao referir-se ao usuário do serviço público foi enfática em seus artigos 175 e 37:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

¹⁶ Ousamos em dizer que o tomador de dado serviço privado, ainda quando prestado pelo Poder Público deve ser considerado o consumidor do serviço. Já, quando o serviço prestado é público ainda que prestado por terceiro o tomador deve ser considerado como usuário do serviço.

¹⁷ Registre-se que se o serviço público for prestado pelo Poder Público, a imunidade subsistirá, não sendo possível a instituição de impostos pelo serviço público prestado, nem no patrimônio afetado à tal prestação.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as *reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário* e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

A Carta Constitucional tratou dos direitos dos usuários acertadamente, no artigo 175, quando prescreveu sobre os serviços públicos.

Já no tocante ao tomador do serviço sujeito as regras dos empreendimentos privados, a Constituição guardou-lhes outras garantias. Tratando dos direitos dos consumidores, quando prescreveu sobre a ordem econômica, fundada na livre iniciativa, serviços privados, portanto. Senão vejamos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - *defesa do consumidor*;

Fixadas essas premissas, é possível afirmar que o serviço público efetivamente prestado ao usuário pode ser remunerado

por taxa conforme prevê a Constituição e o Código Tributário Nacional; Todavia, a exação cobrada pelo poder público ao usuário do serviço deverá ser uma taxa, que poderá ser fixada de forma uniforme com base de cálculo fixa e sendo assim deverá constar de uma tabela tarifada, cujo nome dado será tarifa.

Nessa linha, a tarifa só pode ser exigida do usuário do serviço público, pois o consumidor do serviço privado sujeita-se ao pagamento de preço, e a fixação da tarifa deve seguir as regras para a fixação de sua classe tributária que é a taxa.

Assim, poder-se-ia dizer que as tarifas são cobradas todas as vezes que se está diante de um serviço público concedido.

6. PEDÁGIO

6.1 UM BREVE HISTÓRICO SOBRE A EVOLUÇÃO DO PEDÁGIO NO MUNDO

Uma estratégia milenar de fazer fortuna.¹⁸ A cobrança pela passagem ou utilização de vias públicas ou privadas, terrestres ou fluviais, gravando o exercício da liberdade de circulação, direito irrenunciável do ser humano,¹⁹ foi desde cedo percebida como uma fonte inesgotável de recursos.

Escritos antigos como a obra Arthasastra, elaborada na Índia por Kautilya (321. a.c), já registravam sua prática. Também se relata a cobrança pela utilização de vias que ligavam a Síria à Babilônia, há mais de 4 mil anos.²⁰

¹⁸ SAVARIS. José Antônio. Artigo Pedágio: Conceitos e Trajetória Histórica. Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais. Numero 9. 2008.ISSN 1678-2933.

¹⁹ 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;

²⁰ MACHADO. Kal. Concessões de Rodovias. Mito e realidade. São Paulo. Premio 2002. Pg.79.

A expansão do Império Romano leva a necessidade de construção de milhares de quilómetros de estradas; É bem verdade que a custa de muita mão de obra escrava, no entanto o financiamento constituía uma sensível questão, que inicialmente era viabilizada pelos proprietários das terras por onde as estradas passavam, mas devido a enorme extensão das estradas, eram reclamados mais recursos para sua construção.²¹

Na idade média, duques, marqueses e independentes, detinham o *comitatus*, isto é, um conjunto das prerrogativas que seus antepassados tinham exercido em nome do rei. Esses Poderes eram de origem judicial, militar e económica, exercido em nome dos condes, dentre os poderes económicos encontrava-se a cobrança, em proveito do conde, do pedágio.²²

Já no século XI, quando já se fortalecia o poder real, os pedágios eram cobrados por alcaides que mantinham poderes policiais sobre um território determinado.

Desta forma os Pedágios se multiplicam, a partir de 1050.²³

A partir do Século XV o pedágio deixa progressivamente de ser cobrado sem causa, sem contrapartida, para ter sua legalidade controlada pelo poder real, fiscalizando os valores das tarifas em cumprimento da obrigação da manutenção da obra.

Em 1464, Luis XI inicia a *policie des péages*, e com a criação dos correios e pelo édito de 1464, impõe-se a manuten-

²¹ É criado a figura do administrador de estradas que tinha atribuição de impor contribuições destinadas a construção e manutenção de novas estradas.

²² FOURQUINI. Gui. Senhorio e Feudalidade na Idade Média. Lisboa. 70 ed. Pg. 47-48.

²³ A título ilustrativo verifique-se a declaração de um Castelão do século XI: “Reconheço ter prendido a mercadores de Langres que passavam pelo meu domínio. Arrebatei-lhes as mercadorias e guardei-as até o dia em o Bispo de Lagres e o abade de Cluni virem procurar-me para exigir reparações. Guardei para mim uma parte do que eu tomara e restitui o resto. Esses mercadores, a fim de obterem (a totalidade do que lhes tinha sido roubado) e de poderem para o futuro atravessar minhas terras sem inquietação, consentiram em pagar-me uma quantia certa a guisa de tributo... Resolvi então impor a todos os que atravessavam o meu território, por negócio ou peregrinação, um imposto chamado pedágio” FORQUINI. Gui. Ob. Cit. Pg. 92.

ção das vias pela cidade, por senhores e ordens religiosas, que arrecadam o pedágio em nome do rei.²⁴

Em 1724, por determinação do rei Luis XV uma comissão é criada com a função de pesquisar a cobrança de pedágio na França.²⁵

Em 1789, e posteriormente, em 1790, são suprimidos todos os direitos de pedágio sem indenização.

Assim, perto de um século após a abolição dos privilégios feudais, num momento da noite de 04 de agosto de 1789, o pedágio desaparece, de direito e de fato, como método de cobertura de custos de manutenção das estradas e dos canais.²⁶

Por razões distintas, mas seguramente dentre elas o desenvolvimento das ferrovias, a cobrança de pedágio cessa em todo o ocidente a partir da primeira metade do século XIX.²⁷

O desenvolvimento do setor automobilístico na segunda metade do século XIX, volta a acenar pela construção de rodovias mediante a cobrança de pedágios.²⁸

Segundo Aliomar Baleeiro, pouco antes da segunda Guerra Mundial, o pedágio estava fadado à reabilitação. E de fato com a construção da estrada Milano-Laghi, a Itália viu-se dotada de várias rodovias financiadas sob o regime de concessão, mediante cobrança de pedágio.²⁹

No início dos anos 50, a França empreendeu um amplo programa ambiental de construção de auto-estradas para recu-

²⁴ SAVARIS. José Antônio. Artigo Pedágio: Conceitos e Trajetória Histórica. Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais. Numero 9. 2008.ISSN 1678-2933. Pg. 207.

²⁵ Na época foram identificados mais de 5.688 pedágios de todas as ordens.

²⁶ Ainsi, près d'un siècle après l'abolition des privilèges féodaux lors de la nuit du 4 août 1789, le péage disparaît, em droit et em fait, comme mode de couverture des coûts d'entretien des routes ET des canaux. DERYCKE. Pierre-Henri Apud. José Antônio Savaris. In. Pedágio Conceitos e Trajetórias históricas.

²⁷ ²⁷ SAVARIS. José Antônio. Artigo Pedágio: Conceitos e Trajetória Histórica. Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais. Numero 9. 2008.ISSN 1678-2933. Pg. 210.

²⁸ Ob.cit.pg.210.

²⁹ BALEEIRO. Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 10 ed. Forense. Pg. 333

perar seu atraso em relação a Alemanha e aos Países do Norte. Em 1952, é encaminhado um projeto de lei das auto-estradas, que dispõe que sua utilização era em princípio gratuita, mas que, em casos excepcionais, sua construção e sua exploração, poderiam ser concedidas para a coletividade pública³⁰.

Foi a lei 55.435/1995 que autorizou a cobrança de pedágio em rodovias, com o que se iniciou sua arrecadação nas modernas *autoroutes*.³¹

O esborço histórico acima delimitado permite entender o pedágio como uma restrição (legítima) a livre circulação de pessoas e bens, traduzida na exigência de pagamento pela passagem ou utilização de determinada via.

6.2 O PEDÁGIO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

A primeira via de rodagem do Brasil, a estrada “União e Indústria”, foi concedida por força do decreto do governo imperial de nº. 1.301/1852.³²

Ainda em 1848, a Lei 451 da província de Minas Gerais, já havia autorizado a contratação de investidor privado para a construção e exploração da ponte sobre o rio São Francisco. O artigo 4º da lei em questão definia a importância que poderia ser exigida dos usuários, valendo a sua transcrição:

Art. 4º. Aos emprezarios fica concedido o privilegio de arrecadar na sobredita ponte pelo espaço de 40 anos as taxas seguintes: & 1 – de cada pessoa a pé, vinte réis; & 2 – de cada pessoa a cavallo, ou por cada animal carregado, cento e sessenta réis; & 3 – de cada animal vacuum, cavallar ou

³⁰ DERYCKE. Pierre-Henri. Le Peage Urbain. Historie, analyse, politiques. Apud. José Antônio Savaris in: Pedágio Conceitos e Trajetórias históricas.pg. 211

³¹ MEIRELLES. Hely Lopes. Pedágio: Condições para sua cobrança. Revista dos Tribunais. V 430. Pg.35.

³² VASQUEZ. Pedro Karp. Album da estrada da União e Indústria.Quadrim. pg. 23.

muar, tocados, cento e vinte réis; & 4 – de cada um carro, compreendendo os animais que o tirarem até o numero de dez, oitocentos réis.³³

Observa-se aí, que a cobrança do pedágio necessitava de autorização legislativa inclusive quanto a definição da sua regra matriz, tendo como sujeito ativo os empresários, o sujeito passivo as pessoas a pé, ou acompanhada de cavalo, animal carregado, animal a *vacum*, ou de carro; Como critério material, a passagem pela ponte nos termos em que indicado e a base de cálculo tarifada segundo indicado, 20 réis, 160 réis, 800 réis.

Em 1946, a Constituição contempla a possibilidade de cobrança de pedágio, dispondo em seu artigo 27 que:

Art. 27. É vedado à União, aos Estados, ao distrito Federal ao aos Municípios estabelecer limitações ao trafego de pessoas de qualquer natureza por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de taxas, inclusive pedágio, destinadas exclusivamente à indenização das despesas de construção, conservação e melhoramento das estradas.

No estado de São Paulo, a Lei 13 de 1947 instituiu em seu artigo 25 a taxa de rodágio, destinada exclusivamente a indenização das despesas de construção, conservação e melhoramento das estradas da rede rodoviária estadual e ainda estabeleceu em seu artigo 26 que a lei ordinária fixará as estradas em que incidirá a taxa e fixará seu valor. O regulamento de Lei 43 fixou que nenhum veículo poderia transitar na via Anchieta, nos trechos 30 e 50, sem o pagamento da taxa de pedágio.

Em 1950, a Lei 784 criou a taxa de pedágio e autorizou sua cobrança dos usuários de estradas pavimentadas. Na sequência a Lei 2.481/53 dispôs que a taxa de pedágio criada pela Lei 784 seria cobrada em todas as estradas pavimentadas a

³³ MACHADO. Kal. Concessões de Rodovias. Mito e realidade. São Paulo. Premio. Pg. 80.

concreto, asfalto ou paralelepípedos.

Por meio da Lei 1.260/51, o Poder Executivo paulista foi autorizado a cobrar taxa de pedágio dos usuários da Via Anhanguera, nos trechos São Paulo-Jundiaí e Jundiaí-Campinas. Um detalhe importantíssimo, o pedágio seria cobrado nos termos da tabela anexa a referida Lei (art.1º) e os valores seriam arrecadados pelo DER (Departamento de Estradas e Rodagens).

Até o final de 1960, o pedágio já era cobrado em outros Estados como Bahia (estrada Itabuna-Ilhéus) e Rio Grande do Sul (estrada Porto Alegre-São Leopoldo).

Em 1967, a Constituição continuou a prever a cobrança de pedágio nos seguintes termos:

Art. 20. É vedado a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: II – estabelecer limitação ao tráfego, no território nacional, de pessoas ou mercadorias por meio de tributos interestaduais e intermunicipais, exceto ao pedágio para atender ao custo de vias de transporte.

Segundo publicação do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BIRD):

Os pedágios rodoviários no Brasil tiveram três fases distintas. Antes da Constituição de 1988, eram exigidos desde 1969, nas rodovias federais de pista dupla, inclusive na porte Rio-Niteroi e, desde 1947, nas auto-estradas de São Paulo. Nesta fase, estes pedágios eram operados pelos próprios governos e a maioria era deficitária. A segunda fase se refere à desativação dos pedágios federais, logo após a promulgação da Constituição de 1988, com a instituição do selo pedágio na área federal, na tentativa frustrada de generalizar a cobrança de pedágio. O selo pedágio foi extinto em 1990 e a antiga forma de cobrança de pedágio não foi restabeleci-

da. A terceira e atual fase é caracterizada pela intensificação do pedágio, com adoção do regime de concessões à iniciativa privada, a partir de 1996, por meio da lei 9.277, que permitiu a delegação de rodovias federais a Estados e Municípios, mediante convênio com a União e implantação de novos pedágios por concessões privadas.³⁴

A Constituição Federal de 1988 volta a contemplar expressamente a possibilidade de cobrança do pedágio nas vias conservadas pelo Poder Público (art. 150, V).

Uma simples comparação do texto constitucional de 1988 com os textos constitucionais anteriores, é possível identificar que a incidência do pedágio, em 1988, não se prende a fundamentação jurídica específica de 1946, onde o produto da sua arrecadação se destinava exclusivamente à indenização das despesas de construção, conservação e melhoramento de estradas. Em 1967, o pedágio foi criado para atender ao custo de vias de transporte, e agora em 1988, não há no texto constitucional qualquer norma que determine a destinação da receita, nem tão pouco o fundamento (jurídico) pelo qual pode ser exigido, o que há é um pressuposto fático para instituição do pedágio (prévia manutenção de via pública pelo Poder Público).³⁵

³⁴ FIRMINO. Antônio Carlos; WRIGTH, Charles Leslie. Financiamento do Setor de Transportes do Brasil. Washington, DC. Banco Interamericano de Desenvolvimento – BIRD. 2001. Pg. 27. Apud. José Antônio Savaris in: Pedágio Conceitos e Trajetórias históricas.pg. 215

³⁵ Assim, pode-se afirmar que a cobrança de pedágio nos termos da Constituição Federal de 1988 pode servir para realizar outros valores que não especificamente o desenvolvimento das vias rodoviárias. Como o pedágio constitui limitação à liberdade de circulação, direito constitucional fundamental, sua instituição, pela lei restritiva deverá buscar a promoção de outros valores de dignidade constitucional, como a promoção da erradicação da pobreza, a busca por um ambiente ecologicamente equilibrado e até mesmo propiciar o uso racional do meio de transporte. Contudo por não ser objeto do presente estudo os breves apontamentos ficam consignados para reflexão do leitor.

6.3 CONCLUSÕES ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO PEDÁGIO

O conceito de pedágio está invariavelmente ligado a obrigação de pagamento pela passagem por determinado caminho.

Reconhecendo no direito de passagem a essência do pedágio, Bernardo Ribeiro de Moraes registra que, na Idade Média “bastava a simples passagem pelos caminhos ou áreas predeterminadas, seja a pé (pedágio), a cavalo, através de barco (barcagem) ou de veículo (rodágio), para ser devido o pedágio.”³⁶

Etimologicamente, pedágio, do latim pés, pedis significa “o direito de pôr o pé”³⁷ ou “onde se põe o pé”³⁸, daí a preferência de Aliomar Baleeiro pelo termo rodágio, para traduzir a imposição pela circulação em vias públicas mediante veículos.³⁹

Sacha Calmon refere que o pedágio, historicamente, é paga pelo uso de estradas, o preço que se paga para passar.⁴⁰

Para Hector Villegas, pedágio significa a prestação pecuniária que se exige por circular por uma via de comunicação terrestre ou hidrográfica (caminho, ponte, autopista, túnel).⁴¹

No conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, inclui-se mesmo, a finalidade do pedágio, que compreende, a seu ver: “A designação atribuída a uma cobrança passível de ser exigida

³⁶ MORAES. Bernardo Ribeiro. *Compêndio de Direito Tributário*. 5 ed. Rio de Janeiro. Forense. 1995. Pg. 337.

³⁷ DERYCKE, Pierre-Henri. *Le Péage Urbain. Histoire: analyses, politiques*. Paris. Economica. 1997. Pg.10.

³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Pedágio – Condições para sua cobrança. *Revista dos Tribunais*. V. 430. 1971. Pg. 34.

³⁹ BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 10. Ed. Forense. Pg. 333.

⁴⁰ COELHO. Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 6 ed. Forense. Pg. 427.

⁴¹ VILLEGAS. Hector Belisário. *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y tributário*. 8 ed. Buenos Aires. Astrea. Pg. 200.

dos usuários de via pública, a fim de acobertar despesas na construção, remunerar o trabalho aí implicados ou relativos a sua permanente conservação, bem como serviços complementares disponibilizados a quem deles se utilize.”⁴²

Já para Pinto Ferreira: “ O pedágio é a importância em dinheiro que a União, o Estado, ou o Município cobram dos particulares pela utilização de estradas públicas, para atender exclusivamente a indenizações de despesas com a sua construção e melhoramento.”⁴³

Se considerarmos que a construção, manutenção e conservação das vias públicas, estradas, vias de acesso, rodovias e ruas são de competência do Poder Público respectivo, União para as estradas federais, Estados para as estradas estaduais e Municípios para as ruas municipais podemos concluir que esta atividade constitui típico serviço público.

E como serviço público pode ser objeto de imposição de taxa, se for específico, divisível e efetivamente gozado pelo contribuinte.

No caso da utilização das estradas, dúvidas não restam acerca da divisibilidade e especificidade do serviço. É típico serviço que é possível de ser destacado em unidades autônomas de prestação (manutenção de determinada rodovia, trecho ou parte de determinada via) e serviço passível de ser utilizado de forma divisível (quantidades de vezes de sua utilização, dias de utilização, semanas de utilização⁴⁴, quilômetros rodados⁴⁵). “A divisibilidade do serviço constitui-se em um desdobramento da

⁴² MELLO. Celso Antônio Bandeira de. Pedágio. Decisões e Pareceres Jurídicos sobre pedágio. São Paulo. ABCR 2002. Pg. 11.

⁴³ FERREIRA. Pinto. Comentários à Constituição Brasileira. São Paulo. Saraiva. V 5. Pg.321.

⁴⁴ Em recente visita a Slovenia este autor pode ver que para utilização das estradas conservadas pelo Poder Público é exigido pedágio semanal. Paga-se um valor para utilizar as estradas pelo período de uma semana. O controle é feito por foto sensores que verificam a validade do selo obtido no momento do pagamento do pedágio.

⁴⁵ Já no norte da Itália o pedágio é cobrado em razão da quantidade de quilômetros percorrido nas estradas conservadas pelo Poder Público.

especificidade do serviço, se o serviço é específico também se poderá identificar os sujeitos passivos do serviço.”⁴⁶

E por fim a efetiva utilização é auferida no momento que o usuário ingressa na rodovia ou dela pretende sair.

Assim sendo estamos diante de um serviço público, específico e divisível, que quando efetivamente fruído pelo contribuinte, pode⁴⁷ ensejar a cobrança de taxa. A taxa especificamente designada para esse tipo de serviço público, foi denominada pedágio.⁴⁸

Não resta dúvida que a cobrança deve se dar mediante a instituição de uma taxa. Todas as características de serviço público estão presentes, são serviços de titularidade do Estado, que podem ser específicos e divisíveis e fruídos pelo usuário, de modo que não existe outra forma do Poder Público exigir tal exação no sistema constitucional vigente que não seja mediante a imposição de um tributo, cuja a espécie é taxa, e cujo o nome é pedágio.

Não foi sem razão que a Constituição Federal de 1988 reservou no artigo 150, V⁴⁹ a possibilidade de se estabelecer a limitação ao tráfego de pessoas ou bens mediante a cobrança de pedágio. A primeira parte do inciso proíbe a União, Estados, Distrito Federal e Municípios de instituir qualquer tributo tendente a restringir a circulação de pessoas e bens, exceto o

⁴⁶ PEREIRA FILHO. Luiz Alberto. As Taxas e os Preços no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In Curso de especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Coord. Eurico Marco Diniz de Santi. 1ª Ed. 2007. Pg. 66.

⁴⁷ Lembre-se que a imposição do pedágio é uma faculdade do legislador, ficando ao seu critério, obedecendo ideologia política predominante em dado período histórico.

⁴⁸ Os escorços históricos dão sentido ao nome utilizado pelo legislador constituinte de 1988. Exação sempre relacionada ao direito de passagem.

⁴⁹ 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;

pedágio.⁵⁰

Para alguns autores como Hely Lopes Meirelles, a ressalva à cobrança do pedágio no âmbito das limitações ao poder de tributar não se fazia necessária, uma vez que pedágio era preço público, e não taxa.

Não foi a tese que prevaleceu, tendo a Constituição Federal de 1988 excluído expressamente das limitações ao poder de tributar a possibilidade de instituição do pedágio, o que é mais um elemento a indicar que se está diante de um tributo.

A evolução histórica no direito comparado e no Brasil também não deixa dúvida de que o pedágio era uma taxa exigida pelo poder soberano do Estado, ou em nome do poder soberano deste, e tinha sua imposição condicionada a aprovação de uma lei.

Foi assim em Roma com a criação do administrador de estradas (*curatores viarum*), que tinha a atribuição de impor contribuição, denominada pedágio. Foi assim também na idade média com o duques, marqueses e condes, vassallos diretos do rei, que detendo o *comitatus* (espécie de privilégio real) cobravam em nome do rei o pedágio, passando pelos alcaides reais no século XI, que detinham o poder policial sobre o reino, fazendo a cobrança do pedágio; Chegando ao século XV na França com a *Police des péages* no governo de Luis XI, impondo o pedágio através do édito de 19.06.1664, até o século XVII na Inglaterra, com a instituição do pedágio por meio do Highways Act 1663.

Na França, a imposição do pedágio se deu também através da Lei 55.435/1995, que autorizou a cobrança de pedágios nas rodovias.

Na província de Minas Gerais com a Lei 451/1848⁵¹ fora

⁵⁰ Outra contundente prova de que o pedágio é tributo é sua expressa exclusão do rol das limitações ao poder de tributar. Se fosse preço público como querem alguns autores a ressalva seria desnecessária, já que como preço público pertenceria a outra classe, distinta portanto dos tributos.

⁵¹ Art. 4º. Aos empregariis fica concedido o privilegio de arrecadar na sobredita

autorizada a exploração de vias mediante a imposição de pedágio e os valores a serem cobrados a título de pedágio foram fixados pela própria lei. No Brasil, a primeira via pedagiada, a estrada *União e Indústria* fora concedida a Mariano Procopio Ferreira Lage através do decreto do governo imperial nº. 1.301/1852, que autorizava a sua exploração e fixava as tarifas que poderiam ser cobradas. No Estado de São Paulo, em 1947, a Lei 13 instituiu a cobrança de pedágio e em seu artigo 26 estabeleceu que a lei ordinária determinasse as estradas que incidiriam a taxa de pedágio e fixaria o valor desta, no que foi seguido pelas Leis 784/1950 e pela Lei 1.260/1951, sendo, no plano federal, regulamentada a cobrança de pedágio pela edição do decreto-lei 791, que autorizava o Governo Federal a cobrar o pedágio dos usuários de vias públicas em 1969.

Como se pode ver, tanto do ponto de vista histórico, consultando o direito comparado, quanto a evolução do pedágio do direito positivo Brasileiro, o pedágio sempre foi visto como uma prerrogativa inerente ao *jus imperium* do Estado. Não sendo diferente na Constituição Federal de 1988, que ao ressaltar o pedágio das limitações ao poder de tributar, reafirmou possuir o pedágio a natureza jurídica de taxa, pertencente a classe dos tributos.

7. A QUESTÃO DAS CONCESSÕES DE EXPLORAÇÕES DOS SERVIÇOS PÚBLICOS À CONCESSIONÁRIOS

O artigo 175 da Constituição Federal de 1988 estabelece que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

ponte pelo espaço de 40 anos as taxas seguintes: & 1 – de cada pessoa a pé, vinte réis; & 2 – de cada pessoa a cavalo, ou por cada animal carregado, cento e sessenta réis; & 3 – de cada animal vacum, cavallar ou muar, tocados, cento e vinte réis; & 4 – de cada um carro, compreendendo os animais que o tirarem até o numero de dez, oitocentos réis.51.

Os serviços públicos ali referidos são indiscutivelmente os mesmos serviços referidos no artigo 145, II da Constituição; que, por sua vez, constituem o suporte fático (prestação de serviço específico e divisível, efetivamente prestados ao contribuinte) para a instituição da taxa.

Assim, primeiro vale consignar que a norma tratada no artigo 175 da Constituição Federal é norma de eficácia limitada, ou seja, para que os serviços públicos possam ser concedidos a terceiros, é necessária a existência de lei autorizando a concessão e regulamentando sua forma. A norma têm sua plena eficácia condicionada a existência de lei infraconstitucional, regulamentando a forma e condições da concessão do serviço público.

Em segunda, impende afirmar que a concessão do serviço público, feita a terceiro pelo Poder Público, não pode alterar o regime jurídico de tal instituto. O que se concede é a prestação do serviço a terceiro, jamais a titularidade do serviço, que mantém incólume sua titularidade, que permanece com o Poder Público.

Por sua vez, a concessão da prestação do serviço público implica na transferência ao terceiro (concessionário), do regime jurídico público do serviço, inclusive a forma de cobrança do usuário do serviço. Assim, se a administração prestar o serviço de forma direta, poderá cobrar taxa, ao transferir a prestação do serviço público a terceiro (concessionário), este também só poderá cobrar do usuário do serviço a mesma exação, qual seja a taxa.

Isso porque não pode o Poder Público transferir, na concessão, prerrogativa que não detém. Se o Poder Público quiser se remunerar ao prestar o serviço público deverá instituir uma espécie tributária chamada taxa, caso contrário deverá prestá-lo de forma gratuita.⁵²Do mesmo modo, se, na forma da lei, opta

⁵² Um exemplo clássico de serviço público gratuito é a educação básica dos 04 aos 17 anos por expressa imposição constitucional, Artigo 208, inciso I.

em conceder o serviço público a concessionário deve respeitar os direitos e as garantias constitucionais em favor do contribuinte.

O serviço público objetiva a satisfação de uma utilidade pública.

A eventual contraprestação pecuniária que o usuário do serviço for obrigado a desembolsar não pode ter natureza de preço, pois esta é figura nitidamente decorrente de relações de disponibilidade e liberdade estipulativa, o que não ocorre no serviço público que é por determinação constitucional, uma das entidades fora do mercado.⁵³

Permitir que o concessionário exija do usuário um preço público, implica em conceder ao concessionário um poder que nem mesmo a Administração Pública possui!

Na concessão, caso a administração pretenda transferir ao concessionário a capacidade tributária ativa que possui, deverá, preservando a sua competência tributária, que é imprescritível e irrenunciável, fazê-lo mediante a prévia existência de lei, que fixe o *quantum*, a título de taxa, que poderá ser cobrado pelo concessionário.

O concessionário, ao exercer a capacidade tributária ativa, poderá ou não ficar com o produto da sua arrecadação. Mas sempre deverá fazer em nome do poder concedente e a título de tributo.

A concessão não pode ser vista como forma de burlar os direitos e garantias constitucionais assegurados ao contribuinte, usuário do serviço público.

Nesse sentido, vale a transcrição abaixo:

O sujeito passivo deverá pagar a taxa porque o ente competente para tributar previu, em lei, que deverá ser exigido o tributo daquele que tiver o

⁵³ GRECO. Marco Aurélio e SOUZA. Hamilton dias de. Natureza Jurídica das custas judiciais. Pg.54

serviço público, específico e divisível colocado a sua disposição, ou daquele que o tiver utilizado, independentemente de quem tiver prestado, se a Administração Pública, ou o terceiro.⁵⁴

A relação jurídica entre a concessionária e o usuário do serviço público deverá ter a seguinte natureza: terá por objeto o pagamento de uma tarifa, tipo de taxa, pertencente a classe dos tributos, que deverá necessariamente ter a sua regra matriz disposta em lei, cujo o sujeito ativo da exação será a concessionária.⁵⁵

7.1 AS RELAÇÕES EXISTENTES ENTRE PODER CONCEDENTE E CONCESSIONÁRIA E ENTRE ELES E O USUÁRIO DO SERVIÇO PÚBLICO NAS CONCESSÕES

As Leis 8.987/1995 e 9.074/1995 trataram de regulamentar as concessões dos serviços públicos no ordenamento jurídico brasileiro. A primeira dispõe sobre o regime das concessões e permissões da prestação de serviços públicos previstos no artigo 175 da Constituição Federal e a segunda trata das normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos.

Antes de tratar de alguns importantes dispositivos das leis acima mencionadas é preciso registrar que em toda concessão de serviço público três figuras surgem: O poder concedente - titular do serviço público, o concessionário - prestador do serviço público e o usuário - tomador do serviço público.

A concessão por expressa disposição constitucional deve se dar sempre por meio de licitação, e nesse quesito, a lei

⁵⁴ PEREIRA FILHO, Luiz Alberto. As Taxas e os Preços no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In Curso de especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Coord. Eurico Marco Diniz de Santi. 1ª Ed. 2007. Pg. 66.

⁵⁵ Mais adiante veremos que existem outras formas de remuneração do concessionário pela prestação do serviço público.

8.987/95, em seu artigo 15, estabelece sete critérios a serem considerados no julgamento da licitação, sendo os mais importantes: I – O menor valor da tarifa do serviço público; II – a maior oferta, no caso de pagamento pelo concessionário ao poder concedente e III – a melhor proposta técnica, com preço fixado no edital.⁵⁶

Fixados estes critérios, podemos ter as seguintes relações entre Poder concedente e a concessionária do serviço público:

a) O poder exige da concessionária um preço pela concessão do serviço público.

b) O poder concedente paga a concessionária um preço para que ela preste um serviço público, que o Estado, por alguma razão, não pode prestar diretamente ou julga mais conveniente que a concessionária o faça.

c) O poder concedente transfere a prestação do serviço público a concessionária com base na menor tarifa do serviço a ser prestado.

7.1.1 O PODER EXIGE DA CONCESSIONÁRIA UM PREÇO PELA CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO.

Para isso o poder concedente irá manejar o critério estabelecido no item II, adjudicando o serviço público a concessionária que lhe oferecer a melhor oferta para ter o direito de prestar o serviço público em nome do poder concedente. Nesse caso a relação jurídica estabelecida entre poder concedente e concessionária do serviço público terá por objeto o pagamento de um *preço público* da concessionária ao poder concedente. Observe que o vínculo travado entre poder concedente e concessionária tem nítida natureza contratual, daí que o preço pago ao poder concedente pela concessionária tem natureza de preço público. O preço público é formado pela junção de vontades

⁵⁶ Os demais critérios constituem combinações entre dois ou mais critérios listados no presente artigo.

entre duas partes, de um lado, o poder concedente, e do outro a concessionária do serviço público. A manifestação de vontade da concessionária é indispensável para a formação do preço, aliás é ela que oferece, segundo seus critérios e segundo regras fixadas pelo poder concedente no edital a oferta que julgar apropriada a seus interesses.

7.1.2 O PODER CONCEDENTE PAGA A CONCESSIONÁRIA UM PREÇO PARA QUE ELA PRESTE UM SERVIÇO PÚBLICO, QUE O ESTADO, POR ALGUMA RAZÃO, NÃO PODE PRESTAR DIRETAMENTE OU JULGA MAIS CONVENIENTE QUE A CONCESSIONÁRIA O FAÇA.

Para isso o poder concedente irá manejar o critério estabelecido no item III, adjudicando o serviço público a concessionária que apresentar a melhor proposta técnica para prestar o serviço público em nome do poder concedente, recebendo, em contrapartida pela prestação do serviço, um *preço público* pago diretamente pelo poder concedente, cujo valor já fora previamente fixado no edital de licitação. Nesse caso, a relação jurídica estabelecida entre poder concedente e concessionária do serviço público terá por objeto o pagamento de um *preço público* pelo poder concedente a concessionária do serviço público. O exemplo é exatamente o inverso do anterior. Observe que o vínculo travado entre poder concedente e concessionária tem de novo nítida natureza contratual, daí que o preço pago pelo poder concedente a concessionária é *preço público*. O preço público novamente é formado pela junção de vontades entre duas partes; de um lado o poder concedente, e do outro, a concessionária do serviço público. A manifestação de vontade da concessionária é indispensável para a formação contrato, aderindo com sua proposta técnica a oferta feita pelo poder concedente segundo seus critérios e segundo regras fixadas pelo poder concedente no edital. Poderá, inclusive, não participar da

licitação se julgar que o preço fixado no edital pelo poder concedente encontra-se em descompasso com os valores que julgar adequado.

Nos dois casos acima a problemática das concessões se desenrolam da seguinte forma, com relação ao usuário do serviço:

No primeiro caso, o poder concedente deverá estabelecer critérios para que o concessionário se remunere pela efetiva prestação do serviço público, assim, deverá previamente a confecção do edital de licitação, sancionar uma lei (poderá ser a mesma que autorize a concessão de dado serviço) que preveja a instituição de uma taxa a ser paga pelo usuário do serviço (contribuinte), estabelecendo no seu critério pessoal o sujeito ativo da taxa como sendo o concessionário do serviço público. O valor desta taxa deverá ser fixada, ou tarifado em um anexo ao edital, e servirá juntamente com o prazo da concessão do serviço público e demais critérios estabelecidos no edital, para que a concessionária possa apresentar sua maior oferta.

A relação travada entre a concessionária e o usuário do serviço público assume natureza tributária. A concessionária ao adquirir a concessão de dado serviço público passa a participar da regra matriz tributária da exação na condição de sujeito ativo, que por sua vez tem no usuário do serviço público o seu sujeito passivo. É típico caso de parafiscalidade.

No segundo caso, surgem duas alternativas ao poder concedente, ou faz a concessão, oferecendo um preço à concessionária do serviço sem nada exigir do usuário, caso em que o serviço é prestado pela concessionária sem ônus algum para o usuário, tem-se aí os serviços públicos gratuitos. Ou de outro modo, para fazer contrapartida ao preço pago pelo poder concedente a concessionária, o Estado institui taxa para se abastecer pela prestação de dado serviço público concedido.

Nesse caso, a relação jurídica tributária pode-se dar diretamente entre poder concedente e usuário; A regra matriz pre-

verá o poder concedente como sujeito ativo e o usuário como sujeito passivo, muito embora o serviço seja prestado por concessionária. O recolhimento da taxa dar-se-á diretamente pelo poder concedente e eventuais déficits entre o preço pago a concessionária e o montante arrecadado do usuário (contribuinte) pela utilização do serviço serão arcados pelo poder concedente como uma espécie de subsídio ao serviço, podendo ainda o poder concedente indicar a concessionária como sujeito ativo da regra matriz da taxa, incumbindo o dever de repassar aos cofres públicos do poder concedente o montante arrecadado do usuário.

7.1.3 O PODER CONCEDENTE TRANSFERE A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO A CONCESSIONÁRIA COM BASE NA MENOR TARIFA DO SERVIÇO A SER PRESTADO.

Nesse caso, o poder concedente deverá utilizar-se do critério estabelecido no item I deste capítulo, combinado com o artigo 9º da lei 8.987/95. Nesse momento, a aproximação da questão deve se dar pelo cientista do direito com certa cautela, uma leitura apressada poderia conduzir ao entendimento de que o valor da tarifa seria fixado pelo concessionário em sua proposta, um erro.

O professor Marçal nos ensina que:

Em primeiro lugar, deve ter-se em vista que a competência para a fixação da tarifa é do Estado, sendo inviável sua delegação a particular. Portanto o artigo 9º não prevê que a tarifa seja fixada pelo particular, por meio da proposta vencedora. Dispõe, isto sim, que será ela estabelecida tendo em vista o valor constante da proposta vencedora.⁵⁷

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. 1ªed. Ed. Dialética. Pg.366.

Nesse caso a relação travada entre poder concedente e a concessionária do serviço público poderá não ter o preço público como um dos elementos do contrato que os unirá, que somente estabelecerá obrigações para ambos os lados.

O edital sim, deverá previamente fixar um valor de tarifa, cuja sua regra matriz deverá previamente ser fixada por lei, estabelecendo todos os critérios que a compõe.

Nesse caso a concessionária poderá apresentar um valor menor do que o estabelecido no edital, nunca maior, atendendo a outros critérios como prazo de exploração do serviço público e demais fontes de receitas acessórias, alternativas e complementares.⁵⁸

No presente caso não se tem qualquer relação de preço público entre poder concedente e a concessionária, existindo somente uma relação tributária entre poder concedente, através da concessionária e o usuário do serviço.⁵⁹

A lei que permitir a concessão é que deverá previamente fixar a regra matriz da taxa a ser cobrada do usuário, sendo denominada na concessão de tarifa, pois previamente fixada em tabela anexa ao edital da concessão.

Nesse sentido vale transcrever o artigo 2º da lei 9.074/95:

Art. 2o É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize

⁵⁸ Essas receitas não constituem tributos e são na verdade provenientes do desempenho de atividade extrinsecamente privadas que podem ser, a depender de previsão do edital, contempladas para que o concessionário possa desempenhar de forma acoplada ao desempenho do serviço público. Têm-se como exemplo o direito do concessionário de transporte público oferecer venda de revistas aos usuários do serviço.

⁵⁹ Pode-se imaginar uma hipótese onde poder concedente e concessionária do serviço, na forma estabelecida no instrumento convocatório, repartam as receitas obtidas com a prestação do serviço. Casos em que o edital prevê expressamente o repasse de dado percentual do valor arrecadado do usuário. Tipo 50% - 50% ou outra forma. Nesse caso o montante devido pela concessionária ao poder concedente terá a natureza de preço público.

e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei nº 8.987, de 1995.

8. CONCLUSÕES

Após a fixação das premissas, acima expostas, após a investigação constitucional do sistema tributário e suas limitações, bem como aprofundado estudo da legislação infraconstitucional e escorço histórico é possível concluir que:

As taxas podem ser cobradas pelos serviços públicos específicos e divisíveis fruídos efetivamente pelo usuário.

A manutenção das rodovias são atribuições primordiais do Poder Público e como tal podem ser caracterizadas como prestações públicas direcionadas ao administrado, sendo, portanto, serviços públicos.

Tais serviços são divisíveis e específicos, cuja utilização individualizada do usuário pode materialmente ser mensurada.

Que tais serviços podem, portanto, ensejar a instituição de um tributo denominado taxa.

Que a concessão do serviço público não transmuda sua natureza, continuando a ser público, todavia prestado por terceiro e que, portanto, a transferência da prestação do serviço não tem a finalidade de alterar ou modificar a natureza jurídica de tais serviços.

Que a relação existente entre prestador do serviço público e usuário deve respeitar os direitos e garantias constitucionais assegurados ao usuário do serviço público e ao contribuinte.

Sendo possível indicar ser a tarifa o nome de uma exação cobrada do usuário do serviço público pertencente à espécie

das taxas, que por sua vez está contida na classe dos tributos. Sendo certo portanto, em última análise, correto afirmar que as tarifas cobradas pelos concessionários de serviços públicos possuem natureza jurídica de tributos sujeitando-se a todas as prerrogativas e limitações impostas pela Constituição Federal.



9. REFERÊNCIAS

- ATALIBA. Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. 5ªed. Malheiros.
- BALEEIRO. Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 10ªed. Forense.
- CARVALHO. Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo. Saraiva. 2003.
- CARVALHO. Paulo de Barros. Direito Tributário, linguagem e método. 3ªed. São Paulo. Noeses. 2009
- COELHO. Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 6ªed. Forense.
- COSTA. Ramon Valdes. Curso de Derecho Tributário. Montevideo. Ed. Imprensa Uruguaya Colombino. 1 ed. Tomo I. 1970.
- DERYCKE, Pierre-Henri. Le Péage Urbain. Histoire: analyses, politiques. Paris. Economica. 1997.
- FERREIRA. Pinto. Comentários à Constituição Brasileira. São Paulo. Saraiva. V 5.
- FOURQUINI. Gui. Senhorio e Feudalidade na Idade Média. Lisboa. 70 ed.
- GRECO. Marco Aurélio e SOUZA. Hamilton dias de. Natureza Jurídica das custas judiciais.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. 1ªed. Dialética.

- MACHADO. Kal. Concessões de Rodovias. Mito e realidade. São Paulo. Premio 2002.
- MEIRELLES. Hely Lopes. Pedágio: Condições para sua cobrança. Revista dos Tribunais. V 430.
- MELLO. Celso Antônio Bandeira de. Pedágio. Decisões e Pareceres Jurídicos sobre pedágio. São Paulo.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. Doutrina e Prática das Taxas. Ed. Quartier Latin. 2ª edição. 2007.
- MORAES. Bernardo Ribeiro. Compêndio de Direito Tributário. 5 ed. Rio de Janeiro. Forense. 1995.
- PEREIRA FILHO. Luiz Alberto. As Taxas e os Preços no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In Curso de especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Coord. Eurico Marco Diniz de Santi. 1ª Ed. 2007.
- SAVARIS. José Antônio. Artigo Pedágio: Conceitos e Trajetória Histórica. Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais. Numero 9. 2008.
- VASQUEZ. Pedro Karp. Album da estrada da União e Indústria. Quadraim.
- VILLEGAS. Hector Belisário. Curso de Finanzas, Derecho Financeiro y tributário. 8ª ed. Buenos Aires. Astrea.