

A Privatização das Rodovias Federais (Regime jurídico do pedágio)

SUMÁRIO: 1. Pedágio: origem histórica e conceituação 2. Concessão de serviço público e a nova Lei n. 8.987/95 3. Preços públicos, tarifas e pedágio 4. Condições para cobrança do pedágio e a atuação do Ministério Público em juízo 5. O conceito de “via alternativa”. 6. Conclusões.

1. Pedágio: origem histórica e conceituação

A palavra “pedágio” provém do termo latim “*pedacticum*” - onde se põe os pés - , com origem remota em Roma (HELY LOPES MEIRELLES, “*Pedágio - Condições para sua cobrança*” , RT 430\34), expandindo-se o instituto posteriormente para a Inglaterra, ali utilizado largamente até o século XVIII, sendo aí cobrado daqueles que transitavam com carruagens pelas estradas sujeitas à conservação pela Real Coroa, isentos os doutores e o clero (SIDNEY WEBB, “*The Story of King’s Highway*”, Londres, 1.922).

Notícia Hely Lopes Meirelles, *ob. e pg. cit.* que o instituto ressurgiu, com foros de modernidade, nos Estados Unidos da América do Norte, quando, em 1940, inauguraram-se as primeiras “*vias expressas*”, sob administração de particulares ou de autarquias adrede criadas e que passaram a cobrar pedágio (“*toll*”) pelos que por elas circulavam e com o objetivo de angariar recursos para a manutenção das vias-expressas.

Investimentos altíssimos foram despendidos em extensos quilômetros das rodovias submetidas ao pagamento do pedágio, noticiando o A. citado que este veio a propiciar recursos para a nova era do desenvolvimento rodoviário, depois da guerra e do aumento do número, peso e velocidade dos veículos motorizados (cf. WILFRED OWEN e CHARLES DEARING, “*Toll Roads and Problem of Highway Modernization*”,

Washington, 1951).

Sensível a este posicionamento esclarecedor, podemos afirmar que a origem moderna do instituto está ligada ao período entre e pós 2ª guerra, quando o Estado Americano, para financiar o desenvolvimento e facilitar o intercâmbio e troca de valores, pelo meio de transporte mais utilizado e vulgarizado, passou a demandar sempre maiores investimentos na conservação das rodovias tarefa que não podia, evidentemente, ser finalizada a contento pelo poder público.

Dali, então, espalhou-se pelo mundo, como são exemplos as “*autoroutes*” francesas ou as autovias italianas, hoje privatizadas, porém submetidas a rigoroso controle estatal, mas com progressos notáveis, sendo marcantes as referidas estradas, pela limpeza, conservação, conforto, comodidade, atendimento médico-mecânico gratuito, polícia de tráfego, enfim, por todos os benefícios que a arrecadação das tarifas proporciona, quando aplicadas não só na amortização do capital investido, mas, também e principalmente, na melhoria geral dos serviços prestados a milhões de usuários no continente europeu.

No Brasil, surgiu com a Constituição Federal de 1.946, prevendo o art. 26 que a cobrança do pedágio (facultada tanto à União como aos Estados e Municípios) far-se-ia mediante “*taxa*” para indenização das despesas de construção, conservação e melhoramento de estradas”; sendo a matéria, posteriormente, regulamentada pelo Decreto-lei n. 791 de 27.10.1969, adequando esta legislação o regime de cobrança do pedágio, sistematizando-o juridicamente como “*tarifa*” e não “*taxa*” para amortização dos custos de manutenção, atendimento, reparação e amortização de capital investido nas rodovias federais.

O pedágio, não obstante a definição legal, continuava a ser considerado como taxa e não tarifa, do que é exemplo o conceito dado por PEDRO NUNES, *Dicionário de Tecnologia Jurídica*, II, p. 238.: “*Taxa* paga por pedestres, gado ou veículos,

por trânsito ou passagem em pontes, estradas de rodagem, também chamada pedagem ou portagem. Da mesma natureza, mas fins algo diversos o ingresso nas estações de estrada de ferro, ou outros pontos de embarque de passageiros, *taxa de que são isentos estes e mais pessoa do serviço*” (igualmente, *in Dicionário enciclopédico do direito brasileiro*, J.M. CARVALHO SANTOS, vol. XXXVI, Borsoi, Rio de Janeiro, pg. 275).

Modernamente, pode ser definido, com HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Municipal Brasileiro*, Malheiros, 1.993, 6ª ed., pg. 147 como a modalidade de **preço público** cobrado pela utilização de *obras viárias* com características especiais que facilitem o trânsito e o tráfego de veículos ou pedestres.

Estando regulamentado legislativamente pelas Leis nºs. 8.987 e 9.074, ambas de 1.995, dispondo a primeira sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos e a segunda sobre outorga e prorrogações das mesmas, rezando, expressamente, o art. 1º da Lei n. 9.074\1.995 que sujeitam-se ao regime de concessão ou permissão, quando couber, os serviços e obras de competência da União sobre “*vias federais, precedidas ou não de obras públicas*” (inciso IV).

Extrai-se, pois, do conceito, os elementos que constituem o instituto.: a) **preço público** b) cobrado como remuneração pelos **serviços efetivamente prestados ao usuário** c) **caráter facultativo** da utilização e) para **remuneração e amortização de investimentos** em quaisquer **obras de interesse público**.

A notória e crônica incapacidade manifestada pelo Estado em gerir as suas rodovias suscitou a oportunidade de reviver o instituto em comento, estando em curso processos de “*privatização*” em duas importantes rodovias federais, quais sejam, a BR- 040 (no trecho Rio-Juiz de Fora) e “Via Dutra”, hoje quase inteiramente submetidas ao regime de concessão

de serviço público, havendo por parte do Poder Público franca obstinação em levar a cabo o projeto, inclusive para outras tantas rodovias sujeitas à jurisdição do DNER.

2. Concessão de serviço público e a nova Lei n. 8.987/95

Anota MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo* 8ª ed., 1997, atlas, pg. 241 que a concessão de serviço público foi a primeira forma que o poder público utilizou para transferir a terceiros a execução de serviço público. Isto se deu, comenta a A., a partir do momento em que, saindo do liberalismo, o Estado foi assumindo novos encargos no campo social e econômico. A partir daí, sentiu-se a necessidade de encontrar novas formas de gestão do serviço público e da atividade privada exercida pela Administração. De um lado, a idéia de especialização, com vistas à obtenção de melhores resultados; de outro lado, e, com o mesmo objetivo, a utilização de métodos de gestão privada, mais flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado.

Em sua obra fundamental, *Curso de Direito Administrativo*, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO acresce e informa que as concessões tiveram grande preeminência na vida administrativa do país quando os capitais à disposição do Governo eram reduzidos e a tendência liberal imperava, sendo a concessão utilizada para atendimento dos mais importantes e dispendiosos serviços públicos, como água, luz, gás, telefone, esgotos, transportes urbanos e ferroviários, interessando, de regra, ao capital externo (Forense, Rio de Janeiro, 1990, pg. 376).

Posteriormente, em virtude de uma notória e histórica mudança da concepção política e à uma excessiva preocupação com a segurança nacional, as concessões, informa ainda o A., perderam importância sendo que, agora, retorna com bom

fôlego, entregando o Estado, mediante concessão, serviços que a iniciativa privada parece melhor executar, com criatividade, eficiência e economia, liberando-se o Estado de preocupações menores de modo a liberá-lo para concentrar-se em problemas de maior envergadura, como os sociais (ob. cit. pg. 377).

Como visto, a exploração das rodovias (no âmbito federal, estadual e municipal) sujeita-se ao regime de concessão de serviços públicos, facultado ao Estado delegar a particular a exploração de determinados serviços, denominados “*serviços concedidos*” que podem ser outorgados à iniciativa privada através de concessionários, permissionários ou autorizatários, CF, art. 21, XII e 175 (cf. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Do direito privado na administração pública*, Atlas, 1989), transferindo-se ao particular apenas e tão somente a titularidade da execução do serviço (HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 17ª ed., 1992, Malheiros, pg. 337).

Esta chamada “*delegação contratual*” da execução do serviço, feita “*intuitu personae*” submete-se, hoje, ao que dispõe as Leis n.ºs. 8.987 e 9.074 ambas de 1.995, ficando a elas sujeito, evidentemente, a exploração das rodovias (no âmbito federal, estadual e municipal, parágrafo único, art. 1º da Lei n. 8.987/95), bem como, o regime jurídico da cobrança do pedágio, valendo dizer que trata-se de norma inquestionavelmente de âmbito público e de aplicação compulsória aos demais componentes da Federação, que não podem produzir legislação conflitante com aquela (cf. ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, *Concessão de serviço público*, Malheiros, 1.996, pg. 15).

Os diplomas legais citados prevêm os elementos básicos para a formalização do ajuste, cumprimento do contrato, período de concessão, obrigação de prestação de serviço adequado pela concessionária, direitos e obrigações dos usuários, política tarifária, licitação, encargos do poder concedente e da concessionária, intervenção na concessão

bem como sua extinção.

Dentre os dispositivos que especificamente tratam da concessão de serviço público e rodovias federais o mais importante, para o tema em debate e discussão, sem dúvida alguma é o que dispõe o art. 7º da Lei n. 8.987/95, onde ampara-se, ao final, a tese apresentada, pois, para o dispositivo legal, inserido no Capítulo III - **Dos Direitos e Obrigações dos Usuários** - “Sem prejuízo do disposto na Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990, são **DIREITOS** e obrigações dos usuários: I - receber serviço adequado; II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesse individuais ou coletivos; III- **OBTER E UTILIZAR O SERVIÇO COM LIBERDADE DE ESCOLHA**, observadas as normas do poder concedente; (...)”

Em boa hora este importante dispositivo legal, porque informa todo o regime jurídico do pedágio em rodovias e autoestradas, quando não, disciplina especificamente um direito universalmente reconhecido ao particular.: o de utilizar-se, **APENAS SE QUISER**, dos serviços concedidos e explorados pela iniciativa privada, através de remuneração que, a toda prova, somente é devida em caso de utilização **EFETIVA** e **VOLUNTÁRIA** do serviço posto à sua disposição.

Com isto vem o ordenamento atender a um antigo reclame doutrinário, de vozes abalizadas que clamavam por cláusulas e regras legais em favor do usuário dos serviços públicos (concedidos ou não), porque a prática vinha mostrando que a míngua de cláusulas favoráveis à parte economicamente mais fraca, estimulavam os abusos de toda ordem pelas poderosas empresas concessionárias, “*mais preocupadas com a obtenção de lucros que com a eficiente e pronta prestação dos serviços a que se obrigaram*” (HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, cit. pg. 347).

Criou-se, assim, um importante mecanismo jurídico que visa a coibir a “*prestação compulsória*” do serviço, ainda

que disfarçada, porque a **LIBERDADE DE ESCOLHA** não pode ser entendida, hoje, senão como a facultatividade do serviço que pode **LIVREMENTE** ser utilizado; ou seja, tratando-se especificamente sobre a concessão de rodovias **O USUÁRIO NÃO PODE SER COMPELIDO A DELAS UTILIZAR-SE**, sendo-lhe **GARANTIDO** o direito de circular (com todas as comodidades ou conveniências) *ou não*, através da rodovia submetida ao regime de pedágio. No primeiro caso, deverá pagar pelos serviços efetivamente usufruídos, mediante tarifa (art. 9º da Lei n. 8.987/95).

Esta criação legal forja um paralelo direito para o utente.: se o serviço é prestado pode o usuário dele utilizar-se, **INCLUSIVE COMPELINDO O PRESTADOR A FAZÊ-LO ADEQUADAMENTE**, pois, como doutrina Hely Lopes Meirelles, ob. cit. pg. 347 “*O usuário de serviço público concedido tem ação para fazer valer os seus direitos quando relegados*”, mencionando, mais, haver jurisprudência sedimentada “*no sentido de que o pretendente à utilização de serviço concedido pode demandar diretamente o concessionário para constrangê-lo a prestar o serviço, sob pena de lhe pagar perdas e danos ou a multa correspondente, cominada na sentença*” (ob. cit. pg. 348).

De outro lado, não tem o prestador do serviço direito de impor, unilateralmente, a **utilização coativa** pelo usuário da via entregue a sua conta e risco. Se, evidentemente, a prestação do serviço faz-se mediante o pagamento do valor tarifado, não estando o concessionário obrigado a prestar serviços gratuitos, esta mesma tarifa somente poderá ser exigida **AO USUÁRIO** que voluntariamente aquiesceu, aderiu ou usufruiu dos serviços. Outro raciocínio seria desvirtuar direito basilar do utente.

Com efeito, sendo direito do prestador do serviço a arrecadação da tarifa regulamentar, este direito somente se impõe e exerce sobre o consumidor daquela modalidade de serviço (utilização de uma rodovia “*privatizada*”, v.g.), ou seja

o usuário **DAQUELE SERVIÇO** e não sobre outrem. O utente, se utilizar, com liberdade de escolha, o serviço concedido, estará obrigado a pagar por aquela utilização.

Como leciona DIÓGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, Saraiva, 1.995, pg. 243 “*O trespasse da execução e exploração dos serviços públicos traz implícito o direito do outorgado de exigir dos usuários o valor tarifado pelo serviço que presta. Desse modo, não está obrigado a prestar o serviço ao usuário que não satisfaça as obrigações que lhe cabem*”.

Entenda-se, a exigência legal e regulamentar somente poderá ser feita, **PELO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE ESCOLHA**, face **AO USUÁRIO** do serviço. Se não está o concessionário obrigado a dar serviços gratuitos a quem seja, não se lhe pode garantir o direito de cobrar tarifa de quem não pretenda ou não utiliza-se dos serviços, porque tal conduta importaria em **PRESTAÇÃO COMPULSÓRIA DO SERVIÇO**, instituto banido da nossa sociedade e do regime das concessões.

3. Preços públicos, tarifas e pedágio

Sustenta o tributarista ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 8ª ed., Malheiros, pg. 300, com base no que dispõe o art. 150, V da Constituição Federal que o pedágio, não obstante o seu “*nomen juris*”, constitui-se em verdadeira TAXA DE SERVIÇO “Sempre dentro do assunto ora em estudo, o pedágio, a nosso ver, tipifica verdadeira taxa de serviço, por força do que prescreve o art. 150, V da CF.: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado 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”

(grifamos). É, portanto, o serviço público de conservação das rodovias que autoriza a instituição do pedágio, verdadeira taxa de serviço, inobstante o seu *nomen iuris*”.

Informando, ainda, o mesmo A. que, segundo doutrina tranqüila, a instituição das “taxas” tem por hipótese de incidência uma atuação estatal, diretamente referida ao contribuinte, consubstanciando-se ou num serviço público ou num ato de polícia (e daí a distinção feita entre taxas de serviço, pela realização de serviços públicos e taxas de polícia, emergentes de atos de polícia estatal) - ob. cit. pg. 288\289 - finaliza sentenciando que “A lei, todavia, não pode compelir os administrados que forem proprietários de veículos automotores, a pagarem pedágio (taxa de serviço), exatamente porque a Constituição não permite obrigá-los à “utilização de vias conservadas pelo Poder Público”. **Só quem efetivamente utilizar a rodovia conservada pelo Poder Público poderá ser obrigado a pagar o pedágio**” - Curso cit. pg. 293 (g.n.).

Não obstante a posição do eminente tributarista (que insere a cobrança do pedágio entre as taxas e não como tarifa), informa ele com todas as letras, categoricamente, que o pagamento do “pedágio” somente deve ser feito pelo utente do serviço, NÃO PODENDO A LEI OBRIGÁ-LO AO RECOLHIMENTO daquilo que denomina “taxa”.

Porém, embora deixe profundas implicações quanto à impossibilidade de utilização compulsória do serviço, a posição do Autor citado acima não merece acolhida, no que toca à natureza jurídica da remuneração do serviço. Com efeito, preleciona CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, in *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*, Saraiva, 1.996, pg. 76 que.: “Como a remuneração da concessionária faz-se, basicamente, pela cobrança de tarifas cobradas dos usuários, e como delas, então se necessita porque pela concessão o serviço público é prestado por conta e risco daquela entidade colaboradora da entidade pública, é certo

que se tem como fundamental a questão relativa à **política tarifária**” (g.n).

Como, entremontes, lembra a Autora, parte considerável da doutrina tributarista nacional da qual se pode destacar, dentre outros, por exemplo, ALIOMAR BALEEIRO, entende que.: “...a taxa não tem por base um contrato, seja de Direito Privado, seja de Direito Público. Ela, como todo tributo, é obrigação *ex lege*. Cabe quando os serviços recebidos pelo contribuinte resultam de função específica do Estado, ato de autoridade, que por sua natureza repugna ao desempenho do particular e não pode ser objeto de concessão a este” (*Direito tributário brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 330).

No mesmo sentido, BILAC PINTO, para quem “ o preço é uma receita pública de natureza contratual, não obrigatória, e que, como o seu próprio nome indica, somente pode ser instituído como remuneração de um serviço ou de um bem vendido pelo Estado, atenda sempre a equivalência das prestações recíprocas. Inexistindo, na espécie, qualquer prestação por parte do Estado, em retribuição do pagamento, preço não poder ser” (*Estudos de direito público*, Rio de Janeiro, Forense, 1953, pg. 167).

Não se confundem, pois, taxa e tarifa, sendo, inquestionavelmente, esta última a natureza jurídica da remuneração paga ao concessionário, pela utilização livre, espontânea e EFETIVA dos serviços postos à disposição do usuário. Como conclui, então, CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, ob. cit. pg. 78.: “*Não obstante as opiniões contrárias à espécie tarifa (preço público) a definirem a natureza jurídica do pagamento pelo usuário de serviço público concedido, conforme acima mencionado, a legislação infraconstitucional adotou o modelo tradicionalmente aceito pela doutrina e jurisprudência pátrias em sua maioria*”, podendo-se, ainda, acrescentar, com a **SÚMULA N. 545 do S.T.F.** “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”.

Ou seja, esta **COMPULSORIEDADE** inexistente, realmente, na cobrança do pedágio, remuneração paga à concessionária do serviço público, posto que é a lei, o regime jurídico que informa ser a utilização deste mesmo serviço apenas facultativa, resultante da conveniência do usuário. Este **QUE NÃO PODE SER OBRIGADO A UTILIZAR-SE DO SERVIÇO**, quando paga o pedágio, está, então, recolhendo uma **TARIFA**.

É **HUGO DE BRITO MACHADO**, *in Curso de Direito Tributário*, Malheiros, 1.996, pg. 330\331 quem esclarece, com precisão.: “Se a ordem jurídica obriga à utilização de determinado serviço, não permitindo o atendimento da respectiva necessidade por outro meio, então é justo que a remuneração correspondente, cobrada pelo Poder Público sofra as limitações próprias dos tributos. O contribuinte estará seguro de que o valor dessa remuneração há de ser fixado por critérios definidos em lei. Terá, em síntese, as garantias estabelecidas na Constituição. Por outro lado, se a ordem jurídica não obriga à utilização do serviço público, posto que não proíbe o atendimento da correspondente necessidade por outro meio, então a cobrança da remuneração correspondente não ficará sujeita às restrições do sistema tributário. Pode ser fixada livremente pelo Poder Público, pois o seu pagamento resulta de simples conveniência do usuário do serviço” (g.n).

Concluindo, a remuneração paga pelo usuário **QUE DESEJA LIVREMENTE E SEGUNDO SUA PRÓPRIA CONVENIÊNCIA** utilizar-se do serviço concedido é feita mediante **TARIFA**, modalidade de preço público e não por taxa. O pedágio, pois, paga-se mediante preço público, mais precisamente, através das tarifas fixadas pelo contrato e revistas a todo tempo, durante a concessão, pelo Poder Público.

4. Condições para cobrança do pedágio e a atuação do Ministério Público em juízo

Em memorável ensaio que veio à lume no ano de 1.971, e, com base na melhor doutrina nacional e estrangeira existente à época, o inextinguível administrativista HELY LOPES MEIRELLES, “*primus inter pares*” nesta seara do direito, gizava todos os contornos e ângulos que serviriam de supedâneo para a possibilidade de cobrança de pedágio nas rodovias públicas.

Informa o Autor, em parecer também contido na *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, “*Pedágio - condições para sua cobrança*”, 1:11-22, 1971, magistralmente, que, sendo o pedágio uma tarifa, portanto preço público, tanto pode ser cobrado pelo Poder Público como por seus concessionários incumbidos da construção e conservação de obras rodoviárias. “*No caso particular do pedágio de rodovia, exige-se que a estrada apresente condições especiais de tráfego (via expressa de alta velocidade e segurança), seja bloqueada e ofereça possibilidade de alternativa para o usuário (outra estrada que o conduza livremente ao mesmo destino) embora em condições menos vantajosa de tráfego*”.

Estes requisitos são hoje considerados indispensáveis pela doutrina rodoviária estrangeira e nacional (cf. WILFRED OWEN e CHARLES DEARING “*Toll Roads and the Problem of Highway Modernization*” 1.951; DANIEL BOUTET, “*Les Problèmes Routiers aux États Unis*”, 1949; M. RUMPLER, “*Situation du Réseau Routier Français*”, 1.948; U.S. Public Roads Administration, “*Highway Development Administration and Finance*”, 1948; Relatório do Congresso Norte-Americano, “*Toll Roads and Free Roads*”, 1938. No Brasil, vejam-se.: Eng. FRANCISCO SATURNINO BRAGA, “*A propósito de Pedágio*” in *Revista do Serviço Público*, 1954, vols. I, II e II - Eng. EDUARDO CELESTINO RODRIGUES “*Pedágio*” in “*Rodovia*”, setembro de 1.952, p. 13, e, também, Recursos

para o Sistema Rodoviário” in “*Boletim Técnico da ARB*”, 1968, n. 11; EDMUNDO RÉGIS BITTENCOURT, MAURÍCIO JOPERT DA SILVA, CLÓVIS PESTANA, MOACYR M. A. DA SILVA e MANOEL PACHECO DE CARVALHO, in “*Rodovia*” números de março a julho de 1952; “*Anais da III Reunião de Administrações Rodoviárias, Salvador, 1949*”.

Mais, menciona o A. conclusão da III Reunião de Administrações Rodoviárias Brasileiras, realizada em Salvador - Bahia, 1948, assim expressa.: “*É admissível a adoção de pedágio, para amortização dos investimentos de capital, em grandes realizações rodoviárias, tais como pontes, túneis e viadutos e especialmente no caso de auto-estrada, desde que o utente possa fazer uso livre de estrada paralela; - a arrecadação dessa taxa (preço) constituirá renda própria dos órgãos rodoviários que as constituírem*” (RT 430-37-38).

Analisa o eminente Autor consulta formulada pela DERSA - Desenvolvimento Rodoviário S/A - empresa ligada ao Estado de S. Paulo bem como ao DER daquele mesmo estado, sobre a possibilidade de cobrança de pedágio na “*Via Anchieta*” e na “*Rodovia dos Imigrantes*” e o parecer ali contido informava sobre a admissibilidade da cobrança pretendida porque.: “*No caso em exame, a DERSA pode cobrar pedágio na “Via Anchieta” e na futura “Rodovia dos Imigrantes”, porque estas estradas constituem-se o objeto da sua concessão, e se apresentam com os requisitos técnicos que justificam o pagamento de tarifas pelos usuários que as utilizarem, a saber: são auto-estradas ou vias expressas pavimentadas; são rodovias especiais, com obras de alto custo; são vias de grande segurança de tráfego; são vias bloqueadas; são vias que oferecem alternativa para o usuário, visto que, ao seu lado existe outra estrada ASFALTADA, de livre trânsito - a antiga estrada São Paulo - Santos - para os que demandam o mesmo destino (...)*” - g.n. -

Hoje, esta exigência fundamental, antes profligada

pela mais abalizada doutrina nacional e estrangeira, está ancorada em lei, justamente no que dispõe o art. 7º, inciso III da Lei n.8.987\95, ou seja, no Capítulo III - Dos Direitos e Obrigações dos Usuários - que dispõe.: *“Sem prejuízo do disposto na Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: (...) III - obter e utilizar o serviço com liberdade de escolha, observadas as normas do poder concedente”* (g.n).

Com efeito não se tratando o pedágio de um tributo, como acima suficientemente demonstrado, e não podendo o Poder Público impor, coativa e unilateralmente, a utilização do serviço, mas somente podendo cobrar a remuneração ao usuário que livremente ingressa pela via submetida a regime de concessão, não há outro entendimento razoável para o dispositivo legal supra-apontado, senão aquele já antevisto, há mais de 5 lustros, pelo maior administrativista pátrio, consubstanciando-se a doutrina então preconizada em disposição legal, de caráter público.

Neste ponto, a novel Lei de Concessões é, realmente, inovadora, pois o dispositivo traz salutar comando legal, cuja inobservância fere mortalmente qualquer pretensão a cobrança de pedágio, que, à ausência da reclamada *“liberdade de escolha”* (*rectius* via alternativa livre e desimpedida) desfiguraria o caráter jurídico do instituto, transformando-o em indisfarçável tributo, sem que a tanto estivessem tanto o Poder Concedente quanto o concessionário autorizados.

Por evidente, para haver coexistência entre o direito de ir e vir e a possibilidade de impor-se limitação ao tráfego de pessoas ou bens, mediante a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público, direitos com foro constitucional (art. 5º, XV e 150, V CF-88), a síntese da *“quaestio”* somente poderá ser representada pela possibilidade dada ao particular de utilizar-se, de acordo com sua conveniência, da reclamada *“via alternativa”*, independente do

pagamento da tarifa, e desde que aquela possa levá-lo ao mesmo destino, embora em condições menos vantajosas.

Liberdade de escolha e direito à rota alternativa ou via alternativa são conceitos equivalentes, não havendo outra interpretação razoável e lógica para o inciso III do art. 7º da Lei n. 8.987/95, senão aquela sustentada no presente texto.

Com efeito, em obra mais recente (*Direito Municipal Brasileiro, Malheiros*, 6ª ed., 1.993 pg. 147), tratando especificamente do pedágio, HELY LOPES MEIRELLES volve ao mesmo tema em debate, sustentando a tese outrora afirmada, ou seja, da absoluta necessidade de oferecimento ao usuário de uma alternativa viável para que a cobrança da tarifa de pedágio seja legitimamente efetuada.

Discorrendo sobre o tema, enfaticamente, ministra o seguinte.: *“O pedágio é modalidade de preço público (não confundir com taxa) cobrado pela utilização de obras viárias com características especiais que facilitem o trânsito e o tráfego de veículos ou pedestres. A vigente Constituição da República suprimiu a referência que a de 1967 fazia a esse preço público (art. 20, II), por desnecessária. Com efeito, aquela Constituição, depois de vedar as limitações ao tráfego por meio de tributos, excepcionou o “pedágio para atender ao custo das vias de transporte”, o que era ocioso ressaltar, porque pedágio não é tributo. Assim, a supressão da ressalva não significou proibição da cobrança de pedágio por qualquer das entidades estatais e seus delegados, desde que justificado pelas características especiais da obra. O pedágio pode, pois ser exigido pela utilização de rodovias, pontes, viadutos, túneis, elevadores e outros equipamentos viários que apresentem vantagens específicas para o usuário, tais como desenvolvimento de alta velocidade, encurtamento de distâncias, maior segurança, diversificando-se de obras semelhantes que se ofereçam como alternativas para o utente. Na doutrina corrente, dois são os requisitos que legitimam a cobrança desse preço público.:*

condição especial da obra, mais vantajosa para o usuário, e a existência de outra, e uso comum, sem remuneração. Sem esses requisitos, torna-se indevida a cobrança do pedágio, como já demonstramos em estudo anterior” (g.n., refere-se o A. a estudo publicado in RDA 104\374 e RDP 16\343).

Extensa bibliografia pode ser citada, especificamente sobre a necessidade de oferecimento de via diversificada ou alternativa para o usuário que não queira valer-se dos serviços ou vantagens trazidas pela rodovia sujeita a regime especial de concessão como vimos acima.

Importante observação também faz HELY LOPES MEIRELLES, na obra *Licitação e Contrato Administrativo* (atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Célia Marisa Prendes), Malheiros, 1996, pg. 269, ao tratar sobre o contrato de concessão de serviço público, advertindo que a Lei n. 8.987\95 veio preencher uma lacuna em nosso sistema jurídico, visto que o instituto das concessões se ressentia da sistematização da matéria, apoiando-se quase que inteiramente nos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais existentes. No que diz respeito, precipuamente, aos DIREITOS DO USUÁRIO, adverte, ainda, o Autor que a minguagem de cláusulas em favor do usuário vem dificultando o reconhecimento de seus direitos e estimulando abusos de toda ordem pelas poderosas empresas concessionárias, mais preocupadas com a obtenção de lucros que com a eficiente e pronta prestação dos serviços a que se obrigaram (*Licitação e Contrato Administrativo*, pg. 279).

À falta, então, de dispositivo expresso, antes da vigência da Lei 8.987\95, entendeu o TJSP, em julgado de 25.09.1975, Ap. Civ. n. 244.842, Rel. *Sydney Sanches*, que a cobrança de pedágio não estaria sujeita à prévia existência de alternativa viária desimpedida, em mandado de segurança impetrado face ao Diretor Presidente da DERSA S/A.

A ementa está vazada nos seguintes termos.:
“PEDÁGIO - Cobrança - Interdição da Estrada Velha do Mar,

obrigando usuário desta a se utilizar da Via Anchieta - Pretendida ilegalidade do pedágio - Preço público, e não taxa - Tarifa criada por legislação ordinária, quando em recesso a Assembléia Legislativa - Rejeição da tese de que a cobrança estaria condicionada à existência de alternativa viária desimpedida - Denegação da segurança mantida.”

Tese esta, se de duvidosa legitimidade, já quando do julgamento da apelação cível supra, face ao que então preconizava a melhor doutrina, encontra-se, hoje, totalmente ultrapassada, e, se admitida, constituir-se-ia em verdadeira aberração, resquício do primitivismo jurídico em que encontrava-se a matéria, agora já diversamente regulamentada e com previsão expressa do direito à “via alternativa” (“*by pass*”) para o usuário que não queira utilizar-se dos serviços prestados na rodovia “privatizada”.

Com efeito, em recente julgado, o TRF 1ª Região, Rel. *Tourinho Netto*, decidindo Agravo de Instrumento n. 1997 - 01.00.000274-9-MG, em data de 15.04.1997, sendo Agravantes o DNER e a concessionária CON CER Cia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora-Rio S\A (que goza dos direitos de concessão para cobrança de pedágio na BR-040 - trecho Rio\Juiz de Fora\MG -), à unanimidade, decidiu que à inexistência da chamada “*via alternativa*” viciada é a cobrança que somente pode alcançar aos usuários e não a terceiros que eventualmente não desejarem utilizar-se dos serviços postos à disposição, em razão do que ratificou-se liminar então expedida em **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** proposta pelo Ministério Público de Minas Gerais, obstando-se, por tempo indeterminado, e, até que a concessionária facultasse ao usuário a escolha mediante a possibilidade de utilização da via secundária, art. 7º, III da Lei n. 8.987/95, no caso específico inexistente.

Por este posicionamento, o TRF-1ª Região, ratificou entendimento anteriormente manifestado pela mesma 3ª Turma quando do julgamento de dois Agravos Regimentais interpostos

em agravo de instrumento (n. 96.01.48552-0-DF e 96.01.49354-9-MG), sendo Relator o Juiz Tourinho Neto, com a seguinte Ementa: “Processo Civil - Ação Civil Pública - Cobrança de Pedágio - Localização da Praça de Pedágio - Finalidade de Impedir a Utilização de Via Alternativa. I - Inocorrência do fumus boni iuris, tendo em vista que a localização da praça do pedágio teve o objetivo de obrigar o uso da estrada federal. Pagamento de pedágio pelos usuários de via alternativa, sem que sejam beneficiados com as vantagens provenientes do contrato de concessão celebrado entre o DNER e a empresa concessionária. II - Se o DNER e a concessionária impõem o pedágio a quem não se beneficia dos resultados do mesmo, para estes é que existe o periculum in mora.” (Decisão por unanimidade, J. 10.12.1996).

Este “referendum” à atuação ministerial, na defesa dos interesses dos usuários do serviço público, constitui-se em importante norte jurisprudencial, e o mesmo somente veio à lume face à atuação intransigente do Ministério Público, na defesa de direitos transindividuais em juízo, o que deve ser uma constante em se tratando de “privatização” do Estado, quando a lei deve sobrepair ante interesses de grupos econômicos neste importante e nodal setor da vida pública.

Com efeito, comentando a Lei de Concessões e Permissões do Serviço Público, DIÓGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, Saraiva, 1996, pg. 612, preleciona, a propósito da reclamada “*liberdade de escolha*”, a que refere-se o art. 7º, III da “lex”.: “*Também resultou garantido o direito do usuário de obter e utilizar, com liberdade de escolha, o serviço público de seu interesse. O SERVIÇO NÃO PODE SER IMPOSTO; o usuário pode escolher entre os vários que são postos à sua disposição. Uma vez obtido, pode utilizá-lo livremente*” (g.n.).

Poderão alguns dizer que o art. 7º, III da Lei de Concessões, ao dizer que constitui-se direito do usuário a utilização do serviço com liberdade de escolha, não se trata ou

preanuncia a institucionalização do direito à “*via alternativa*”, mas, sim, da inocorrência da exclusividade na prestação do serviço.

Esta interpretação, ao par de equívoca, pretende dar ao dispositivo um entendimento que dele não dimana. Ora, em se tratando de concessão, de uma forma geral, a outorga embora feita “*intuitu personae*” não tem caráter de exclusividade (art. 16 Lei n. 8.987\95) justamente para que seja sempre possível a competição entre os interessados, favorecendo aos próprios usuários com serviços melhores e tarifas mais baratas (HELY LOPES MEIRELLES, *Licitação e Contrato Administrativo*, 1996, cit. pg. 271), porém, entenda-se, nas hipóteses em que tal é possível, pois, *especificamente no caso do pedágio, a exploração do segmento concedido somente far-se-á pela titular da concessão, sem qualquer competição* que inviabilizaria a exploração.

Ora, para compatibilizar o direito constitucional de ir e vir com a possibilidade de estabelecer limitação ao tráfego de pessoas ou bens, através de cobrança de pedágio (art. 150, V, CF-88) pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público, somente atribuindo ao usuário a liberdade de escolha: se for de sua conveniência valer-se dos serviços concedidos (e estes podem não ser exclusivos, art. 16 Lei n. 8.987\95), PODE deles utilizar-se, mediante o pagamento do pedágio; caso contrário DEVE o poder público facultar-lhe o uso de uma via secundária que leve ao mesmo destino, pena de impor-se pelo direito de ir e vir uma retribuição compulsória.

Liberdade de escolha, no que toca à matéria e ao regime jurídico do pedágio, não pode significar outra coisa senão a **OBRIGAÇÃO** do Poder Público em dar ao usuário uma opção, uma alternativa viária que o leve ao mesmo destino daquela outra via sujeita a regime especial de pedágio.

É por isto que tendo o usuário cumprido as exigências regulamentares (no caso específico do pedágio através do

pagamento da tarifa) o concessionário está constituído na obrigação de oferecer, de modo contínuo e regular, o serviço (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 1993, pg. 337), porém não apenas em benefício da coletividade, concebida em abstrato, mas **DOS USUÁRIOS**, *individualmente considerados*, isto é, daqueles que arcarão com o pagamento das taxas ou tarifas a fim de serem servidos. A este usuário, e tão somente a este, que livremente quis utilizar-se do serviço, é que o direito faculta exigir, em seu favor, o cumprimento da obrigação, exercitando um direito subjetivo próprio, decorrente da ampla liberdade de escolha na obtenção ou não do serviço (BANDEIRA DE MELLO, ob. e pg. cit.).

5. O conceito de “via alternativa”

Matéria conexa com a apontada “*liberdade de escolha*” que consubstancia-se, como visto, na exigência legal de oferecimento pelo Poder Público de uma via alternativa livre e desimpedida que leve ao mesmo destino, situa-se a indagação sobre o conceito de “*via alternativa*”.

Evidentemente que o conceito de “*via alternativa*” não encontra-se na lei, mas, por motivos lógicos, a apuração dos seus requisitos não pode ser feita de modo a possibilitar-se o absurdo. Em se tratando de trânsito de automóveis e veículos não é qualquer via que poderia assumir as vestes de “*alternativa*”. Com isto afasta-se, de logo, a possibilidade de entender-se como via alternativa aquela que não apresente mínimas condições de trânsito, assim considerada a estrada que não ofereça passagem para certos tipos de veículos ou a que somente admite trânsito leve, piso de terra etc.

Sendo a alternativa viária uma faculdade atribuível a qualquer cidadão, a via que permita o “*by pass*” deve possibilitar o trânsito de todo e qualquer automóvel, com mínimas condições

de trafegabilidade, segurança, conforto, embora em condições menos vantajosas do que a auto-estrada submetida a regime de pedágio.

Exclui-se, então, possa ser considerada alternativa uma estrada de chão, de terra batida, em precárias condições de trânsito, porque, assim, não se estaria garantindo a qualquer pessoa a possibilidade de por ali transitar. Hely Lopes Meirelles, *in Pedágio - condições para sua cobrança* (RT 430\39), ao emitir parecer sobre a possibilidade de “*privatização*” na “Via Anchieta” e na “Rodovia dos Imigrantes”, informava que tal somente seria possível por existir uma outra alternativa paralela, levando ao mesmo destino daquelas, sendo que esta alternativa estava representada por uma estrada **ASFALTADA** - a antiga estrada São Paulo\Santos - para os que demandavam o mesmo destino.

Isto é o mínimo que se pode exigir de uma estrada para que seja considerada alternativa viária. Não se compadece com o seu conceito, *verbi gratia*, a utilização de estrada sem piso asfáltico, desprovida de segurança mínima, sinalização ou pavimentação e demais requisitos viários, ou seja um “*caminho da roça*”, porque, então, não se estaria dando liberdade de escolha alguma ao transeunte, ou esta “liberdade” estaria sendo apenas formal mas camuflada numa impossibilidade factual de trânsito. Ao par destes elementos, pode-se acrescentar que será alternativa a estrada que, levando ao mesmo destino preceda, temporal e cronologicamente, aquela sujeita a regime jurídico de pedágio ou, então, posteriormente, seja posta à disposição do usuário, com os mesmos requisitos.

6. Conclusões

Do exposto, pode-se retirar as seguintes conclusões:

1. O pedágio em rodovias é modalidade de execução delegada de serviço público, sujeitando-se, hoje, inteiramente ao que dispõem as Leis n. 8.987 e 9.074 ambas de 1995;

2.A remuneração paga pelo usuário constitui-se numa tarifa pública e não numa taxa, podendo ser alterada durante a execução do serviço, sem submissão ao princípio da anterioridade;

3.São elementos do instituto “sub comento”: a) preço público b) cobrado como remuneração pelos serviços efetivamente prestados ao usuário c) caráter facultativo da utilização e) para remuneração e amortização de investimentos em quaisquer obras de interesse público;

4.Somente legitima-se a cobrança da tarifa existindo alternativa viária que leve ao mesmo destino da via sujeita ao regime especial do pedágio;

5.Constitui abuso de poder a execução do serviço quando ao usuário não é dada a possibilidade de utilização de via alternativa que o leve ao mesmo destino daquela sujeita à cobrança de tarifa pública;

6.Inexistindo rota alternativa desimpedida torna-se ilegal e inconstitucional a cobrança de pedágio;

7.Denomina-se rota alternativa aquela que, sendo asfaltada e com condições mínimas de trafegabilidade e segurança, propicie ao usuário livre escolha na sua utilização, levando ao mesmo destino da rodovia sujeita ao regime jurídico do pedágio.

8.A exigência apontada, qual seja, da obrigatoriedade para o Poder Público em oferecer ao usuário uma alternativa viária, hoje, consta expressamente de texto de lei, sendo o que dispõe o art. 7º, inciso III da Lei n. 8.987/95.

9.O respeito a este basilar direito do consumidor deve ser agasalhado pelo Ministério Público e, quando necessário, tutelado em juízo, através dos mecanismos que a ordem jurídica lhe outorga.

Hélvio Simões Vidal

Promotor de Justiça

Comarca de Matias Barbosa-MG

Fórum local CEP 3620000 Fone 032 273 1144