

A INCONSTITUCIONALIDADE DO PEDÁGIO QUANDO NÃO HÁ VIA ALTERNATIVA

Danilo Fernandes de Almeida Pacheco¹

1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho pretende-se explicar acerca de uma forma (ao menos indireta) de arrecadação estatal, qual seja: a cobrança de pedágio nas rodovias brasileiras, principalmente por empresas privadas, concessionárias de serviço público e sua inconstitucionalidade como se apresenta no cenário atual. Não tem, porém, a intenção de esgotar o assunto ou criar uma nova teoria.

Outrossim, para que se faça entender o por que desta inconstitucionalidade, é necessário antes perpassar por outros temas indispensáveis à compreensão jurídica do pedágio, demonstrando todo o embasamento necessário para se fazer tal afirmação (sua inconstitucionalidade).

Porém, não obstante a ideia de tentar demonstrar a inconstitucionalidade do pedágio a primeira vista parecer um trabalho desgastante, este jamais teve ou terá a pretensão de esgotar toda a matéria, afirmar com veemência a certeza daquilo que nele consta e/ou certificar de que o posicionamento contrário é o errado.

O que se pretende é tratar da matéria de forma clara, concisa e que possa servir de ajuda aos sempre colegas universitários, graduandos ou aos futuros colegas advogados.

2 A NATUREZA JURÍDICA DO PEDÁGIO QUANDO NÃO HÁ VIA ALTERNATIVA

Antes de mais nada, é necessário esclarecer que busca-se aqui uma simples explicação de concordância com uma tese e, por conseguinte, a cadeia de ideias que se surgirá.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS). Estagiário do Escritório de advocacia Freire, Fraga e Trigo Advogados Associados e da Caixa Econômica Federal.

Vale ressaltar ainda que o presente trabalho foi embasado num corte epistemológico, levando-se em consideração o caráter da compulsoriedade para a definição da natureza jurídica do pedágio e que os demais argumentos, servem como lastreadores deste principal.

Não pretende ainda afirmar que todos os argumentos utilizados pela parte da doutrina que não concorda com o que será explanado estão incorretos ou são inverídicos. Muito pelo contrário: são verdadeiros, atraentes e muito difíceis de se combater, porém o autor continua convencido do que passa agora a expor.

Demasiadas correntes surgem para classificar o pedágio como taxa, outras ainda em maiores volumes para o encaixar como tarifa (ou preço público), tem quem ainda o entendem como uma espécie tributária autônoma e os que afirmam que o pedágio tanto pode ser taxa como tarifa.

Para AMARO (2010, p.73), ao falar do pagamento do pedágio pelo contribuinte afirma que

O que o contribuinte do pedágio faz não é utilizar um *serviço* do Estado; utiliza, sim, um *bem público*, e paga *por utilizar esse bem*. Se de taxa se quiser chamar essa prestação pecuniária (e teoricamente, nada impede que assim se designe a exação), trata-se de *taxa de utilização de bem público*, e não de *taxa de serviço*. (grifos no original)

Logo, para ele, o pedágio não se comporta nem como taxa e nem como tarifa, sendo apenas uma taxa de utilização do bem.

Antes de adentrar no tema e verificar a natureza jurídica do pedágio, faz-se necessário realizar a distinção entre taxa e preço público (tarifa).

A primordial distinção entre os dois institutos é o corte epistemológico adotado pelo presente trabalho: a compulsoriedade. Ausente nesta e presente naquela, a compulsoriedade, aliada a presença de via alternativa que vai dizer se o valor cobrado é taxa ou tarifa.

No tocante à taxa, seu conceito, como o de tributo, é legal. O Código Tributário Nacional, nos arts. 77, 78 e 79, especifica o instituto.

Não obstante a definição legal, os doutrinadores definem, também, o conceito de taxa.

Para HARADA (1999),

Taxa, como espécie tributária que é, tem sua cobrança inteiramente submetida ao regime de direito público. É uma obrigação *ex lege*, só podendo ser exigida dos particulares *em razão do exercício regular do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição* (art. 145, II da CF). Ela pressupõe atuação concreta do Estado **diretamente** referida ao obrigado. Tarifa ou preço público, ou simplesmente preço, outra coisa não é senão a contraprestação paga pelos serviços solicitados ao Estado, ou pelos bens por ele vendidos e que se constitui em sua receita originária, em contraposição à taxa, que se constitui em sua receita derivada. (grifos no original)

Desta forma, para ele, taxa é um pagamento ao Estado por um serviço efetivamente prestado.

Para VALADÃO,

Taxa é um tributo vinculado (pressupõe atuação estatal), que tem como fato gerador uma atividade do Estado, realizando uma prestação de serviço efetivamente utilizado ou apenas colocado a disposição do contribuinte, e que seja um serviço público e divisível [...]. São chamadas de taxas de serviço.

Existe ainda um outro fator gerador das taxas, que consiste no exercício do poder de polícia do Estado, no sentido de realizar a adequação do direito individual do contribuinte ao interesse coletivo, fiscalizando sua conduta de forma a moldar o exercício do seu direito aos interesses da coletividade.

O ponto convergente de todas as definições encontradas é quanto a vinculação do produto da arrecadação da taxa. Assim sendo, a taxa nada mais é que um tributo de natureza vinculada, cobrado mediante uma prestação estatal efetiva e divisível ao particular que foi beneficiado (tendo utilizado ou a sua disposição) com aquele serviço.

No entender de Sacha Calmon (2008, p. 614),

Na teoria das taxas duas aporias surgem: (a) a sua diferenciação dos preços públicos e (b) o seu caráter sinalagmático, em que pese a compulsoriedade de sua exigência. A Súmula 545 do STF estatui que: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, por que estas, diferentemente daquelas são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à previa autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”. A Súmula estava afinada com os princípios da anualidade (lei orçamentária) e da legalidade (lei específica sob o ponto de vista formal e material).

Prevalece a legalidade. No lugar da autorização orçamentária (anualidade) entra a anterioridade (anual)

De forma mais sucinta, BALEEIRO (2010, p. 540) explica que

Taxa é o tributo cobrado de alguém que se utiliza de serviço público especial e divisível, de caráter administrativo ou jurisdicional, ou o tem à sua disposição, e ainda quando provoca em seu benefício, ou por ato seu, despesa especial dos cofres públicos

E, finalizando com maestria, SEIXAS FILHO (1990, p. 22) afirma que a caracterização da taxa se dá

- 1) Quando o serviço público for de utilização compulsória pelo usuário, haja ou não alternativa, pois, mesmo que o contribuinte prefira outra opção, deverá pagar a taxa pela potencialidade do serviço público “mensurável”;
- 2) Quando o serviço público, mesmo não sendo de utilização compulsória no sentido estrito deste termo, é, porém, de utilização necessária pelo usuário, que não possui outra alternativa em razão de o Estado tê-lo tornado exclusivo, com o afastamento de possíveis fornecedores.

Passa-se agora a definição de preço público. HARET (2010, p. 142) o define como sendo

o valor devido pelo usuário como contraprestação de serviço público genérico praticado por ente parafiscal ou empresa pública em exploração de atividade econômica, cobrado não compulsoriamente em regime jurídico de direito privado, segundo política tarifária decorrente de uma concessão de serviço público

Para o Prof. Sacha Calmon (1991, p. 222), o preço público é

uma contraprestação pecuniária devida pela aquisição ou pelo uso de um bem, corpóreo ou incorpóreo, direto ou serviço, fixada em função da remuneração pretendida pelo fornecedor do bem, pelo titular do direito ou pelo prestador do serviço, conjugada com a utilidade desse bem, direito ou serviço para o respectivo adquirente, cessionário ou usuário

Agora, já familiarizados com o conceito de preço público, passa-se a distingui-lo da taxa.

MORAES (1968, p. 58-59) faz uma distinção proveitosa entre taxa e preço público:

Sendo espécie tributária, possuindo características especiais de seu gênero (tributo), a taxa deve figurar ao lado dos demais tributos. Isto é, dos impostos e das contribuições de melhoria. Todavia, não deve ser confundida com os *preços*, também denominados preços públicos ou preços políticos, exação instituída pelo Poder Público para custear atividades que, por sua natureza, não sejam específicas de sua função em sua qualidade de entidade de direito público. [...]

Com algumas ressalvas, podemos distinguir a taxa do preço dizendo que a taxa constitui uma receita derivada e o preço originária; a taxa é exigida em decorrência do poder fiscal do Estado, o que não acontece com o preço; a taxa é uma contribuição compulsória e o preço é uma contribuição facultativa: a taxa é fixada em lei e o preço pela autoridade administrativa competente

AFONSO (2006, p. 155) ao discorrer sobre a diferença entre taxa e preço público chegou à conclusão que

podemos afirmar que o serviço público só pode ser remunerado por taxa, sendo assim, inadmissível que o mesmo tenha por remuneração qualquer outro tipo de remuneração ou contrapartida, como por exemplo, preços e tarifas.

Tal distinção – entre taxa e tarifa – ultrapassou a barreira da doutrina e chegou à jurisprudência de tal forma que o Supremo editou uma Súmula distinguindo os dois. Assim afirma a Súmula 545, STF: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias [...]”. Com a edição desta súmula, foi jogada uma pá de cal na discussão, pelo menos no âmbito do judiciário.

Desse mesmo modo, posteriormente o STF se manifesta acerca da discussão travada até os dias atuais: pedágio é taxa ou tarifa?

Como já mencionado, alguns garantem que é tarifa. BERTI (2009, p. 186) afirma que, após longo estudo, conclui que o pedágio não é taxa e sim tarifa ou preço público: “parece-nos ser uma tarifa, um preço público pago à pessoa jurídica de direito privado (empresa) responsável pela execução dos diversos serviços inerentes à conservação da estrada”.

Para ALVES (2011) o pedágio pode se revestir tanto de taxa como de tarifa. Só depende de quem esteja cobrando.

Resumindo, entendemos que quando a via for explorada diretamente pelo Poder Público o pedágio revestir-se-á da natureza de tributo - da subespécie taxa de serviço - ao qual se aplicarão as normas gerais que regem a atividade tributária do Estado. Seu fato gerador será o uso, sempre efetivo, de uma via pública conservada diretamente, pelo Poder Público, seja por órgão da administração direta, seja por entidade autárquica ou empresa controlada pelo Estado. A base de cálculo, como as das taxas em geral, será fixada em lei, devendo guardar uma relação direta com o custo da atuação estatal em que consiste o respectivo fato gerador.

No mesmo sentido – de caracterizar o pedágio como taxa – o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já se pronunciou, que gerou o RE 460153 / RS, ressaltando, novamente, a necessidade de via alternativa para tal¹:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PEDÁGIO. RODOVIA ESTADUAL. DAER-RS. DECRETO ESTADUAL Nº 35.112/94. CONSTITUCIONALIDADE. TARIFA OU TAXA. FACULTATIVIDADE.

Tratando-se a do pedágio, de remuneração por serviço público não-essencial, não há que se falar em taxa, mas, sim, em preço público, como regra.

A facultatividade do pagamento advém da circunstância de que devido pelo usuário que, voluntariamente, utiliza a rodovia, nada obstante disponha de vias alternativas para eximir-se daquele.

Cuida-se de remuneração por serviço prestado ao cidadão e não à sociedade, podendo ser exigida por meio de decreto.

APELAÇÃO DEESPROVIDA POR MAIORIA. (grifos nosso)

¹ No mesmo sentido: RE 405943.

Há quem entenda, porém que se trata de tarifa e que não há necessidade de via alternativa para assim o ser.

Porém, em contrapartida a toda essa doutrina e jurisprudência, existem alguns outros doutrinadores que defendem a caracterização do pedágio como taxa. Um deles, CARRAZZA (2005, p. 490) afirma que o pedágio é "verdadeira taxa de serviço, inobstante seu nomen juris".

Corroborando com Carrazza, o STF, no julgamento do RE 181.475-6, STF deixou claro a sua posição acerca do tema: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PEDÁGIO. I – Pedágio: natureza jurídica: taxa: CF 145, II, art. 150V. II – Legitimidade constitucional instituído pela Lei 7.712 de 1988 III – RE não conhecido².

Verifica-se ainda que o pedágio, previsto no art. 150, V, faz parte, na organização Constitucional, do Sistema Tributário Nacional e não existe coincidência na legislação, ou seja, se o pedágio foi ali previsto é um modo de o legislador afirmar que o mesmo possui natureza tributária, não sendo, portanto, preço público e sim taxa.

Neste sentido HARADA (1999) se posiciona:

Com relação ao pedágio, cobrado nas vias públicas, a sua natureza tributária ficou claramente estabelecida pelo inciso V, do art. 150 da Constituição Federal de 1988 de sorte que o posicionamento anterior da doutrina e jurisprudência deve ceder à nova realidade. Diz o referido texto que *é vedado `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*. Portanto, a Carta Política de 1988 define, com solar clareza, que pedágio é tributo. Do contrário, a ressalva não teria sentido algum. No passado, já tivemos a taxa pela utilização efetiva ou potencial do

² No mesmo sentido: Ag. Reg. No Agravo de Instrumento 531.529 / RS. EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. PEDÁGIO. CARACTERIZAÇÃO COMO TRIBUTO (TAXA) OU PREÇO PÚBLICO. ALEGADA APLICABILIDADE DE PRECEDENTES ESPECÍFICOS FORMADOS EM OUTROS PROCESSOS. QUADRO FÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279/STF. (AI 531.529-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe 6/5/2010); RE 401114;

serviço de conservação de estradas como a *taxa rodoviária única* e o *selo pedágio*. Agora, cobra-se apenas pela utilização **efetiva** do serviço de conservação de rodovias, ainda que sob o errôneo regime de direito privado, distorção que cabe ao Judiciário corrigir, se vier a ser provocado à luz do novo texto constitucional. (grifos no original)

MELO (2002, p. 58-59), vem também no sentido de defender a natureza jurídica do pedágio como taxa:

Considerando que o pedágio foi elevado à estatura constitucional, por expressa referência, torna-se conveniente examinar sua natureza jurídica e os princípios que lhe são aplicáveis. Como sua materialidade centra-se na “utilização de vias conservadas pelo Poder Público”, é revelada nitidamente a figura da taxa, em razão dos mencionados serviços.”

Tal “conservação” significa “manter, preservar, resguardar de dano ou deterioração. Mais do que meros reparos, a conservação supõe a manutenção das vias públicas em estado normal de utilização (pista de rolamento, livre de buracos e de outras imperfeições, acostamentos, contenção de encostas, sinalização horizontal e vertical etc.”², observando-se ademais que “não é a construção de uma estrada, de per si, que embasa a exigência do pedágio: essa obra pública pode dar lugar à contribuição de melhoria, exigível dos proprietários de imóveis adjacentes que, em decorrência se tenham valorizado. Já o pedágio é cobrável de quem trafegue pela via pública e, por isso, frui a utilidade propiciada pela obra do Estado”.³ Assinala-se que “o pedágio no Direito brasileiro não é taxa que se deva pagar para passar ou trafegar em estradas, mas e logradouros, como poderiam sugerir os seus antecedentes históricos. Devemos advertir que o pedágio, enquanto taxa, é cobrado, não pelo uso do bem público, ou seja, a rodovia, mas pelos especiais serviços públicos que determinados tipos de estradas, mantidas e conservadas pelo Poder Público, oferecem aos seus usuários (pistas duplas, iluminação feérica, vigilância constante, serviços de telefonia à margem, constante manutenção das pistas de rolamento e de placas ou signos de sinalização etc.)”.⁴ Colocadas as posturas jurídicas dissonantes, inclino-me pela característica do pedágio como “taxa”, tendo em vista a inquestionável prestação de serviços de conservação de estrada, que tem o condão de abranger, implicitamente, a utilização do bem público, traduzindo-se em atividade do poder público sem característica privada, não podendo ensejar cobrança de preço.

O problema da caracterização do pedágio como uma figura ou outra no sistema tributário atualmente é que a visão desse sistema está sendo feita de forma equivocada para a questão. O que acontece é que se tem olhado para o pedágio na prática, percebe-se quem esta

recolhendo os valores e daí o caracteriza: se for o Estado através de autarquias, p. ex., ele será taxa; se for a concessionária, será tarifa.

Ora, esse não é o jeito correto de identificar a natureza jurídica de um tributo. O que se tem que analisar é, teoricamente qual dos dois ele o é, e depois aplicar na prática. Se algo estiver errado, será na prática e não na teoria. Tem-se que mudar a prática e não a teoria.

Outros doutrinadores, porém, configuram o pedágio como sendo tarifa ou preço público com diversos e fortes argumentos. Um deles, SABBAG (2011, p. 266) afirma que

A compulsoriedade (ou não) do uso do serviço tem sido utilizada como critério para se distinguir taxa e tarifa. Havendo ao usuário opção entre o “usar” e o “não usar” o serviço despontaria tarifa; inexistindo a opção, exsurgiria a taxa”.

Afirma ainda o mesmo autor (2011, p. 258) que:

não havendo a existência de via alternativa – rodovia de tráfego gratuito, localizada paralelamente àquela cujo uso se cobra pedágio –, a exação se torna compulsória, sem liberdade de escolha, o que reforçaria a feição tributária, própria da taxa.

Ou seja, em outras palavras, este autor afirma que se não existe via alternativa, a exação cobrada é taxa e não tarifa por conta da compulsoriedade. Pensamento este, no mesmo liame do presente trabalho. No mesmo sentido, se pronunciou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

TRIBUTÁRIO. PEDÁGIO. NATUREZA JURÍDICA. TRIBUTO OU PREÇO PÚBLICO.

1) Após a Constituição de 1988(art. 150, V), é razoável o entendimento de que o pedágio tem natureza jurídica de taxa, somente podendo ser instituído através de lei. 2) O pedágio preço público ou tarifa distingue-se do pedágio tributo (taxa) pela sua facultatividade (não compulsório). A compulsoriedade dos tributos decorre da potestade tributária. A facultade do preço público decorre da liberdade contratual. O pedágio-tarifa tem natureza contratual, tem por essência a facultatividade, que se caracteriza pela voluntariedade do pagamento e se concretiza através da existência de uma rodovia alternativa. 3) Ao largo da divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à natureza jurídica do pedágio, certo é que, não havendo

rodovias alternativas à disposição dos usuários, configura-se como taxa, espécie tributária que deve submeter-se ao princípio da legalidade.” (grifo nosso)³

Como o corte traçado diz respeito a compulsoriedade, e, de forma mestral, Sabbag demonstra que, não havendo a via alternativa não pedagiada, a exação se torna compulsória e, portanto, com a natureza jurídica de taxa e não de preço público.

3 O PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO E O PEDÁGIO

O princípio da livre locomoção está insculpido no art. 5º, XV, CF. Já o princípio limitador do poder de instituir tributo, se encontra presente no art. 150, V, CF.

Nesse momento fica evidenciado a um primeiro ver que o principio traçado neste art. em nada interfere o que fora previsto naquele. Isso se dá quando se leva em consideração a Teoria da Unidade para a interpretação constitucional.

Tal teoria afirma, de forma sucinta, que todas as normas constitucionais têm o mesmo valor e devem ser interpretadas harmonicamente, buscando o fim a que se destinam. Porém, há quem discorde dessa teoria.

Teoricamente tal argumento é até concebível, o que passa a não ser no plano prático. Isto porque, quando a CF elege as cláusulas descritas no art. 60, § 4º, I a IV como pétreas, ou seja, o legislador não pode alterar nada que lhes diga respeito, ele deu, notadamente a estas cláusulas, uma maior importância em detrimento das demais da própria Constituição.

O que se verifica no sistema brasileiro é que a legislação ordinária não tem tanto poder, visto a sua frágil possibilidade de alteração. Ou, em um melhor ângulo, o inverso.

Destarte, quanto maior o grau de importância da norma, maior a dificuldade para alterá-la. A exemplo disso, sabemos todos que o quórum para aprovação de uma Lei Ordinária é de maioria absoluta dos presentes. Já para Lei Complementar é de maioria absoluta do congresso. Isto pois, não obstante não haja subordinação entre tais normais e sim uma diferença de competência, demonstra claramente a intenção do Legislador constituinte

³ No mesmo sentido: RE 597981 / RS.

em fazer da Lei Complementar uma espécie de norma destinada a assuntos mais complexos/importantes.

Acima deste “nível” se encontram as emendas constitucionais que tem como quórum de aprovação de 3/5 do total e precisa ser votada duas vezes em cada casa (Senado e Câmara de Deputados). Estas emendas, como o nome diz, se aprovadas, ingressam na Constituição com o mesmo patamar de outra norma da Carta Magna.

Seguindo a mesma lógica, se se tem na Constituição uma parte que não pode ser alterada de forma alguma, essa parte, com essa proteção, visivelmente, torna-se mais importante e relevante para o cidadão que as demais normas, vez que, trazendo ao caso concreto, a liberdade de locomoção é imprescindível para uma vida digna.

Assim, a Constituição Federal deve ser interpretada de forma diversa do modo como vem sendo hoje, em razão da nítida preferência legislativa em proteger de qualquer eventual mudança uma parte significativa da CF/88. Estas partes (clausulas pétreas) não foram escolhidas ao acaso. No caso do art. 5º já mencionado, ele garante os direitos e garantias fundamentais de todos nós, cidadãos brasileiros.

Inclusive o próprio título da seção em que o art. 5º abre, nos dá a noção de quão importante estas garantias são e, justificadamente, revestidas dessa proteção tornam-se ainda mais imutáveis. São garantias fundamentais que visam assegurar ao homem pelo menos o básico necessário para viver uma vida digna.

Para Passos e Pessanha (2007, p. 7)

Parece paradoxal imaginar que uma norma elaborada pelo poder constituinte originário seja inconstitucional, pois uma lei constitucional não pode, manifestamente, violar a si mesma. Contudo, para o autor, deve-se distinguir as normas constitucionais de significado secundário, meramente formal, e aquelas de “grau superior”, que contêm preceitos materiais fundamentais para a Constituição. A partir daí, as normas ditas inferiores que contrariassem aquelas seriam inconstitucionais ou não vinculativas, carecendo, portanto, de obrigatoriedade jurídica, já que a sua efetivação poderia ferir direito supralegal. No entanto, Bachof acredita que não é sempre que se encontra uma pretensa incompatibilidade

entre normas constitucionais de graus diversos, que se estará diante de uma inconstitucionalidade, pois há a possibilidade do legislador constituinte originário, autônomo, criar exceções ao direito estabelecido. Não se trataria, nesse caso, de uma contradição do legislador constitucional, mas sim de regra e exceção. Ao admitir as exceções, o legislador constituinte deve ter cautela para não infringir certas normas de direito suprallegal, pois o autor afirma que o poder constituinte (até o originário) sofre limitação quanto à sua legitimidade. Assim, ele não admite que sejam criadas normas excepcionais sem concordância com os princípios constitucionais basilares, já que faltaria legitimidade ao legislador – caracterizando arbitrariedade –, sendo essas normas, portanto, inconstitucionais (não vinculativas)

Assim sendo, a interpretação da Constituição deve se dar a partir das cláusulas pétreas e o restante dela, deve estar em conformidade com tais normas. Desta forma, existindo a inconstitucionalidade de normas constitucionais como alguns doutrinadores defendem, a exemplo de Otto Bachof, o pedágio seria inconstitucional nessa linha de pensamento, vez que a liberdade de tráfego (art. 5º, VX e portanto, cláusula pétrea) seria decepada por tal instituto e este, em confronto com uma cláusula pétrea, por ser inferior hierarquicamente, iria se submeter.

Vale ressaltar no entanto, que esta corrente de pensamento é da minoria da doutrina brasileira, vez que se trata de uma ideia nova e que vem amadurecendo com o tempo. Ademais, a quebra de paradigmas não é das tarefas mais fáceis e nem rápidas.

4 INCONSTITUCIONALIDADE DO PEDÁGIO QUANDO NÃO HÁ VIA ALTERNATIVA

Ultrapassada a discussão acerca da natureza jurídica do pedágio, fica fácil entender o motivo da sua inconstitucionalidade.

Tal fato ocorre, pois o pedágio tem natureza jurídica de tributo, na maioria das vezes – quando não há via alternativa – e, por logo, taxa. Porém, a titularidade da cobrança desta taxa é exclusiva do Poder Público, como explicita o art. 145, II, CF, c/c art. 77, CTN, não sendo possível o particular aparecer como credor da obrigação tributária.

Na maioria esmagadora dos pedágios, quem cobra, como autora da obrigação tributária é a concessionária e não o Poder Público. Se assim o faz, é de forma inconstitucional. Isto por que a Carta Magna deixa claro que a cobrança da taxa é feita pelo Estado e não por um particular.

Caso não fosse suficiente, ainda flagrante inconstitucionalidade por conta do bloqueio/impedimento à liberdade fundamental do livre tráfego de pessoas e bens. Em sendo as cláusulas pétreas hierarquicamente superiores às demais normas constitucionais, estas não podem, de forma alguma, contrariar aquelas, o que vem ocorrendo.

5 CONCLUSÃO

Após o término do presente trabalho e as explanações ao longo dele desenvolvidas, podemos concluir que o pedágio tanto pode ser taxa como tarifa, a depender do ângulo de visão. Como neste trabalho foi resolvido trabalhar com o corte epistemológico na questão da compulsoriedade, através dela, havendo via alternativa ao pedágio, o mesmo será tarifa. Não havendo, taxa. E como taxa não pode ser cobrado pelo concessionário, daí por que sua inconstitucionalidade. Além do mais, levando-se em consideração a hierarquia que existe entre as normas constitucionais pelo zelo e grau de dificuldade de alteração dado pelo legislador constituinte, a inconstitucionalidade perpassa também pela livre locomoção no território nacional e a adequação do restante da Carta Magna às normas de garantias e direitos fundamentais. A livre locomoção não pode ser obstada pela exigência de uma prestação pecuniária.

Como evidenciado na introdução, o presente trabalho não teve intenção de esgotar todas as possibilidades de discussão do tema. Até por que seria pretensioso demais. A intenção foi, desde o início, desenvolver a ideia do tema, e ao final, que este possa contribuir com aqueles que futuramente necessitarem.

6 REFERÊNCIAS

AFONSO, Sylvio César. **Direito Tributário Interno: Taxa e Preço Público. Revista Tributária e de Finanças Públicas – RT**, Ano 12, nº 55, p. 147-156, nov/dez. 2006

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Tributário na Constituição e no STF**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: 2.004

ALVES, Otto Amaury de Carvalho. O Pedágio nas concessões de rodovias brasileiras: Taxa ou tarifa?. Disponível em: http://www.antt.gov.br/revistaantt/ed2/_asp/ed2-artigosPedagio.asp. Acesso em: 07/11/2011

ATALIBA, Geraldo. **Hipóteses de Incidência Tributária**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Tributário Brasileiro**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Trad. e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª Ed. Atualizada por Misabel Abeu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARBOSA, Rui. Oração aos Moços. Disponível em <http://www.culturabrasil.org/aosmoccos.htm>. Acesso em: 06/11/2011

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3ª Ed. São Paulo: Lejus, 2002.

BERTI, Flavio de Azambuja. **Pedágio: Natureza Jurídica**. 3ª Ed. Curitiba: Juruá, 2009.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado Federal, 1988.

_____, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e Institui Normas Gerais de Direito Tributário Aplicáveis à União, Estados e Municípios**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm

_____, Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm

_____, Lei 10.336, de 19 de dezembro de 2001. **Institui Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados, e álcool etílico combustível (Cide), e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/Leis/2001/lei10336.htm>.

_____, Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003. **Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc42.htm

_____, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 417.804. A existência de via alternativa não constitui condição para a exigência do pedágio. Rel. Min. Teori Zavascki, DJ, 16.05.2005. Disponível em:
http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_consumidor/jurisprudencia/juris_legitimidade/Resp417804-PR_0.htm. Acesso em: 08/10/2011.

_____, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 116.147/SP. Constitucional. Tributário. Contribuição de melhoria. Art. 18, II, CF/67, com a redação dada pela EC n. 23/83. Não obstante alterada a redação do inciso II do art. 18 pela Emenda Constitucional n. 23/83, a valorização imobiliária decorrente de obra pública - requisito insito a contribuição de melhoria - persiste como fato gerador dessa espécie tributária. RE conhecido e provido. Rel. Min. Célio Borja, DJ 28/10/1991. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=116147&classe=RE>. Acesso em: 07/11/2011

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 181.475-6. EMENTA: - CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PEDÁGIO. Lei 7.712, de 22.12.88. I.- Pedágio: natureza jurídica: taxa: C.F., art. 145, II, art. 150, V. II.- Legitimidade constitucional do pedágio instituído pela Lei 7.712, de 1988. III.- R.E. não conhecido. Rel. Min. Carlos Velloso. DJ 25/06/1999

_____. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Agravo de Instrumento contra deferimento de tutela em ação civil pública nº 2000.04.01.01102450-1/RS, quarta turma, relator: Juiz Edgard A. Lippmann Junior, decidido por unanimidade, DJU2 nº 244-E de 20/12/2000). Disponível em

_____. Governo Federal. Decreto Presidencial nº 7.657, de 15 de setembro de 2011. Regulamenta os arts. 5º e 6º da Medida Provisória nº 540, de 2 de agosto de 2011, os quais dispõem sobre a redução do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI em favor da indústria automotiva, e altera a Tabela de Incidência do IPI - TIPI, aprovada pelo Decreto nº 6.006, de 28 de dezembro de 2006. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7567.htm. Acesso em : 07/11/2011.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 19ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 21ª ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 23ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de Direito Tributário**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

COELHO, Gilberto Ulhoa. **Temas de direito tributário**. v.3. Rio de Janeiro: Alba, 1979.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003

_____. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HARADA, Kiyoshi. **Pedágio é taxa e não tarifa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 38, 1 jan. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1428>>. Acesso em: 5 nov. 2011

HELY LOPES MEIRELLES, **Direito Administrativo Brasileiro**, 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de Direito Tributário**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002

MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Taxa e Preço Público”, in Caderno de Pesquisas Tributárias nº 10, p. 153.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **A Taxa no Sistema Tributário Brasileiro**. São Paulo: RT, 1968.

PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira; PESSANHA, Vanessa Vieira. Normas **Constitucionais Inconstitucionais? A teoria de Otto Bachof**. Disponível em: www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/thais_bandeira_oliveira_passos.pdf. Acesso em: 21/10/2011

ROCHA, Luiz Otávio de O. ;BAZ, Marco A. Garcia. **Fiança e Liberdade provisória**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

SABBAG, Eduardo. **Manual da Direito Tributário**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SALVADOR, Lei nº 7.186, de 27 de dezembro de 2006. **Institui o Código Tributário e de Rendas do Município de Salvador.** Disponível em:
<http://www.sefaz.salvador.ba.gov.br/sistema/legislacao/tabelas%20anexas/anexos/CTRMS%20-%20Alt.%207.611-08,%207.727-09%20e%207.952-10.pdf>.

VALADÃO, disponível em:
web.videoaulasonline.com.br/aprovaconcursos/demo_aprova_concursos/direito_tributario_01.pdf. Acesso em 01/11/2011.