

AMANDA KÉLLEN SANTOS BARBOSA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO PEDÁGIO QUANDO DELEGADO
A CONCESSIONÁRIAS**

TEÓFILO OTONI – MG
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI
2017

AMANDA KÉLLEN SANTOS BARBOSA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO PEDÁGIO QUANDO DELEGADO
A CONCESSIONÁRIAS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Tributário.

Orientador: Prof.^a Jordânia Cláudia Oliveira Gonçalves.

TEÓFILO OTONI – MG
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI
2017



FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI

NÚCLEO DE TCC / CURSO DE DIREITO

Reconhecido pela Portaria 321 de 28/12/2012 - MEC

FOLHA DE APROVAÇÃO

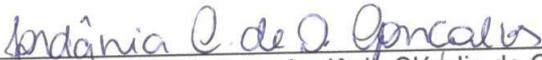
A monografia intitulada: *A (in)constitucionalidade do Pedágio quando delegado a Concessionárias,*

elaborada pela aluna Amanda Kéllen Santos Barbosa,

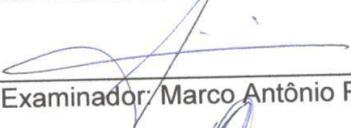
foi aprovada por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

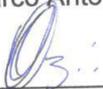
Teófilo Otoni, 26 de junho de 2017



Professora Orientadora: Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves



Professor Examinador: Marco Antônio Poubel Ministério Filho



Professor Examinador: Rodrigo Barbosa Luz

AGRADECIMENTOS

A DEUS pela sua infinita misericórdia na minha vida por ter me sustentando até aqui me dando força e sabedoria.

A minha família pelo apoio, compreensão e dedicação.

Aos meus colegas de trabalho em especial ao Dayvid e Ezequiel, pelo apoio, compreensão e incentivo.

Aos meus amigos Syarla Gonçalves, Joyce Lara, Bruno, Mayara, Fernanda e Lizandra pela força e preocupação que sempre tiveram comigo.

Aos meus colegas de turma que sempre me ajudaram e me incentivaram.

Em especial ao ilustre Doutor Kaique Silva Santos, por acreditar e nunca desistir de mim, pelo apoio, pela dedicação a me ajudar, por ter me guiado durante o desenvolvimento do trabalho, sem o qual eu não teria conseguido concluir o mesmo.

A minha orientadora Jordânia pela paciência e dedicação.

A todos que contribuíram direto ou indiretamente para o desenvolvimento deste trabalho.

Muito obrigada!

RESUMO

O presente trabalho monográfico trata-se de uma análise do artigo 150, inciso V, da Constituição Federal de 1988, com modificação em seu texto, possui como objetivo explorar e analisar doutrinas e jurisprudências o pedágio, a sua natureza jurídica e a inconstitucionalidade ou não, referente ao uso de vias públicas pelo contribuinte. Será abordado o princípio da não limitação do tráfego de pessoas e bens juntamente com o direito a liberdade de locomoção, analisado esses princípios constitucionais empregados dentro do pedágio. Sendo explorados os ramos do direito tributário juntamente com o direito constitucional para dar uma maior explanada no tema abordado.

Palavras-chave: Direito Tributário; Pedágio; constitucionalidade; inconstitucionalidade

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 BREVE HISTÓRICO ACERCA DA COBRANÇA DO PEDÁGIO NO BRASIL	7
2 RELAÇÃO TRIBUTÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	13
2.1 ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS	14
2.1.1 Impostos	16
2.1.2 Taxas	19
2.1.3 Contribuições de Melhoria	21
2.1.4 Empréstimos Compulsórios.....	23
2.1.5 Contribuições	25
3 NATUREZA JURÍDICA DO PEDÁGIO	27
4 PRINCÍPIO DA NÃO LIMITAÇÃO DO TRÁFEGO DE PESSOAS E BENS (ART. 150, V, DA CF 88)	31
4.1 DIREITO DE IR E VIR X PEDÁGIO	33
5 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO PEDÁGIO QUANDO DELEGADO A VIAS CONCESSIONÁRIAS	36
CONCLUSÃO	41
REFERENCIAS	43

INTRODUÇÃO

O pedágio é bem conhecido e vivenciado desde a época arcaica, já trazendo em seu contexto histórico uma insatisfação do contribuinte, devido que nunca houve legislação que prevê-se tal cobrança. Se trata de uma melhoria de um investimento público e ao mesmo tempo de uma indignação do contribuinte, pela tarifa ou taxa, como será discutido no decorrer da pesquisa, pagada pela utilização de vias públicas, com respaldo no art. 150, V da CF/88, mediante Emenda Constitucional.

A pesquisa proporciona uma ampla área de conhecimento abordando os principais tópicos se dividindo em cinco capítulos, ao quais foram explorados doutrinas e legislação para maiores esclarecimentos.

O primeiro capítulo traz em seu contexto a história do pedágio, relatando as lacunas na lei desde o seu surgimento. O segundo capítulo aborda o tributo e as espécies tributária diferenciando cada uma delas para uma maior compreensão. O terceiro capítulo trata-se do princípio da não limitação ao tráfego de pessoas e bens, que traz uma análise a respeito do pedágio e o princípio constitucional havendo uma ponderação. O quarto capítulo, um tema bem discutido entre os doutrinadores e responsável pela maior parte da divergência entre eles, trata-se da natureza jurídica do pedágio, tratando o pedágio como taxa ou preço público. O quinto e último capítulo abordará o título do tema a constitucionalidade ou não do pedágio, buscando neste os eventuais conflitos doutrinários e jurisprudências para uma melhor abordagem devido ao legislador ter deixando lacunas na lei.

O objetivo principal do presente trabalho monográfico é uma análise do Art.150, V, da CF/88 no âmbito do direito tributário e constitucional, ou seja, a forma como o pedágio está sendo aplicado na sociedade, os seus benefícios, se há uma fiscalização do Poder Público e qual a finalidade e responsabilidade do mesmo.

1 BREVE HISTÓRICO ACERCA DA COBRANÇA DO PEDÁGIO NO BRASIL

O Direito Tributário é um ramo do direito público, que regula a relação entre o Fisco e o contribuinte, buscando-se assim, carrear receitas para o pleno desenvolvimento da máquina pública. Em sentido parecido o ilustre doutrinador Rubens Gomes de Sousa *apud* Luciano Amaro (2010, p. 24) diz que Direito Tributário é o “ramo do direito público que rege as relações jurídicas entre o Estado e os particulares, decorrentes da atividade financeira do Estado no que se refere à obtenção de receitas que correspondam ao conceito de tributos”.

Colocação pertinente e extremamente relevante a respeito da função dos tributos arrecadados, é feita pelo célebre doutrinador Leandro Paulsen (2014, p. 18) que assevera:

Contribuir para as despesas públicas constitui obrigação de tal modo necessária no âmbito de um Estado de Direito Democrático, em que as receitas tributárias são a fonte primordial de custeio das atividades públicas, que se revela na Constituição enquanto dever fundamental de todos os integrantes da sociedade. Somos, efetivamente, responsáveis diretos por viabilizar a existência e o funcionamento das instituições públicas em consonância com os desígnios constitucionais.

Portanto nota-se que devido a necessidade de colaboração dos contribuintes para o pleno e regular desenvolvimento das finanças públicas do Estado, surgiu o ramo do Direito tributário que regula e enumera as formas de arrecadação que podem vir a ser utilizadas por esse, além de prever limitações e direitos em prol do contribuinte nas atividades tributárias estatais.

No ordenamento jurídico brasileiro há cinco espécies tributárias que são: impostos, contribuições de melhoria, contribuições e empréstimo compulsório. Os três primeiros são trazidos pelo artigo 5º do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), já as duas últimas foram introduzidas pelos artigos 148 e 149 da Constituição Federal

de 1988, e consideradas como espécies tributárias pelo STF. O pedágio por sua vez não possui previsão expressa na Constituição Federal de 1988 como sendo espécie tributária, apesar disso ele existe e é muito usual atualmente.

A implantação do pedágio não é uma novidade do Direito Brasileiro, uma vez que ocorre há anos e com a mesma finalidade, de prestação compulsória. O primeiro registro de cobrança do pedágio se deu na idade média com a movimentação de veículos e mercadorias pela estrada. Neste sentido Aliomar Baleeiro (2015, p.860) assevera em sua obra que o pedágio é: “conhecido, talvez, desde os romanos, o pedágio com certeza teve largo emprego na Idade Média. Constitui desse modo, um dos principais direitos regaliano¹.

O pedágio apesar de não se fazer presente como sendo uma das 05 espécies tributárias mais comuns no ordenamento jurídico brasileiro, ele possui previsão legal no artigo 150, V como sendo uma exceção a limitação ao tráfego de pessoas e bens, visto que este poderá vir a ser exigido com o intuito de conservar as vias pelo poder público, em suma é uma contraprestação que o contribuinte dá em troca de trafegar com seu veículo em uma via boa e segura. Neste sentido o ilustre doutrinador Luciano Amaro (2014, p.49) ensina que:

Essa disposição deu legitimação constitucional expressa ao pedágio. Além disso, reconheceu-lhe natureza tributária (por oposição à ideia de que ele traduziria um preço público), pois essa figura está referida num dispositivo que cuida de tributos, e como exceção a um princípio que limita a criação de tributos. A Constituição, ademais, relaciona o pedágio com uma atuação estatal específica, já que ele tem por fato gerador a utilização de vias conservadas pelo Poder Público. 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. Já o pedágio é cobrável de quem trafegue pela via pública, e, por isso, frui a utilidade propiciada pela obra do Estado. O fundamento da exigência do pedágio é análogo ao das taxas de serviço ou de polícia e da contribuição de melhoria, ou seja, a atuação estatal que possa ser referida a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos deve ser financiada por tributos cobrados desses indivíduos e não de toda a coletividade.

No mesmo sentido Leandro Paulsen (2014, p. 107) assevera que:

O pedágio é cobrado pela utilização de rodovia conservada pelo poder público, visando a fazer frente às despesas com a conservação. Tendo em

¹Esse Direito regaliano, refere-se a uma teoria regalista ou regaliana, e significa que o Estado não possuía nenhum tipo de Responsabilidade Civil por seus atos, se tratava de uma época em que era submetido a Igreja. Disponível em: <https://fundamentojuridico.wordpress.com/2012/02/08/teoria-regalista-ou-regaliana-da-responsabilidade-civil-do-estado>, Acesso em 20 de abril de 2017.

conta que não há identidade conceitual entre conservação (manter determinada construção em condições de utilização) e ampliação (acréscimo que inova, ampliando a construção anteriormente existente), bem como que é impositivo distinguir o “serviço de conservação” da “obra de ampliação”, pode-se concluir que a ampliação de rodovias não poderia ser custeada por pedágio. De fato, a ampliação não constitui serviço de conservação da rodovia, mas obra de construção civil.

O excerto retro mencionado, faz uma diferenciação perspicaz em relação a conservação e ampliação de vias, onde a primeira pode/deve ser custeada por pedágio, já na segunda deverá se dá por meio de outra espécie tributária, pois não possui o fato gerador idêntico ao do pedágio.

O pedágio possui história bem peculiar pelo mundo, nem sempre tendo lugar de destaque haja vista após a exploração industrial e os transportes alternativos, com isso o pedágio foi sendo extinto com o crescimento industrial, uma vez que as carruagens foram substituídas por ferrovias e carros, Aliomar Baleeiro (2015, p.860) traz uma explicação mais detalhada do ocorrido na época, asseverando que:

Na quadra de 1830 a 1838, um fato novo viria a modificar essa paisagem e arruinar as estradas de pedágio, quer como exploração industrial, quer como serviço público. Construíram-se e dilataram-se, de então em diante, as ferrovias. A locomotiva derrotava pela rapidez, capacidade de carga e barateza, o cavalo de tração animal. Os resultados foram ruinosos para quantos, esperançados nas rendas das taxas, investiram dinheiro nos caminhos de pedágio (tollroads). A mesma evolução ocorreu nos Estados Unidos, onde a primeira estrada aberta sob regime de taxas de utilização foi, por coincidência, a de 1792, na Pensilvânia, que viria a restaurar a prática em 1940. Esses caminhos de turnpike, ou barreira, eram concedidos a sociedades anônimas, que recebiam também doações de terras marginais. Atingiram a 4.000 milhas até 1821. Como na Europa, essas empresas se sucumbiram com a invasão de trilhos ferroviários. [...]

No mesmo sentido, tem-se o raciocínio de Hely Lopes Meirelles (1971, p.34) em sua doutrina assevera que:

Desaparecendo sua cobrança no século XIX, ressurgiu em nossos dias no Estado Unidos da América do Norte, precisamente em 1994, quando se inauguraram as primeiras autoestradas, ou vias expressas como os denominam os norte-americanos. Tais rodovias ficaram sob a administração das empresas de estradas de barreira ou mesmo de autarquia que passaram a cobrar pedágio para obtenção de recursos para a construção e manutenção dessas vias-expressas[...]

No mesmo sentido confirma Savaris (2008, p.210):

Ocorre o desenvolvimento da indústria automobilística proporcionou uma nova relação de custo-benefício entre os modais de transporte. De outra parte, o rápido crescimento do volume de transporte rodoviário, no começo do século XX, voltou a acenar com a viabilidade econômica dos projetos (públicos e privados) de construção de novas rodovias, mediante a cobrança de pedágio. No entanto, essas rodovias deveriam adotar modelos mais modernos que os das então existentes, de maneira a superar vias ferroviárias e viabilizar o desenvolvimento econômico. Na medida em que o Estado, de modo geral, não se encontravam capazes de fazer frente aos investimentos necessários para a realização de grandes obras rodoviárias e, de outro lado, como já não mais admissível a exigência dos pedágios sem uma contraprestação (tal como se dava por força de prerrogativas feudais ou reais) ou como fator de pura restrição ao tráfego, reaparece o pedágio, agora em uma feição moderna de instrumento política rodoviária, servindo como meio de amortização e remuneração do capital invertido na construção de modernas rodovias, as quais manifestam a era das autopistas (motorways era).

Com o desenvolvimento industrial o pedágio foi sendo extinto, mais com a necessidade da construção de novas estradas o pedágio ressurgiu a todo vapor, tendo início do seu ressurgimento na Itália com as construções de auto estradas com destino a França, instituindo assim o pedágio que naquela época era considerado taxa, em trechos turísticos. Em 1940 já começou o crescimento do pedágio pelos Estados Unidos da América, que era conhecido como rodágio, a partir desses anos houve a sua expansão (BALEIRO, 2015, p.860).

Alcançando os países mais desenvolvidos, o pedágio começa a desenvolver um crescimento maior dentro da sociedade, com esse crescimento a sua finalidade se expande não ficando responsável somente pela conservação e construção de estradas. Mas também pelo desenvolvimento sustentável com base em custas sócias geradas pelas utilizações de bens públicos, sendo referente ao uso de vias públicas. O pedágio, assim, contrai a responsabilidade de evitar o congestionamento. Ainda, o valor cobrado pela pedágio também será destinado a danos ambientais causados pela utilização daquela via pública, como por exemplo a contaminação atmosférica e alterações climáticas, causadas pelos veículos que trafegam nessas vias (SAVARIS, 2008, p.211).

Com o complemento da fundamentação do pedágio com outras finalidades tanto sociais como ambientais, como mencionado acima, o pedágio não foge da principal função que é a cobrança pela circulação de pessoas e bens, como ressalta Savaris (2008, p. 212):

O pedágio como uma restrição à livre circulação de pessoas e bens, traduzida na exigência de pagamento pela passagem ou utilização de determinada via (natural ou artificial, pública ou particular, terrestre ou hídrica), eu se opera em razão de fundamentos diversos. Historicamente, o pedágio se apresenta sempre com as suas características fundamentais: a restrição à circulação e a cobrança pela passagem. A variável se encontra no fundamento do instituto (o pretexto de sua cobrança ou a destinação da receita de sua arrecadação).

No Brasil, o pedágio surgiu na época do governo Imperial, como relatado por Pedro Karp Vasquez apud Savaris (2004, p. 46):

A primeira via de rodagem do Brasil, a estrada “União e Indústria”, foi concedida por força do decreto do governo imperial de nº1301, de 07/08/1852. Ainda em 1848, porém, a lei 451, da então Província de Minas gerais, já havia autorizado a contratação do investidor privado para a construção e exploração econômica de ponte sobre o rio São Francisco.

Através dessa primeira via pública, com os diversos avanços da sociedade e o capitalismo, juntamente com a globalização, iniciou-se a cobrança do pedágio em território brasileiro, feita de forma compulsória, sendo a verba destinada para a construção de novas estradas e para a sua ulterior conservação, passando o poder público a ter a responsabilidade desta cobrança. O Brasil acompanhou todo o desenvolvimento industrial e tecnológico, ganhando espaço o pedágio na Constituição de 1946, conforme explica Savaris (2008, p. 213):

Buscando absorver o avanço mundial do desenvolvimento do setor rodoviário pelo sistema de construção de rodovias mediante a cobrança de pedágios, a Constituição de 1946 contemplou, de modo inédito, a possibilidade de cobrança de pedágio, dispondo em seu artigo 27: É vedado a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer limitações ao tráfego 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.

O Pedágio teve seu desenvolvimento e inserção junto a Constituição Federal de 1988, conforme explica Savaris (2008, p. 217):

Portanto, pela Constituição de 1998, o pedágio pode ser instituído para realizar outros valores que não especificamente o desenvolvimento das vias rodoviárias, acompanhando a evolução alcançada pelo instituto na Comunidade Europeia. O pedágio, pois assume outra concepção: não é apenas um instrumento limitador de tráfego destinado a solucionar a carência de recursos necessários a desenvolver o setor de infraestrutura de transportes rodoviários, mas, para além disso, constitui-se em instrumento

que, a partir da limitação de tráfego, pode promover ou realizar outros valores constitucionais, como meio ambiente, por exemplo (CF/88, art. 225)

Percebe-se com o marco histórico do pedágio, com o seu crescimento mundial foi modificando as vias públicas, não deixando a sua forma de cobrança compulsória, mas trazendo um grande crescimento nas vias públicas, como evitar os congestionamentos, conservação e preservação de vias públicas, diminuição de acidentes e socorro imediato.

2 RELAÇÃO TRIBUTÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O tributo é o meio pelo qual o Fisco se utiliza para arrecadar receitas, que devem vir a ser revestidas em prol do bem comum de todos. Em relação a definição de tributo pertinente se faz a colocação de trazida pelo ilustre doutrinador Ruy Barbosa Nogueira *apud* Eduardo Sabbag (2016, p.465) que assevera em sua obra:

Os Tributos (...) são as receitas derivadas que o Estado recolhe do patrimônio dos indivíduos, baseado no seu poder fiscal (poder de tributar, às vezes consorciado com o poder de regular) mais disciplinado por normas de direito público que constituem o Direito Tributário.

O artigo 3º do Código Tributário Nacional (CTN, Lei nº 5.173/66) define o que vem a ser tributo: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituído em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. A doutrina e a jurisprudência preocupada com a interpretação do retro citado artigo, veio por enumerar e explicar seis (6) requisitos constantes no mesmo, nesse sentido assevera Eduardo Sabbag (2016, p.465-471) que:

O tributo é prestação pecuniária, isto é, a obrigação de prestar dinheiro ao Estado. O art. 3º do CTN, em sua parte inicial, dispõe que “o tributo é prestação pecuniária, em moeda (...)” . Não obstante a redundância no dispositivo, é possível asseverar que o dispositivo objetivou evitar o tributo in natura (em bens). O tributo é prestação compulsória, logo, não contratual, não voluntária ou não facultativa. Com efeito, o Direito Tributário pertence à seara do Direito Público, e a supremacia do interesse público dá guarida à imposição unilateral de obrigações, independentemente da anuência do obrigado. A prestação pecuniária é dotada de compulsoriedade, ou seja, de coercibilidade, não dando azo à autonomia de vontade. Traduz -se o tributo em receita derivada, uma vez cobrada pelo Estado, no uso de seu poder de império, tendente a carrear recursos do patrimônio do particular para o do Estado. Vale lembrar, ainda, que o tributo não resulta de sanção por ato ilícito, ou seja, “não se paga tributo porque se praticou uma ilicitude, embora se possa ter de pagá -lo com abstração do fato de ela ter sido praticada. O tributo

é prestação instituída por meio de lei, sendo, portanto, obrigação ex lege. Seu nascimento se dá pela simples realização do fato descrito na hipótese de incidência prevista em lei, sendo a vontade das partes de todo irrelevante (ver art. 123 do CTN). Definido conceitualmente no art. 142 do CTN como atividade administrativa plenamente vinculada, o lançamento mostra -se como procedimento de exigibilidade do tributo. Consuma -se em ato documental de cobrança, por meio do qual se pode quantificar (quantum debeat) e qualificar (an debeat) a obrigação tributária que lhe é preexistente.

A Constituição Federal de 1988, que é cronologicamente mais recente do que o CTN, trouxe no título VI- Da tributação e do orçamento, capítulo I- Do sistema tributário nacional que vai do artigo 145 ao 156, vários princípios que limitam a atuação do fisco além de repartir as competências e receitas tributárias, também confirmou as espécies tributárias trazidas pelo CTN além de acrescentar mais dois (2) tributos para o ordenamento jurídico brasileiro, que são as contribuições e o empréstimo.

2.1 ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS

Há uma divergência quando se fala em espécies tributárias, visto que existem várias correntes relevante acerca do número de espécies tributárias, a primeira defendida pelo célebre doutrinador de Direito Tributário Geraldo Ataliba *apud* Eduardo Sabbag (2016, p. 491) defendia que a divisão era dicotômica, também conhecida como bipartite, dualista ou clássica onde:

Separava os tributos em apenas 2 (duas) espécies: tributos vinculados a uma atuação estatal (taxas e contribuições de melhoria, ambos aglutináveis na forma de “taxas”) e tributos não vinculados (impostos). Assim, todo o arcabouço tributário se resumia no dicotômico binômio “imposto -taxa”. Esta antiga concepção pode ser considerada válida apenas para fins meramente didáticos.

A segunda corrente, por sua vez, funda-se nas espécies trazidas expressamente no CTN que prevê apenas 3 (três) tipos de tributos, que são as Taxas, Impostos e contribuições, frisa-se que o CTN é lei ordinária dos idos de 1946 e até então previa tão somente essas 3 espécies, neste sentido Rubens Gomes de Sousa *apud* Eduardo Sabbag (2016, p. 492) diz que: “deveria prevalecer uma classificação tripartite: impostos, taxas e contribuições, estando compreendidas, neste último grupo,

todas as receitas tributárias que não fossem impostos nem taxas”. No mesmo sentido Paulo de Barros Carvalho (2007, p.28) dizia que: “há três espécies de tributos: o imposto, a taxa e a contribuição de melhoria, afirmando -se que o empréstimo compulsório pode assumir quaisquer dessas configurações, e as contribuições ou são impostos ou são taxas.

Também teve uma terceira corrente pouco defendida na doutrina, tanto que um dos poucos doutrinadores que se tem registro é o ilustre Ricardo Lobo Torres apud Eduardo Sabbag (2016, p. 492) assevera que:

A Constituição teria adotado a divisão quadripartida: “o tributo compreende o imposto, taxa, a contribuição e o empréstimo compulsório” . O estimado professor acredita que as contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas, referidas no art. 149, amalgamam -se, no eixo conceitual, às contribuições de melhoria, mencionadas no art. 145, III, “subsumindo -se todas no conceito mais amplo de contribuições especiais”.

No mesmo sentido Luciano Amaro (2010, p. 81) é adepto de tal teoria, e assevera que as espécies tributárias são:

Impostos, taxas (de serviço, de utilização de via pública e, ainda, a contribuição de melhoria), contribuições (sociais, econômicas e corporativas) e empréstimos compulsórios. Para este autor, portanto, ao contrário do que entende grande parte da doutrina, a contribuição de melhoria não constituiria uma espécie tributária autônoma, mas seria uma modalidade da categoria taxa.

Por fim houver a instituição da quarta corrente, que ganhou força após a promulgação da constituinte de 1988, que trouxe em seu corpo mais 2 (duas) espécies que são: o Empréstimo compulsório e as Contribuições de Melhoria, perfazendo-se assim 05 espécies, a partir daí o STF (RE n. 138.284/CE) ratificou tal entendimento, daí compreende-se que é possível ver claramente que se trata de cinco espécies tributária, sendo a segunda corrente a majoritária. (COSTA,2013, p.94)

Eduardo Sabbag (2016, p. 490) explica em sua obra:

Segundo entendimento doutrinário uníssono, defende-se que subsistem 5(cinco) tributos no atual sistema tributário constitucional brasileiro, á luz da intitulada teoria pentapartida. Curiosamente o art.145 da Carta Magna, na estreita do art. 5º do CTN, faz menção a apenas 3 (Três) espécies tributárias, i.e., os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria, fazendo

transparecer que o ordenamento jurídico doméstico teria adotado uma divisão tricotômica, cujas bases sustentam a teoria tripartida [...] Observe o dispositivo:

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

- I- Impostos;
- 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;
- III- Contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

Ainda de acordo com os ensinamentos do ilustre doutrinador Eduardo Sabbag (2016, p.493) sustenta que:

Aliomar Baleeiro foi um dos primeiros doutrinadores, no Brasil, a admitir a possibilidade de existência de cinco espécies tributárias, embora não o tenha afirmado categoricamente. Apesar de admitir, em princípio, apenas três espécies tributárias (impostos, taxas e contribuições de melhoria), já via as contribuições especiais como uma categoria tributária juridicamente autônoma, registrando, ainda, que os empréstimos compulsórios revestiam - se da indumentária de tributo. Nesse passo, a teoria pentapartida (pentapartite ou quinquipartida) baseia -se na distribuição dos tributos em cinco autônomas exações: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e as contribuições.

Portanto, como visto até chegar aos dias atuais, leia-se, a teoria utilizada hoje, a doutrina utilizou inúmeras teorias tudo com o intuito de definir quantas e quais espécies tributárias aplicáveis no ordenamento jurídico brasileiro. Logo, da várias teorias a utilizada atualmente é a teoria pentapartida que diz ser as espécies tributárias: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições, que serão todas tratadas nos tópicos a seguir.

2.1.1 Impostos

Os impostos estão dispostos do artigo 153 ao 156 da Constituição Federal de 1988, bem como também no Código Tributário Nacional dos artigos 16 ao 76. O imposto trata-se de um tributo desvinculado da atividade estatal, ou seja, não possuem

caráter retributivo (contraprestação), a sua cobrança é voltada a subsidiar serviços públicos. Apesar dos impostos não possuírem uma vinculação específica, em alguns casos esse pode ter o seu produto afetado como nos casos previstos na própria carta magna em especial no artigo 167, IV, que é quando a mesma obriga a utilização de um percentual dos impostos na saúde e na educação (PAULSEN, 2014, p.41).

Para definição do que vem a ser a espécie tributária imposto, o ilustre doutrinador Eduardo Sabbag (2016, p.442) usou a base legal constante do artigo 16 do CTN, ao asseverar que:

Imposto é tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa a vida do contribuinte, á sua atividade ou a seu patrimônio é o que se depreende da dicção do art. 16 do CTN.ART.16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

Ainda segundo as lições de Luciano Amaro (2014, p. 68) acerca das características dos impostos, esse assevera que:

Temos, em primeiro lugar, os impostos, que, além de atenderem aos requisitos genéricos integrantes do conceito de tributo, apresentam as seguintes características:

- a) são instituídos mediante a previsão legal de fatos típicos (em regra descritos na norma definidora de competência), que, uma vez ocorridos, dão nascimento à obrigação tributária;
- b) não se relacionam a nenhuma atuação estatal divisível e referível ao sujeito passivo;
- c) não se afetam a determinado aparelhamento estatal ou paraestatal, nem a entidades privadas que persigam fins reputados de interesse público.

Essas características são identificáveis no plano normativo, e, obviamente, correspondem ao reflexo das meditações feitas no âmbito da ciência das finanças, em que se verificou que alguns tributos – designados pelo ordenamento jurídico positivo como impostos – deveriam prestar-se ao financiamento das atividades gerais do Estado.

Não se objete que isso é classificar segundo razões econômico-financeiras que teriam inspirado o legislador constituinte. Foi a própria Constituição que, expressamente, o fez, quando atrelou o regime jurídico de certos tributos a uma atuação estatal divisível, deixando outros desvinculados de qualquer atividade estatal que, de algum modo, pudesse ser referível ao indivíduo.

O que queremos dizer é que os impostos não incorporam, no seu conceito, a destinação a esta ou àquela atuação do Estado que, de algum modo, possa ser referida ao contribuinte. E a inexistência dessa característica integra o conjunto de notas distintivas dessa espécie tributária.

A competência para instituir o imposto é atribuída as entidades federativas, que são: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, neste sentido Alexandre Mazza (2015, p.157) assevera que:

A competência para instituir imposto é atribuída em caráter privativo a cada uma das entidades federativas, segundo as regras dos arts. 153,155 e 156 da Constituição Federal. A natureza privativa é marcada também pela indelegabilidade impedindo que uma pessoa política transfira a qualquer outra entidade a competência para instituir impostos

Além de dividir as competências para a instituição dos impostos, a Constituição Federal prevê também quais as espécies que cada ente poderá vir a criar, dentre eles têm-se como exemplo o previsto no artigo 153 onde elenca quais os impostos que podem ser instituídos pela união, que são: o Imposto sob Importação de Produtos Estrangeiro (II), o Imposto sob exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados (IE), o Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (IR), o imposto sobre produtos industrializados (IPI), o Imposto sobre operações de crédito, cambio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF), o imposto sobre a propriedade rural (ITR) e os impostos incidentes sobre grandes fortunas (IGF). Além de tal previsão o referido artigo traz também, em seus incisos princípios os quais estão adstritos algumas dessas espécies tributarias como o § 2º que diz que o Imposto Sobre a Renda será regido pelos critérios da Generalidade, universalidade e progressividade dentre outros.

No que condiz aos impostos previstos para os Estados e Distrito Federal tem-se no artigo 155 a figura do imposto sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens e direitos (ITCMD), imposto incidente sobre a propriedade automotor (IPVA) e por fim o imposto incidente sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, mesmo que as operações e as prestações se iniciem no exterior (ICMS). Já os impostos previstos para os Municípios no artigo 156 são: o imposto sobre propriedade predial e territorial urbana (IPTU), o imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendido os constantes no art. 155, II (ISSQN) e o imposto na transmissão intervivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição (ITBI).

Como visto, existem várias espécies tributárias cada uma de competência de um ente federativo, além desses previstos respectivamente nos artigos 153 ao 156 da CF/88, tem-se também a figura do imposto extraordinário (154, II) neste sentido Luciano Amaro (2014, p. 69) assevera em sua obra que:

Os chamados impostos extraordinários (“impostos de guerra”) - que a Constituição prevê no art.154, II - possuem uma peculiaridade, qual seja o motivo que possibilita sua instituição (a guerra, ou sua iminência). Sem a presença desse motivo, a instituição do imposto extraordinário será inconstitucional, pois terá desatendido um pressuposto que legitima sua criação¹¹³. A atuação do Estado (custeio da guerra ou dos preparativos desta) não é, por nenhum tipo de enlace jurídico, referível a nenhum indivíduo ou grupo de indivíduos. Trata-se de uma típica atividade geral do Estado (a exemplo das tarefas ordinárias de segurança por ele executadas). Dada a excepcionalidade da situação, a Constituição outorgou uma competência extraordinária à União, traduzida na possibilidade de ela instituir impostos que não estão compreendidos na sua competência ordinária. Uma ou outra das características dos impostos pode estar presente noutra figura tributária. Assim, a previsão de fato gerador independente de atuação estatal referível ao contribuinte pode estar presente, por exemplo, num empréstimo compulsório, mas aquela nota não é necessária ao conceito deste; ademais, o perfil constitucional do empréstimo compulsório apresenta outras especificidades, não presentes nos impostos. Da mesma forma, o Estado pode prestar serviço público divisível e custeá-lo com a receita oriunda dos impostos, não se podendo aí falar em taxa.

Portanto, como visto os impostos são exações que independem de uma atuação prévia ou mesmo não possuem uma finalidade específica, contudo é uma das que espécies tributárias que possuem mais fatos geradores, haja visto que o mesmo pode vir a ser cobrado seja por importação, exportação, propriedade de veículos automotores dentre outros vários previstos nos artigos 153 ao 156 da CF/88.

2.1.2 Taxas

As taxas possuem previsão constitucional no artigo 145, II que diz:

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 à sua disposição;

As taxas são tributos vinculados a uma atividade estatal relativa ao contribuinte, partindo da ação de um ente estatal, depois a cobrança desse tributo com caráter de contraprestação. Tal exação decorre da necessidade gerada pelo interesse público, com isso o Estado cobra do particular para o exercício do poder de polícia (AMARO, 2014, p. 69).

No mesmo sentido Leandro Paulsen (2014, p. 41) justifica a necessidade de um particular ter que pagar, arcar por uma atuação do Estado, asseverando que:

Não há por que toda a sociedade participar do custeio de tais atividades estatais na mesma medida quando sejam específicas, divisíveis e realizadas diretamente em face ou para determinado contribuinte que a provoca ou demanda. Daí a outorga de competência para a instituição de tributo que atribua o custeio de tais atividades específicas e divisíveis às pessoas às quais dizem respeito, conforme o custo individual do serviço que lhes foi prestado ou fiscalização a que foram submetidas, com inspiração na ideia de justiça comutativa.

Ainda no que concerne as taxas, o artigo 77 do Código Tributário Nacional, traz uma definição mais clara e específica do que vem a ser as Taxas, e quando podem vir a ser cobrada tal exação ao asseverar que:

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.

Como visto, da disposição expressa do artigo o fato gerador das taxas são, o regular exercício do poder de polícia ou mesmo a utilização efetiva ou potencial de um serviço público específico e divisível. O fato gerador da taxa, conforme Machado *apud* Mazza (2015, p.167) “em termos técnicos, o fato gerador da taxa está vinculado a uma atividade estatal relacionada ao contribuinte”.

Para Amaro *apud* Sabbag (2016, p. 802) “o fato gerador da taxa não é um fato do contribuinte, mas um fato do Estado. O estado exerce determinada atividade e, por isso, cobra a taxa da pessoa a quem aproveita aquela atividade.” (AMARO, 2010. p.35)

Como depreende-se da leitura do artigo 145, inciso II da CF/88, existem dois tipos de taxas, as decorrentes do exercício efetivo do poder de polícia ou pela

prestação de serviços públicos específicos e divisíveis, neste Alexandre Mazza (2015, p. 168) assevera que:

A prestação de serviços públicos específicos e divisíveis; ou do exercício efetivo do poder de polícia No primeiro caso, temos as taxas de serviço; no segundo, as taxas de polícia. Nesse sentido, estabelece o art. 145, II, da Constituição Federal: 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 à sua disposição. De semelhante modo, prescreve o art. 77 do Código Tributário Nacional: As taxas cobradas pela União, pelo 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.

Observa-se que o fato gerador de taxa se baseia em duas ações, conforme supracitado acima, sendo o exercício do poder de polícia ou a utilização de serviço público específico e divisível, posto à disposição do contribuinte seja em um serviço prestado ou utilizado pelo mesmo. A partir dessas duas análises do fato gerador pode-se observar que o fato gerador de taxa parte da ação do Estado e não do particular, através disso a taxa será transformada em exação bilateral, contraprestacional ou sinalagmático (SABBAG,2016, p.806).

2.1.3 Contribuições de Melhoria

A contribuição de melhoria prevista no artigo 145, III da CF/88, é tributo que possui competência comum e seu fato gerador é “decorrente de obras públicas”, na mesma esteira tem-se o artigo 81 e 82 do CTN que são mandamentos mais claros, pois explicam melhor essa espécie tributária, apesar de anteriores a Constituição Federal de 1988, pois o CTN é de 1966, foram recepcionados por aquela. O artigo 81 diz que:

Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que

decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

Relacionada ao conceito de contribuição de melhoria, o ilustre doutrinador Leandro Paulsen (2014, p.44) afirma que:

Realizada obra pública que implique particular enriquecimento de determinados contribuintes, podem estes ser chamados ao seu custeio em função de tal situação peculiar que os distingue. Efetivamente, havendo benefício direto para algumas pessoas, é razoável que o seu custeio não se dê por toda a sociedade igualmente, mas, especialmente, por aqueles a quem a obra aproveite. O STF é claro no sentido de que a melhoria a que se refere o art. 145, III, da CF é, necessariamente, a valorização imobiliária. Pressupondo tanto a atividade do Estado (realização de obra pública), como o enriquecimento do contribuinte (valorização imobiliária), as contribuições de melhoria apresentam-se como tributos com fato gerador misto.

Para o doutrinador Alexandre Mazza (2015, p. 186):

Contribuições de melhoria são tributos vinculados de competência comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, cobrados quando a realização de uma OBRA PÚBLICA causa ACRÉSCIMO NO VALOR DO IMÓVEL localizado nas áreas beneficiadas direta ou indiretamente pela obra (art.1º do Decreto-lei n. 195/67). Nesse sentido, o art. 145, III, da Constituição Federal prescreve que: “a União, os Estados, o Distrito federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: III- contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas”. O elemento finalístico dessa espécie tributária é absorção “mais valia” que a obra pública produz no patrimônio imobiliário do contribuinte. Além disso, em nome da proibição do enriquecimento sem causa não seria justo o proprietário beneficiar-se de um aumento patrimonial provocado por terceiros (Poder Público executor da obra).

A contribuição de melhoria tem domínio próprio e específico, é destinada a uma recuperação do enriquecimento de um proprietário em atributo de uma obra pública. Se o poder público adquire aquele bem do particular pensando em interesse coletivo faz bem feitorias utilizando de grandes fundos e através deste investimento ocorre uma valorização em seu valor e dos imóveis que o cercam atribuindo neste momento o princípio do enriquecimento sem causa, princípio de justiça e moralidade impõe se que restitua ao estado parte do benefício originado do direito alheio (BALEEIRO, 2015, p.892).

A contribuição de melhoria, assim, trata-se de um tributo visando proteger o Estado do enriquecimento ilícito do particular, trazendo uma valorização para o bem

deverá ser instituído indenização para o Estado através da contribuição de melhoria que deverá estar vinculada á exigência por lei (SABBAG,2016, p.880).

Complementa Hugo de Brito Machado, “fazendo retornar ao Tesouro Público o valor despendido com a realização de obras públicas, na medida em que destas decorra valorização de imóveis”. (MACHADO,2004, p.148)

Este tipo de tributo é raro vê-lo na prática, de acordo Regina Helena Costa (2013, p. 107):

Na prática, porém, raramente é instituída contribuição de melhoria, quer pela mencionada complexidade de seu procedimento de instituição, que por não considerarem as autoridades públicas politicamente conveniente fazê-lo, já que se trata de mais um ônus aos administrados.

Como visto, as contribuições de melhoria além de ser espécie tributária de competência comum entre os entes federativos, possuem requisitos específicos que é a realização da obra pública por parte do Estado que decorra em valorização imobiliária de um particular. Além de tais requisitos, o CTN prevê limites a cobrança de tal exação, pois o mesmo limita a cobrança ao total da despesa realizada, e impõe limite individual a valorização que a obra resultar para cada imóvel beneficiado pela obra pública.

2.1.4 Empréstimos Compulsórios

Empréstimo compulsório é um tributo usado em casos excepcionais, sendo uma prestação em dinheiro utilizada pelo Estado ou outra entidade pública de direito interno, devido a situações previstas em lei geradas através do seu fato gerador. Ocorrendo pagamento dessas prestações através de promessa de ulterior restituição em prazo certo ou indeterminado, amortizável ou perpetuo, com encargo de juros (FALCÃO, 1971, p.39).

O empréstimo compulsório é uma espécie de tributária pouco utilizada sendo vinculado a duas causas conforme ressalva Regina Helena Costa (2013, p.233):

A Constituição da República, em seu art. 148, contempla a espécie tributária do empréstimo compulsório. A denominação não parece adequada, portanto “empréstimos” remete a relação contratual e, assim, a autonomia de vontade inerente ao regime de direito privado: Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios: Para atender às despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência. No caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observando o disposto no art.150, III, b. Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimos compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

O pensamento que se tem é que o fato gerador do empréstimo compulsório, acontece a partir do momento em que ocorre a calamidade pública, porém parte das circunstâncias constitucionais que autoriza a sua instituição, sendo definido o fato gerador através de lei complementar, ou seja, de um fato econômico qualquer mesma que já tenha sido instituído a cobrança de impostos, taxa ou contribuição de melhoria ou especial existente (MAZZA, 2015, p.210).

A natureza do empréstimo compulsório pode ter vínculos ou não com determinada atividade estatal devido quem a Constituição Federal de 1988 não estabelece diretrizes sobre a sua natureza dando liberdade ao legislador para decidir se um empréstimo compulsório terá vínculos ou não. (MAZZA, 2015, p.211)

Houve discussões acerca se o empréstimo compulsório seria tributo ou não conforme explica Alexandre Mazza (2015, p.2014):

Na Súmula n.418, publicada em 6-7-1964, o Supremo Tribunal Federal fixou o seguinte entendimento: “O empréstimo compulsório não é tributo, e sua arrecadação não está sujeita a exigência constitucional as prévia autorização orçamentária”. Entretanto, a referida súmula foi cancelada no julgamento do RE 111954.

Portanto, como depreende-se do exposto acima, o Empréstimo compulsório é uma espécie tributária relativamente nova visto que só possui previsão legal na constituição federal de 1988, e foi criado com o fito de subsidiar a atuação do Estado em situações extremas, como decorrentes de calamidade pública, guerra externa ou sua iminência ou no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, neste por sua vez não se faz preciso respeitar os princípios da anterioridade de exercício (art. 150, III, b) e da anterioridade nonagesimal (art. 150, III, c).

2.1.5 Contribuições

As contribuições especiais possui fundamentação legal no artigo 149 da CF/88, é espécie de competência exclusiva da União, e que podem vir a ser instituída em 3 situações que é em caso de intervenção no domínio econômico, ou no caso de interesse de categorias profissionais ou econômica. Neste sentido Leandro Paulsen (2014, p. 45) assevera que:

Há situações em que o Estado atua relativamente a um determinado grupo de contribuintes. Não se trata de ações gerais, a serem custeadas por impostos, tampouco específicas e divisíveis, a serem custeadas por taxa, mas de ações voltadas a finalidades específicas que se referem a determinados grupos de contribuintes, de modo que se busca, destes, o seu custeio através de tributo que se denomina de contribuições. Não pressupondo nenhuma atividade direta, específica e divisível, as contribuições não são dimensionadas por critérios comutativos, mas por critérios distributivos, podendo variar conforme a capacidade contributiva de cada um. Designa-se simplesmente por “contribuições” ou por “contribuições especiais” (para diferenciar das contribuições de melhoria) tal espécie tributária de que cuida o art. 149 da Constituição. Já as subespécies são definidas em atenção às finalidades que autorizam a sua instituição: a) sociais, b) de intervenção no domínio econômico, c) do interesse de categorias profissionais ou econômicas e d) de iluminação pública.

Alexandre Mazza (2015, p. 224) conceitua contribuições ou contribuições especiais, “são tributos finalísticos qualificados pela destinação. Assim, o elemento que confere identidade às contribuições, diante dos demais tributos, é a finalidade para qual são instituídos”.

O fato gerador da contribuição, possui um termo especial, não sendo como as demais espécies tributárias, o surgimento do fato gerador acontece a partir de uma obrigação, através de um especial benefício que seja do interesse do sujeito passivo em certa atividade estatal.

Referente a competência conforme Alexandre Mazza (2015, 218), relata em sua obra:

O art. 149 da Constituição federal afirma textualmente que a competência para instituir contribuições cabe “exclusivamente” à União (“Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observando o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do

previsto no art.195, parágrafo 6º, relativamente ás contribuições a que alude o dispositivo”)

Conforme Alexandre Mazza (2015, p. 220) existem três tipos de contribuições. “De acordo com o art. 149 da Constituição Federal as contribuições especiais são de três tipos:

- 1) Sociais (art.195)
- 2) De intervenção no domínio econômico(Cides);
- 3) De interesse de categorias profissionais ou econômicas (Cides)”
- 4) Existindo outras espécie contribuições conforme o STF e a Constituição de 1988

Portanto, além de ser uma espécie tributária recente, as contribuições possuem lugar de grande destaque no ordenamento jurídico pátrio, pois é delas que as classes sociais retiram fundos para subsistirem em busca do bem comum de suas classes.

3 NATUREZA JURÍDICA DO PEDÁGIO

A natureza jurídica trata-se de uma definição para o tributo, conforme a sua finalidade e o seu fato gerador. A natureza jurídica do pedágio é bem abrangente, pois o legislador, no art. 154, V da CF/88, não deixou expressamente claro qual a finalidade do pedágio, e qual modalidade tributária o mesmo se encaixa, se é taxa ou preço público.

A doutrina não é uníssona ao tratar do assunto tanto que alguns doutrinadores defendem que o pedágio é classificado como taxa neste sentido tem-se Leandro Paulsen (2014, p. 107), já outros defendem de forma mais sensata que tudo dependerá da feição que tal exação se encontre, digo dependerá da maneira que o mesmo for exigido, neste sentido tem-se o ilustre doutrinador Eduardo Sabbag (2016, p.269) e há ainda quem defenda que é preço público como o ilustre Sacha Calmon Navarro Coelho (2012, p. 430).

Para chegar a uma conclusão acerca da natureza jurídica do pedágio se fez necessário uma análise de todas as minúcias tanto da taxa bem como também do preço público para se ter um embasamento sobre qual modalidade o pedágio é exigido.

A Taxa, como visto no capítulo 2.1.2, está trata-se de um tributo destinado a vinculação de uma ação estatal a uma atividade pública comum fato gerador conforme o artigo 77 do CTN:

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 a sua disposição.

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

Já o Preço público na modalidade de Tarifa, é uma prestação de serviço público destinado a empresas de entes privados como concessionárias e permissionárias, sendo através de contratos e licitação conforme dispõe o art. 175 da CF/88: Incube ao poder público, na forma da lei, diretamente sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Para o doutrinador Luciano amaro taxa e preço público são bem distintos (AMARO,2014, p.44):

A taxa é um tributo, sendo, portanto, objeto de uma obrigação instituída por lei; já o preço é obrigação contratual. O preço é, pois, obrigação assumida voluntariamente, ao contrário da taxa de serviço, que é imposta pela lei a todas as pessoas que se encontrem na situação de usuários (efetivos ou potenciais) de determinado serviço estatal.

Como visto, há divergências com relação à natureza jurídica do pedágio, existem três correntes, a primeira que o pedágio é taxa, a segunda que trata como preço público e a terceira corrente que abrange tanto taxa como preço público.

A primeira corrente trata-se o pedágio como taxa, defendendo que trata-se da utilização de via pública e não da conservação da mesma, sendo abordado assim desde a CF/1946 que trazia em seu art. 27, pedágio expressamente classificado como taxa:

Art. 27. É vedado à União, aos Estados, ao distrito Federal e aos Municípios estabelecer limitações ao tráfego 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.

Configura-se a corrente majoritária desde então, defendendo o pedágio na modalidade de taxa classificado como Tributo, ira tratar de uma prestação compulsória, imposto e instituído por lei, de inteira responsabilidade do Estado. Entre esses doutrinadores se encontra Luciano amaro ao afirmar que pedágio trata-se de uma espécie de taxa (AMARO, 2014, p.50):

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.

O ilustre doutrinador Eduardo Sabbag (SABBAG,2016, p.269) faz observações com relação a pedágio como taxa:

Como taxa, na forma “pedágio-taxa”, não se admite o fato gerador calculado na utilização “potencial” do serviço público (específico e divisível), haja vista o pedágio depender da “utilização efetiva” das vias conservadas pelo Poder Público, consoante a previsão constitucional; Como taxa, exsurge outro problema: a compatibilidade com o fato gerador previsto para esta exação, ou seja, a prestação de serviço público. O pedágio não será cobrado por essa prestação do serviço, mas pela “utilização efetiva” do bem (via conservada) ao qual se referem os serviços prestados.

De acordo uma segunda corrente, que o pedágio trata-se de preço público se encontra o doutrinador Sacha Calmon Navarro Coelho (2012, p. 415), o fato gerador do pedágio, apesar de historicamente a sua cobrança seja instituída mediante pagamento pela utilização de vias, não se configura como taxa, mas como preço público, como o mesmo assevera em sua obra:

Seja lá como for, o uso em si das estradas não caracteriza o fato gerador das taxas tal como prescrito pela Constituição. Esta autoriza a instituição de taxa por serviços públicos, específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição, certo ainda que nesta última hipótese a utilização tem que ser declarada compulsória para que se aproprie a cobrança pela mera disponibilidade do serviço de utilidade. Seria o caso da água, da energia elétrica, dos serviços de telefonia, se tais serviços a disposição dos usuários fossem no Brasil, explorados sob regime tributário. Na verdade não o são; adotam-se preços. (COELHO, 2012, p.415)

Para uma terceira corrente, acredita-se que poderão ser instituídos os dois mediante que se não houver uma via alternativa o pedágio será taxa, devido que a sua utilização será compulsória, se caso houver uma via alternativa gratuita, será cobrado como tarifa na modalidade de preço público.

De acordo o doutrinador Eduardo Sabbag (2016, p.276), para uma análise mais profunda desta terceira corrente:

Enfrentando a celeuma, podemos dizer que, caso a administração da via pública, objeto de cobrança do pedágio, seja feita por órgão da administração indireta (autarquia ou empresa controlada por Estado, v.g., DER ou DERSA, respectivamente), a exação deverá ser considerada uma taxa. Por outro lado, se avia for explorada por entidade particular (concessionárias, permissionárias etc.), poderá haver uma escolha da exação pelo legislador - se pedágio –taxa ou pedágio-tarifa. Aliás, o próprio texto constitucional permite que se cobrem tarifas em certos serviços públicos prestador por permissionárias e concessionarias, conforme se lê no parágrafo 3º do art. 150 e no art. 175, ambos da CF/88.

A lei Federal nº 10.233/2001 em seu art. 13, I, criou a Agência Nacional de Transporte Terrestres (ANTT) para a regularização mediante a concessão referente a exploração de infraestrutura de transporte público, nos artigos previstos em seu texto como art. 28, I e II; art 34-A, parágrafo 2º, VI e art.35, VII, alega que se está exploração for feita por concessionária será devidamente cobrada como tarifa, portanto conclui-se que o pedágio pode ser tanto taxa ou preço público, dependendo da forma que será efetuada a sua cobrança (SABBAG,2016,p.277).

Pra acabar com a divergência o Supremo Tribunal Federal em 11 de Junho de 2014 através da ADI n. 800, alegou que o pedágio não teria a natureza jurídica de taxa, devido ser cobrado pela utilização de vias públicas, se classificando na modalidade de tarifa como preço público (SABBAG,2016, p.277).

4 PRINCÍPIO DA NÃO LIMITAÇÃO DO TRÁFEGO DE PESSOAS E BENS (ART. 150, V, DA CF 88)

O princípios na seara do Direito tributário servem como limitações ao dever de tributar do Estado, são meios de impedir que esse tribute todas as ações possíveis. Tais princípios estão mais concentrados no artigo 150 da Constituição Federal de 1988, e buscam proteger valores difundidos naquela, a respeito disso complementa Leandro Paulsen (2014, p. 55) que:

Costuma-se tomar as limitações constitucionais ao poder de tributar como princípios constitucionais tributários, mas esse critério não é tecnicamente correto. O rol delimitações, constante do art. 150 da CF, traz princípios e regras, conforme a estrutura normativa de cada qual, além do que há outros princípios que se podem extrair do sistema. No artigo 150 há garantias que constituem, inequivocamente, regras, como é o caso da anterioridade tributária, norma de conduta a ser simplesmente cumprida pelo legislador tal como posta. Mas também há princípios expressos, como o da isonomia, a ser considerado e ponderado nas mais diversas situações, conforme as circunstâncias e os interesses em questão. De outro lado, há princípios que não constam expressamente do art. 150, como o da segurança jurídica em matéria tributária, o qual tem de ser construído por dedução do princípio do Estado de Direito e por indução a partir das regras de legalidade, de irretroatividade e de anterioridade, bem como, dentre outros elementos, das referências à decadência e à prescrição. Outros princípios não constam do art. 150, mas têm suporte expresse em outro dispositivo, como é o caso do princípio da capacidade contributiva, estampado no art. 145, § 1º, da Constituição Federal.

Dentre os princípios tributários previsto na Constituição de 1988 tem: Princípios da capacidade contributiva (Art. 145, §1º), da legalidade tributária (Art. 150, I), anterioridade tributária (Art. 150, III, b e c), da isonomia tributária (Art. 150, II), da irretroatividade tributária (Art. 150, III), da vedação ao confisco (Art. 150, IV). Entre tais princípios tem-se o da não limitação ao tráfego de pessoas e bens que segundo o ilustre doutrinador Ricardo Alexandre (2015, p.238) tal princípio tem o objetivo de

evitar que os entes políticos criem tributos incidentes sobre a passagem de pessoas e bens sobre o território brasileiro.

O princípio da não limitação do tráfego de pessoas e bens ou também conhecido como ilimitabilidade, surgiu com o intuito de dar a liberdade a sociedade de se locomover dentro de todo território nacional, vedando a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos interestaduais e intermunicipais. Ao criar este princípio o legislador teve a intenção de limitar a atuação do Estado, deixando que este cobre tributo apenas em situações previstas expressamente como ocorre no caso do pedágio.

Ao aplicar o princípio da não limitação ao tráfego de pessoas e bens o legislador atentou-se ao princípio da liberdade de locomoção como está no corpo da Constituição Federal de 1988 em seu Artigo 5º, inciso XV: “É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”, bem como ele se ateve para que não haja a bitributação (154, I, CF 88), pois o fato gerador aplicado ao pedágio não poderá estar previsto como fato gerador de outro tributo.

Como se depreende, da leitura da parte final do art. 150, V, CF 88, o pedágio é uma exceção ao princípio da limitação ao tráfego de pessoas e bens, pois o mesmo pode vir a ser cobrado limitando-se assim de alguma forma o tráfego de pessoas e bens. Nesse sentido o ilustre doutrinador Machado apud Sabbag (2016, p.266) assevera em sua obra que:

A constituição veda é o tributo que onere o tráfego de pessoas e bens interestadual ou intermunicipal de pessoas ou bens; o gravame tributário seria uma forma de limitar esse tráfego. Em última análise, o que está em causa é a liberdade de locomoção (de pessoas ou bens), mais do que a não discriminação de bens ou pessoas, a pretexto de irem para outra localidade ou de lá virem; ademais, prestigiam-se a liberdade de comércio e o princípio federativo.

Por tanto como visto no excerto retro citado, o princípio da não limitação vai além, pois a real intenção é de não onerar de forma excessiva e que impossibilite a locomoção de pessoas ou bens sob o território nacional.

4.1 DIREITO DE IR E VIR X PEDÁGIO

Os princípios constitucionais foram instituídos com a finalidade de proteger o indivíduo do poder do Estado, dentre tais princípios surgiu o princípio da locomoção. O direito de ir e vir baseia-se na liberdade de locomoção sendo um direito inerente ao homem como direito á vida, sem esse direito o homem torna-se prisioneiro dentro do próprio território nacional, garantindo ao cidadão ingressar, sair e permanecer dentro de todo território nacional, com base legal na Constituição Federal/1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XV- É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

O direito de ir e vir está protegido também pelo Código Nacional Tributário em seu art.9º que assevera:

Art. 9º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
III - estabelecer limitações ao tráfego, no território nacional, de pessoas ou mercadorias, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais;

O princípio protege a utilização gratuita de vias públicas, praças, parques que estão disponibilizados para a sociedade, ou seja, o uso do bem comum como classifica a ilustre doutrinadora Maria Helena Diniz (2002, p 309-302):

[...] embora pertença a uma pessoa jurídica de direito público interno, podem ser utilizados, sem restrição, gratuita ou onerosamente, por todos, em necessidade de qualquer permissão especial. Por Exemplo: praças, jardins, rua, estradas, mar, praias, rios[...]

Maria Helena Diniz, deixa bem claro nesta parte o conceito de bens públicos, voltado as vias públicas, sendo de uso comum e sem qualquer autorização especial do poder público, é dever do Estado, cuidar e preservar para que esses lugares sejam utilizados pela população, para esta finalidade já são arrecadados impostos voltados a esses benefícios, o Código Civil de 2002 ainda reforça sobre o bem público: “art. 99.

São bens públicos: I- Os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças”.

Há uma afronta a este princípio de locomoção com relação ao pedágio, uma vez que, o princípio protege a liberdade dentro do território nacional e o pedágio ele limita esta liberdade com a sua instauração nas rodovias. O fato de não haver vias alternativas configura-se ainda mais o direito à liberdade quando o contribuinte é obrigado a usufruir daquele serviço para obter a sua locomoção com base nisso houve um julgamento em 2005 como explica o doutrinador Eduardo Sabbag (2016, p.315) em sua obra:

Em 19 de abril de 2005, no REsp 417.804/PR, a 1ª Turma do STJ, sob a relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, julgou uma importante questão ligada ao pedágio e a possível lesão ao direito constitucional à locomoção, diante da inexistência de via alternativa. Cuidou -se de ação civil pública, promovida pelo Ministério Público Federal, em face da União e de órgãos paranaenses – Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), Departamento de Estradas de Rodagem (DER) do Estado e Rodovias Integradas do Paraná S.A. (VIAPAR) –, visando à sustação da cobrança de pedágio na rodovia BR -369, no trecho situado entre os Municípios de Cascavel e Ubitatã, com praça de cobrança localizada no Município de Corbélia, bem assim à devolução dos valores já recebidos a esse título, enquanto não se disponibilizasse aos usuários via alternativa gratuita. Segundo o autor da demanda, diante da inexistência de via alternativa, a cobrança do pedágio ofendia o direito à livre locomoção, sem trazer critérios isonômicos de discriminação para as pessoas de baixa renda. O TRF da 4ª Região deu provimento à apelação do Ministério Público, condenando os réus à devolução dos valores cobrados a título de pedágio, alinhando, entre várias razões: (I) “quando não há presença de via alternativa para o trânsito dos veículos, impossibilitando desta forma que a população de menor poder aquisitivo se locomova sem o pagamento do pedágio, fica prejudicado o seu direito de livre locomoção, como no caso em questão”; (II) “por restringir também a circulação de riquezas, a cobrança do pedágio ofende o direito de todos os usuários da BR -369, independentemente de sua condição econômica”.

Nota-se que houve uma dúvida por parte de STJ, se o pedágio fere ou não o direito a locomoção devido a falta de uma via alternativa gratuita. Porém o Ministro Garcia Vieira chegou a um entendimento, como cita Eduardo Sabbag em sua obra:

O STJ, que, inicialmente, hesitou diante da necessidade da via alternativa, conforme se nota no voto do Ministro Garcia Vieira, não acolheu ao final os argumentos do Autor da ação, entendendo que, no mérito, é improcedente o pedido para que seja sustada a cobrança de pedágio enquanto não oferecida ao usuário via alternativa gratuita para trafegar. Trata -se de exigência não estabelecida na lei, nem na Constituição. Para aquela Corte, a referida cobrança importa forma de limitar o tráfego de pessoas, embora conviva harmonicamente com o texto constitucional, nos termos do art. 150, V, CF. Nessa medida, viu o STJ que a contrapartida de oferecimento de via

alternativa gratuita como condição para a cobrança de pedágio não pode ser considerada exigência constitucional. Ela, ademais, não está prevista em lei ordinária. A Lei n. 8.987/95, que regulamenta a concessão e permissão de serviços públicos, nunca impôs tal exigência. Pelo contrário, nos termos do seu art. 9º, § 1º (introduzido pela Lei n. 9.648/98), “a tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário.

A partir deste entendimento é possível observar que o pedágio não fere o direito constitucional de Locomoção somente por haver uma ressalva no Art.150, V, CF/88. E que a sua finalidade se baseia na conservação da estrada, o contribuinte paga pela utilização das vias públicas. O pedágio foi instaurado para que o Estado pudesse arcar com a construção e preservação de novas estradas, caso fosse colocada uma via alternativa gratuita o Estado não teria como arcar com novas estradas, ficando um custo bem mais alto, sendo melhor a extinção do pedágio neste caso do que a construção de vias alternativas.

5 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO PEDÁGIO QUANDO DELEGADO A VIAS CONCESSIONÁRIAS

Para melhor compreensão da inconstitucionalidade ou não do pedágio, há que se trazer noções introdutórias acerca da organização do Estado, que é formado pela União, Distrito Federal e Municípios, todos autônomos entre si, conforme disposto no artigo 18 da CF 88. A administração pública possui oito órgãos que se subdivide em administração direta e indireta. A administração direta é composta pela União, Estado, Distrito federal e Municípios, já administração indireta é composta pela fase fundação, autarquias, empresa pública e sociedade de economia mista. Neste sentido, o ilustre doutrinador Lucas Rocha Furtado (2013, p.137) assevera que a administração pública direta e indireta:

Essa primeira divisão de atribuições cria as entidades que compõem as administrações públicas diretas, a que aqui nós temos referido como entidades políticas ou primárias: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Parte das atribuições constitucionais dessas entidades são, em função de critérios políticos, técnicos, gerenciais etc., transferidas, por meio de lei, a outras pessoas que compõem, em cada nível ou esfera de governo, as diversas entidades administrativas ou secundárias (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista). Estas entidades compõem, em cada nível de governo, as respectivas administrações públicas indiretas. A este processo temos nos referido como descentralização horizontal.

Compete a administração pública (Estado) garantir aos cidadãos todos os preceitos expressos na Constituição Federal de 1988, como direito a educação, saúde, lazer, moradia, saneamento básico, transporte público, contudo, o Estado não consegue promover todos esses direitos previstos tendo assim que delegar algumas dessas atribuições a entes criados ou permitidos por esse.

Há na doutrina duas formas de organização e atuação administrativas que são a centralização e descentralização, nesse sentido Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo (2014, p.23) em sua obra distingue:

Ocorre a chamada centralização administrativa quando o Estado executa suas tarefas diretamente, por meio dos órgãos e agentes integrantes da denominada administração direta. Nesse caso, os serviços são prestados diretamente pelos órgãos do Estado, despersonalizados, integrantes de uma mesma pessoa política (União, Distrito Federal, estados ou municípios). Ocorre a chamada descentralização administrativa quando o Estado desempenha algumas de suas atribuições por meio de outras pessoas, e não pela sua administração direta. A descentralização pressupõe duas pessoas distintas: o Estado (a União, o Distrito Federal, o estado ou um município) e a pessoa que executará o serviço, por ter recebido do Estado essa atribuição.

A descentralização pode ser de outorga ou delegação, a primeira é quando o Estado cria uma entidade de pessoa jurídica para a transferência de determinado serviço público, mediante que autorize a criação dessa entidade. A delegação é quando o Estado transfere a sua obrigação referente a serviços prestados a sociedade, por conta de contrato ou ato unilateral, com fiscalização do Estado (ALEXANDRINO; PAULO, 2014, p.24).

Na modalidade de delegação a descentralização como contrato ocorre mediante concessão ou permissão de serviços públicos. Concessão é a transferência de um serviço público da administração pública destinado a uma empresa particular, mediante a fiscalização do governo. O contrato de administrativo com o ente particular dá-se por meio de licitação, ou seja, conforme o artigo 2º, II, Lei 8.987/95, a delegação transferida mediante licitação na modalidade de concorrência, com previsão legal também do art. 37, XXI, da CF\88:

XXI- ressalvados os casos específicos na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;

A permissão de serviços públicos é um ato discricionário e precário, através do poder público que transfere ao particular um serviço público pensando na coletividade e o bem comum. Lei 8.987/95, Art. 2º, IV - permissão de serviço público: a delegação,

a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

É delegado esse serviço a concessionárias ou permissionárias, se tratando de empresas privadas com fins lucrativos, com responsabilidade civil objetiva, mediante a fiscalização do poder público, mediante licitação, devendo haver previsão legal.

As concessionárias possuem responsabilidade civil objetiva conforme consta no art.37, XXII, parágrafo 6º da CF/88:

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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

§6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O pedágio é cobrado por empresas privadas que ficam responsáveis pela conservação e utilização das vias públicas, porém a sua previsão em lei, conforme o art. 150, V da CF/88 fica explícito que se trata de prestação de serviço de inteira 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:

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;

O doutrinador Eduardo Sabbag (2016, p.268) declara em sua obra ponto de divergência, neste sentido:

O pedágio é prestação comumente arrecada e fiscalizada por entidade provada com fins lucrativos (as concessionárias), que se colocam na condição de “sujeitos ativos” - um paradoxo inconcebível no campo da obrigação tributária, uma vez que a sujeição ativa deve ser exercida por

pessoa política de direito público interno. O pedágio é rotineiramente cobrado por empresa privada concessionária da exploração da via.

Para o doutrinador Sacha Calmon Navarro Cêlho (2012, p.414), não há divergência nesse sentido como descreve em sua obra:

Para logo, nada impede a cobrança do pedágio por particulares. Há quem cobre pela passagem em terreno seu, sem servidão, como os senhores feudais antigamente faziam. Agora, se o particular explora, tenha ou não construído a estrada, o túnel, a ponte, mediante concessão, o Poder Público pode regular o valor do pedágio mediante o instrumento dos contratos administrativos.

Sendo o pedágio realizado via concessionária terá a sua natureza jurídica definida como preço público uma vez que taxa não possui o fato gerador de serviço público pela sua utilização específica e divisível.

Analisando o art.150, V da CF/88 quando deixa explícita que a obrigação do pedágio é destinada ao poder público e não delegado a entes privados, podendo ser analisado diversas brechas. Quando surge uma norma ela deverá ser aplicada e cumprida e para que o Estado não abuse do seu poder existe o princípio da legalidade, conforme o art. 5º, II da CF/88: II- Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei [...]

Este princípio defende o cidadão do poder público, para que não o obrigue a pagar impostos que não estão previsto na lei e nem a se submeter a qualquer medida sem previsão legal, se o pedágio é destinado ao poder público cabe somente a ele instituir e fiscalizar o pedágio e não é o que vem ocorrendo nas vias públicas.

O art. 175 da CF/88 traz em seu texto de forma clara e objetiva que a transferência será do serviço público e não a utilização do mesmo, e mais uma vez o art. 175 da CF/88 deixa claro que é de inteira responsabilidade do poder público e não que a exploração econômica das vias públicas seja destinada a um ente privado.

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.

Com relação à grande responsabilidade do Estado e a necessidade de arrecadar fundos para a construção de novas vias públicas, ocorreu a descentralização, ou seja a transferência dessa obrigação a um terceiro, sendo um ente privado. O pedágio é uma forma que o Estado encontrou para solucionar o problema que ocorre em todo território nacional, estradas com buracos, problemas de desabamento, acabando ficando sobrecarregado e sem dinheiro para arcar com os gastos, juntamente com essa má conservação das vias ocorrem acidentes, ou seja, um risco a vida, para sanar os problemas criou-se o pedágio.

Somente a sua delegação mediante licitação a uma empresa de ente privado, sendo as concessionárias, não torna o pedágio inconstitucional sendo observados diversos aspectos como a previsão legal no art.150, V da CF/88, somente o fato de ser destinado ao poder público não o torna inconstitucional. Porém está infringindo a lei não cumprindo como deveria, mesmo que haja transferência do serviço público a uma concessionária será de inteiro dever de o Estado zelar e fiscalizar aquele serviço e isso não ocorre, às empresas privadas cobram de forma compulsória como acharem melhor ficando o contribuinte sem opção de escolha e caso o mesmo ultrapasse sem pagar haverá punição conforme o Código de Trânsito Brasileiro em seu art. 209:

Art. 209. Transpor, sem autorização, bloqueio viário com ou sem sinalização ou dispositivos auxiliares, deixar de adentrar às áreas destinadas à pesagem de veículos ou evadir-se para não efetuar o pagamento do pedágio: Infração - grave; Penalidade - multa.

Neste aspecto o contribuinte ficará à mercê da empresa privada sem nenhuma proteção do Estado, não possuindo vias alternativas.

CONCLUSÃO

O presente trabalho foi revolucionado pela discussão sobre a constitucionalidade do pedágio, a questão abordada é a (In)constitucionalidade do pedágio quando delegado a concessionárias, mais conhecidas como empresas de entes privados, o pedágio sempre foi um assunto muito debatido entre doutrinadores e contribuintes.

O Art. 150 em seu inciso V da CF/88, deixa explícito que são de inteira responsabilidade do Poder Público e não de entes privados delegados pelo Poder Público, que muitas vezes nem cumpre o seu papel fiscalizatório, ou seja, o pedágio deveria ser destinado a entes públicos e não utilizado através de meio licitatório.

As divergências continuam ainda quando indagado se o pedágio fere princípios constitucionais como o princípio de ir e vir (liberdade de locomoção) e o princípio da não limitação do tráfego de pessoas e bens que foram instaurados justamente para evitar este tipo de cobrança, sendo direito da sociedade se locomover sem instauração de imposto interestaduais ou intermunicipais dentro de todo território nacional, o texto do art. 150, inciso V da CF/88 que ressalva a instauração do pedágio, mediante conservação de vias públicas e para construção de novas estradas, destinando o contribuinte a uma prestação compulsória, não disponibilizando vias alternativas.

Observa-se que o legislador ao criar o pedágio não deixou explícito a sua natureza jurídica, criando assim uma divergência doutrinária acerca do tema, para alguns seria uma espécie de tributo adotado com taxa tratando-se de uma vinculação de uma ação estatal a uma atividade pública partindo daí o fato gerador, já configurado como tarifa na modalidade de preço público quando se tratar do serviço público destinado a entes privados como concessionárias ou permissionárias através de

licitação, existem doutrinadores que defendem que será tanto taxa como preço público dependerá da forma como será cobrado, mas para encerrar a discussão o STF alegou que o pedágio seria cobrado como preço público devido a sua cobrança ser pela utilização de vias públicas.

Devido à grande demanda de responsabilidades sobre o Estado é natural que o mesmo delegue funções a outros entes, é o que acontece neste caso, devido à falta de verba o Estado implantou o pedágio como meio de solução para a construção de novas estradas e a conservação das mesmas, delegando o pedágio para as concessionárias através do meio licitatório na modalidade de concorrência, mas o Estado não deixou de ter responsabilidade sobre o mesmo, com o dever de fiscalizar os entes privados o que de fato não ocorre.

O pedágio trouxe diversos benefícios como vias conservadas e melhores para os tráfegos, reduzindo acidentes, socorro imediato em caso que ocorra algum acidente, o que já era obrigação do Estado nem todas as vias públicas no território nacional possuem pedágio e mesmo assim não deixam de ser obrigação do Estado, ou seja, o contribuinte ele acaba pagando pela utilização de um serviço que neste caso trata-se das vias públicas conservadas, podendo ser observado que em cada região dentro de um mesmo Estado o valor é diferenciado varia de concessionária.

Não há que se falar em inconstitucionalidade após esta análise mais profunda, porque há vigente o princípio da legalidade, está previsto em lei, mais não deixa de ser um descaso do poder público não cumprir a sua função deixando que entes privados façam o seu papel, devendo ser feita uma reavaliação sobre essa transferência de poder do Estado para uma empresa de ente particular, acabando se tornando abusivo para o contribuinte.

REFERENCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. 9ª. ed. São Paulo: Método, 2015.

ALEXANDRIN, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 22ª ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

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

_____. *Direito Tributário Brasileiro*. 20ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 13º. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 de março de 2017.

_____. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 15 de março de 2017.

_____. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 15 de março de 2017.

_____. *Código de Trânsito Brasileiro*- Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 15 de março de 2017.

_____. *Código Tributário Nacional* - Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 15 de março de 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 12ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito tributário*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva,2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*.1. vol.19 ed. São Paulo: Saraiva 2002.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*.2.ed.São Paulo: RT, 1971.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*.4ªed.Belo Horizonte: Editora Fórum,2013.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 24ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Tributário*.1ª ed.São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. Estudos e pareceres de direito público. Revista Dos Tribunais. São Paulo. RT nº 430, agosto 1971.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário Completo*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 8ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SAVARIS, José Antônio. 2008. *Pedágio: Conceitos e Trajetória Histórica* Disponível em: < revistas.unibrasil.com.br>. Acesso em: 03 de abril de 2017.

Disponível em: <<https://fundamentojuridico.wordpress.com/2012/02/08/teoria-regalista-ou-regaliana-da-responsabilidade-civil-do-estado>> Acessado em 20 de abril de 2017.