



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC
FACULDADE DE DIREITO
Curso de direito

**DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE TRÂNSITO:
UMA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA
COBRANÇA DO PEDÁGIO NA INEXISTÊNCIA DE VIA
ALTERNATIVA**

Randerson Anastácio de Lemos
Matrícula 0288544

Fortaleza-CE
Novembro, 2013

RANDERSON ANASTÁCIO DE LEMOS

**DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE TRÂNSITO:
UMA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA
COBRANÇA DO PEDÁGIO NA INEXISTÊNCIA DE VIA
ALTERNATIVA**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Coordenação do
Curso de Direito da Universidade
Federal do Ceará como requisito
parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito Orientador:
Prof. Francisco de Araújo Macêdo
Filho

Fortaleza-CE
Novembro, 2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- L555d Lemos, Randerson Anastácio.
Direito fundamental à liberdade de trânsito: uma análise da constitucionalidade da cobrança do pedágio na inexistência de via alternativa / Randerson Anastácio de Lemos. – 2013.
62 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2013.
Área de Concentração: Constitucional e Tributário.
Orientação: Prof. Francisco de Araújo Macêdo Filho.
1. Direitos Fundamentais – Brasil. 2. Pedágio de rodovias – Brasil. 3. Tarifas – Brasil. I. Macêdo Filho, Francisco de Araújo. (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

CDD 342.74

RANDERSON ANASTÁCIO DE LEMOS

**DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE TRÂNSITO:
UMA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA
COBRANÇA DO PEDÁGIO NA INEXISTÊNCIA DE VIA
ALTERNATIVA**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Coordenação do
Curso de Direito da Universidade
Federal do Ceará como requisito
parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito Orientador:
Prof. Francisco de Araújo Macêdo
Filho

Fortaleza (CE), ... de novembro de 2013.

Francisco de Araújo Macêdo Filho
Prof. Orientador da Universidade Federal do Ceará

Francisco Regis Frota Araújo
Prof. Dr. da Universidade Federal do Ceará

Willian Paiva Marques Junior
Prof. Msc. da Universidade Federal do Ceará

Coordenação do Curso de Direito

Agradeço aos meus pais, Zarileuda e Raildo, bem como a minha irmã, Ranielly, por todo o amor e suporte dado durante minha jornada. E ao meu sobrinho João Ivys, por ter me mostrado mais uma “face” da felicidade. Amo vocês!

AGRADECIMENTOS

Seguindo os ensinamentos de minha mãe, agradeço em primeiro lugar a Deus pela felicidade de poder desfrutar das maravilhas que esse mundo me oferece ao lado de pessoas pelas quais tenho tanto amor.

Agradeço a minha família, que foi nada menos que o pilar de sustentação desse meu sonho. Dela eu recebi apoio de todos os lados e formas, fui e sou amado de todas as maneiras, de forma que o peso que seria seguir esse caminho foi transformado em motivação, pois sempre encontrei nela estímulo para seguir em frente.

A minha vó, Maria Anastácio, que sempre esteve disposta a afastar qualquer tipo de obstáculo que de certa forma pudesse atrapalhar meu caminho. É dela a única voz que, em meio à crise, consegue ser compreendida e tornar o terreno familiar fértil para que seus filhos, netos e bisnetos possam crescer em segurança.

Aos meus amados pais, o meu maior agradecimento. Mãe e Pai, vocês são a razão da minha existência, os meus exemplos diários, a minha força, o meu orgulho, o motivo de toda a minha felicidade. É por vocês que acordo todos os dias e caminho na esperança de alcançar meus objetivos e poder retribuir todo o esforço que os dois tem feito por mim. Não poderia pedir a Deus uma vida melhor.

À minha irmã que foi e continua sendo meu amparo diário. Que me deu um dos maiores motivos de felicidade: meu sobrinho João Ivys, o grande alimento toda a minha alegria.

Aos meus amigos, com os quais sempre pude contar e que se fizeram presentes em quase todas as etapas da minha vida.

Ao meu professor orientador, Francisco de Araújo Macêdo Filho, pela atenção, suporte e crença em meu trabalho, bem como por tirar de mim meu melhor sobre o tema.

Aos membros da banca examinadora, pela pronta aceitação do convite e por contribuírem em minha vida acadêmica.

Obrigado a todos que são fontes de inspiração em minha vida, dão-me força e fazem de mim uma pessoa melhor.

Todas as grandes tentativas são arriscadas e é verdadeiro o provérbio segundo o qual aquilo que vale a pena nunca é fácil.

Platão

RESUMO

A cobrança do pedágio nas rodovias brasileiras data de longo tempo, estando já enraizada na vida dos nossos cidadãos. O presente trabalho tem como objetivo básico analisar essa cobrança, considerando aspectos relacionados a sua compatibilidade com a atual constituição e a divergência em torno da natureza jurídica do instituto. Fazem-se ainda algumas considerações sobre o direito fundamental a liberdade de locomoção. Mas discute-se principalmente, a luz da Constituição de 1988, das leis, da doutrina e da jurisprudência, a constitucionalidade da referida cobrança na ausência de via alternativa de trânsito.

Palavras-chave: Pedágio. Natureza jurídica. Liberdade de locomoção. Ausência de via alternativa.

ABSTRACT

The toll collection on Brazilian highways date long time, having been rooted in the lives of our citizens. This paper aims to analyze this basic collection, considering aspects related to its compatibility with the current constitution and disagreement over the legal status of the institute. It is further considerations on the fundamental right to freedom of movement. But the central object of this paper is to discuss the light of the 1988 Constitution, the laws, doctrine and case law, the constitutionality of that charge in the absence of alternative route transit.

Keywords: Toll. Legal nature. Freedom of movement. Absence of the alternative pathway.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	A TEORIA GERAL DOS DIREITO FUNDAMENTAIS.....	14
2.1	Origem (noções gerais).....	14
2.2	Direitos Humanos <i>versus</i> direitos fundamentais: distinção terminológica e titularidade.....	15
2.3	As dimensões dos direitos fundamentais.....	17
2.4	As acepções subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.....	21
2.5	Características dos direitos fundamentais.....	22
2.6	A natureza das normas de direitos fundamentais: normas-regra e normas-princípio.....	23
2.7	A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.....	25
2.7.1	A dignidade da pessoa humana como norma-regra e como norma-princípio.....	27
2.7.2	A dignidade da pessoa humana como limite e como tarefa de atuação estatal.....	29
2.7.3	A dignidade da pessoa humana como ponto de convergência dos direitos fundamentais e como elemento central da determinação do núcleo essencial destes direitos.....	30
2.8	Os direitos fundamentais explícitos, implícitos e o bloco de constitucionalidade.....	31
2.9	Direito fundamental a liberdade de locomoção.....	33
3	TRIBUTAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DO PEDÁGIO.....	35
3.1	A ação de tributar e a segurança jurídica.....	35
3.2	Competência Tributária.....	36
3.2.1	Noções Conceituais Introdutórias.....	36
3.2.2	A criação dos tributos.....	37

3.3	Taxa.....	37
3.4	Tarifa.....	39
3.5	Natureza Jurídica do Pedágio.....	41
3.5.1	Noções gerais.....	41
3.5.2	A origem da cobrança do pedágio.....	42
3.5.3	O pedágio na Constituição de 1988.....	42
3.5.4	O posicionamento atual da doutrina e da jurisprudência sobre a natureza jurídica do pedágio.....	43
4	A INCONSTITUCIONALIDADE DO PÉDÁGIO QUANDO NÃO HÁ VIA ALTERNATIVA DE TRÂNSITO.....	48
4.1	Conceito de Via Pública.....	48
4.2	A cobrança do pedágio e a restrição da liberdade de trânsito.....	49
4.3	Posicionamento da doutrina e da jurisprudência sobre a necessidade da existência de via alternativa.....	52
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60
	REFERÊNCIAS.....	62

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar a cobrança do pedágio nas rodovias brasileiras, a forma como é desempenhada essa atividade e a discussão sobre a compatibilidade dessa forma de arrecadação estatal com o texto da nossa atual Constituição de 1988.

Busca-se centralizar o presente trabalho em torno das divergências da referida cobrança e o direito fundamental a liberdade de trânsito, abordando especificamente o tema quando da inexistência de via alternativa.

Inicialmente, parte-se das discussões em torno da teoria geral dos direitos fundamentais, ressaltando os aspectos relevantes do direito fundamental a liberdade de trânsito. Ressalta-se ainda a importância dessa atividade estatal de tributação e sua relação com esses citados direitos. Dispõe-se sobre o modo de desempenho dessa atividade em torno do conceito de Estado Democrático de Direito, vinculando os Poderes Públicos à função basilar de defesa de tais direitos, sob o argumento de que são hoje de fundamental importância para a organização de qualquer sociedade.

Outrossim, antes que se busque o entendimento sobre o objeto principal do presente trabalho, no caso, a inconstitucionalidade da cobrança do pedágio na inexistência de via alternativa, é necessário que se façam alguns apontamentos sobre outros temas ditos indispensáveis para se entender o instituto jurídico do pedágio, como sua definição e natureza jurídica.

Por fim, e digamos que a parte mais relevante desse trabalho, é feita uma abordagem crítica sobre os posicionamentos divergentes do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o assunto, buscando elucidar o porquê de tais decisões contraditórias, que teses esses defendem e qual delas parece tratar o tema de forma mais coerente com os preceitos constitucionais, sem afirmar certeza sobre a preponderância

de tais decisões, já que se busca somente nortear os colegas graduandos no tratamento da matéria em questão.

Não obstante a ideia de tentar demonstrar a inconstitucionalidade da referida cobrança, vale esclarecer que o presente trabalho jamais terá a pretensão de esgotar toda a matéria. O que se busca é trata-la de forma clara e objetiva.

1 A TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Origem (noções gerais)

A origem dos direitos fundamentais, antes de qualquer ideia, esteve sedimentada na busca incessante do homem pela liberdade. Historicamente, é no pensamento cristão que datamos os primeiros sinais de igualdade entre os indivíduos, já que nesta concepção o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus e, por isso, é titular de um valor único, intrínseco e insubstituível (COMPARATO, 2008, p. 1-3).

O tempo mostrou que o surgimento do pensamento filosófico e político teve como cenário principal a Grécia Antiga, mais especificamente a cidade de Atenas, sem afastar a grande contribuição da cultura romana nessa formação. A filosofia grega sustentava basicamente que todos os homens, pelo simples fato de serem humanos e, portanto, dotados de razão, são iguais em dignidade.

O desenvolvimento da Idade Média mitigou, de certa forma, o avanço dessas ideias, quase pondo fim, em virtude do modelo de governo absolutista dominante, a construção dos gregos. Entretanto, tal modelo foi alvo de grande insatisfação por parte do povo. A burguesia indignada com a concentração excessiva de poderes nas mãos do rei, que somente concedia privilégios a nobreza, reagiu de forma a impulsionar os movimentos liberais da época. A obediência do estado em torno de preceitos legais mínimos e os ideais de liberdade individual defendidos por esses movimentos destacaram a importância de um ordenamento constitucional garantidor do fiel cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana, mostrando a essencialidade das ideias jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII.

Ressalta-se que, nesta época, o pensamento de Immanuel Kant foi determinante para a definição da própria dignidade humana, pois o jusfilósofo fortificava o pensamento do valor intrínseco do homem, bem como, fundamentava neste valor o fato de que o indivíduo não deveria ser tratado como um objeto, nem por ele mesmo, nem pelo Estado (SARLET, 2002, p.

32-33). Eis, então, o emergir do conceito da dignidade da pessoa humana e o alicerce do Estado Democrático de Direito.

Desde então, o ideal de liberdade tornou-se a base sólida da consagração da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. O ápice desta concepção deu-se em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de mencionado ano (COMPARATO, 2008, p. 57).

1.2 Direitos Humanos e direitos fundamentais: distinção terminológica e titularidade

Traçar alguma distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais não é tarefa fácil. Muitos doutrinadores usam tais terminologias como sinônimas, já outros arriscam-se em destacar algumas diferenciações. É nestes que vamos colocar nossa atenção.

Canotilho (2011, p. 393) dispõe da seguinte forma:

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Ainda ele, Canotilho (2011, p. 416-417), dispõe que a positivação e constitucionalização dos direitos do homem têm ligação direta e inseparável com o princípio da universalidade, visto que esses direitos foram consagrados universalmente, caracterizados como direito de todos, ou seja, independentemente do ordenamento jurídico de determinado Estado, o homem é detentor de direitos, tais como, o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, pelo simples fato da sua condição de pessoa, da sua essência humana como um todo. Esse fundamento advém dos denominados direitos naturais do homem, inseridos e contemplados em contextos nacionais e internacionais, tendo como base de sustentação a doutrina jusnaturalista.

Já Sarlet (2011, p. 29), na tentativa de dirimir qualquer dúvida a respeito do uso de tais expressões, adota o seguinte posicionamento:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Analisando essas considerações, uma conclusão parece pertinente: os direitos humanos tem basicamente uma amplitude maior se comparado aos direitos fundamentais. Estes tem aplicação no âmbito interno de cada estado, vinculado a determinado ordenamento jurídico constitucional. Já aqueles ultrapassam o âmbito interno dos estados e passam a ter caráter universal, reconhecendo o indivíduo na esfera internacional.

Do ponto e vista da titularidade de tais direitos, Canotilho (2011, p. 416) afirma que:

O processo de fundamentação, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o homem, como centro da titularidade de direitos. [...] O princípio geral - princípio da universalidade – está consagrado no art. 12.º: os direitos fundamentais são direitos de todos, são direitos humanos e não apenas direitos dos cidadãos portugueses, a não ser quando a constituição ou a lei (com autorização constitucional) estabeleça uma reserva dos direitos para os nacionais ou cidadão portugueses.

[...] (1) – todos os indivíduos terão direitos reconhecidos pelas normas de direitos fundamentais, ou serão apenas os cidadãos portugueses os únicos dotados de subjetividade jurídica, para lhes ser atribuída a titularidade de direitos fundamentais?; (2) – só as pessoas naturais tem direitos ou a titularidade de direitos estende-se também a substratos sociais (organizações, associações, pessoas coletivas)?; (3) – quando começa e acaba a titularidade de direitos fundamentais?

Nessa linha de pensamento, reforça-se a ideia já destacada de que os direitos fundamentais, nada mais são, do que os direitos subjetivos do homem, previstos e garantidos constitucionalmente e, além disso, esses direitos vinculam o ordenamento jurídico de forma que os atos do Estado são controlados ao ponto de não ferirem tais direitos. Bastante significativa é a explicação de Miranda (1998, p. 8), ao referir-se à interrelação entre direitos fundamentais e subjetividade, em um trecho simples pelo qual define direito fundamental como toda posição jurídica subjetiva das pessoas, consagrada na Lei Fundamental.

O supracitado autor ainda explica a necessidade de um liame entre os direitos fundamentais e a existência de um Estado Democrático de Direito:

Não há direitos fundamentais sem o reconhecimento duma esfera própria das pessoas, mais ou menos ampla, frente ao poder político; não há direitos fundamentais em Estado totalitário ou, pelo menos, em totalitarismo integral. Em contrapartida, não há verdadeiros direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação imediata com o poder, beneficiando-se de um estatuto comum e não separadas em razão dos grupos ou condições a que pertençam; não há direitos fundamentais sem Estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada. A observação histórica comprova-o.

Logo, resta clara a ideia de que, quanto à titularidade, os direitos fundamentais são direitos do homem, reconhecidos e garantidos na ordem jurídica e institucional de um Estado, porém limitado ao espaço e tempo deste. Em outros termos, os direitos fundamentais são direitos objetivos vigentes em qualquer dos ordenamentos jurídicos existentes.

Canotilho (2011, p. 221-222), ainda no que se refere à titularidade de direitos, questiona se os substratos sociais (organizações, associações, pessoas coletiva) são ou não, alvo dos direitos fundamentais. Para sanar essa dúvida, Sarlet (2011, p. 222), ajuda a visualizar as chamadas pessoas jurídicas como titulares de direitos fundamentais, quando diz:

[...] recepcionada no direito constitucional brasileiro a tese de que as pessoas jurídicas, ao contrário das pessoas naturais (físicas ou singulares) não são titulares de todos os direitos, mas apenas daqueles direitos que lhe são aplicáveis por serem compatíveis com a natureza peculiar da pessoa jurídica, além de relacionados particular, também ao direito constitucional brasileiro é aplicável, segundo o entendimento aqui adotado, a lição de Jorge Miranda, no sentido da inexistência de uma equiparação entre pessoas jurídicas e naturais, visto que se trata, em verdade, de uma espécie de cláusula (no caso brasileiro, de uma cláusula implícita) de limitação, designadamente de limitação de titularidade aos direitos compatíveis com a condição da pessoa jurídica.

Vislumbra-se, com isso, que há direitos que não podem ser estendidos aos substratos sociais, pelo simples fato de serem incompatíveis com a essência da pessoa humana. Todavia, isso não implica que essas pessoas jurídicas não possam ser titulares de outros direitos fundamentais, havendo previsão expressa na Constituição Brasileira de 1988 constatando essa possibilidade.

1.3 As dimensões dos direitos fundamentais

Após o estudo da origem, natureza, distinção terminológica e titularidade dos direitos fundamentais, torna-se imprescindível, para a conclusão de toda a escala evolutiva desses direitos, a análise das dimensões (ou mesmo gerações) dos direitos fundamentais nas etapas de positivação constitucional e internacional. Entretanto, antes de quaisquer considerações

sobre este assunto, é forçoso destacar o mau uso do termo ‘gerações’, que, ainda, é demasiadamente utilizado pela doutrina pátria e internacional.

É notório que, a cada ponto estudado sobre direitos fundamentais, verifica-se que uma ideia nova traz consigo uma série de discussões e, conseqüentemente, destas são extraídas o progresso de novos direitos fundamentais, que se acumulam com os já existentes.

Nesse contexto, a palavra ‘gerações’ dá a percepção de que os novos direitos fundamentais tomam o espaço dos que vieram antes, logo, se pressupõe um caráter de substituição dos novos direitos em relação aos seus antecessores. Por esta razão, a doutrina moderna tem preferência pelo termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, já que este emprega o sentido de expansão, progresso e cumulação (SARLET, 2011, p. 45-46).

Superado esse primeiro momento, Sarlet (2011, p.46-47) destaca que os direitos fundamentais de primeira dimensão são:

[...] o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burgês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho ‘negativo’, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos [...].

Como apresentado pelo autor supracitado, esses direitos foram considerados como “direitos de resistência”, pelo fato do indivíduo não suportar mais a intervenção estatal na sua vida, na sua liberdade, na sua propriedade. Em síntese, o homem almejava romper com o jugo interventor do Estado. Por esse motivo, a primeira dimensão foi o ponto de partida, bem como a base sólida de todas as dimensões seguintes, pois, a partir de então, o Estado teve de rebaixar sua autoridade e respeitar direitos da própria essência humana, dentre os quais, destacaram-se os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. É oportuno salientar a evidente influência da teoria jusnaturalista, em face da consagração dos direitos retromencionados (SARLET, 2011, p. 46-47).

Foi nesse período de reação ao intervencionismo estatal que os movimentos liberais tiveram maior expressividade. Classes sociais desfavorecidas aproveitaram o momento e tomaram a frente de tais movimentos na busca por mudança do panorama histórico da época. O resultado foi à consagração do liberalismo econômico e conseqüentemente a consolidação

desses direitos individuais de primeira geração, na tentativa de frear a intervenção do estado na propriedade individual.

Diante disso, a burguesia ascendeu como classe dominante, promovendo nos séculos XVIII e XIX o que nós chamamos de revolução industrial, terreno fértil para o surgimento dos direitos de segunda dimensão.

A Revolução Industrial estimulou o chamado imperialismo do século XIX, verdadeira corrida colonial por novos mercados, o que levou a uma concentração de capital cada vez maior. Isso acabou acelerando o êxodo rural, o crescimento urbano e formação da classe operária. Inaugurava-se uma nova época, na qual as posições político-ideológicas e culturais giravam em torno de dois eixos: a burguesia industrial e proletariado. A primeira construía cada vez mais riquezas enquanto o segundo gravitava em torno da desvalorização social.

O aumento exacerbado das desigualdades sociais mostrou a necessidade de diminuir novamente a distância entre estado e indivíduo. A intervenção estatal, antes afastada, voltava a ter certo incentivo. Exigia-se, desta vez, um comportamento diferenciado do estado na busca por justiça social. Essas necessidades estariam ligadas aos já citados direitos fundamentais de segunda dimensão.

Essa dimensão foi a responsável pela caracterização de direitos referentes a prestações sociais estatais, tais como, assistência social, de saúde, de educação, de trabalho, dentre outras. Nas palavras de Sarlet (2011, p. 47), resume-se a natureza dessa dimensão, quando o este teórico diz:

A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social”. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.

Outro caráter inovador da segunda dimensão foi as chamadas ‘liberdades sociais’. A partir de então, reconheceram-se os direitos de sindicalização, de greve, os direitos dos trabalhadores (férias, repouso semanal remunerado, garantia do salário mínimo, limitação da jornada de trabalho), enfim, acataram-se, para além dos deveres de abstenção do Estado, deveres de atuação positiva (SARLET, 2011, p. 48).

Os direitos fundamentais de terceira dimensão assumem uma conduta diferenciada no contexto gradativo da mutação histórica. Os referidos direitos trouxeram consigo a proteção de grupos humanos (consumidores, povo, nação), assim entendidos como os direitos de titularidade coletiva ou difusa. Nessa etapa, revelou-se que as pessoas estavam realmente preocupadas com o valor do ser humano, tornando-o titular destes direitos fundamentais. Ademais, essa preocupação era demasiadamente pertinente, uma vez que se vivia em uma sociedade pós-segunda guerra mundial (SARLET, 2011, p. 48-49).

Os direitos fundamentais consagrados nessa dimensão foram, dentre outros, o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, assim como, o direito à conservação e utilização do patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação (SARLET, 2011, p. 48-49). Nesse contexto, Bonavides (2010, p. 569-570) explica:

A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precatório desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida. Trata-se daquela que se assenta a fraternidade, conforme assinala Karel Vasak, e provida de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais e coletivos. [...] A teoria, com Vasak e outros, já identificou cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito da comunicação.

A terceira dimensão de direitos fundamentais tinha um caráter tão inovador que, até os dias atuais, salvo algumas exceções, a sua positivação ainda não encontrou reconhecimento nas constituições. Contudo, é cada vez mais constante a consagração desses direitos em tratados internacionais, principalmente, naqueles referentes ao meio ambiente sustentável e à paz mundial (SARLET, 2011, p. 49-50).

Há autores que ainda sustentam a existência de direitos fundamentais de quarta e quinta gerações. Na verdade, fala-se até mesmo em direitos de até sétima geração, que vão surgindo com a globalização, os avanços tecnológicos e as descobertas da medicina, mas especificamente da genética.

1.4 As acepções subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais

Passado esse panorama histórico, busca a compreensão em torno das acepções objetivas e subjetivas dos direitos fundamentais.

Logo após a primeira guerra mundial, surgiram os primeiros sinais da acepção objetiva dos direitos fundamentais. Entretanto, esta só ganhou destaque no segundo pós-guerra, em 1949, depois de um entendimento jurisprudencial adotado pela Corte Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) da Alemanha no caso *Lüth*. Nas palavras de Sarlet (2011, p. 143):

[...] os direitos fundamentais não se limitam a função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem as diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.

Verifica-se, a partir das palavras do autor anteriormente citado que, em outros termos, a acepção objetiva dos direitos fundamentais funciona como uma barreira frente à atuação estatal e a de cada indivíduo, a fim de garantir a estrutura jurídica constitucional do Estado. Eis o motivo pelo qual se considera a acepção objetiva como um conjunto de valores que vão muito além do que propriamente resguardar direitos individuais subjetivos contra possíveis abusos do poder público ou de terceiros. Trata-se, portanto, de princípios superiores da ordem constitucional como um todo.

É através da acepção objetiva que os valores objetivos de toda uma comunidade são apresentados, de forma a garantir, também, a eficácia de direitos subjetivos individuais. É por essa razão que, em determinadas situações concretas, podem, até mesmo, ocorrer restrições aos direitos subjetivos individuais, tendo em vista que, em detrimento destes, outros valores de cunho objetivo, que pertencem a toda a coletividade, devem se sobrepor. Por isso que, em muitos casos, prevalece a supremacia do interesse público sobre o particular.

Por mais que a explanação pareça paradoxal, não o é. Depois de toda uma história de lutas incessantes para que se chegasse a garantir os direitos subjetivos individuais, nada mais óbvio do que reconhecer que esses deveriam ser de todos, sem qualquer tipo de distinção ou exceção. No entanto, a expressão de tais direitos de nada adianta se não tiver um mecanismo que garanta a efetividade destes, principalmente, perante o Estado. No momento em que se considera a supremacia da acepção objetiva dos direitos fundamentais, assegura-se, na verdade, o direito de cada indivíduo, só que de forma mais abrangente, considerando-o como um ser de direitos que está inserido em uma comunidade na qual há outros seres iguais a ele, como os mesmos direitos. Essa valoração dos direitos fundamentais, sob a ótica de direitos objetivos, enquadra-se perfeitamente na concepção moderna de Estado Democrático de Direito (SARLET, 2011, p. 150-151).

Já a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais mostra-se um pouco mais complexa, porém, passível de entendimento.

Em termos bem simples, a acepção subjetiva é a possibilidade do indivíduo (como pessoa individual e ente da comunidade) se insurgir, judicialmente, perante um determinado obrigado, buscando proteger seus direitos e interesses, que são tutelados pelo ordenamento jurídico. Note-se que essa acepção visa à proteção do indivíduo, não se discutindo aqui sobre o bem da coletividade (SARLET, 2011, p. 152).

Pode-se, portanto, sustentar, veementemente, que a acepção subjetiva assume diversas facetas, tentando, pois, dar efetividades aos direitos, liberdades, pretensões e poderes individuais constitucionalmente tutelados (SARLET, 2011, p. 152-155).

1.5 Características dos direitos fundamentais

Na tentativa de delimitar a estrutura desses direitos e, com isso, facilitar o entendimento, é essencial dispor sobre suas características.

A primeira característica aqui apresentada é a universalidade. Em síntese, é notório, pelos estudos aqui aprofundados, que os direitos humanos englobam todos os indivíduos, independentemente de sua raça, nacionalidade, sexo, credo, ou quaisquer outras convicções. Ressalta-se que essa característica é determinante para se erradicar a ideia de que direitos fundamentais e direitos humanos são palavras sinônimas (MORAES, 2005, p. 23).

Em seguida, a imprescritibilidade, que nada mais é do que a convicção de que os direitos fundamentais não se perdem pelo decurso do prazo. Essa característica é primordial, pois a qualquer momento, principalmente se houver violação de tais direitos, a pessoa poderá buscar mecanismos para fazer cessar a ameaça ou lesão ao direito (MORAES, 2005, p. 23).

A inalienabilidade sustenta que não há possibilidade de transferência ou alienação dos direitos fundamentais (MORAES, 2005, p. 23).

A inviolabilidade funciona como um direito e garantia, ao indivíduo, de que seus direitos fundamentais serão respeitados, especialmente, pelo fato da existência de mecanismos elencados em normas infraconstitucionais (MORAES, 2005, p. 23).

Seguindo a sequência, outra característica é a efetividade, pela qual a atuação do Poder Público deve garantir que os direitos e garantias fundamentais previstos sejam efetivados, incluindo, para a consecução deste fim, mecanismos coercitivos (MORAES, 2005, p. 23).

A interdependência caracteriza-se por criar e reconhecer institutos que visem a assegurar determinados direitos fundamentais. Pode-se citar, por exemplo, que a liberdade de locomoção está intimamente vinculada à garantia do *habeas corpus* (MORAES, 2005, p. 23).

Por fim, a complementaridade está atrelada no sentido de que as normas pertinentes aos direitos fundamentais não devem ser interpretadas isoladamente, mas de forma conjunta com a finalidade estabelecida pelo legislador constituinte (MORAES, 2005, p. 23).

1.6 A natureza das normas de direitos fundamentais: normas-regra e normas-princípio

A distinção entre norma-regra e norma-princípio tornou-se o pano de fundo na determinação da natureza das normas de direito fundamental.

Para iniciar essa discussão, faz-se imprescindível, primeiramente, demonstrar que, tanto as regras como os princípios são ‘espécies’ do gênero norma, ou seja, ambas são as demonstrações do dever ser, dentro de qualquer ordenamento jurídico. Essa é a semelhança entre elas. Todavia, para entender melhor o papel e o alcance de cada uma delas é preciso estabelecer suas distinções, para que o operador do direito não adote o costume de considerar que toda norma voltada à proteção aos direitos fundamentais terá, absolutamente, natureza de princípio.

Alexy (2008, p. 86), diz que há diversos critérios de distinção entre regras e princípios, porém, um dos mais utilizados é o da generalidade. Esse critério sustenta que os princípios possuem um grau de generalidade mais alto do que o das regras. O referido autor cita o seguinte exemplo:

Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença. Segundo este critério de generalidade, seria possível classificar a primeira norma como princípio, e a segunda como regra.

Apesar de ser um critério constantemente utilizado, a generalidade pode ser bastante capciosa, pois, estabelece que a única diferenciação entre regras e princípios funda-se

somente no grau de relevância do tema tratado por cada uma delas. Ademais, esse critério de generalidade faz parte de uma das três teses suscitadas pela doutrina, para estabelecer a diferença entre regras e princípios, mais especificamente, da segunda tese.

O fato de se ter invertido a ordem de tratamento, começando pela segunda, não altera o objeto do estudo, tendo em vista que são todas independentes. Na verdade, a primeira tese de distinção entre regras e princípios, basicamente, sustenta que toda tentativa de diferenciá-las em duas classes seria fadada ao fracasso. Isso porque, os adeptos dessa tese acreditam que os critérios utilizados possibilitam, apenas, diferenciações gradativas, conforme o desejo de quem as estabelece. A segunda, por sua vez, e como já explicado, considera, apenas, o critério de generalidade, sendo esta deveras insuficiente para uma verdadeira distinção.

Enfim, a terceira e última tese, diz que a principal diferença entre regras e princípios não reside, apenas, no critério de gradação, mas no critério de qualidade. Essa tese é a considera mais correta pela doutrina, pois, assevera que os “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2008, p. 90). O autor mencionado ainda explica:

Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente de possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. (ALEXY, 2008, p. 91).

Das palavras supracitadas, extrai-se o fundamento do critério qualitativo de distinção entre regras e princípios. Eis o motivo pelo qual a terceira tese prevalece diante das demais, pois a diferença entre qualidades é substancial, no momento, entre colisões, entre princípios e princípios, entre regras e regras, entre princípios e regras. O resultado de todo e qualquer conflito dependerá do caso concreto, todavia, pode-se afirmar que o critério de qualidade estará presente, com o fito de sopesar os interesses envolvidos na causa.

1.7 A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais

A dignidade da pessoa humana assume uma condição substancial na dogmática dos direitos fundamentais, pois é a partir da concepção de que todos os homens possuem direitos que lhe são inerentes pela sua própria essência de ser humano, pela sua capacidade racional,

pela sua condição de ser dotado de vontades, que o homem passou a ser considerado como um ser detentor de direitos, independente do tempo e do espaço em que vive. É por essa razão que a dignidade da pessoa humana tem o *status* de princípio basilar de qualquer Estado Democrático de Direito e daí decorre a sua relevância perante as demais normas. Note-se que, aqui, o princípio da dignidade da pessoa humana é definido na sua qualidade intrínseca, ou seja, insubstituível.

É importante ressaltar que as ideias de Kant foram substanciais para esse entendimento, pois, para o referido jusfilósofo, a dignidade é a demonstração da autonomia ética do ser humano. Kant, ainda refletindo sobre o tema, sustentou que o homem não pode ser tratado, nem mesmo por ele próprio (indivíduo/pessoa), como um objeto. Eis, então, algumas das razões e fundamentos determinantes para que a dignidade da pessoa humana fosse considerada como o valor-guia de todos os direitos dela decorrentes.

Em outras palavras, como bem apresenta Marmelstein (2009, p. 18), referindo-se ao fundamento dos direitos fundamentais: “a dignidade humana é, portanto, a base axiológica desses direitos.” Por conseguinte, cada indivíduo, pela sua condição de ser humano, é dotado de direitos, sendo que estes devem servir de norte para o Estado, para os demais indivíduos da sociedade, bem como para a comunidade mundial, a fim de que a dignidade seja contemplada e respeitada em sua magnitude.

Ainda sobre o tema, Sarlet (2002, p. 61) assinala:

[...] é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

O fundamento de um Estado Democrático de Direito, bem como dos direitos fundamentais, repousa na dignidade da pessoa humana. Todavia, os direitos fundamentais, apesar de decorrerem da ideia central da dignidade da pessoa humana, trazem características específicas e diferenciadas.

A primeira e mais relevante dessas características é que a fonte dos direitos fundamentais advém do reconhecimento de tais direitos em uma Constituição, ainda que de forma implícita. Em outros termos, os direitos fundamentais são aqueles que foram

positivados em um determinado ordenamento jurídico constitucional, ou seja, eles só existirão se tiverem previsão especial (constitucional). Marmelstein (2009, p. 20) precisa a definição sobre os direitos fundamentais ao dizer:

[...] os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Por essa condição especial, as normas de direitos fundamentais possuem supremacia formal e material e sua força normativa vincula o Estado e a sociedade, como um todo. Por exemplo, no ordenamento jurídico constitucional brasileiro, os direitos fundamentais são dotados de aplicação imediata, considerados como cláusulas pétreas e possuem hierarquia constitucional.

A concepção filosófica e jusnaturalista de que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidades e direitos contempla a dignidade da pessoa humana como a dignidade intrínseca e individual de todo e qualquer indivíduo, sem qualquer distinção. A partir desta ideia que Miranda (1988, p. 168-169) traz algumas diretrizes básicas para sistematizar a dignidade da pessoa humana:

- a) A dignidade da pessoa humana reportar-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta;
- b) Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si;
- c) O primado da pessoa é o do *ser*, não o do *ter*; a liberdade prevalece sobre a propriedade;
- d) Só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida;
- e) A proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição de direitos;
- f) A dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.

Vislumbra-se pela citação aqui apresentada, que a dignidade da pessoa humana representa o valor individual de cada ser humano de forma concreta. Feitas estas considerações sobre a dignidade da pessoa humana, torna-se possível compreender a distinção

entre essa e a dignidade humana, tendo em vista que essa última, em contrapartida, é a consideração do gênero humano perante os demais seres (MIRANDA, 1998, p. 169).

1.7.1 A dignidade da pessoa humana como norma-regra e como norma-princípio

O estudo da natureza das normas de direitos fundamentais, nas suas respectivas classificações em regras e princípios, não é o bastante para compreender o assunto, principalmente, pela necessidade de entender a posição jurídico-normativa dessas normas no ordenamento constitucional pátrio.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 contempla a dignidade da pessoa humana, em seu art. 1º, inciso III, elevando a dignidade da pessoa ao *status* de princípio fundamental da ordem constitucional. O constituinte, ao dispor sobre a qualidade principiológica da dignidade da pessoa humana, quis enfatizar a característica de valor que esta possui, a qual não funciona, apenas, como norma do ‘dever ser’ do indivíduo ou de toda a sociedade, mas constitui-se uma norma de maior hierarquia axiológica valorativa. Eis, pois, a principal justificativa para a posição jurídico-normativa da dignidade da pessoa humana como norma-princípio, na atual constituição brasileira. Nesse sentido, Sarlet (2002, p. 75) explica:

Num primeiro momento – convém frisá-lo-, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto – tal como sinalou Benda – a condição de valor jurídico fundamental da comunidade.

Feitas essas considerações, torna-se oportuno visualizar que o fator principiológico da dignidade da pessoa humana, por mais importante e fundamental que seja, como de fato o é, não exclui o reconhecimento das regras, sendo estas, também, norteadoras de vários direitos decorrentes do princípio em comento. Extrai-se, portanto, a ideia de que as normas também são dotadas de valores e plena eficácia na Lei Fundamental. É por isso que se dedicou um tópico do presente estudo para demonstrar a imprescindível distinção entre normas-regras e normas-princípios, e suas respectivas relevâncias em um determinado ordenamento jurídico constitucional.

Na lição de Alexy (2008, p.90), a dignidade da pessoa humana, na sua perspectiva principiológica, funciona como um “mandado de otimização, ordenando algo (no caso, a

proteção e promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.” Em contrapartida, as regras “contêm prescrições imperativas de conduta” (ALEXY, 2008, p. 90-91).

A partir dessa dupla disposição, verifica-se que o pensamento de Alexy (2008, p. 90-91) é demonstrar que as regras não poderão ser relativizadas, pois exprimem, justamente, a máxima do “tudo ou nada”, porém, os princípios, nem sempre, poderão ser considerados como absolutos, porquanto se assim fosse, iria entrar em contradição com a própria definição de princípio, adotada por referido autor. Todavia, ressalta-se que a condição de valor intrínseco da dignidade da pessoa humana não poderá, jamais, ser sacrificada.

1.7.2 A dignidade da pessoa humana como limite e como tarefa de atuação estatal

A escala evolutiva dos direitos fundamentais demonstra que a luta incessante dos indivíduos, durante a história da humanidade, se deu pela vontade e necessidade de limitar a atuação estatal, visto que esta, por vários anos, desconsiderava totalmente a dignidade do homem, principalmente na época dos governos absolutistas.

Todavia, o reconhecimento e a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, nas constituições democráticas, vieram impor, de uma vez por todas, a limitação de qualquer atitude arbitrária por parte do Estado. É por essa razão que a atuação estatal moderna deve-se direcionar, de forma interrupta, à proteção, promoção e realização efetiva de uma vida melhor, em prol de todos os indivíduos, condicionando a estes uma vida propícia ao desenvolvimento educacional, social, econômico, dentre outros. Nesse contexto, vislumbra-se que o Estado não deve intervir, em certos casos, e agir em outros, porém, sempre vinculados ao valor-guia do princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2009, p. 121).

Seguindo esse raciocínio, a importância do princípio da dignidade é tão determinante que alcança, não só, o Poder Público, mas também as instituições privadas e particulares. Isso decorre da essência de que o princípio em comento traz, de igualdade e solidariedade entre os indivíduos que formam a sociedade. Por essa razão, o princípio da dignidade da pessoa humana é dotado de plena eficácia, pois todos, sem exceção, devem respeitá-lo (SARLET, 2009, p. 122-123).

Dessa solidariedade nasce a ideia de que o princípio exige do estado não somente uma

atuação negativa, no sentido de respeitar as liberdades individuais do cidadão. Busca-se também uma conduta positiva do citado ente, no sentido de afastar as desigualdades sócias e consolidar a isonomia entre os indivíduos, consagrando os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

1.7.3 A dignidade da pessoa humana como ponto de convergência dos direitos fundamentais e como elemento central da determinação do núcleo essencial destes direitos

Quando o pensamento de Kant ganhou repercussão, consubstanciado com as ideias anteriores (cristãs e naturais), formou-se o eixo valorativo da dignidade da pessoa humana e o conceito extraído desta concepção passou a ser considerado e ainda é, nos dias atuais, tanto pela doutrina nacional como pela alienígena, como a verdadeira definição do princípio em comento. A partir de então, caberia ao homem reconhecer e positivar os direitos que decorriam da dignidade da pessoa humana e, no auge dessa época do jusnaturalismo, surgiu a comprovação de que somente uma ordem constitucional, dotada de supremacia hierárquica em relação às outras normas, seria capaz de consagrar, proteger e fazer respeitar a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais SARLET, 2002, p. 32-37).

Eis, pois, a evidência de que a dignidade da pessoa humana também funciona como um ponto de convergência dos direitos fundamentais, visto que todos os direitos que decorrem da ideia intrínseca do ser humano, do seu valor fundamental, se fixam em um ponto comum, ou seja, na percepção fundamental da dignidade da pessoa humana, inerente a todo e qualquer ser humano (SARLET, 2002, p. 37).

Em termos práticos, a liberdade religiosa, a liberdade de expressão, a garantia de uma devida e célere prestação jurisdicional, o direito à intimidade, de associação, a isonomia, o princípio da legalidade, dentre vários outros direitos fundamentais espalhados, de forma explícita ou implícita na constituição pátria de 1988, nada mais são do que a pura manifestação do respeito à dignidade humana, pois, a ideia central é de que todos esses exemplos nasceram da perspectiva de que todo homem tem direitos que lhe são inerentes pela sua própria condição de ser humano, pelo seu valor próprio, por ser autônomo, por ser dotado de razão, de vontades, por não ser tratado como um objeto, enfim, tudo se funda e se justifica na dignidade da pessoa humana.

Simultaneamente, a função de convergir os direitos fundamentais a um mesmo ponto

central, a dignidade da pessoa humana ainda se manifesta como o núcleo essencial desses direitos. Isso deriva da essência do ser humano, constituindo, pois, o seu valor próprio, servindo este de valor-guia para os demais direitos que são consagrados, partindo dessa concepção. Nesse sentido, Sarlet (2002, p. 41) assim explica:

Inicialmente, cumpre salientar – retomando a idéia nuclear que já se fazia presente até mesmo no pensamento clássico – que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável da pessoa humana, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano algo que lhe é inerente.

A dignidade da pessoa humana, como núcleo essencial dos direitos fundamentais, nada mais é do que o denominador comum de todo e qualquer indivíduo, ou seja, é a condição que o faz diferente dos outros seres vivos e é nesse pensamento que repousa o ponto inicial de todo e qualquer direito fundamental (SARLET, 2002, p. 39).

1.8 Os direitos fundamentais explícitos, implícitos e o bloco de constitucionalidade

Os direitos fundamentais são normas jurídicas diretamente relacionadas à dignidade da pessoa humana que, por sua vez, tem reflexo no ordenamento jurídico brasileiro como um princípio direcionador da atuação estatal, limitando-a, e ainda, na função referida, fundamentando as ações positivas do Estado (tarefa) e a positivação de direitos na Constituição (direitos fundamentais).

Por essa razão, ou seja, pela importância dos direitos fundamentais, o constituinte de 1988 tentou, ao máximo, explicitar esses direitos na Lei Fundamental. Não é difícil identificar essa postura do constituinte, visto que ela se torna evidente, por exemplo, no Título II da Carta Magna de 1988, que se inicia no artigo 5º e vai até o artigo 17, sendo que este Título recebeu a terminologia “Dos Direitos e Garantias Individuais.” Por conseguinte, em regra, todos os direitos individuais e coletivos inseridos nesses artigos são considerados como direitos fundamentais.

Contudo, apesar de adotar um rol extensivo sobre os direitos fundamentais, o legislador constituinte foi mais além, a fim de obstruir quaisquer argumentos que pudessem tentar

aniquilar tais direitos. Nesse contexto, os direitos fundamentais implícitos são aqueles que não se limitam aos direitos fundamentais reconhecidos pelo legislador constituinte originário, em virtude do eventual desenvolvimento de novos direitos, seja na seara nacional ou internacional. Por essa questão, a dignidade da pessoa humana é a base estrutural dos direitos fundamentais, pois determinados direitos, ainda que não estejam positivados de forma expressa, assumem esse caráter fundamental, pelo fato de decorrem da dignidade da pessoa humana (MARMELSTEIN, 2009, p. 23-25).

É por esta razão que a Constituição da República Federativa (BRASIL, 1988, artigo 5º, §2º), traz em seu conteúdo a previsão dos direitos fundamentais implícitos (LOPES, 2009, p. 48-49) quando preleciona: “os direitos fundamentais não se esgotam naqueles direitos reconhecidos no momento constituinte originário, mas estão submetidos a um permanente processo de expansão”.

Essa expansão diz respeito à própria mutabilidade do direito, que, pra ter efetividade, precisa acompanhar a própria evolução da sociedade. Nesse sentido, esses referidos direitos fundamentais teriam o condão de ultrapassar a época para qual foram criados e permanecer produzindo efeitos ao longo do tempo, possibilitando inclusive o surgimento de outros direitos fundamentais, já que o rol não é taxativo.

Todavia, deve-se ressaltar que para tornar eficaz a devida aplicação dos direitos fundamentais implícitos em casos concretos, faz-se substancial a adoção de um mecanismo que tem auxiliado os operadores do direito nestas questões. Portanto, o chamado “bloco de constitucionalidade”, com previsão constitucional no art. 5º, §2º da Carta Magna de 1988, vem possibilitar que o magistrado, por exemplo, na hora de interpretar e aplicar a lei possa ir além do que está escrito, ou seja, deve extrair da norma, possíveis direitos e garantias fundamentais que dela decorram, bem como de tratados internacionais que versem sobre esta matéria (LOPES, 2009, p. 44-45).

O bloco de constitucionalidade teve sua origem no direito comparado, primeiramente no direito francês e depois no espanhol. Neste contexto, Lopes (Revista Sequência, nº 59, p. 43-60) explica o ponto de partida do bloco de constitucionalidade no modelo francês:

O bloco de constitucionalidade francês foi definido no início dos anos 1970, quando, em decisão de 16 de julho de 1971, o *Conseil Constitutionnel* elevou a liberdade de associação ao patamar de “princípio fundamental reconhecido pelas leis da República”. Nessa sentença, o Conselho Constitucional firmou a existência, no

sistema jurídico francês, de um bloco de princípios e regras dotadas de nível constitucional, composto pela Constituição de 1958, o Preâmbulo da Constituição de 1946, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República.

No direito espanhol, o referido bloco começou a ser contemplado em meados dos anos 1980, entretanto, distintamente do modelo francês, *in verbis*:

[..] o espanhol é basicamente formado por um conjunto de preceitos que não pertencem formalmente à Constituição, mas que apresentam teor de norma material constitucional e que, por isso, o Tribunal Constitucional os vincula à Carta Espanhola, formando, com esta, um bloco do qual não pode ser dissociado [...] (LOPES, Ana Maria D'Ávila, 2009, p. 47-48).

É com base no bloco de constitucionalidade que, no ordenamento brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, vem proferindo decisões fundadas em direitos e garantias implícitas em normas e princípios constitucionais. Isso ressalva mais uma vez que o constituinte originário de 1988 não mediu esforços em proteger, garantir e promover os direitos fundamentais, com base, no valor-guia de todos estes direitos, qual seja a dignidade da pessoa humana (LOPES, 2009. p. 48-49).

1.9 Direito fundamental à liberdade de locomoção

A ideia inicial que sustenta o direito a liberdade de locomoção é da necessidade de proteção à autonomia da vontade individual e do respeito às liberdades de cada pessoa. Ou seja, por exemplo, deve ser de cada indivíduo a decisão de que lugar frequentar, que caminho seguir ou em quem depositar confiança, cabendo ao Estado respeitar seu direito de escolha.

Pode-se dizer que esse direito surgiu como reação às várias atividades arbitrárias de épocas anteriores. Pode-se citar a escravidão como a grande motivadora.

A liberdade de locomoção tem no art. 5º, inc. XV da atual constituição, sua principal fundamentação. Tal dispositivo assim elenca: “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”, prevendo a referida constituição remédios na tentativa de coibir a violação de tais direitos.

Ressalta-se que assim como os direitos fundamentais de maneira geral, a liberdade de locomoção não é um direito absoluto, sendo passível de limitações no intuito de possibilitar a convivência harmônica em sociedade.

2 TRIBUTAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DO PEDÁGIO

2.1 A ação de tributar e a segurança jurídica

Parece clara a noção de que a competência tributária deve ser exercida essencialmente respeitando o princípio da legalidade. Os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), responsáveis pelo exercício dessa competência, criam os tributos, mas sempre atendendo aos paradigmas traçados por nossa Constituição Federal, o que, de certa forma evita que os contribuintes fiquem a mercê do arbítrio dessas pessoas políticas.

Essa referida ação de tributar tem fundamento nos atos de império das já citadas autoridades estatais, onde se exige do contribuinte o tributo sem a consideração da vontade dele.

Mesmo não concorrendo com sua vontade, com a cobrança dos tributos, o contribuinte tem o Estado interferindo, por exemplo, em sua propriedade privada, como exceção ao dispositivo que garante sua proteção, o que mostra a necessidade e importância da existência de mecanismos que limitem ou mesmo regulem essa atuação, sendo o maior deles, como já referido, a atual Constituição de 1988.

É nesse contexto que se visualiza muito bem o surgimento do constitucionalismo e os fundamentos do Estado de Direito, mais precisamente do Estado Constitucional de Direito, que têm sua existência baseada na necessidade de frear a atuação ilimitada do Estado.

Buscando encontrar o sentido lógico para esse trabalho e essencialmente para esse capítulo, parte-se inicialmente da definição básica de tributo e posteriormente da delimitação de sua extensão e competência.

Nos termos dessa Constituição, o tributo seria o instrumento de arrecadação necessário à realização das despesas públicas (arts. 163 e ss., especialmente o art. 167, IV). Deve, pois,

custear a manutenção da *res publicae* em geral e é de prestação obrigatória, até porque sempre decorre da lei (art. 150, I, da CF), e não da vontade da Administração Fazendária ou do contribuinte (CARRAZA, 2012, p. 429).

Carrazza (2012, p. 428-429) ainda dispõe que:

O tributo, ao lume de nosso Estatuto Magno, é a relação jurídica que se estabelece entre o Fisco e o contribuinte (pessoa colhida pelo direito positivo), tendo por base lei, em moeda igualitária e decorrente de fato lícito qualquer.

2.2 Competência Tributária

2.2.1 Noções Conceituais Introdutórias:

A nossa atual Constituição, vinculada ao ideal de defesa do pacto federativo, deixa clara, já em seu artigo primeiro, a ideia de autonomia entre os entes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Entidades isonômicas que são, essas pessoas políticas têm suas competências estritamente traçadas na Constituição, sendo, de regra, ilegítima a intervenção de um ente na esfera de competência do outro, principalmente do ponto de vista tributário.

Logo, não resta dúvida de que a atividade tributante do estado não atua livremente, mas sempre dentro dos limites do direito positivo. Cada ente exerce seu poder de tributar (competência tributária), manifestação de sua autonomia política, vinculado a um ordenamento jurídico constitucional, pois é nesse que as diretrizes básicas aplicáveis a todos os tributos estão dispostas.

Em meio a tantos conceitos até então indeterminados, Carrazza (2012, p. 567) dispõe sobre o que viria a ser a competência tributária:

Competência tributária é a aptidão para criar, *in abstracto*, tributos. No Brasil, por injunção do princípio da legalidade, os tributos são criados, *in abstracto*, por meio de lei (art. 150, I, da CF), que deve descrever todos os *elementos essenciais* da norma jurídica tributária. Consideram-se elementos essenciais da norma jurídica tributária os que, de algum modo, influem no *an* e no *quantum* do tributo; a saber; a *hipótese de incidência* do tributo, seu *sujeito ativo*, seu *sujeito passivo*, sua *base de cálculo* e sua *alíquota*. Estes elementos só podem ser veiculados por meio de lei.

Na opção, enfatiza-se ainda a diferença entre competência tributária e a capacidade tributária. Enquanto a primeira compreende atividade exclusivamente legislativa, aludindo à criação de tributos de maneira geral, a segunda relaciona-se com o exercício de uma função administrativa. A primeira, diante das estritas previsões constitucionais, não é passível de

delegação, já a segunda pode ser delegada. Em suma, a competência tributária identifica-se com o direito subjetivo de editar normas jurídicas. A capacidade tributária ativa afirma uma atividade meramente arrecadatória, que tem sua aplicação posterior à edição da lei que dispôs sobre o primeiro instituto (Art. 7º, CTN).

2.2.2 A criação dos tributos

Diante do exposto até o presente momento, chega-se ao raciocínio de que a Constituição não cria tributos, ela distribui competência aos entes federativos para fazê-lo por meio de lei. O legislador (federal, estadual, municipal ou distrital), ao dispor dessa faculdade de criação, deve apenas obedecer as pré-disposições traçadas na Carta Magna, disposições estas relativas às hipóteses de incidência tributária, base de cálculo, alíquota e outras.

Noutros termos, a Constituição vinculou o legislador ordinário da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, classificando as várias espécies e subespécies tributárias possíveis no nosso ordenamento e estabelecendo o regime jurídico que cada uma delas deve seguir.

Mesmo reconhecendo a existência de uma série de espécies do gênero tributo, concentraremos nossa observação nas espécies taxas e “preços públicos”, essenciais para se estabelecer algumas considerações sobre a natureza jurídica do pedágio.

2.3 Taxa

A taxa é uma das espécies tributárias que mais dúvida suscita entre os estudiosos. Ainda persiste a indefinição quanto ao seu conceito ou sua função. No entanto, regra geral, tem-se que o seu conceito compreende uma atividade realizada pelo Estado que de forma direta está relacionada ao contribuinte.

Conforme o direito pátrio, as taxas são tributos cujo fato gerador é configurado por uma atuação estatal específica, referível ao contribuinte, que pode consistir: no exercício regular do poder de polícia; ou na prestação ao contribuinte, ou colocação à disposição deste, de serviço público específico e divisível (art. 145, II, da CF e art. 77, do CTN).

Ou seja, paga-se uma taxa pela respectiva prestação do serviço público, podendo este serviço ser dividido a cada contribuinte que recolheu o tributo em questão. Traçando um

paralelo com os impostos, estes não estão relacionados a uma atividade estatal específica, são cobrados quando o serviço público não for divisível.

O fato gerador da taxa é sempre uma atividade específica, relativa ao contribuinte. Resulta claro do texto constitucional que a atividade estatal específica, relativa ao contribuinte, à qual se vincula a instituição da taxa, pode ser: (a) o exercício do poder de polícia, ou (b) a prestação de serviços ou colocação destes à disposição do contribuinte (HUGO DE BRITO MACHADO, 2010, p. 322).

O Luciano da Silva Amaro (2011, p. 30), também dispõe no mesmo sentido, afirmando que a taxa seria:

Tributo cujo fato gerador é configurado por uma atuação estatal específica, referível ao contribuinte, que pode consistir: a) No exercício do poder regular de polícia; ou b) Na prestação ao contribuinte, ou colocação à disposição deste, de serviço público específico e divisível (art. 145, II, da CF e art. 77, do CTN).

Diante disso, pode-se dizer que taxas são tributos que têm por hipótese de incidência uma atuação estatal diretamente referida ao contribuinte. Esta atuação – consoante reza o art. 145, II, da CF (que traça a regra-matriz de incidência das taxas) – pode consistir ou num serviço público, ou num ato de polícia. Resultando daí a distinção entre as taxas de serviço (as que têm por pressuposto a realização de serviços públicos específicos e divisíveis) e as taxas de polícia (as que nascem em virtude da prática, pelo Poder Público, de atos de polícia diretamente referidos a alguém) (CARRAZZA, 2012, p. 601).

Logo, parece claro o raciocínio de que as taxas não podem fugir dessas hipóteses. Ou ela tem como fator determinante a prestação de um serviço público, ou ela se dá em virtude do exercício do poder de polícia. Atividades essencialmente estatais, não podendo, conforme determinação legal, o particular ou empresas privadas, de maneira geral, desempenhar tais atos.

No tocante às taxas de serviço, fica a discussão sobre qual seria o conceito de serviço público divisível para a doutrina.

Sobre o assunto, Carrazza (2012, p. 603) toma o seguinte posicionamento:

Os serviços públicos dividem-se em gerais e específicos. Os serviços públicos gerais, ditos também universais, são os prestados *uti universi*, isto é indistintamente a todos os cidadãos. Eles alcançam a comunidade, como um todo considerada, beneficiando número indeterminado (ou, pelo menos, indeterminável) de pessoas. É

o caso dos serviços de iluminação pública, de segurança pública, de diplomacia, de defesa externa do País etc. Todos eles não podem ser custeados, no Brasil, por meio de taxas, mas sim, das receitas gerais do Estado, representadas, basicamente, pelos impostos, conforme vimos no tópico anterior.

Já, os serviços públicos específicos, também chamados singulares, são os prestados *uti singuli*. Referem-se a uma pessoa ou a um número determinado (ou, pelo menos, determinável) de pessoas. São de utilização individual e mensurável. Gozam, portanto, de divisibilidade, é dizer, da possibilidade de avaliar-se a utilização efetiva ou potencial, individualmente considerada. É o caso dos serviços de telefone, de transporte coletivo, de fornecimento domiciliar de água potável, de gás, de energia elétrica etc. estes, sim, podem ser custeados por meio de taxas de serviço.

O autor supra referido, assim como a própria Constituição Federal de 1988 (art. 145, II, da CF), afirma a possibilidade de utilização efetiva ou potencial dos serviços públicos específicos, o que nos leva a ideia de que esse serviço, que rende ensejo à cobrança de taxa, não precisa ser necessariamente desfrutado pelo contribuinte. Basta que exista e que seja posto a disponibilidade desse já citado contribuinte.

Além disso, para que a tributação por via de taxa seja dotada de legitimidade é necessário que a utilização do serviço público que deu ensejo à cobrança da referida taxa seja compulsória, ou seja, que a própria lei torne imperativo o seu uso.

É justamente nesse ponto da compulsoriedade ou da facultatividade da utilização do serviço público pelo administrado que encontra-se localizada a discussão sobre a natureza jurídica do pedágio.

Mas antes de adentrarmos na sua natureza, é necessário entender sobre que outro polo, além da caracterização do pedágio como taxa, circunda sua caracterização, falando-se, no caso, da tarifa.

2.4 Tarifa

A tarifa, também denominada “preço público” ou simplesmente “preço”, é uma contraprestação paga pela utilização de serviços públicos ditos não essenciais, concretizados de forma indireta pelo Estado. Sua cobrança é facultativa e paga em moeda.

Percebe-se, logo de pronto, que o instituto em questão guarda várias diferenças com relação às taxas.

Quanto à compulsoriedade, as taxas são tributos ditos obrigatórios, obedecendo, portanto, ao regime jurídico público. Já as tarifas, além de não serem consideradas como espécies tributárias, vinculadas as disposições de direito privado, tem sua cobrança baseada na facultatividade, tendo o usuário a opção de usufruir a utilidade objeto da cobrança.

Afirma-se ainda que as taxas, como espécies tributárias, derivam de lei. Enquanto as tarifas são fixadas regra geral pela autoridade administrativa competente.

Ultrapassadas essas considerações iniciais, Paulo de Barros Carvalho (2008, p. 382) dispõe que:

O preço público consiste na remuneração decorrente da prestação de serviço de interesse público, ou do fornecimento ou locação de bens públicos, efetivada em regime contratual e não imposta compulsoriamente às pessoas. Em suma, o preço público remunera o serviço público prestado, sob o regime de direito privado, por empresas concessionárias. Visto do ângulo daquele a quem onera, é o valor pecuniário que os usuários devem pagar à empresa concessionária toda vez que se utilizarem do serviço prestado; examinado pela ótica de quem desempenha, é a importância que a empresa concessionária esta autorizada a cobrar dos usuários, em função dos serviços públicos efetivamente realizados.

Conclui-se, portanto, que para haver tarifa é necessário que a preexistência de um acordo de vontades no sentido de criar, modificar ou extinguir direitos. A tarifa é um instituto que deriva de própria autonomia da vontade, sendo classificada como uma obrigação voluntária.

A liberdade que tem o Poder Público na fixação do preço (tarifa), sem a necessidade de lei a estabelecer os critérios para a determinação do valor devido, corresponde à liberdade do cidadão de utilizar, ou não, o serviço correspondente. De um lado, ao Poder Público é autorizado fixar o valor devido mediante ato administrativo e, do outro, o contribuinte é liberado para utilizar, ou não, o serviço, de acordo com suas conveniências (HUGO DE BRITO MACHADO, 2008, p. 433).

Ainda no tocante à diferenciação entre taxa e tarifa, Leandro Paulsen (2008, p. 41) explica que:

Deve-se ter bem presente a diferença entre taxa e preço público. Aquela é tributo, sendo cobrada compulsoriamente por força da prestação de serviço público de utilização compulsória ou do qual, de qualquer maneira, o indivíduo não possa abrir mão. O preço público, por sua vez, não é tributo, constituindo, sim, receita originária decorrente da contraprestação por um bem, utilidade ou serviço numa relação de cunho negocial em que está presente a voluntariedade. A obrigação de prestar, pois,

em se tratando de taxa, decorre direta e exclusivamente da lei, enquanto, em se tratando de preço público, decorre da vontade do contratante.

Por fim, Geraldo Ataliba (2010, p. 165) dispõe que taxas e tarifas são juridicamente inconfundíveis, não havendo qualquer possibilidade jurídica de confusão entre elas, e muito menos há, conforme suposição de alguns, qualquer liberdade do legislador em converter uma na outra e vice-versa. Juridicamente, são institutos reciprocamente repelentes e excludentes. Apenas sob a perspectiva das finanças é que as taxas podem se confundir com as tarifas, vez que o princípio financeiro que as informa é o mesmo: remuneração de despesa estatal, ressarcimento e etc.

Assim, restando claros o conceito de tarifa e a sua diferenciação com o instituto das taxas, chega-se ao ponto mais importante do presente capítulo: a conceituação do pedágio e o estudo de sua natureza jurídica.

2.5 Natureza Jurídica do Pedágio

2.5.1 Noções gerais

Faz-se essencialmente relevante tecer algumas considerações sobre a natureza jurídica do pedágio, simplesmente para facilitar o entendimento sobre objeto principal do presente trabalho. Logo, afirma-se, desde já, que serão feitas algumas considerações sobre o tema acima citado, mas sem nenhuma pretensão em esgotá-lo, por não ser nosso objetivo central e, ainda, por tratar-se de assunto, há muito tempo, divergente na doutrina e na jurisprudência.

A natureza jurídica do pedágio é hoje considerado um tema revertido de enorme relevância, na medida em busca-se definir a que regime jurídico esta submetida esta exação.

Se considerado tributo, o pedágio, na opinião de uma parcela significativa da doutrina e da jurisprudência, teria sua instituição e cobrança submetidas às normas constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis aos tributos de maneira geral. Já se visto como de natureza não-tributária (tarifa) suas disposições resultariam da autonomia da vontade privada.

Em razão disso, afirma-se a importância de se destacar algumas explicações sobre o tema.

2.5.2 A origem da cobrança do pedágio

A palavra pedágio vem do latim *pedaticum*, que tem como significado o local onde se põe o pé. Como exigência pecuniária pela utilização de estradas, tem origem inicial em Roma, e um maior destaque no século XVIII, na Inglaterra.

Hely Lopes Meirelles (1971, p. 34) descreve:

Desaparecendo sua cobrança no século XIX, ressurgiu em nossos dias nos Estados Unidos da América do Norte, precisamente em 1940, quando se inauguraram as primeiras autoestradas, ou vias expressas como denominam os norte-americanos. Tais rodovias ficaram sob a administração das empresas de estradas de barreira ou mesmo de autarquias que passaram a cobrar pedágio para obtenção de recursos para construção e manutenção dessas vias [...].

No Brasil, o instituto do pedágio teve origem na época do governo imperial, a partir de alguns decretos emitidos na província de Minas Gerais. Apesar de um nascimento tímido, ganhou enorme impulso nos anos 80, sendo hoje cobrado nas principais rodovias de vários estados do País.

2.5.3 O pedágio na Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988, ao outorgar expressamente, aos entes políticos, a competência para instituírem tributos, nada dispôs sobre a instituição do pedágio, ressalvando, conforme art. 150, V, apenas a possibilidade de sua cobrança em vias conservadas pelo poder público.

Art. 150, CF: 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, ressalvadas a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público.

Logo, resta clara a ideia de que independente da natureza jurídica do pedágio (tributária ou tarifária), ele apenas pode ser exigido pelo efetivo uso da via, jamais pela sua disponibilidade.

Portanto, não há o que se falar em inconstitucionalidade na cobrança do pedágio, desde que feita nos moldes traçados pela Constituição.

Cabe aqui uma crítica sob a conservação das vias públicas. Deveria ser dever do Estado conservar as vias públicas independente do pagamento de qualquer valor. Mas o recorrente no Brasil é encontrarmos estradas em péssimas condições de uso, muitas delas intransitáveis, o que traz sérios prejuízos de ordem financeira tanto para o setor privado, quanto para o público.

2.5.4 O posicionamento atual da doutrina e da jurisprudência sobre a natureza jurídica do pedágio

Chega-se, portanto, ao tema destaque deste capítulo, o que os juristas da atualidade vêm entendendo sobre a natureza jurídica do pedágio.

Parte-se, como já citado anteriormente, da seguinte dualidade: o pedágio considerado como de natureza tributária e o pedágio visto como tarifa.

Conforme referência também já feita neste trabalho, o pedágio considerado, por boa parte da doutrina e da jurisprudência, como tributo deve obedecer essencialmente aos dispositivos do nosso ordenamento, aplicáveis aos tributos de maneira geral. Já se visto como preço público, ou seja, natureza não-tributária, sua cobrança não está sujeita aos normas constitucionais referentes aos já citados tributos.

Analisando, o art. 150, V, da Constituição Federal, percebe-se, como já citado, que a norma constitucional autoriza a cobrança do pedágio somente pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público. Portanto, conclui-se que referido dispositivo normativo vincula a cobrança do pedágio à prestação de um serviço público, no caso, a conservação e manutenção de vias públicas. Tendo em vista este último ponto, parece incontestável a natureza jurídica do pedágio tratar-se de taxa.

Nesse sentido, segue decisão do STF, através do voto do Ministro Carlos Velloso:

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. VOTO – “Primeiro que tudo, deixo expresso o meu entendimento no sentido de que o pedágio, objeto da causa, é espécie tributária, constitui-se numa taxa. O fato de ter sido o pedágio tratado no Sistema Tributário Nacional exatamente nas limitações do poder de tributar – CF, art. 150, V – é significativo. Ora, incluído numa ressalva a uma limitação à tributação, se fosse preço, a ressalva não teria sentido. É dizer, se está a Constituição tratando de limitações à tributação, não haveria sentido impor limitações a um preço (tarifa), que tem caráter contratual, assim incluído no regime de direito privado. O pedágio tem natureza jurídica de taxa

(...)” (RE 181.475-6/RS. Recurso Extraordinário. Relator Min. Carlos Velloso. Julgamento: 04/05/1999. 2ª Turma. Publicação DJ 25/06/1999. Ementário Vol. 01956-04.

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.

Corroborando esse entendimento, dispõe LUCIANO AMARO (2010, p. 73):

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).

Verifica-se da leitura da citação acima transcrita que, para o autor, o pedágio tem natureza de taxa, mas, especificamente, de taxa de utilização de bem público.

Já Carraza (2012, p. 622), mesmo também considerando o pedágio como taxa, afirma que o instituto tipifica verdadeira taxa de serviço, por força do que prescreve o art. 150, V, da CF. É, portanto, o serviço público de conservação das rodovias que autoriza a instituição do pedágio, verdadeira taxa de serviço, inobstante seu *nomen iuris*.

O mesmo autor elenca que, juridicamente interpretado, o art. 150, V, da CF revela que o único tributo que pode validamente limitar o tráfego de pessoas ou bens entre estados e municípios é o pedágio, e, mesmo assim, só em havendo “utilização de vias conservadas pelo Poder Público”, ou seja, por meio de taxa de utilização de serviço (CARRAZZA, p. 624).

Outros tantos doutrinadores defendem a caracterização do pedágio como 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”.

O TJ/SP comunga do mesmo entendimento:

ACIDENTE EM RODOVIA CEDIDA EM REGIME DE CONCESSÃO – CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO PEDÁGIO – RISCO DO NEGÓCIO – COBRANÇA INDEVIDA – DECISÃO MANTIDA. (...) O pedágio, segundo a conceituação de SIDNEY WEBB, é modalidade de preço público, não se confundindo com taxa, cobrado pela utilização de obras viárias com características especiais que facilitem o trânsito e o tráfego de veículos ou pedestres. É a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de um serviço público, feita pelo Poder concedente, a pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta em risco (...) (9213561-13.2007.8.26.0000. Apelação Sem Revisão / Seguro. Relator Antônio Marcelo Cunzolo Rimola. Órgão julgador: 28ª Câmara do D. QUARTO Grupo (Ext. 2º TAC). Data do julgamento: 29/05/2007. Data de registro: 04/06/2007. Outros números: 1102566/7-00,992.07.005790-6).

Essa segunda corrente se filia à ideia e que a cobrança do pedágio é feita em razão da utilização de um bem que é de uso comum do povo, não podendo o estado cobrar pelo seu uso. Não cabendo falar, portanto em compulsoriedade, já que o uso de tais bens não pode ser obrigatório. E, ainda, não cabendo nenhuma cobrança pela simples disponibilidade dos referidos bens.

Há ainda uma terceira corrente que defende a ideia de que o pedágio tanto pode ser taxa como tarifa, dependendo do regime de instituição ou cobrança.

Os que defendem essa última corrente afirmam que se a via pública objeto da cobrança do pedágio for administrada diretamente pelo Estado (Poder Público), seja por órgãos da Administração direta ou entidade autárquica, seja por empresas controladas pelo Estado, o instituto terá essencialmente a natureza jurídica de taxa. Já se a via for explorada por empresa

particular, mediante concessão ou permissão, a escolha compete ao legislador, aproximando-se, desta feita, da tarifa.

A primeira corrente, que considera que o pedágio sempre terá natureza de taxa, portanto tributária, embarra na crítica de que, se tributo, o pedágio não poderia admitir que sua exigência, arrecadação ou fiscalização fossem feitos por empresas privadas, o que impossibilitaria a presença da concessão e da permissão nesse ato.

A segunda corrente esbarra na ideia de não se deixar a cargo da autonomia privada a relevância do interesse social discutido, devendo tal previsão ficar a cargo da própria Constituição.

Destaca-se, ainda, a existência de mais uma corrente, na minha opinião, a que mais se aproxima da coerência, a dos que defendem a natureza jurídica do pedágio como tarifa, mas, quando da inexistência de via alternativa de trânsito, consideram-na como taxa, por conta da compulsoriedade. Ou seja, quando se estiver diante da cobrança do pedágio em via única, esta terá caráter compulsório, e, portanto, configuraria verdadeira taxa.

Nesse sentido, já decidiu 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 faculdade 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.” RE 597981/RS

Ressaltando um novo aspecto: a existência ou não de via alternativa, esta última teoria parece, do ponto de vista pessoal, ser a que detém maior prestígio. A que se adota como base dessa explanação.

Partindo deste último ponto, entra-se na parte mais importante desse trabalho, a constitucionalidade da cobrança do pedágio na inexistência de via alternativa.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO PÉDÁGIO QUANDO NÃO HÁ VIA ALTERNATIVA DE TRÂNSITO

3.1 Conceito de Via Pública

Dando continuidade ao presente trabalho, como os vários conceitos relativos ao instituto jurídico do pedágio já foram abordados no capítulo anterior, parte da definição de via pública, junto à caracterização da restrição imposta ao direito de ir e vir pela cobrança do pedágio, para se avaliar, por fim, o posicionamento da jurisprudência sobre a constitucionalidade do referido instituto na inexistência de via única de trânsito.

De Plácido e Silva (2002, p. 1478) define via pública como sendo a rua ou estrada, construída pelo poder público para utilização de todos, ou para serventia comum.

Ainda nesse sentido, o nosso atual Código Civil de 2002 trata-a como bens públicos e assim os descreve:

Art. 99. São bens públicos:

I – Os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças

(...)

Os bens de uso comum do povo são abertos a livre utilização de todos, porém ao dizer que o uso é livre, está-se caracterizando que ele independe de algum ato administrativo reportado a alguma individualização especificadora de tal ou qual utente (MELLO, 2008, P. 782).

Maria Helena Diniz (2002, p. 301-302) afirma que embora pertença a pessoa jurídica de direito público interno, os bens de uso comum podem ser utilizados, sem restrição, gratuita ou onerosa, por todos, sem necessidade de qualquer permissão especial. Por exemplo: praças, jardins, ruas, estradas, mar, praias, rios [...].

Logo, parece incontestado que as rodovias públicas são espécies de bens públicos de uso comum, não podendo, portanto, sofrer restrições e não dependendo de autorização especial para o seu uso, sendo o titular de sua utilização o próprio povo. Assim, essas vias não deveriam ser utilizadas para beneficiar o patrimônio de outro que não o povo, sendo, pois, injustificada a cobrança do pedágio quando não se dá ao próprio titular do bem a opção de não pagá-lo.

3.2 A cobrança do pedágio e a restrição da liberdade de trânsito.

Mesmo já tendo feito uma breve explanação, no primeiro capítulo, sobre o direito fundamental a liberdade de trânsito, torna-se necessário colocar aqui ainda de que forma o pedágio limita esse direito de ir e vir.

Conforme já colocado anteriormente, a liberdade de locomoção é, assim como outros direitos ditos fundamentais, como o direito à vida, inerente à própria existência humana. Sendo limitado nesse direito, o homem se tornaria incapaz e se relacionar com outros grupos, de conhecer outras culturas, o que, sem dúvida, comprometeria a nossa miscigenação e o próprio desenvolvimento de nossa sociedade, já a mistura dos povos lhe é estruturante.

Classificado pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, o direito de locomoção tem previsão no artigo 5º, inciso XV do referido instituto normativo.

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 [...].

A proibição à limitação a liberdade de trânsito já havia sido prevista no Código Tributário Nacional, artigo 9º, inciso III, antes mesmo do advento da nossa atual Constituição.

Art. 9º. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III – estabelecer limitação ao tráfego, no território nacional, de pessoas ou mercadorias, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais; [...].

São muitos os doutrinadores que defendem a irrenunciabilidade e inviolabilidade do direito de ir e vir. Vale ressaltar a opinião de alguns deles.

José Cretella Junior (1992, p.285) assim relata:

A locomoção apresenta quatro aspectos: um neutro, o direito de permanecer; três positivos, o direito de deslocamento, a pé, ou por veículos dentro do território nacional, o de sair e o de entrar no território nacional (*ius manendi, eundi, tranendi, ambulandi, ultro citroque*). No atual contexto, o homem tem direito à vida, à dignidade humana, à segurança, à liberdade de manifestação do pensamento, à liberdade de consciência, de crença, ao exercício de culto religioso, à associação, à reunião, ao ir e vir.

Já José Afonso da Silva (2006, p. 460) manifestou-se da seguinte forma sobre o referido direito:

Direito à circulação é manifestação característica da liberdade de locomoção: direito de ir e vir, ficar, parar, estacionar. O direito de circular consiste na faculdade de deslocar-se de um ponto a outro através de uma via pública ou afetada ao uso público. Em tal caso, a utilização da via não constituirá uma mera possibilidade, mas um poder legal exercitável *erga omnes*. Em consequência, a administração não poderá impedir, nem geral nem singularmente, o trânsito de pessoas de maneira estável, a menos que desafete a via, já que, de outro modo, se produziria uma transformação da afetação por meio de uma simples atividade de polícia, isso quer dizer que, independente do meio através do qual se circula por uma via pública, o transeunte terá direito de passagem e de deslocamento por ela, pois constitui esta forma de deslocamento a manifestação primária e elementar do direito de uso de uma via afetada.

E, por fim, destaca-se ainda parte do voto do Ministro Garcia Vieira, que de forma muito clara, afirma a importância de referida liberdade:

[...] Ainda que fosse conhecido o recurso pela violação ao § 1º do artigo 9º da Lei nº 8.987/95, com a redação dada pela Lei nº 9.648/99, melhor sorte não teria o recorrente e isso está bem demonstrado pelo Ministério Público, em seu parecer (fls. 2.011/2.022), do qual destaco o seguinte trecho:

"Esse dispositivo, apesar de realmente autorizar o estorvo do usuário de: uma obra pública cedida ao particular, não encontra guarida constitucional, razão de sua nulidade e conseqüente ineficácia. Transcrevo, a propósito, as razões destinadas a demonstrar tal inconstitucionalidade externadas pelo parecer de fls. 1391/1419, subscrito pelo colega LUIS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, in verbis:

A liberdade de locomoção é uma das mais importantes manifestações da liberdade pessoal, a tal ponto que, muitas vezes, é identificada com esta. Nesta perspectiva, o constituinte de 1988 elencou-a entre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XV) Da mesma forma, o referido direito foi assegurado pelo Pacto de São José da Costa Rica, convenção aprovada pelo Congresso Nacional e promulgada pelo Presidente da República através do Decreto 678 de 02.11.92.

O direito de locomoção, por conseguinte, constitui-se em verdadeiro direito público subjetivo, traduzindo-se na liberdade de ir, vir, ficar, parar e estacionar nas vias públicas. José Afonso da Silva é incisivo, afirmando que se trata de direito exercitável contra a Administração Pública, de modo que esta deve se abster de realizar atos tendentes a embarracá-lo de forma injustificada. Diz o constitucionalista:

"Direito à circulação é manifestação característica da liberdade de locomoção: direito de ir, vir, ficar, parar, estacionar. O direito de circular (ou liberdade de circulação) consiste na faculdade de deslocar-se de um ponto a outro através de uma via pública ou afetada ao uso público. Em tal caso, a utilização da via 'não constituirá mera possibilidade, mas um dever legal exercitável "erga omnes". Em consequência a Administração não poderá impedir nem geral, nem singularmente o trânsito de pessoas de maneira estável, a menos que desafete a via, já que, de outro modo, se produziria uma transformação da afetação por meio de uma simples atividade de polícia'."

O constituinte, contudo, não se limitou a assegurar a liberdade de locomoção entre os direitos fundamentais. A Carta Magna foi além, proibindo expressamente a Administração Pública "de 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" (art. 150, V). O dispositivo retrocitado tutela não só a liberdade de locomoção, mas o próprio espírito do Estado Federativo. Manoel Gonçalves Ferreira Filho expõe com exatidão a finalidade da norma do art. 150, V, in verbis:

"O Estado Federal, enquanto tal, importa na unidade de um território e de um povo, o que repercute em unidade econômica. E inerente ao Estado Federal, e conforme a seu espírito, que todos os componentes de sua dimensão pessoal, que seu povo, portanto, não encontre embaraços no seu deslocamento pelo território nacional ou no de seus bens. Na verdade, essa livre circulação é indispensável para a sobrevivência do Estado Federal .

Acertadamente, veda a Constituição que se criem tais embaraços, estabelecendo-se limitações ao tráfego de pessoas e bens, ainda que de modo indireto, através de tributos interestaduais ou intermunicipais. De fato, por meio destes, seria possível a Estados e Municípios, tornar oneroso esse tráfego, cerceando-o, conseqüentemente, sempre que se dirigisse para além de seus limites. Seria possível estabelecer discriminação em detrimento do tráfego interestadual e intermunicipal. "

Verifica-se, portanto, que o elemento teleológico da norma é permitir a integração do povo brasileiro, vedando quaisquer atos do Poder Público entre eles a cobrança de tributos que dificultem a locomoção do cidadão no interior do território nacional. É neste prisma que deve ser interpretado o permissivo constitucional para a cobrança de pedágio. Ou seja, a cobrança de pedágio é perfeitamente legítima desde que não impeça, ou não dificulte, o tráfego de toda ou de parte da população, independentemente, sua capacidade econômica." (Fls. 1411/1413).

O parecer diz tudo. Não é razoável que se estabeleça pedágio em um único caminho de destino a um determinado lugar do território nacional, pois que tal fato, impedindo o trânsito do cidadão com um de seus bens (automóvel, caminhão, etc.), viola diretamente ao princípio federativo.

Está implícito na nossa Constituição Federal, pois, que a cobrança do pedágio pressupõe a existência de outro caminho onde o cidadão, possa, de forma gratuita, passar com seus bens." (fls. 2.017/2.020).(RECURSO ESPECIAL Nº 417.804-PR, DJU 10/03/2003, RELATOR: GARCIA VIEIRA).

Assim, tamanha é a expressividade do direito fundamental a liberdade de trânsito, que legítima não só a garantia constitucional do cidadão a não ter sua capacidade de locomoção restringida, mas a própria atuação do Estado no sentido de agir respeitando essa garantia.

Conforme dispositivo constitucional que dispõe sobre o pedágio, o parâmetro a direcionar a atuação estatal seria a garantia já referida, considerando a citada cobrança como medida excepcional.

Logo, assim como defendido por citada doutrina, pugna-se pelo entendimento de que nenhum constrangimento pode ser imposto ao cidadão, sem que seja dada a ele a opção de escolha, impedindo-lhe ou dificultando-lhe o exercício do direito fundamental de ir e vir, no interior do território nacional.

3.3 Posicionamento da doutrina e da jurisprudência sobre a necessidade da existência de via alternativa.

Em contraposição ao direito fundamental a liberdade de trânsito, encontra-se o princípio da supremacia do interesse público, ambos reconhecidos constitucionalmente.

Como então dirimir a divergência e afirmar, no caso, a importância de um em detrimento do outro? Como levar em consideração a teoria da unidade na interpretação constitucional, afirmando o valor isonômico de todas as normas constitucionais, sem limitar um dos direitos ou princípios citados?

É em meio a esses questionamentos que se conclui que o assunto relativo à tese de seria inconstitucional a cobrança do pedágio até ulterior disponibilização de via alternativa não deve ser enfrentado somente a luz do aspecto tributário, mas considerando essencialmente a principiologia constitucional.

Respeitando a importância da posição que os princípios ostentam no ordenamento jurídico brasileiro, busca-se na já citada teoria de Robert Alexy (sopesamento de princípios) uma tentativa de afastar tantas contrariedades.

A eventual colisão desses princípios constitucionais resolve-se na prevalência de um deles em detrimento, analisando, é claro, as circunstâncias do caso concreto, mas sem comprometer a validade de nenhum dos princípios envolvidos. Afasta-se o conflito na dimensão de peso.

É nesse contexto que alguns autores afirmam a necessidade de limitação da supremacia do interesse público.

Diogo Figueiredo Moreira Neto (2009, p. 95) afirma que:

No constitucionalismo pós-moderno, que gravita em torno dos direitos fundamentais, não há como sustentar-se o antigo princípio da supremacia do interesse público, que partia de uma hierarquia automática entre as categorias de interesses públicos e privados. Na verdade, tal relação constante não mais se suporta, porque no Estado Democrático de Direito, quaisquer interesses só podem ser subordinados ou supraordinados, uns aos outros, conforme o disponha a lei, mas esta, por sua vez, não poderá romper a hierarquia axiológica constitucional estabelecida em função do primado da pessoa humana, que se expressa nas liberdades, direitos e garantias fundamentais, e que poderá ser excepcionalmente temperado pela previsão de um específico interesse público que justifique limitar ou condicionar essas expressões indissociáveis das pessoas. Assim, tanto a definição do interesse público quanto a imposição de uma específica supremacia, preterindo quaisquer outros interesses igualmente agasalhados pela ordem jurídica, dependerão, única e exclusivamente, das opções que sejam feitas, expressamente na Constituição e, só então, mas sempre desta dependente, inafastavelmente previstas nas leis.”.

É nessa limitação a atuação estatal que se encontra a interpretação que melhor se compatibiliza com a Constituição, por isso que o oferecimento de via alternativa gratuita, como condição para a cobrança do pedágio, parece ser a solução que melhor atende ao interesse da coletividade, respeitando, portanto, o direito fundamental a liberdade de trânsito.

Defendendo esse posicionamento afirma Wald *apud* Zanferdini (2003, p. 71/77).

Embora os textos legais relativos ao pedágio nenhuma referência expressa façam a necessidade de via alternativa, a possibilidade de utilização gratuita, de outra via, anteriormente existente é exigência tradicional de cobrança de pedágio em outras legislações.

Sendo o pedágio, como é, uma tarifa, e, portanto, um preço, tanto pode ser cobrado pelo Poder Público como por seus concessionários incumbidos da construção e conservação de obras rodoviárias, desde que a empresa atenda aos requisitos constitucionais da concessão, ou seja, prestação de serviço adequado, tarifa justa e fiscalização pelo poder concedente (Constituição da República, art. 167, ns. I a III). 19. No caso particular do pedágio de rodovia, exige-se que a estrada apresente condições especiais de tráfego, seja bloqueada e ofereça possibilidade de alternativa para o usuário (outra estrada que o conduza livremente ao mesmo destino), embora em condições menos vantajosas de tráfego. Estes requisitos são hoje considerados indispensáveis pela doutrina rodoviária estrangeira e nacional (HELY LOPES MEIRELLES, 1971, p. 331).

No mesmo sentido, colacionam-se algumas jurisprudências que adotam essa linha de defesa.

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDÁGIO. ÔNUS ADICIONAL PARA DETERMINADA PARCELA DE MORADORES. EXTENSÃO AOS DEMAIS. IMPOSSIBILIDADE. VIA ALTERNATIVA. DESNECESSIDADE. 1. Agravo de instrumento interposto contra decisão que deferiu parcialmente o pedido de liminar para determinar à parte ré a abster-se de efetuar cobrança de tarifa de pedágio dos carros com placas de Barra do Pirai de moradores dos distritos de Dorândia, Vargem Alegre, Califórnia e São José do Turvo, na praça de pedágio nº 3, na rodovia federal BR 393, fixando, desde já, multa de R\$ 15.000,00 na hipótese de descumprimento injustificado.—. 2. A conclusão do MM. Juiz de primeiro grau não merece censura, tendo em vista que a solução escolhida procurou resguardar, em sede de tutela de urgência, o direito de ir e vir dos moradores das localidades que, por conta da instalação da praça de pedágio, passaram a ter gastos adicionais para se deslocar nos limites do município onde residem, ônus não estendido aos demais munícipes. 3. Agravo de instrumento desprovido. AG 200902010189372, Relator(a): Desembargador Federal JOSE ANTONIO LISBOA NEIVA, TRF2-Sétima Turma, E-DJF2R - Data::30/06/2011.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO DA REGULAÇÃO. RODOVIA FEDERAL. CONCESSÃO. COBRANÇA DE PEDÁGIO. ANTT E DNIT. CONSTRUÇÃO DE CABINE DE PEDÁGIO EM VIA DE ACESSO. PRINCÍPIO QUE VEDA ENRIQUECIMENTO SEM CAUDA. ABUSO NA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. CONTROLE EXERCITADO PELO TCU. LEI 8.987/95. LEI 8.666/93. PROVIMENTO DOS RECURSOS E DA REMESSA. 1. A ação popular contém pedido de invalidação do ato administrativo que autorizou a construção de cabines de cobrança de pedágio e a própria cobrança do pedágio na rodovia federal BR 465, localizado em Seropédica, Estado do Rio de Janeiro [...]. As alterações ocorridas tiveram como foco os casos de uso ilegítimo da rodovia BR-465 que, a despeito de ser via alternativa, vinha sendo usada para o fim de exclusivamente de não permitir o pagamento da tarifa devida em autêntico caso de •enriquecimento sem causa— por parte dos motoristas que assim procediam. 9. A cobrança feita via as cabines avançadas de pedágio em Viúva Graça na rodovia BR-465 teve por objetivo coibir o não pagamento da tarifa e, assim, evitar a perda da receita tarifária referente ao tráfego de longa distância. E a receita tarifária se relaciona às várias atividades desenvolvidas pela Concessionária Nova Dutra, tais como feitura de obras ainda não contempladas no Programa de Exploração da Rodovia, além de permitir a redução da tarifa dos usuários em geral da Rodovia Presidente Dutra. 10. Apelações e remessa necessária conhecidas e providas, para reforma da sentença e improcedência dos pedidos. APELRE200351010272342, Relator: Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA. TRF2 – Sexta Turma, E-DJF2R - Data::21/12/2011.

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO DA SENTENÇA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDÁGIO. TARIFA. VIA ALTERNATIVA DE ACESSO. PROPRIETÁRIOS DE VEÍCULOS EMPLACADOS NO MESMO MUNICÍPIO. ORDEM PÚBLICA. NÃO VIOLAÇÃO. IMPACTO FINANCEIRO. NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A suspensão de segurança é cabível em todas as situações nas quais se concede provimento de urgência contra o Poder Público, para o fim de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. 2. O requerimento de suspensão de execução de decisão judicial não deve ser caracterizado como sucedâneo recursal. 3. Inexiste nos autos prova da realização de algum estudo técnico-financeiro realizado pela concessionária capaz de comprovar a ocorrência de grave lesão a um dos bens tutelados pelas normas que regem a Suspensão de Segurança, principalmente considerando o fato que a isenção do pagamento da tarifa de pedágio foi assegurada tão somente a um grupo restrito, ou seja, apenas aos moradores de uma cidade. 4. Não se vislumbra, no caso, o alegado impacto financeiro do contrato, levando em conta que a frota de veículos da cidade

em questão não ultrapassava 3.000. 5. Ademais, a sentença estabelece a isenção do pagamento do pedágio aos moradores da cidade, por um período determinado, ou seja, até que se construa uma via alternativa de acesso, com a finalidade de possibilitar a locomoção dos moradores dentro da cidade. SUEXSE00121669320104030000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE. TRF3- ORGÃO ESPECIAL. e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/02/2011.

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PAGAMENTO DE PEDÁGIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PROVIMENTO DO RECURSO. · Insurge-se a Agravante contra a decisão interlocutória proferida pelo MM. Juízo a quo que, nos autos da ação ordinária ajuizada em face da CONGER – COMPANHIA DE CONCESSÃO RODOVIÁRIA JUIZ DE FORA – RIO DE JANEIRO E DNER – DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTRADA DE RODAGEM do MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, objetivando que a Agravada se abstenha de cobrar do Agravante e de seus familiares e prestadores de serviço o pedágio que é exigido no posto de localização do KM 45,5 da Rodovia Rio de Janeiro – Juiz de Fora, indeferiu o pedido de antecipação de tutela, ao reconhecer a ausência dos requisitos legais necessários à sua concessão, especialmente, a verossimilhança das alegações da parte autora. · Reconhecido que assiste razão ao Agravante, na medida em que de acordo com o laudo pericial, o Agravante somente escapa da cobrança do posto de pedágio, optando por deixar a Rodovia Rio de Janeiro – Juiz de Fora, 4 (quatro) Km antes do posto, trafegar 20 (vinte) Km pela Estrada União Indústria, volta à Rodovia Rio de Janeiro – Juiz de Fora, e prossegue por mais 6 (seis) Km até a Fazenda do Cedro, retorna em um desvio na altura do posto de pedágio, para então trafegar os 500 (quinhentos) metros até a entrada da Fazenda do Cedro, dessa forma o eventual desvio realizado na Estrada União Indústria não se mostra razoável como via alternativa, obrigando o Agravante e sua família, assim como seus prestadores de serviço a percorrerem um trajeto de 26,5 Km, gerando um custo maior com combustível e de manutenção dos veículos superior ao preço do pedágio, que poderia ser de apenas 500 (quinhentos) metros. · Demonstrada a violação ao direito constitucional de ir e vir, além de acarretar um enriquecimento sem causa aos beneficiários da cobrança do pedágio. · Provido o recurso, para deferir o pedido de tutela antecipada e prejudicado o agravo interno. AG200502010043451, Relator: Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO, TRF2- QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data::16/07/2008.

Em sentido contrário, existem aqueles que pugnam pela legitimidade da cobrança do pedágio, mesmo diante da inexistência de via alternativa.

Esses tem sua posição baseada basicamente na ideia de que não há “letra morta” na Constituição. Logo, se esta, ou mesmo a legislação infraconstitucional, não ditou expressamente a necessidade de via alternativa, quando ressaltou a possibilidade de cobrança de pedágio, porque haveríamos de considerar tal exigência?

Improcede a afirmativa de que a cobrança do pedágio estaria condicionada à prévia existência de alternativa viária desimpedida. Nem a lei das concessões de serviço público nem a própria Constituição Federal estabeleceram referida condição para a cobrança da exação (FÁBIO MARCELO REZENDE, 1997, p. 1480)

Esse posicionamento tem no Superior Tribunal de Justiça sua principal fonte de jurisprudência.

Destaca-se, pois, algumas delas, a começar por parte do voto do Ministro Teori Albino Zavascki (relator), que, em sede de recurso especial, colocou a questão da seguinte forma:

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 nem na lei e nem na Constituição. É certo que a referida cobrança importa forma de limitar o tráfego de pessoas. Todavia, essa mesma limitação, e em grau ainda mais severo, se verifica quando, por insuficiência de recursos, o Estado não constrói rodovias ou não conserva adequadamente as que existem, impondo aos usuários percursos mais longos ou desgastes e avarias em seus veículos. Consciente dessa realidade, a Constituição Federal autorizou a cobrança de pedágio em rodovias conservadas pelo Poder Público, inobstante a limitação de tráfego que tal cobrança acarreta. Diz a Constituição, em seu art. 150: "... 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 ".

Assim, 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 8.987/95, que regulamenta a concessão e permissão de serviços públicos, nunca impôs tal exigência. Pelo contrário, nos termos do seu art. 9º, parágrafo primeiro, (introduzido pela Lei 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. "

No mesmo sentido, destaca-se:

ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. COBRANÇA DE PEDÁGIO EM RODOVIA FEDERAL POR EMPRESA CONCESSIONÁRIA. LEI 9.648/88. DESNECESSIDADE DE EXISTÊNCIA DE SERVIÇO PÚBLICO QUE DISPONIBILIZE GRATUITAMENTE VIA ALTERNATIVA DE TRÂNSITO. EXIGÊNCIA SOMENTE APLICÁVEL A SITUAÇÕES EXPRESSAMENTE PREVISTAS EM LEI, QUE NÃO É O CASO DOS AUTOS. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS PARA O FIM DE RECONHECER LEGÍTIMA A COBRANÇA DO PEDÁGIO E IMPEDIR A DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS.

1. O acórdão recorrido dispôs, para se preservar a legalidade da cobrança de pedágio de empresa concessionária que administra rodovia federal, ser necessária a disponibilização de via pública alternativa e gratuita para os usuários, motivo pelo qual julgou indevida a exigência de pedágio. Contudo, tal exegese está equivocada, uma vez que a Lei 9.648/88, que regula a questão controversa, não faz tal exigência.

2. Com efeito, a disponibilização e oferta de via pública alternativa e gratuita para os usuários, em caráter obrigatório, somente deve ser imposta quando objeto de previsão expressa de lei.

3. RECURSOS ESPECIAIS interpostos pela Rodovia das Cataratas S/A, pelo Estado do Paraná e pela União PROVIDOS para o fim de reconhecer legítima, na espécie, a cobrança do pedágio, e impedir a devolução das quantias pagas. RECURSO ESPECIAL Nº 617.002/2003 – PR, Relator: MINISTRO JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJ: 29/06/2007.

Não resta dúvida de que este último posicionamento também tem fundamento legal. Mas, partindo-se da ponderação dos princípios envolvidos, chega à conclusão de que a efetividade da liberdade de trânsito tem, no caso em questão, predominância.

Analizando o art. 150 da Constituição, percebe-se que a cobrança de qualquer exação, tributária ou não, tem como parâmetro de direcionamento as garantias já asseguradas aos contribuintes. O artigo em questão, quando ressalva, em seu inciso V, a possibilidade de cobrança do pedágio, excepciona o fato de este poder estabelecer limitação ao tráfego de pessoas e bens, mas implicitamente considerando o respeito garantias constitucionais já estabelecidas. Ou seja, admite-se a cobrança do pedágio, mas *“sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte”* (art. 150, caput).

Seria incoerente reconhecer que a Constituição demanda vasta proteção ao direito fundamental de ir e vir, direito este reconhecido até mesmo no âmbito internacional, através do Pacto de São José da Costa Rica, e admitir que o mesmo fosse violado de forma tão notória.

A liberdade de trânsito está prevista no artigo 5º da Constituição Federal, entre aqueles denominados direito e garantias fundamentais, considerados pela própria Constituição como cláusulas pétreas, núcleo imutável desse dispositivo normativo. Essas cláusulas guardam um conjunto de disposições essenciais à própria existência do ordenamento jurídico brasileiro, não podendo, portanto, ser extintas ou mesmo limitadas no sentido de diminuir seu conteúdo.

Nesse sentido, mesmo reconhecendo que não há hierarquia entre normas constitucionais, pode-se, do ponto de vista valorativo, reconhecer que cláusulas pétreas são hierarquicamente superiores às demais normas constitucionais, o que afirmaria a flagrante inconstitucionalidade de outras normas que lhe fossem contrárias. Assim sendo, a interpretação da Constituição deve se dar a partir dessas cláusulas e o restante dela, deve estar em conformidade com tais normas. Desta forma, nessa linha de pensamento, o pedágio cobrado sem a prévia disponibilidade de via alternativa seria inconstitucional, 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 a esta se submeter.

Ainda afirmando a referida inconstitucionalidade, mas dispondo de outro viés argumentativo, destaca-se a titularidade da capacidade arrecadatória.

Quem defende a constitucionalidade do pedágio, mesmo na inexistência de via alternativa, afirma basicamente a sua natureza tarifaria, já que a tarifa não é tributo e, portanto, não necessita do Poder público como autor da obrigação “tributária”, podendo ser cobrada pelo particular (concessão). No entanto, como já suficientemente explanado neste trabalho, a tarifa é uma exação facultativa, tendo o usuário a opção de usufruir ou não da utilidade objeto da cobrança. Mas, parece lógico que se o usuário somente tem uma opção de escolha, ou seja, se para se deslocar de uma cidade a outra, ou de um município a outro, ele só pode utilizar uma via e nesta via está sendo cobrado, por uma empresa particular, o pedágio, o requisito da facultatividade foge ao caso, tornando-se a exação compulsória, pois, ou o usuário paga ou não se desloca. Tornando-se a exação compulsória, sua natureza passa a ser tributária (taxa), não podendo ficar a cargo do particular sua cobrança, o que a coloca novamente no caminho da inconstitucionalidade.

Ainda há parcela da doutrina que destaca o argumento de que declarar a inconstitucionalidade do dispositivo em análise seria fugir a realidade brasileira, pois se já faltam recursos públicos para a manutenção da malha rodoviária existente, quanto mais para investimento na construção de vias alternativas. Isso acabaria inviabilizando praticamente todos os contratos de concessão rodoviária já em andamento.

Tal argumento, entretanto, não tem fundamento lógico.

A má-administração dos recursos públicos, feita pelo Estado, não pode ser convertida em ônus ao contribuinte. Este já paga impostos, como o IPVA (Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores) e o ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços), ambos com parte da arrecadação destinada às rodovias, com objetivo de poder dispor de uma malha ferroviária que lhe possibilite um trânsito seguro. Cobrar o pedágio sem lhe dá a possibilidade de transitar por uma via alternativa, seria o mesmo que tributar o contribuinte duas vezes pelo mesmo fato gerador, o que é expressamente vedado pela Constituição.

Isso nos leva a conclusão de que somos nós contribuintes que pagamos pela manutenção, restauração ou modernização de estradas ou rodovias, sendo dever do Estado permitir o trânsito seguro por elas, sem que nos seja obrigado pagar nova “tarifa”.

Assim, a interpretação que nos parece melhor se coadunar com os dispositivos elencados na Constituição é a da inegável garantia do direito de locomoção, sendo necessária a disponibilização de via alternativa para legitimar a cobrança do pedágio.

Ressalta-se, por fim, que tais questão já chegaram a nossa Corte Máxima, o Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a presença da repercussão geral nessas questões, mas ainda não dispôs sobre o mérito da causa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através das considerações iniciais – sobre a teoria geral dos direitos fundamentais, sua relevância e aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, as dimensões em que tais direitos são consolidados e as acepções neles refletidas, destacando-se essencialmente a relevância do direito fundamental à liberdade de trânsito – verificamos, inicialmente, a ligação entre o processo de consagração de tais direitos em nossa Constituição e tentativa de limitação de um deles, o direito de ir e vir.

No que tange à natureza jurídica do pedágio, conclui-se que o instituto tanto pode ser taxa quanto tarifa, a depender do ângulo de visão adotado. Nesse trabalho, buscou-se trabalhar com a tese de que o pedágio tem natureza dúbia, sem deixar de lado o destaque das outras ideias. Considerando a compulsoriedade, concluiu-se que, havendo via alternativa, o pedágio será tarifa. Não havendo, o mesmo comporta-se como taxa.

Diante dessa dubiedade, destacou-se ainda a discussão que envolve a autoridade responsável pela arrecadação tributária. Conforme disposição constitucional, para os tributos de maneira geral, somente o Estado pode se colocar como autor da tarefa de arrecadar o tributo. Portanto, comportando-se o pedágio como taxa, não pode o particular participar de sua arrecadação, o que afasta a possibilidade da cobrança pelo concessionário. Já como tarifa, caberia a este a arrecadação.

Isso deixou claro que, não havendo via alternativa, caracterizando, portanto, a natureza jurídica do pedágio como taxa, não caberia a cobrança ao concessionário, daí um dos motivos de sua inconstitucionalidade.

Além disso, levando em consideração a hierarquia valorativa presente nas normas constitucionais, a inconstitucionalidade perpassa ainda pelo já citado direito fundamental à liberdade de locomoção, expressivamente defendido na Carta Magna, não podendo, pois, ser obstado pela exigência de uma prestação pecuniária.

Buscou-se destacar os principais posicionamentos da jurisprudência sobre o tema, tanto sobre a afirmação da necessidade de via alternativa, como sobre a importância do direito de ir e vir. Quanto à doutrina, o assunto foi abordado de forma um pouco simplificada, tendo em vista a existência de poucas obras tratando do tema em específico, mesmo considerando sua grande importância.

Dessa forma, o principal objetivo do presente trabalho foi apresentar a problemática em torno de um assunto pouco estudado no ramo do direito constitucional, mas fundamental importância na defesa de direitos ditos fundamentais. Assim, conclui-se frisando a que entendimento chegou-se com esse trabalho: que a cobrança do pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público sem a necessária concessão de via alternativa livre e desonerada fere o direito a livre locomoção, consagrado entre os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 4.ed. São Paulo: Método, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

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.

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

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

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 8.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 09 de novembro de 2013.

_____, 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> Acesso em: 09 de novembro de 2013.

_____, 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>- Acesso em: 09 de novembro de 2013.

_____, 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>- Acesso em: 09 de novembro de 2013.

_____, 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: 09 de novembro de 2013.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 617.002. Rel. Min. José Delgado, Inteiro Teor do Acórdão, DJ, 29.06.2007. Disponível em:

<http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_consumidor/jurisprudencia/juris_legitimidade/Resp417804-PR_0.htm>. Acesso em: 09 de novembro de 2013.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 927.810. Rel. Min. Francisco Falcão, Inteiro Teor do Acórdão, DJ, 11.06.2007. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200700303264&dt_publicacao=11/06/2007>. Acesso em: 09 de novembro de 2013.

_____, Superior Tribunal de Justiça. AgRg na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1.304/RJ. Rel. Min. Presidente do STJ, Inteiro Teor do Acórdão DJ, 23.09.2011. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201001837162&dt_publicacao=23/09/2011>. Acesso em: 09 de novembro de 2013.

_____, Superior Tribunal de Justiça. AgRg na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1.240/SP. Rel. Min. Presidente do STJ, Inteiro Teor do Acórdão, DJ, 06.06.2011. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201000925728&dt_publicacao=06/06/2011>. Acesso em: 09 de novembro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 645.181/SC. Rel. Min. Ayres Britto. Inteiro Teor do Acórdão, DJe 02.05.2012. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28pedagio%29&base=baseRepercussao&url=Error>>. Acesso em: 09 de novembro de 2013.

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

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.

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.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

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 novembro 2013

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

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. **Sequência**. revista do curso de pós-graduação em direito da UFSC, Florianópolis, dez. 2009.

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

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Taxa e Preço Público”, in Caderno de Pesquisas Tributárias nº 10, 2003.

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

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

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo 4. Direitos Fundamentais. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.