

**INTERPRETAÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO:
ANÁLISES A PARTIR DO PEDÁGIO.**

Maurício Batista Berni

*Tese apresentada ao curso
de Pós-Graduação em Direito
da Universidade Federal de Santa Catarina
como requisito à obtenção do Título de
Doutor em Direito.*

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

FLORIANÓPOLIS

1994

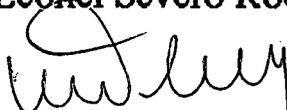
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

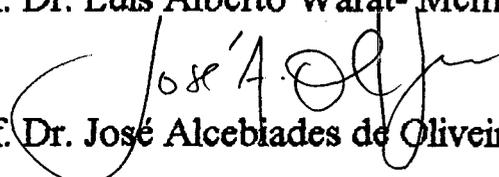
A tese INTERPRETAÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO: ANÁLISES A PARTIR DO PEDÁGIO elaborada por MAURÍCIO BATISTA BERNI e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, com distinção e louvor, foi julgada adequada para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

Florianópolis, 23 de setembro de 1994.

BANCA EXAMINADORA:


Prof. Dr. Leonel Severo Rocha- Presidente


Prof. Dr. Luis Alberto Warat- Membro


Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Júnior- Membro

Prof. Dr. Raffaeli De Giorgi- Membro

Prof. Dr. João Wanderley Geraldi- Membro

Professor Orientador:


Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha 

Dedico este trabalho a Neiva, sempre companheira, como Vinícius e Paulo, meus jovens companheiros.

A meus pais, sempre presentes.

Agradeço a meu orientador, Leonel Severo Rocha, sempre atento em todos os momentos de realização do Presente trabalho.

A Luis Alberto Warat, cujas inquietações inspiraram-me.

RESUMO.

O presente estudo visa o exame das práticas judiciais, consideradas a partir de um determinado caso concreto. O objetivo é o de refletir sobre as interpretações jurídicas realizadas pela dogmática dominante, contrapondo - numa visão crítica - as possibilidades de novas atitudes diante do ato interpretativo, face aos estudos de Semiologia.

O caso concreto eleito remete a um instituto de renovada importância no direito tributário brasileiro: O Pedágio. No exame do caso foi necessário retomar a jurisprudência dominante, bem como diversos conceitos relativos à teoria dogmática tributária: "tributo", "taxa", "preço", "vínculo jurídico", "serviço público".

Partindo dos conceitos tributários, abriu-se uma discussão sobre as possibilidades da implementação do pedágio, diretamente a cargo do Estado ou por intermédio dos

particulares mediante concessão. Uma tal discussão envolve enfrentamentos do tipo ideológico.

Neste terreno, o tema estudado permite uma reflexão mais ampla sobre o atual papel interpretativo da dogmática jurídica no contexto de consolidação da democracia brasileira.

RESUMEN.

El presente estudio tiene en mira el examen de las prácticas judiciales, vistas a partir de un determinado caso concreto. El objetivo es el de reflexionar sobre las interpretaciones jurídicas realizadas por la dogmática dominante, contraponiendo - en su visión crítica - las posibilidades, nuevas actitudes delante el acto interpretativo, considerando los estudios de semiología jurídica.

El caso concreto elegido se refiere a un instituto de una renovada importancia en el derecho tributario brasileiro: El peaje. Para examinar este caso concreto fue necesario analizar la jurisprudencia dominante, como también diversos conceptos relativos a la teoría dogmática tributaria: "tributo", "tasa", "precio", "vinculo jurídico", "servicio público".

Partiendo de los conceptos tributarios se abrió una discusión sobre las posibilidades de la implementación del peaje, directamente a cargo del Estado o por intermedio de los

particulares mediante concesión. Discusión que envuelve un enfrentamiento de tipo ideológico.

Entrando en el terreno ideológico percibimos que el tema estudiado permite una reflexión más amplia sobre el actual papel interpretativo de la dogmática jurídica, en los contextos de consolidación de la democracia brasileña.

RÉSUMÉ.

Cet'étude fais l'examen des les pratiques judiciaux dès un cas concrèts. L'objectif c'est la réflexion sur les interprétations juridiques amenés para la dogmatique dominante, en contre - avec un regard critique - des possibilités des nouvelles attitudes em face de l'acte d'interprétation avec l'aicte des études de Sémiologie.

Le cas concrète choisy renvoi à un institute très important dans le droit des tribut brésilien - le Péage. Dans l'examen du cas a été besoin reprendre la jurisprudence dominante, aussi que concepts difers de la théorie dogmatique: "tribut", "taxe", "prix", "vincule juridique", "service publique".

Dès de concepts classiques on a ouvert une discussion sur les possibilités d'imposition du péage directement par l'État ou, au contraire, par les individus comme concession. Ce débat a des combats idéologiques.

Dans ce terrain le sujet étudié ouvre le chemin pour une réflexion plus grande sur le rôle interprétatif de la dogmatique juridique em la consolidation de la démocratie brésilienne.

SUMÁRIO.

INTRODUÇÃO.....	1
1. CONCEITUAÇÕES DOGMÁTICO-TRIBUTÁRIAS BÁSICAS.....	8
1.1. PARA UMA ANÁLISE DOGMÁTICA.....	8
1.2. DA NOÇÃO DE TRIBUTO.....	9
1.3. TRIBUTO E SOBERANIA ESTATAL.....	13
1.4. OS IMPOSTOS COMO ESPÉCIE TRIBUTÁRIA.....	17
1.5. DA NOÇÃO DE PREÇO.....	19
1.6. O PREÇO E OS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	20
1.7. OS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	24
1.8. DO PREÇO E DA TAXA.....	27
2. OS VÍNCULOS JURÍDICOS DE DIREITO PÚBLICO E DE DIREITO PRIVADO.....	33

2.1. NOÇÕES GERAIS.....	33
2.2. OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS.....	34
2.3. A OBRIGAÇÃO JURÍDICA NO DIREITO PRIVADO.....	36
2.4. A PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO.....	38
2.5. A OBRIGAÇÃO JURÍDICA NO DIREITO TRIBUTÁRIO.....	43
2.6. A OBRIGAÇÃO JURÍDICA NO CASO DO PEDÁGIO.....	45
3. HISTÓRICO E A SITUAÇÃO ATUAL DO PEDÁGIO.....	47
3.1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A ORIGEM.....	47
3.2. O PEDÁGIO E A LIMITAÇÃO AO TRÁFEGO.....	50
3.3. AS CONTROVÉRSIAS DIANTE DA ATUAL REDAÇÃO.....	52
3.4. PEDÁGIO COMO TAXA OU PREÇO.....	54
3.5. O PEDÁGIO-IMPOSTO.....	59
4. A EXPERIÊNCIA DO PEDÁGIO NO RIO GRANDE DO SUL.....	62
4.1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA.....	62
4.2. O PRODUTO DA ARRECADAÇÃO.....	65
4.3. ASPECTOS JUDICIAIS DA QUESTÃO.....	66
4.4. PREÇO POR DECRETO.....	78
4.5. CONCLUSÕES SOBRE O CASO CONCRETO.....	80

5. O PEDÁGIO COMO TAXA OU PREÇO:	
ALGUMAS DECISÕES JUDICIAIS.....	82
5.1. QUESTÕES RELATIVAS AO SÊLO-PEDÁGIO.....	82
5.2. CONTROVÉRSIA EM TORNO DAS RODOVIAS PAULISTAS.....	86
5.3. AS RELAÇÕES ENTRE OS CASOS APRESENTADOS.....	87
6. A INTERPRETAÇÃO DOGMÁTICA NO DIREITO	
E EM ESPECIAL NO DIREITO TRIBUTÁRIO.....	95
6.1. INTEGRAÇÃO E INTERPRETAÇÃO NO DIREITO	
TRIBUTÁRIO BRASILEIRO.....	95
6.2. INTERPRETAÇÃO TRIBUTÁRIA E LINGUAGEM.....	99
6.3. HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÕES TRADICIONAIS.....	102
6.4. A DOGMÁTICA JURÍDICA E SUAS INTERPRETAÇÕES.....	105
6.5. A INTEGRAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	118
7. A INTERPRETAÇÃO NO DIREITO: JUÍZES E SABERES.....	120
7.1. INTERPRETAÇÃO, RETÓRICA E ILUSÃO.....	120
7.2. INTERPRETAÇÃO E REGRAS DO JOGO.....	126
7.3. A FUNÇÃO DA DOGMÁTICA REDEFINIDA.....	132
7.4. DAS POSSIBILIDADES DE UMA VISÃO CRÍTICA.....	134
7.5. O PEDÁGIO NUMA VISÃO DICOTÔMICA.....	138

7.6. O PEDÁGIO E O SENTIDO DA DIFERENÇA ENTRE PREÇO E TRIBUTO.....	144
7.7. O SENTIDO DA VIA ALTERNATIVA.	147
7.8. SERVIÇOS PÚBLICOS: A DIFÍCIL CONCEITUAÇÃO.	149
CONCLUSÃO.....	162
ANEXO I.	173
ANEXO II.....	201
ANEXO III.....	219
ANEXO IV.	222
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	234
BIBLIOGRAFIA.....	242

INTRODUÇÃO.

1. Trata o presente trabalho de examinar, a partir de um caso concreto (atualmente em discussão nos tribunais brasileiros) referente ao instituto denominado "pedágio", as suas várias possibilidades frente à interpretação jurídica, dogmática e crítica, especialmente nos últimos vinte anos.

Nesse sentido, levaremos em conta o aspecto da interpretação como forma de comunicação através da linguagem natural na qual é enunciada, numa tentativa de averiguar suas relações com a prática cotidiana de juízes e advogados.

A importância do caso prático decorre de dois aspectos emergentes. Primeiro, porque a discussão sobre a implantação de pedágios nas rodovias brasileiras ressurge com intensidade, merecendo uma nova abordagem, sob o prisma da Constituição de 1988 e à luz dos mais recentes métodos de interpretação. Segundo, porque tal discussão envolve também uma outra, relativa à exploração de tais pedágios diretamente pelo

Estado ou mediante concessão a particulares. Esta questão, que não é objeto de discussão central do presente trabalho, precisa ser aventada, em razão dos aspectos políticos e ideológicos daí decorrentes, e que interferem no ato interpretativo.

O trabalho está dividido em duas partes. A primeira, que se ocupa de conceituações tributárias básicas e a análise de um caso concreto de pedágio. A segunda, da interpretação da lei tributária e de algumas abordagens críticas do ato de interpretação com referência específica aos impasses provocados pela função interpretativa do saber do direito.

O primeiro capítulo trata das conceituações básicas relativas às espécies tributárias (impostos e taxas, especialmente), além da noção de preço (público e privado). Neste mesmo capítulo trataremos dos serviços públicos, para verificar as possibilidades de atuação do setor privado nos mesmos, encerrando-o com uma tentativa de distinção entre preço e taxa, sempre visando a figura do pedágio.

No segundo capítulo, fazemos uma breve análise acerca das diferenças entre os vínculos jurídicos de direito obrigacional público e privado. Tal exame, secundário em relação ao tema principal, é importante para compreender a dimensão da compulsoriedade, existente, ou não, quando da cobrança do pedágio.

Até aqui encaminhamos os pressupostos que nos permitirão discutir especificamente o pedágio. Sobre ele, mais detalhadamente, trataremos nos capítulos terceiro, quarto e quinto. No capítulo terceiro realizamos um breve histórico sobre o pedágio na legislação constitucional brasileira, para chegar até atual e presente controvérsia sobre o tema.

No capítulo quarto fazemos uma particular análise de recente decreto executivo do Estado do Rio Grande do Sul, referente à instituição do pedágio através da cobrança de preço, e não de tributo.

Como decorrência, chegamos a uma das discussões centrais da presente tese (capítulo quinto), qual seja, averiguar as diversas situações nas quais o pedágio apresenta-se como preço ou taxa. Aqui, também serão examinadas outras experiências de sua instituição, tanto no âmbito federal como no âmbito de outras legislações estaduais, cotejados, então, com o caso concreto apresentado no capítulo anterior, ou seja, a específica situação do caso sulriograndense.

Feitas até o momento análises dogmáticas genéricas e o estabelecimento de conceituações nesse campo e análise de um caso concreto, estamos em condições de tentar realizar uma análise sobre a interpretação crítica (segunda parte). Esta tarefa, realizada a partir capítulo sexto, exigiu um revisitar de algumas teorias críticas sobre o direito, especificamente no que se refere à interpretação jurídica no Brasil. Para tanto, foi necessário

apresentar o pensamento dos principais autores que trabalham nessa direção. Isto não significa uma análise exaustiva, mas apenas o registro necessário dos nomes que mais se destacaram, desde as últimas décadas até o presente.

Escolhemos a Luis Alberto Warat como horizonte teórico, por ser o introdutor da epistemologia crítica do direito no Brasil e quem logo provocou todo um marco de questionamentos profundos à mesma. Nos anos setenta Warat elaborou as bases do pensamento contradogmático brasileiro, e, nos anos noventa, induziu a um questionamento do pensamento contradogmático que havia criado, reivindicando uma volta à nova forma da dogmática jurídica: redefiniu o Estado de Direito (que antigamente havia questionado), elogiou o mito da neutralidade judicial e pregou a conservação das ficções que sustentam a idéia da segurança no direito.

Tudo isto por quê? É a interrogação que motivou a realização desta pesquisa, nossa pergunta inicial. No trabalho tentamos, a partir do caso concreto do pedágio, dar respostas a esta aparente contradição do pensamento waratiano.

Existe outra razão porque escolhi Warat. Ela é de índole estritamente pessoal. Meu trabalho, desde os anos setenta, encontra-se ligado a Warat: como secretário-geral da "Associação Latino-Americana de Ensino do Direito" (ALMED) e no Conselho de redação da Revista Contradogmáticas. Fui participante, juntamente com Leonel Severo Rocha, Rosa Maria Cardoso da

Cunha, José Augusto Brillhante Ustra, Roberto Vernengo, entre outros, da configuração desse pensamento contradogmático, e é deste lugar que pretendo falar (o que não implica que esteja fazendo um elogio à minha participação no movimento, o que não me cabe). É preciso que o leitor compreenda a razão profunda que me provocou o deslocamento waratiano da contradogmática e o desfecho crítico do capítulo sexto.

Estabelecidos alguns conceitos doutrinários e efetuada a análise de um caso concreto, e posteriormente realizada uma análise crítica sobre a interpretação, tentamos, no capítulo sexto, estabelecer as necessárias relações entre técnica e teoria dogmáticas e as possibilidades de sua interpretação crítica. Ou seja, da importância de inserir, nas práticas diárias, novos instrumentos de análise, sem o abandono dos tradicionais (como pretendem desavisadamente alguns) que permitam uma melhor aproximação do direito com a realidade social.

Nossa proposta, neste sentido, é de que precisa-se conciliar a teoria (renovada) com as práticas do direito. Daí a escolha de um determinado instituto jurídico-dogmático tradicional, como objeto de estudo dessas práticas. Uma tentativa de demonstrar, também, a imensa dificuldade de operar complementarmente com dois campos que se têm mantido distanciados: a técnica dogmática e sua própria teoria, de um lado, e uma visão crítico-teórica, de outro.

2. Para a realização da presente tese, utilizou-se o método indutivo, o da observação participativa e a pesquisa bibliográfica.

O método indutivo na medida em que partimos do conhecimento acerca de dados singulares e de proposições de menor generalidade, tais como conceitos teórico-dogmáticos sobre tributo, taxa, preço e outros, como já assinalado anteriormente.

O método de observação participativa, porquanto na condição de Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, elaborei os fundamentos dogmáticos que permitiram a fixação de posição do Supremo com relação ao pedágio, após a Constituição de 1988; do mesmo modo, a já referida participação no movimento contradogmático.

A pesquisa bibliográfica atende, por outro lado, ao nosso objetivo principal, que é o de examinar, a partir de um caso concreto judicial, alguns aspectos da interpretação jurídica atual. Escolhemos, para esta tarefa,, trabalhar com livros, revistas, periódicos e jurisprudência, além do estudo de caso, a recente legislação do Estado do Rio Grande do Sul, já foi objeto de estudos preliminares na monografia apresentada como um dos pré-requisitos à presente tese.

Para tornar mais objetiva a leitura do texto, optamos pela citação direta, evitando, assim, o contínuo deslocamento do leitor ao rodapé.

Como limite espacial, restringimos a análise à experiência brasileira. Eventuais referências a modelos estrangeiros visam apenas contribuir para o melhor entendimento de determinados conceitos.

Esta escolha, conscientemente tomada, está adequada aos limites do trabalho, que visa, como já observado, apenas o estudo teórico das práticas judiciais e como são vistas pelos intérpretes, sem nenhuma preocupação, neste momento, com o direito comparado, que merece, por si só, um trabalho à parte.

Finalmente, é preciso esclarecer que a limitação aos últimos vinte anos (aproximadamente) é devida ao fato de a minha experiência pessoal na área jurídica ter permitido ser testemunha dos embates travados nesse período, que coincidiu como os regimes militares em nosso país.

Tais experiências nos permitem, hoje, realizar um balanço crítico da própria crítica, no sentido de analisar, desprendidos do tempo, quais dessas experiências podem contribuir para o futuro. Uma tentativa de não permanecer preso ao passado, mas a possibilidade de continuamente renovar, o que implicará, necessariamente, na necessidade de reconhecer a validade de certas regras formais que renegamos há um tempo atrás.

CAPÍTULO I.

1. CONCEITUAÇÕES DOGMÁTICO-TRIBUTÁRIAS BÁSICAS.

1.1. PARA UMA ANÁLISE DOGMÁTICA.

Pretende-se realizar, de modo privilegiado, até o capítulo sexto, um estudo de alguns conceitos da dogmática tradicional tributária. As críticas a realizar cingir-se-ão a este campo (numa visão interna ou intradogmática), sem levar em conta a visão externa, que efetuarei no capítulo sétimo.

Dividir o presente trabalho através da utilização dos pontos de vista interno e externo tem por objetivo estabelecer um balanço que possa reivindicar um retorno menos ilusório das práticas tradicionais da dogmática tributária. Por tais razões, não podemos prescindir do estudo desses conceitos

dogmáticos dominantes, única forma que nos poderá permitir sugerir mudanças não desqualificadoras nessas atitudes.

1.2. DA NOÇÃO DE TRIBUTO.

A definição dos tributos e de suas espécies, dos fatos geradores e dos contribuintes exige necessariamente a edição de lei complementar (artigo 146, III, "a", da Constituição Federal).

Por outro lado, Código Tributário Nacional, com força de lei complementar, foi recepcionado pelo atual Texto Constitucional (naquilo que não conflita com este), pelo que dispõe o artigo 34, § 4º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. É o caso da definição de tributo, que vem expressa no artigo 3º do referido Código Tributário:

"art. 3º - Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda corrente ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em

lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada".

Assim, qualquer tributo, seja imposto, taxa ou contribuição, carrega a característica da compulsoriedade por força da própria lei.

Os tributos, sem exceção, carregam a marca indelével da compulsoriedade. Ao contrário das relações jurídico-obrigacionais de direito privado, são unilaterais.

A compulsoriedade dos tributos decorre da potestade tributária, uma das características mais importantes deste instituto. Tal potestade está intimamente ligada à soberania do Estado, que se exerce, nos Estados democráticos. Para Gian Antonio Micheli (1978:58), "O poder de editar normas jurídicas tributárias constitui uma manifestação do poder legislativo, expressão da soberania. Ele pertence, como já assinalamos, ao Estado, ao qual a Constituição confere a função legislativa, ou normativa primária".

Embora o renomado autor refira-se ao Texto Constitucional italiano, não é diferente o tratamento conferido na legislação brasileira. Assim é que o artigo 150, I, estabelece que é vedado a qualquer dos entes tributantes (União, Estados, Distrito Federal e municípios) "exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça".

Portanto, o vínculo obrigacional que se estabelece entre o contribuinte e o Estado (através de cada um dos entes tributantes, nas suas competências específicas, tem como uma das suas grandes características a compulsoriedade, aliada esta à potestade tributária do Estado, que decorre da lei (lei formal, criação do poder legislativo) o que, pelo menos formalmente, deixa o contribuinte ao abrigo dos princípios democráticos.

A compulsoriedade pressupõe uma função de garantia chamada princípio da legalidade ou da reserva legal consagrado no Brasil, segundo o qual nenhum tributo poderá ser exigido ou aumentado sem lei anterior (art. 155, I, da Constituição Federal).

As principais conseqüências jurídicas atribuídas ao princípio da legalidade estão estabelecidas em cinco proibições fundamentais:

- a) a retroatividade da lei tributária que prejudique ao contribuinte.
- b) a existência de um tributo sem norma escrita.
- c) a criação ou aumento de tributo no mesmo exercício.
- d) O uso da analogia em relação à criação de tributo.

e) A existência na legislação tributária de tributos vagos e indeterminados.

Todas estas deduções do princípio da legalidade são lingüisticamente insustentáveis.

Como assinala Luis Alberto Warat (1977:43) em relação ao princípio da legalidade no direito penal, que equivale: "Distintamente do que acontece na lógica simbólica, ou nas matemáticas, que trabalham com uma linguagem formalizada, todas as normas jurídicas, inclusive as penais, estão expressas em um tipo de linguagem que se chama natural. Essa linguagem possui como características inafastáveis a vagueza, a ambigüidade, a anemia de seus termos, etc.

Em função dessas características é necessária uma redefinição significativa no ato de sua interpretação, não existindo um ato de interpretação que não seja redefinitório.

O juiz redefine sempre o sentido dos termos, razão pela qual as previsões emergentes do princípio da legalidade são todas fictícias (porém, necessárias).

Os tributaristas negam preservam as ficções do princípio da reserva legal, distinguindo a produção das normas tributárias, onde se dariam essas garantias dos atos de interpretação, valendo-se neles, analogia, princípios gerais do direito; distinção esta absolutamente impossível de ser sustentada dado a natureza

lingüística dos textos legais. Voltarei a ocupar-me disto no capítulo sétimo.

1.3. TRIBUTO E SOBERANIA ESTATAL.

Tal idéia sobre a soberania é assente na doutrina internacional, e não sofreu reparos quando da introdução dos tributos no Brasil. Rubens Gomes de Sousa (1975:39), um dos primeiros grandes doutrinadores do país definia o tributo como sendo "a receita derivada que o Estado arrecada mediante o emprego da sua soberania, nos termos fixados em lei, sem contraprestação diretamente equivalente, e cujo produto se destina ao custeio das finalidades que lhe são próprias".

A referência que o autor faz à ausência de contraprestação diretamente equivalente pode gerar confusões, daí que ele mesmo tem o cuidado de alertar que, "mesmo no caso das taxas, embora estas sejam retribuição de serviços ou atividades especiais do Estado, não existe uma equivalência direta entre o montante do tributo e o valor do serviço ou atividade para o contribuinte, porque é sempre o Estado que fixa unilateralmente o montante da taxa" (1975:162).

Outro renomado pioneiro tributarista, Ruy Barbosa Nogueira (1964:57) afirmava que "Em razão da soberania que o Estado exerce sobre as pessoas e bens de seu território, êle pode impor sobre essas pessoas e sobre êsses bens, tributação (soberania fiscal), como também impor-lhes regulamentação (soberania regulatória)".

Modernamente, também não existem dossenções, afirmando Celso Ribeiro Bastos (1992:141-142), que "é uma constante na doutrina universal o reconhecimento de ser a coerção o elemento primordial do tributo. De fato, não há como escapar-se a essa conclusão. Os indivíduos não colaboram voluntariamente para o custeio do Estado. Embora compreendam que este não pode subsistir sem a contribuição financeira de seus súditos, a verdade é que cada um procura evadir-se de cumprir a sua parte nessa tarefa ou, ao menos, reduzi-la ao mínimo. Daí surgir a inexorabilidade de vencer-se essa resistência, e só a força jurídica emanada das prerrogativas de imperium do Estado pode fazê-lo". O autor chama a atenção, no entanto, para o fato de que tal coerção não significa arbítrio, mas a necessidade de sujeição do contribuinte, dentro das regras do jogo democrático. Daí a preocupação das modernas Constituições (a brasileira é exemplo significativo) em prescrever minuciosamente os direitos e garantias individuais, como proteção ao arbítrio.

E, neste sentido, com Carrazza (1993:211), é possível afirmar que "No Estado-de-Direito, pelo contrário, os

governantes (tanto quanto os governados) sujeitam-se ao império da lei. Nele, o Poder Público age *secundum legem* e, em suas relações com os governados, submetem-se a um regime de direito, vale dizer, pauta sua conduta por regras que, com outorgarem e garantirem os chamados direitos individuais apontam os meios que ele poderá empregar, para a consecução de seus fins".

Do que foi até aqui exposto, é importante ressaltar, naquilo que interessa ao presente trabalho, que o tributo é uma contribuição compulsória dos cidadãos, fundada na lei e em obediência rigorosa aos princípios constitucionais tributários como também específicos aos princípios constitucionais gerais. Quanto às demais características dos tributos, que não interessam diretamente ao presente trabalho, remetemos à definição do Código Tributário Nacional, já enunciada acima.

Esta visão dos tributaristas merece algumas considerações. Na verdade, trata-se de um discurso que busca (mesmo que inconscientemente) legitimar o monopólio do poder estatal e encobrir, através da identificação do poder do Estado à lei, as relações de dominação.

De qualquer maneira, é preciso advertir, como Rocha (1985:66) que, "apesar do evidente conteúdo ideológico da identificação do Poder à lei, que impede a discussão do Poder da lei, não posso deixar de ressaltar o fato de que o discurso da Lei em suas ambigüidades fornece alguns espaços críticos aptos a

dialetizarem positivamente certas manifestações das classes dominadas."

Alerta, ainda, que, na ausência desse Estado de Direito, do que são exemplos os Estados autoritários, são exatamente as classes dominadas as mais prejudicadas. Deste modo, reconhecendo-se tais deficiências no discurso jurídico, em razão da pluralidade discursiva, a Lei permite a abertura dos espaços críticos, apesar do autoritarismo e de certos juristas dogmáticos.

Ainda segundo Rocha (1985:67), "A partir das características do poder apresentadas pela doutrina jurídica dominante nas Escolas de Direito, consegue-se estabelecer uma formação discursiva integrante do senso comum teórico dos juristas, através da qual obtêm-se as intermediações semiológicas necessárias para legitimar o exercício do poder soberano estatal".

Da mesma forma, os tributaristas buscam no Poder Soberano a legitimidade para a imposição tributária. "A soberania obteria sua legitimidade do próprio Direito, isto é, para que o Estado possa arrogar um exercício legítimo do poder soberano, precisa autolimitar-se normativamente. Só desta maneira justificar-se-ia o dever de obediência. Vê-se, assim, que os juristas estabelecem a legalidade como condição de legitimidade. O que não deixa de ser, por um lado, uma contradição lógica (pois afirma, ao mesmo tempo, a existência de um poder soberano ilimitado) e, por outro, uma proposta ideológica que pretende sugerir a possibilidade da manifestação do poder soberano à margem do jogo político da

sociedade. Desta forma, os juristas despolitizam o poder, em suas análises "eidéticas", normativando-o. Despolitizar o poder é limitar o espaço público de manifestação dos conflitos à moldura da lei".

Significa dizer que os conflitos ocorrentes em matéria tributária atravessam o social da mesma maneira que em qualquer outra instância do direito. Seus conflitos passam a ter como condição de significação o reconhecimento da lei tributária.

1.4. OS IMPOSTOS COMO ESPÉCIE TRIBUTÁRIA.

Os impostos, por força das disposições constitucionais, estão discriminados expressamente (o que não impede a criação de outros impostos, a cargo da União, em situações determinadas, cujo exame não interessa ao presente trabalho).

Além da característica da discriminação expressa na Constituição Federal, os impostos são cobrados independentemente de uma atuação específica em relação aos contribuintes. É o que estabelece o artigo 16 do Código Tributário Nacional: *Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.*

O imposto, portanto, constitui-se numa obrigação desvinculada de qualquer prestação específica de parte do Estado em relação aos contribuintes.

No que se refere à exigibilidade de um imposto relativamente ao trânsito de veículos (ou mesmo estacionamento), tal se caracterizaria se nenhuma atividade de construção ou melhoria das vias públicas se operasse, bastando o fato circulação ou estacionamento. Como veremos adiante, a Constituição brasileira não admite um imposto sobre trânsito (que seria uma forma jurídica do pedágio).

Com relação às taxas, diferentemente dos impostos, é imprescindível a existência de uma atuação estatal, seja pelo exercício do poder de polícia, seja pela prestação de serviço específico e divisível em relação ao contribuinte, conforme vem definido no artigo 77 do Código Tributário Nacional.

Segundo Rosa Maria Galán (1991:71), "La tasa es, por tanto, una obligación de carácter público, para cuyo cumplimiento la Administración aparece dotada de todo su poder, al ser capaz de exigir el pago mediante un procedimiento especial y autónomo, como es del apremio".

1.5.

DA NOÇÃO DE PREÇO.

Uma das diferenciações importantes para o presente trabalho é referente ao tratamento outorgado pela doutrina brasileira a preços e tributos.

Os preços genericamente classificam-se em preços quase-privados e preços públicos (dentre esses os preços políticos). Os primeiros, segundo Rubens Gomes de Souza (1975:36) são "as receitas cobradas pelo Estado tendo em vista exclusivamente o interesse dos particulares na atividade desempenhada pelo governo, sendo o interesse público meramente accidental. É o que ocorre quando o Estado desempenha atividades tipicamente privadas, como a exploração do comércio ou da indústria, concorrendo com os demais comerciantes ou industriais em situação de igualdade de mercado. A posição do Estado, em tais casos, é portanto idêntica à dos particulares, só não se chamando a receita de 'preço privado' porque o seu titular é uma entidade pública".

Com relação aos preços públicos, Gomes de Sousa (1975:37) os define como "receitas cobradas pelo Estado tendo em vista principalmente o interesse dos particulares na atividade desempenhada pelo governo, mas atendendo também, embora subsidiariamente, à existência de um interesse público geral e coletivo nessa atividade. Também aqui se trata de desempenho, pelo Estado, de atividades tipicamente privadas; porém, a existência de

um interesse público secundário justifica que o Estado se reserve a exclusividade do seu exercício, eliminando a concorrência por meio do monopólio legal. É o caso dos correios e telégrafos".

Para Hely Lopes Meirelles (1971:34-35), "os preços - ao contrário dos tributos - são retribuições facultativas da aquisição de bens ou da utilização de serviços transferidos ou prestados pela Administração Pública ou por seus delegados ou mesmo por particulares, a quem os adquira voluntariamente. Daí que o preço tanto pode ser cobrado pelo Poder Público como pelo particular".

Por aí se percebem alguns elementos diferenciadores, quais sejam, em relação aos preços, e tão somente em relação a eles, a voluntariedade da prestação, a possibilidade de prestação pelo Poder Público ou pelos particulares, e ainda a peculiaridade dos serviços prestados.

1.6. O PREÇO E OS SERVIÇOS PÚBLICOS.

Já podemos delinear, portanto, algumas distinções fundamentais. De um lado, o denominado preço quase-privado, que se refere ao preço cobrado pelo órgão público quando no exercício de uma atividade tipicamente privada. Como se viu, a

única diferença com relação ao preço cobrado pelo particular (no exercício de atividade particular) é com relação ao agente ativo da relação contratual: ora o Estado (preços quase-privados), ora o particular no exercício de atividade particular (preço privado).

Com relação aos preços públicos, e são estes que interessam diretamente ao presente trabalho, como se viu da exposição de Hely Lopes Meirelles acima, eles tanto podem ser cobrados pelo Estado como pelos particulares, quando no exercício da atividade pública delegada. Não discrepa Bernardo Ribeiro de Moraes (1987:159), que conceitua o preço público "como a prestação pecuniária, decorrente da livre manifestação da vontade do comprador, exigida pelo Estado ou órgão estatal, ou empresa associada, concessionária ou permissionária, pela venda de um bem material ou imaterial".

Desta maneira, o preço público tem como uma das suas principais características, sem exclusão de outras, a liberdade contratual.

Geraldo Ataliba (1989:142-155) espousa entendimento totalmente diverso. Para ele, desde a Emenda Constitucional nº 18/65 acabou-se a possibilidade de cobrança de tarifa ou preço como remuneração dos serviços públicos. Para ele, o atual texto constitucional não deixa dúvidas (artigo 145,II), pois o serviço público seria inegociável, fora do comércio, indisponível. Daí a impossibilidade de existência da liberdade de contratar, essencial para a caracterização do preço.

Inobstante tal ponderável opinião, a doutrina tradicional continua predominante, assim como a jurisprudência (entendida, aqui, no sentido que lhe é dado pelo direito continental), no sentido de o legislador ser livre para escolher entre a cobrança de taxa ou preço para a remuneração de serviço público.

Parece-nos acertada esta interpretação. É verdade que até a Emenda Constitucional nº 18/65 estabelecia (artigo 30, III) que, além dos impostos, taxas e contribuições, os entes tributantes poderiam exigir outras remunerações por suas atividades, e que a partir de então, tal dispositivo foi suprimido.

Desta forma, como o atual artigo 145, Constituição atual, acima citado, não refere expressamente a autorização para remunerar os serviços públicos de outra forma que não impostos, taxas e contribuições, entende o citado autor, que qualquer outra forma é vedada.

Creemos ser possível identificar um equívoco no raciocínio desenvolvido por Ataliba. Para identificá-lo, é importante reproduzir o artigo 30 da Constituição de 1946 e o atual 145.

"art. 30: União, Estados e Municípios, poderão exigir, além dos impostos: I - taxas; II - contribuições; III - outras remunerações por suas atividades". (Constituição de 1946).

"art. 145: A união, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

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

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas" (Constituição de 1988).

Como se pode observar das redações constitucionais acima, o texto anterior previa a possibilidade de exigir-se, pela prestação de serviço público, além de impostos, também taxas, contribuições e outras remunerações...

A atual Constituição é redigida de forma totalmente diferente. A expressão "além dos impostos", não mais existe, e foi substituída pela expressão "os seguintes tributos". Desta forma, o atual silêncio, neste dispositivo constitucional, da menção a "outras remunerações" dos serviços públicos, não as exclui. Na verdade, e simplesmente, o legislador constitucional tratou, no artigo 145 (e seguintes), apenas de matéria tributária. Daí a mudança

de redação, para estabelecer apenas e tão somente as figuras tributárias. Quanto aos preços, bem, estes, por não estar compreendidos no sistema tributário, não deveriam estar previstos nesse capítulo.

Tanto corresponde à lógica constitucional esta interpretação, que o artigo 175 da atual Constituição estabelece que "incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos". No seu parágrafo único, inciso III, que a lei disporá sobre a política tarifária. Ora, isto, outra coisa não é que a expressa autorização para a cobrança de tarifas pública (preços públicos).

Desta maneira, é já possível afirmar que os preços ou tarifas públicas podem ser cobrados, tanto pelo Estado como pelos particulares, quando da remuneração de serviços públicos, sendo possível identificar o ato negocial nessas atividades e, portanto, a livre vontade de contratar.

1.7. OS SERVIÇOS PÚBLICOS.

Recorrendo ainda a Hely Lopes Meirelles (1992:266), pode-se dizer que os serviços prestados pelo Estado

podem ser essenciais ou apenas úteis, pelo que o mesmo distingue o que denomina de *serviços públicos* de *serviços de utilidade pública*. Analisa, também, as dificuldades de conceituar-se serviço público, que será sempre variável, dependendo de cada comunidade e dos interesses econômicos, políticos, sociais, etc. que preponderarem em cada momento histórico. Desta forma, conceitua os *serviços públicos propriamente ditos*, como aqueles "que a administração presta diretamente, por reconhecer a sua essencialidade e necessidade para sobrevivência do grupo social e do próprio Estado". Exemplifica como serviços que podem enquadrar-se nesta modalidade os relativos a defesa nacional, de polícia e os de preservação da saúde pública.

Já os *serviços de utilidade pública*, são os que a Administração, reconhecendo a sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente, ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários" (Meireles, 1992:266). Como exemplos, cita os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás e telefone. Nada obsta, assim, que também o serviço de construção e manutenção de rodovias seja enquadrado nesta categoria.

Cretella Junior (1979:202-203) não discrepa deste entendimento, subdividindo os serviços públicos em próprios e impróprios, reservando a esta última categoria os serviços de

utilidade pública, que também podem ser prestados pelos particulares.

Desta maneira, podemos estabelecer, já com referência ao pedágio pela utilização de rodovias, tratar-se de um serviço público impróprio, relativo a uma utilidade pública, a ser prestado, tanto pelo Estado como pelos particulares.

Diferentemente, os serviços públicos propriamente ditos, ou seja, os que sejam considerados essenciais, segundo os autores citados, somente poderão ser remunerados através de tributos.

Celso Ribeiro Bastos (1992:43-45) também alinha-se entre os que admite a possibilidade de o Estado atuar das ditas atividades industriais ou comerciais tidas de utilidade pública. É bem verdade que este autor defende a privatização de tais serviços, incluindo-se entre os que entendem que o Estado é um administrador ineficiente. Esta opinião, sem dúvida, tem uma forte carga emotiva neoliberal, não explicitada no discurso desse autor.

De qualquer modo, e mesmo pensando desta maneira, está entre os que admitem, pelo menos no aspecto meramente jurídico, a legalidade da participação efetiva do Estado nesses serviços de utilidade pública, cobrando, portanto, preços públicos. Exemplos típicos dessa cobrança são os serviços postais, no Brasil historicamente administrados pelo poder público (o que

não impede a sua exploração pelos particulares, como também ocorre atualmente no Brasil).

1.8. DO PREÇO E DA TAXA.

Com relação à cobrança da prestação do serviço, é preciso verificar quando estamos diante de preço ou tributo.

No preço, viu-se que uma de suas características é de que a sua cobrança não é compulsória, diferentemente do que ocorre com os tributos. Aliomar Baleeiro sobre o tema escreveu (1986:330-331):

"A Súmula, do S.T.F., nº 545, de 3-12-69, diz: 'Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu'.

Mas a taxa não tem por base um contrato, seja de Direito Privado, seja de Direito Público. Ela, como todo tributo, é obrigação *ex lege*. Cabe quando os serviços recebidos pelo contribuinte resultam de função específica do Estado, ato de autoridade, que por sua natureza repugna ao desempenho do particular e não pode ser objeto de concessão a este".

Discorrendo sobre o preço, lembra que não está sujeito ao rígido princípio da legalidade, podendo ser fixado pela autoridade administrativa, apenas perdendo esta característica que a lei torna obrigatório o seu pagamento (Op. cit., p. 331).

Segundo Bernardo Ribeiro de Moraes, (1987:171), já analisando especificamente a figura do pedágio, "sem a menor dúvida, toda prestação facultativa paga pela utilização das vias de comunicação, cuja arrecadação é destinada a cobrir despesas de construção e manutenção das mesmas, não possui natureza tributária alguma. Trata-se de preço público (tarifa), exigido pela utilização da via de transporte em razão da circulação de veículo pelo respectivo local".

Ainda no dizer de Bernardo Ribeiro de Moraes (1987:171), o pedágio pode apresentar-se "como taxa, no

caso de ser criada uma prestação compulsória para as pessoas que utilizem a via de circulação, auferindo, pela utilização, o benefício das obras públicas (atividade estatal dirigida ao contribuinte). É a taxa de pedágio".

Como se pode observar, é muito mais próxima a relação entre preço público e taxa do que entre preço público e imposto. Neste último o Estado simplesmente exige uma determinada prestação pecuniária sem uma contraprestação vinculada ao pagamento. O produto da arrecadação dos impostos, além de ser objeto de repartição entre os entes tributantes (União, Estados e Municípios), deverá ser empregado pelo poder público competente de acordo com o que for estabelecido no respectivo orçamento. Assim, fosse possível legalmente a cobrança de um imposto de trânsito, por esta cobrança o Estado não prestaria um serviço específico e o produto da arrecadação seria destinado, em orçamento, a qualquer serviço público (em saúde ou educação, por exemplo), e não necessariamente na construção ou melhoria das rodovias.

Com relação às taxas, como se afirmou, as semelhanças com o preço público são mais próximas, o que exige uma distinção mais detalhada. A taxa de pedágio pode ser criada, desde que o poder público competente ofereça um serviço público específico e divisível. No caso, o serviço seria caracterizado como específico em razão da individualização dos contribuintes. No caso do pedágio, também a quantia arrecadada deve ser empregada na

construção ou na melhoria das vias de comunicação (evidentemente, dependendo do que estabelecer a Constituição e sua legislação inferior). E divisível, na medida em que além de dirigir-se a contribuintes determinados, somente será cobrado daqueles que efetiva ou potencialmente utilizem o serviço.

Desta maneira, as taxas podem ser cobradas, ou pelo exercício do poder de polícia, ou pela prestação (efetiva ou potencial) de serviço público. Com relação ao pedágio, somente é possível admitir sua existência, enquanto taxa, quando houver um efetivo serviço prestado ao usuário (e específico e divisível).

Com relação ao pedágio como preço público, as semelhanças com a taxa são evidentes. Em ambos os casos exige-se a prestação de um serviço por parte do órgão estatal. A quantia arrecadada obrigatoriamente deve ser empregada para manutenção do serviço fornecido ao contribuinte ou usuário. A distinção fica por conta da própria diferença entre tributo e preço: no primeiro caso há compulsoriedade na cobrança, no segundo caso, não. Como é possível, no caso do pedágio, a inexistência de compulsoriedade, é matéria que mais adiante será tratada.

É estabelecido um preço público, portanto, como remuneração de um serviço prestado pelo poder público (através da administração direta ou indireta), serviço este que secundariamente pressupõe a existência de um interesse público determinado. Além disto, a cobrança não pode ser compulsória, mas

permitir ao usuário uma opção (a voluntariedade do pagamento é essencial).

Para Celso Ribeiro Bastos (1992:53):

"Taxa é uma modalidade tributária, conseqüentemente, submetida às prerrogativas e às restrições que são próprias dos tributos. Só pode ser utilizada quando o Poder Público exerce o poder de polícia ou quando presta ao contribuinte um serviço público específico e divisível ou, ao menos, coloca à sua disposição. Daí se segue que pode haver cobrança de taxa sem efetiva fruição efetiva do serviço. É o que a Constituição chama de 'utilização potencial' (art. 145, II).

O preço público ou tarifa, por sua vez, é toda cobrança de um serviço efetivamente prestado, portanto fruído pelo particular que o contratou por ato de vontade".

A nosso ver, tais distinções entre preço público e taxa são fundamentais para que se estabeleçam as

possibilidades de cobrança do pedágio e as regras para sua criação. Podemos afirmar preliminarmente (o que será melhor examinado adiante) que a *taxa-pedágio* pode ser criada em consonância com as regras tributárias, e o *preço-pedágio*, de acordo com as regras próprias do ordenamento jurídico Constitucional-Administrativo, numa perspectiva dogmática.

CAPÍTULO II.

2. OS VÍNCULOS JURÍDICOS DE DIREITO PÚBLICO E DE DIREITO PRIVADO.

2.1. NOÇÕES GERAIS.

Para que se possa entender a questão relativa à compulsoriedade dos tributos e voluntariedade presente nos preços públicos, é preciso lembrar a essencial diferença entre o vínculo obrigacional de direito privado e o vínculo obrigacional de direito público.

No primeiro caso, de acordo com as teorias dogmáticas do direito, o acordo de vontades é fundamental, e deve ser estabelecido de forma livre e consciente entre as partes que se obrigam. É impensável a existência de um vínculo obrigacional

entre particulares (ou mesmo entre particulares e Estado), de livre pacto, sem a voluntariedade e consciência na prática do ato jurídico. Já em relação ao vínculo obrigacional de direito tributário, é irrelevante a vontade do particular. Quem estabelece o vínculo jurídico entre as partes é a lei e somente ela. Desta forma, quando o pedágio for instituído com as características de taxa, é irrelevante a vontade livre e consciente do contribuinte. Basta a existência de lei que esteja em acordo com os princípios constitucionais e legais que informam a instituição da taxa.

É preciso registrar, no entanto, que as observações acima referem-se apenas às relações contratuais (ex-contratu), pois apenas em relação a estas é que é possível fazer a distinção e a que nos interessa, pois é a que primeiramente permite estabelecer uma distinção com os preços públicos. Voltaremos ao tema mais adiante, neste mesmo capítulo, quando abordarmos a obrigação como vínculo de direito privado.

2.2.

OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS.

Tais posturas conceituais têm encontrado amparo na jurisprudência brasileira, como é o caso do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Moreira Alves (1984:51-52):

"Preço Público é preço contratual, que constitui contraprestação de serviços de natureza comercial ou industrial - e que, por isso mesmo, podem ser objeto de concessão a particulares -, serviços esses prestados por meio de contrato de adesão. Para haver preço público é necessário existir contrato, ainda que tacitamente celebrado, e o contrato, ainda quando de adesão, dá a quem pretende celebrá-lo, se aderir às condições dele, a liberdade de não contratar, atendendo à sua necessidade por outro meio lícito".

Com relação ao preço público, embora a administração pública também tenha de agir de acordo com a lei (a vontade pública é a vontade expressa na lei, e não a vontade do agente público), o vínculo jurídico-obrigacional a ser estabelecido entre as partes (aqui não mais contribuinte, mas usuário) depende da livre concordância. Com relação ao pedágio visto como preço público, importa dizer que o contribuinte deve aderir livremente ao pagamento.

Não havendo este mínimo de liberdade, não se pode falar nem mesmo em contrato de adesão. Não tendo algum

meio alternativo para realizar o que necessita, neste caso, passar, não se caracteriza a bilateralidade da relação. Ou seja, é condição necessária, para a constituição do pedágio como preço, que exista uma via alternativa de passagem, o que quer dizer que o preço, no pedágio, constitui-se como uma obrigação alternativa. O usuário tem a liberdade de pagar o preço ou utilizar a via alternativa. No caso da inexistência da obrigação alternativa, o pedágio deixa de ser preço para erigir-se em tributo, o que demanda a sua criação através de Lei.

As relações obrigacionais de direito privado e de direito público, embora semelhantes, diferem, assim, completamente, quando apontamos para o nascedouro de uma e de outra. No primeiro caso, a liberdade de contratar, no segundo, a vinculação obrigatória, em virtude da lei.

2.3. A OBRIGAÇÃO JURÍDICA NO DIREITO PRIVADO.

Não é nossa pretensão aprofundar demasiadamente os temas de direito civil. De qualquer modo, é preciso delimitar alguns conceitos, na medida em que o próprio direito tributário serve-se dos mesmos para instrumentalizar-se.

O direito obrigacional, em primeiro lugar, ao lado de sua forte característica da liberdade de contratar, carrega a marca da pessoalidade. Isto porque, pensar em obrigações apenas no direito obrigacional, é desconhecer que direitos e deveres também existem fora do direito obrigacional. Pontes de Miranda alertava que:

"Porque a direito corresponde dever, de que o devido é objeto a prestar-se, e a pretensão corresponde obrigação, sem que se possa negar que há pretensões e obrigações fora do Direito das Obrigações".

Reiterando: existe diferença entre obrigação civil e tributária quanto ao nascimento, uma compulsória por lei e outra dependente da vontade das partes. Não podemos deixar de assinalar, entretanto, que a diferenciação entre a obrigação privada e pública se desvanece pelo fato de que nenhum deles garante o cumprimento dos contratos. A dogmática civilista garante a liberdade de contratar através do princípio da força obrigatória dos contratos, isto é, afirma que o direito civil garante o cumprimento obrigatório dos contratos. Os contratos se fazem para ser em cumpridos, o que não é outra coisa, como diz Entelman (1970:85), é um mito, já que só excepcionalmente o direito garante o

cumprimento dos contratos. O que o direito privado garante é a indenização substitutiva pelo descumprimento. Não existe a compulsoriedade no cumprimento da obrigação e isto ocorre da mesma maneira com os tributos, já que a lei tributária, frente ao descumprimento, só garante a execução forçada dos bens.

Assim é que, nos direitos reais também existe uma vinculação obrigacional. O que vai diferenciá-las é o fato de que nestas, o titular do direito tem um direito sobre uma coisa, e pode estendê-lo à universalidade dos homens. Ao contrário, no direito obrigacional senso restrito, a relação se estabelece apenas entre as pessoas que se vincularam diretamente.

2.4. A PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO.

De qualquer modo, a manifestação de vontade é essencial para a formação do vínculo obrigacional. No Direito Civil, essa manifestação pode ocorrer de forma unilateral ou bilateral.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1989:146), os "direitos pessoais são usualmente entendidos como uma faculdade atribuída ao titular em relação a uma pessoa, a fim de que esta

realize um ato ou uma omissão, garantidos por uma pretensão em face de alguém de terminado, o devedor).

Também estas conceituações sofrem reparos na doutrina. O próprio Ferraz Jr. cita Kelsen, para lembrar que também nas relações de direitos reais, as relações, na verdade, são entre pessoas, e não entre coisas, com a diferença de que nestes últimos direitos, muitas vezes o sujeito passivo é indeterminado.

Inobstante, para o que nos interessa, é preciso registrar que nos direitos pessoais obrigacionais, o vínculo que se estabelece entre pessoas caracteriza-se pelo livre arbítrio.

É preciso observar, a esta altura, que o direito privado cada vez mais publiciza-se. Nos dias atuais encontramos uma diversidade de obrigações conferidas aos particulares por força da lei. Os diversos planos econômicos pelos quais o Brasil tem passado ultimamente são um bom exemplo disso. Neles, o Estado impõe, através de lei, obrigações a serem cumpridas nas próprias relações entre os particulares, como a proibição dos aumentos de preços (que em geral são pactuados entre as partes, pelo menos teoricamente).

Ao lado das relações contratuais, onde a dogmática jurídica vislumbra a autonomia de vontade (o que deve ser também objeto de uma visão crítica, como veremos mais adiante), o direito privado cada vez mais sofre a intervenção do Estado. A complexidade cada vez maior das relações humanas e dos

Estados, apesar da forte presença do discurso neoliberal tem permitido tal interferência. Assim, é forçoso apontar também para a existência de relação jurídica obrigacional "ex-lege", não apenas nas relações entre os particulares, mas noutros tipos de relações entre o próprio Estado e os particulares.

Exemplificativa a colocação Gian Antonio Micheli (1978:56), ao dizer que "poder-se-ia, portanto, entender que hoje seria supérfluo procurar delimitar, na ampla categoria das prestações coativas do indivíduo em favor da entidade pública, a mais restrita subcategoria do tributo. Mas, ao lado de uma longa tradição em sentido contrário, existem hoje numerosas disposições constitucionais que pressupõem a nucleação de uma específica prestação coativa tributária, isto é, o tributo, ao lado de outras prestações coativas, pessoais e patrimoniais". A seguir, cita exemplos da Constituição italiana, para demonstrar a existência dessas outras prestações coativas, tais como expropriação mediante indenização e a imposição de obrigações e vínculos à propriedade imobiliária privada, com o fim de conseguir a racional exploração do solo e estabelecer relações sociais equânimes.

Não é diferente com a legislação de vários outros países, como também não o é no caso brasileiro, cuja atual Constituição Federal prevê, no artigo 22, XXIV, a desapropriação por necessidade ou utilidade pública e ainda por interesse social, mediante indenização; no mesmo artigo 22, XXV, a possibilidade de o Estado utilizar a propriedade privada por tempo determinado,

também mediante indenização; obrigatoriedade de adequado aproveitamento (definido em plano diretor Municipal), exigido dos proprietários de imóveis urbanos; o caso típico de responsabilidade objetiva, também extensiva às pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, etc.

Paes de Barros Leões (1971:8) arrola outros dois exemplos, contidos na legislação civil brasileira, quais sejam, a obrigação alimentar e os direitos e deveres de vizinhança.

Não se pode, portanto, perder de vista estes outros aspectos, até porque, como afirmou Gian Antonio Micheli (1978:59), "A sua nucleação tem, portanto, um valor, essencialmente classificatório, mas não é possível individualizar tal potestade como função distinta e autônoma, enquanto, repete-se, constitui apenas um aspecto, ainda que muito relevante, da função legislativa. E enquanto tal, ela se delinea como intimamente ligada à soberania do Estado, já que a atividade financeira e, em particular, aquela tributária, constitui o meio essencial para assegurar a própria sobrevivência do Estado e dos outros entes públicos institucionais, aos quais a lei estabelece finalidades a perseguir e disciplina as atividades a cumprir".

De qualquer modo, embora não se possa utilizar exclusivamente a compulsoriedade (que provém da potestade tributária), como caracter distintivo único de tributos e outras obrigações, ainda assim, reconhece o autor a sua relevância.

E, especificamente em relação aos preços públicos parece-nos que o tema é por demais relevante.

Ainda sobre o vínculo que se estabelece no caso da prestação alimentícia, importa trazer à colação a opinião de Navarro Coêlho (1990:33), para quem "O dever do alimentante decorre de um *fato lícito*, previsto em lei, que não constitui sanção de ato ilícito. No exemplo figurado, é preciso recorrer a certos aspectos da conseqüência da norma de tributação para divorciar a obrigação de dar alimentos da obrigação de dar, tributária, ambas de cunho pecuniário. A diferença residirá exatamente, já no plano de mandamento normativo, na qualidade do sujeito ativo. Somente as *pessoas naturais* recebem alimentos. Mais, a obrigação tributária é cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada, um dos elementos legais do conceito de tributo existente no CTN, o que não ocorre com a obrigação alimentar, cuja aplicação é feita pelas partes interessadas, na esfera civil, com ou sem interferência do judiciário".

Como se pode observar, nos casos em que somente a ausência de vontade das partes não for suficiente para o estabelecimento da diferenciação, aí sim, deveremos recorrer a outros elementos integrantes do conceito de tributo.

2.5. A OBRIGAÇÃO JURÍDICA NO DIREITO TRIBUTÁRIO.

O princípio basilar que informa a relação jurídico-obrigacional no direito tributário, tem origem no próprio direito público. Segundo Ferraz Jr. (1989:133), "o princípio máximo do direito público é o princípio da soberania. (...). No direito contemporâneo afirma-se que soberana é a lei, por força da Constituição, que encarna a vontade social, e que confere ao Estado e aos entes públicos de modo geral a competência para editar atos soberanos, isto é, dotados do *jus imperii*."

A soberania, portanto, exterioriza-se, no Estado moderno, através da lei que, nos Estados democráticos pressupõe a vontade popular, manifestada através de algumas das diversas fórmulas de exercício do poder representativo.

No direito tributário não poderia ocorrer de forma diversa. Aqui, também a manifestação de soberania deve estar regulada pela lei. No caso brasileiro, além do princípio geral da legalidade (artigo 5º, II, CF/88), segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei", existe a previsão específica do princípio da legalidade tributária, segundo o qual os entes tributantes não podem "exigir ou aumentar tributos sem que a lei o estabeleça.

Mario Pugliese está entre os que entendem que não existe um conceito próprio de obrigação tributária. O

conceito utilizado nesta área é o mesmo da teoria geral do direito, com especificidades que lhe são próprias. Para este autor (1976:169-170), "En nombre del Estado sus órganos financieros tienen, em efecto, competencia para actuar de conformidad com las leyes vigentes, exigiendo la ejecución de la obligación tributaria dentro de los limites fijados por esas leis. Solamente una ley constitucionalmente válida podría suspender o limitar la calificación de un tributo".

Desta maneira, mesmo reconhecendo que o direito tributário e a obrigação que se estabelece entre o Estado e os particulares têm a mesma natureza da relação jurídico-obrigacional de direito privado, a tributária contém algumas especificidades, a saber: são estabelecidas em lei (em nome da soberania estatal limitada pela vontade democrática) e, razão disso não podem delas disporem livremente, nem o Estado, nem os contribuintes.

O único livre (se é que se pode falar em vontade livre, neste caso) que pode praticar o cidadão é referente à opção entre realizar ou não realizar alguma atividade tributada. Assim, pode escolher entre praticar atos de comércio, ou não; pode escolher entre realizar uma compra e venda, ou não. Diferentemente do direito privado, onde poderá, ao constituir uma sociedade, estabelecer seu tipo, modo de gerenciamento, ou de uma compra e venda na qual pode discutir livremente o preço, na obrigação de direito tributário, em optando pelo exercício de determinada

atividade e efetivamente exercendo-a, está obrigado ao pagamento do tributo.

Tudo o que acima está dito, deve levar em conta, evidentemente, as considerações efetuadas no item dois do presente capítulo.

2.6. A OBRIGAÇÃO JURÍDICA NO CASO DO PEDÁGIO.

(como preço ou tributo)

Diante do que se expôs acima, as conclusões acerca da natureza da obrigação jurídica, no caso do pedágio, surge como uma decorrência lógica.

Desta maneira, podemos já estabelecer que o critério básico distintivo entre a obrigação que leva à cobrança de tributos (especificamente, para o que nos interessa, relativamente às taxas) e a que leva à cobrança de preços públicos está na voluntariedade, existente apenas nesta segunda espécie.

Para Fernando Casana Merino (1991:08), "por nuestra parte, entendemos que cualesquiera que sean los argumentos legales utilizados para distinguir entre tasa e precio, es el origen de la obligación el criterio que permite diferenciar entre

una y outra categoría. Si la obligación tiene carácter contractual, se basa en el acuerdo de voluntades, estaremos ante precio. Si por el contrario, tiene carácter *ex lege* estaremos ante una tasa".

As conseqüências daí advindas, nas cobranças de pedágios, caracterizados como taxas ou preços públicos, serão examinados adiante.

CAPÍTULO III.

3. HISTÓRICO E A SITUAÇÃO ATUAL DO PEDÁGIO.

3.1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A ORIGEM.

A discussão em torno da figura do pedágio, não apenas no Brasil, mas em todo o mundo, desde a antiguidade, tem sido caracterizada pela controvérsia.

O vocábulo pedágio (Ribeiro de Moraes, 1987:167), "provém do latim (*pedatus* - a um: que tem pés; *pedacticum*, onde se põe o pé), também conhecido como taxa de pedágio, taxa de rodágio (onde se põe as rodas), taxa de abertura e conservação de estradas ou taxa sobre circulação de veículos". Como se pode observar, nos dias de hoje seria mais correto denominá-lo de "rodágio", vez que destinado à cobrança pela passagem de veículos.

Inobstante, a tradição tem-se mostrado invencível, e por maior esforço que façam alguns doutrinadores, permanece mais usual a denominação de "pedágio", razão pela qual assim deverá ser tratado no presente trabalho.

Na sua origem (Pérsia, Egito, Roma) representava um privilégio de quem detinha o poder político.

Porém o produto da arrecadação destinava-se, não ao órgão político, senão que ao agente político que determinava a cobrança. De destacar-se, ainda, que a sua cobrança era exigida pelo simples direito de passar (Op. cit., p. 167). Também no Império dos Incas cobrava-se o pedágio (Navarro Coêlho, 1990:68), com a diferença de que, neste caso, havia caminhos construídos e conservados pelo Império.

Segundo Baleeiro (C. T. N. 1986:294), o pedágio teve largo emprego na idade média. Já no século XIX havia um grande número de barreiras para a cobrança de pedágio (apenas na Inglaterra e País de Gales, mais de 1.100 barreiras).

Nos Estados Unidos, a primeira estrada onde se cobrou pedágio (então como taxa), os denominados caminhos de pedágio (toll roads) foi instituída na Pensilvânia, em 1792. Tais caminhos de barreira (turnpike), são conhecidos até hoje e largamente utilizados nos Estados Unidos, podendo-se afirmar que este país tem, hoje, o que de mais moderno existe em termos de rodovias, graças à utilização do pedágio.

Porém, a exemplo do que ocorreu noutros países (Inglaterra e País de Gales), sofreram, no século XIX, uma grande derrota com o avanço das ferrovias. Reabilitaram-se, porém, e, na mesma Pensilvânia, em 1940, inaugurou-se a Pensilvânia Turnpike. Também a França, pouco antes da segunda grande guerra mundial instituiu vários pedágios, cobrados através de taxas. Nos Estados Unidos concedia-se a exploração e conservação a sociedades anônimas.

No Brasil Colônia, a primeira notícia sobre a existência de alguma cobrança relativa a vias de comunicação vem do período das capitâneas hereditárias, onde inaugurou-se a cobrança dos *direitos de passagem* dos rios (barcagem). Tal tributo, fiel às suas origens internacionais não era destinado ao tesouro imperial, senão que aos donatários das capitâneas.

Aliomar Baleeiro (1986:296), relata que "No Brasil, graças a BERNARDO PEREIRA DE VASCONCELOS, cremos, uma lei de 1835 dispunha sobre a construção de estradas e institua as 'taxas itinerárias'. O Pedágio foi cobrado pelos Municípios, na colônia e durante o século XIX, como 'imposto de portagem', exigível dos que utilizassem pontes e obras municipais de trânsito".

O atual ordenamento jurídico brasileiro também permite o pagamento do pedágio a particulares, porém, mediante a contraprestação de melhorias nas vias exploradas por estes, e não pela simples exploração do direito de passagem.

3.2. O PEDÁGIO E A LIMITAÇÃO AO TRÁFEGO.

Desde a primeira Constituição brasileira (de 1891) houve a preocupação de vedar aos poderes públicos o gravame à livre circulação de bens ou pessoas. Assim, proibia-se a criação de *impostos de trânsito*. Isto não impedia, porém, a cobrança de *taxas de pedágio*, sendo que a taxa era conceituada (Ribeiro de Moraes, 1987:168) "*tendo em vista o destino do produto de sua arrecadação e como o dinheiro arrecadado pelo pedágio se destinava a construção e manutenção de estradas, o pedágio foi conceituado e tido como taxa*".

As Constituições imediatamente posteriores, no entanto, vedaram a sua instituição. A partir da Constituição de 1946, mantendo-se a proibição de tributos que estabelecessem limitação ao tráfego de pessoas ou bens, pela primeira vez era ressalvada a cobrança de taxas, inclusive pedágio. Hely Lopes Meirelles (1971:35) entende que a inclusão do pedágio como taxa tratou-se de um evidente erro de técnica do constituinte de 1946. Mesmo erro técnico que passou para a Constituição de 1967.

Com a grande reforma tributária ocorrida a partir do golpe militar de 1964, concretizada na Emenda

Constitucional nº 18/65, alterou-se profundamente o conceito de taxa. O destino da arrecadação não mais foi considerado, bastando, para caracterizá-la, a prestação de serviços públicos específicos e divisíveis ou o exercício regular do poder de polícia. Isto levou Bernardo Ribeiro de Moraes (1987:170) a entender que o pedágio, exatamente por ter como característica a vinculação expressa do produto da arrecadação à construção ou manutenção de rodovias, deixou de existir, enquanto taxa. Além do mais, vedava-se a limitação ao tráfego, sem nenhuma exceção.

A Constituição de 1967 novamente introduziu a ressalva ao pedágio, proibindo a criação de qualquer outro tributo que implicasse transtornos à livre circulação de bens ou pessoas. É de ressaltar-se que, mesmo neste período, embora continuasse acirrada a discussão sobre a natureza jurídica do pedágio, poder-se-ia questionar a sua existência como tributo, e não como preço público.

A Emenda Constitucional nº 1/69 voltou a omitir a referência ao pedágio como exceção. O atual Texto Constitucional, no capítulo tributário (artigo 150, V), volta a excepcionar, admitindo a instituição do pedágio, como tributo pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público.

3.3. AS CONTROVÉRSIAS DIANTE DA ATUAL REDAÇÃO.

Diante da atual redação, surgiram posicionamentos respeitáveis de que, agora, o pedágio somente pode ser instituído como tributo.

Geraldo Ataliba e Aires Barreto (1988:90) assinalam que:

"O art. 150, V, da Constituição de 1988 põe término à discussão sobre o caráter tributário do pedágio. Não permite mais questionar: pedágio é tributo. E da espécie taxa. Remunera os serviços de conservação de estradas. Como a conservação é necessária, em razão do desgaste, pagarão pelo serviço os usuários, na medida do uso.

O art. 150, V, do Texto Constitucional dá a essência da materialidade da hipótese de incidência dessa taxa: 'pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público'. Essa descrição é plenamente harmônica com o conceito geral de taxa (art. 145, II): 'pela utilização... de serviços

públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição'."

Também Ives Gandra Martins (1990:166) afirma que:

"Por fim, o sexto princípio cuida da vedação à limitação ao tráfego de pessoas ou bens, no País, visto que o Brasil é uma Federação e não uma Confederação. A vedação é aos tributos estaduais e municipais, capazes de gerar tratamento diferenciado.

A exceção é feita aos pedágios, cuja natureza de taxa fica definitivamente consagrada no atual Texto Constitucional"

Duas questões controversas resultam das opiniões acima referidas. A primeira diz respeito à possibilidade de sua existência como imposto ou apenas como taxa. A segunda, refere-se à discussão sobre a característica unicamente tributária ou não, do pedágio.

3.4. PEDÁGIO COMO TAXA OU PREÇO.

Bernardo Ribeiro de Moraes (1987:170), ainda sob o exame da Emenda Constitucional nº 18/65 teve oportunidade de afirmar que:

"... Novo conceito de taxa foi admitido no ordenamento jurídico brasileiro, com menor área de abrangência. O destino do produto da respectiva arrecadação não mais caracterizava a taxa. Esta passou a ser admitida exclusivamente diante de duas razões jurídicas: em função do exercício regular do poder de polícia ou da utilização de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição...

...

A partir de então o pedágio não era mais admitido como *taxa*, como *espécie tributária*, uma vez que:

a) o novo conceito de taxa não admitia mais o pedágio como taxa, prestação compulsória.

Embora a análise de Bernardo Ribeiro de Moraes tenha sido efetuada à luz de outro Texto Constitucional, ainda hoje permanece atual, na medida em que as taxas continuam com as mesmas características, tanto pelo que dispõe a Constituição Federal de 1988 (artigo 145, II), como pelo que está estabelecido no Código Tributário Nacional, como se viu anteriormente (artigo 77).

Porém, parece-nos que neste aspecto, assiste razão a Geraldo Ataliba e Aires Barreto, mas apenas no sentido restrito de que a figura prevista no artigo 150, V, da Constituição Federal caracteriza-se como uma *taxa-pedágio*. Isto porque, embora em alguns períodos não houvesse a previsão constitucional, tal era desnecessária. O fato de ter-se alterado o conceito da taxa, a partir de 1965, desvinculando-se a sua cobrança do produto da arrecadação, adotaram-se outros parâmetros ainda identificáveis no pedágio. Assim é que em relação a este também existem as características da prestação de um serviço específico e divisível (podendo ser um serviço público de interesse secundário, como se viu). A diferença continua sendo a compulsoriedade da *taxa-pedágio*. E neste aspecto, nossa discordância com o posicionamento de Ataliba e Barreto.

O fato de a Constituição anterior (com a redação da Emenda Constitucional nº 01 de 1969) ter omitido a expressa ressalva à cobrança do pedágio (como antes já fizera a Emenda Constitucional nº 18/65 em relação à Constituição de 1946) não significa que nesses períodos o pedágio não poderia ser instituído como taxa.

Em decisão de Recurso Extraordinário, à luz da Constituição de 1967 (já com a redação da Emenda Constitucional nº 1/69), afirmou o Ministro Xavier de Albuquerque (1974:472):

"Tal escólio de interpretação histórica traz abono valioso à tese dos recorridos no sentido de que se suprimiu a ressalva porque desnecessária, não porque se pretendesse suprimir a instituição do pedágio.

Parece-me, aliás, que o fato de ter estado em nossos textos constitucionais, durante certos períodos, a ressalva expressa do pedágio, no ponto em que se cuidou da proibição tradicional de tributos de trânsito, deve ser tomado como contribuição pedagógica do constituinte em prol da conclusão de que tal ingresso não se inclui,

por sua própria índole, entre os tributos vedados.

Pode-se afirmar, assim que a inclusão ou exclusão expressa da ressalva é irrelevante, e que também foi possível, em quaisquer dos períodos constitucionais examinados, a existência da *taxa-pedágio*.

Hely Lopes Meireles (1971:35-36), depois de também confirmar que a inclusão do pedágio como exceção (tanto na Constituição de 1946 como na Constituição de 1967) constituiu simples erro técnico, afirma que a sua supressão posterior não autoriza, como fizeram alguns apressados intérpretes, a entender não mais estar autorizada a sua cobrança (nem como preço, nem como taxa).

É interessante situar, como informa Francisco Gonçalves Dias (1978:2) que, ao tempo da Emenda constitucional nº 01/69 (que não excepcionava a cobrança do pedágio), surgiram duas correntes: a dos que sustentavam a proibição da cobrança do pedágio, baseados no argumento singelo de que a Emenda não fez nenhuma referência ao pedágio, logo, o teria suprimido. Por outro lado, os que sustentavam tratar-se de erro técnico. Neste sentido a opinião de Hely Lopes Meirelles, já exposta.

Mas, também Geraldo Ataliba (1971) pensava desta maneira:

"Na verdade, a circunstância de se ter eliminado no novo texto constitucional a referência à taxa pedágio não importa a sua supressão, mas simplesmente, obriga a reconhecer que o legislador constituinte entendeu dispensável, supérfluo e despiciendo estar repetindo disposição de mero caráter pedagógico, anteriormente formulada e sem qualquer justificação para figurar no texto constitucional. Na verdade, a permissibilidade da cobrança da taxa pedágio já está contida na enunciação genérica das regras em torno do instituto jurídico da taxa, sendo inteiramente dispensável a reiteração específica que se continha na disposição mencionada na Constituição de 1967. Por isso foi suprimida na Emenda Constitucional nº 1. É errado, pois, pretender extrair daí o argumento de que passou a ser vedada".

Ora, não podemos concordar com a dupla lógica de Ataliba. Pois, se de um lado, não há necessidade da expressa previsão do pedágio como taxa (sendo, portanto,

desnecessária a sua inclusão na Constituição de 1988), não teria porque o mesmo afirmar enfaticamente de que, agora, não se permite mais questionar, sendo o pedágio uma taxa.

Na verdade, o que se pode dizer é que a disposição constitucional *expressamente veda a instituição de tributos que obstruam a circulação de pessoas ou coisas, com exceção da taxa-pedágio*. Tratando de preço, sua regulação jurídica não acontece no capítulo tributário da Constituição.

Por outro lado, também entendemos que a sua previsão como preço é "*dispensável, supérflua e despicienda*" e, "*Na verdade, a permissibilidade da cobrança do preço-público já está contida na enunciação genérica das regras em torno do instituto jurídico do preço-público*" (parodiando as expressões do próprio Ataliba).

3.5.

O PEDÁGIO-IMPOSTO.

Com relação à possibilidade atual da criação do *imposto-pedágio*, especialmente em razão do que estabelece o Texto Magno, é inevitável a conclusão de que sua instituição afigura-se inconstitucional.

Bernardo Ribeiro de Moraes (1987:171), examinando tema sob o texto constitucional da Emenda Constitucional nº 01 de 1969 (que não trazia a ressalva da cobrança do pedágio), entendia que:

"Como prestação-imposto é admitido apenas para a União, que tem competência tributária para criar outros impostos não previstos no sistema".

Naquele momento era possível sustentar tal opinião. Hoje, lembrando novamente a redação do artigo 150, V, da Constituição Federal de 1988, que ressalva a cobrança do pedágio (enquanto figura tributária) *pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público*, a conclusão nos parece que é diferente.

Embora tenhamos concluído pela desnecessidade da expressa ressalva para a instituição do pedágio, na medida em que esta outra vez foi incluída no Texto Constitucional, é preciso examinar a sua redação.

Assim é que a sua previsão de existência, enquanto tributo, é ressaltada apenas para os casos de utilização de vias conservadas pelo Poder Público, caracterizando uma vinculação a uma atividade estatal específica que a identifica com a

taxa. Os impostos, como vimos, são exigidos dos contribuintes independentemente de qualquer atividade estatal específica.

Daí a conclusão de que não é possível, hoje, a cobrança do *imposto-pedágio*.

Assim, o que releva analisar, já assentado que o pedágio pode ser instituído como taxa, é a possibilidade da sua criação como preço-público.

Um primeiro ponto a destacar é que, sendo desnecessária a ressalva Constitucional para a instituição do *pedágio-tributo*, da mesma forma é desnecessária a previsão de sua instituição como preço-público. O critério, portanto, para estabelecer-se a possibilidade de sua criação como tal, deve ser outro. É preciso desvendar, nas demais competências Constitucionais (e não nas tributárias), se o Poder Público está autorizado à sua cobrança.

CAPÍTULO IV.

4. A EXPERIÊNCIA DO PEDÁGIO NO RIO GRANDE DO SUL.

4.1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA.

Uma representação político-partidária (ver anexo I), propôs ação direta de inconstitucionalidade, com fundamento nos artigos 102, I, "a" e 103, VIII, da Constituição Federal, para que se declarasse a inconstitucionalidade do Decreto Estadual/RS nº 34.417, de 24 de julho de 1992, que instituiu a tarifa (pedágio) na estrada estadual RS/135. (antes, havia ingressado com mandado de segurança na justiça gaúcha, questionando o mesmo decreto).

As alegações, basicamente, são de que não se poderia, por decreto, instituir tal preço, vez que decretos somente

teriam poder de regulamentar uma determinada lei, inexistente no caso; não se trataria de preço ou tarifa, mas de verdadeira taxa e, como tal, somente por lei poderia ser criada. Ainda, que sendo criada por decreto, além de violar o princípio da legalidade, estaria ofendendo a vedação constitucional de limitação ao tráfego de pessoas ou bens.

No caso concreto acima relatado, afirma o autor, citando Alberto Deodato (Anexo I, p. 192):

"O debate da obrigatoriedade não é sobre se o tributo é obrigatoriamente pago, mas se o serviço que a taxa retribui é obrigatoriamente pedido, isto é, se o indivíduo é obrigado a pedir ou aceitar ESSE SERVIÇO ESPECIAL" (grifos nossos).

Cita, ainda, na referida ação o jurista, IVES GANDRA MARTINS (Anexo I, p. 193):

"Se o Estado fornecer um serviço público DE NECESSÁRIA UTILIZAÇÃO, SEM QUE O USUÁRIO POSSA ESCOLHER OUTRA ALTERNATIVA PARA DELE PRESCINDIR,

a relação que se vislumbra não é de mera coordenação entre as partes, mas de imposição (grifos nossos).

E arremata o próprio autor (Anexo I, p. 193):

"A particularidade que realmente identifica a tipicidade da taxa, ao mesmo tempo que a distingue do preço público e do imposto, é a forma compulsória ou exclusiva com que o serviço é prestado, NÃO RESTANDO AO USUÁRIO QUALQUER OUTRA ALTERNATIVA (grifos nossos).

Afirma ainda o autor (Anexo I, p. 199) que "quando o executivo, em sua discricionariedade, julga oportuno e conveniente cobrar pedágio pelo uso de via conservada pelo Poder Público Estadual, caso exemplificativo, dentre outros, da RS-135, entre Passo Fundo e Getúlio Vargas, e entende ser o pedágio preço e não taxa, como se sabe e ficou provado anteriormente, age em desrespeito a norma constitucional, afronta o princípio da legalidade, não atenta para o interesse público que emerge da vida comunitária e que certamente não é o de pagar mais encargos, principalmente para transitar QUE TEM COMO OPÇÃO EXCLUSIVA (grifos nossos).

Embora o caso concreto sob exame ainda dependa de decisão final, percebe-se que o próprio autor da aludida ação direta de inconstitucionalidade entende que HÁ NECESSIDADE DE VIA ALTERNATIVA PARA QUE SE DESCARACTERIZE A COMPULSORIEDADE, E, AO CONTRÁRIO, FIQUE CARACTERIZADO O PREÇO PÚBLICO.

Na verdade, existindo via alternativa, demonstrada sua existência, sem a mínima sombra de dúvida, está caracterizado o pedágio como preço e não como taxa, onde a compulsoriedade deve estar presente.

4.2. O PRODUTO DA ARRECADAÇÃO.

Constata-se, no presente caso concreto, que as quantias arrecadadas no pedágio da aludida rodovia, serão ali aplicados, por destinação específica, o que mais ainda caracteriza o preço público. No caso concreto em exame, os valores são depositados em conta específica, em Banco Estadual localizado na região onde é arrecadado o pedágio.

Além do mais, para melhor caracterizar a figura do preço público neste caso concreto, existe, no Estado do Rio Grande do Sul, Conselhos Regionais, que, segundo a legislação

estadual é formado por entidades representativas de cada região do Estado, que determinam as prioridades para aplicação dos recursos na estrada, ou seja, se em sinalização, recapeamento, etc.

Em se tratando de preço público, a remuneração obtida com a prestação do serviço que deu origem à cobrança, é claro, deve ser utilizado para a manutenção do serviço oferecido

Bem se vê, portanto, que a figura jurídica aqui discutida é efetivamente a do preço público. Está, pois, bem caracterizada a existência de via alternativa e demonstrado que as quantias arrecadadas serão aplicadas na própria rodovia.

4.3. ASPECTOS JUDICIAIS DA QUESTÃO.

Por outro lado, é preciso dar-se conta que as controvérsias em torno da figura do "pedágio" acirraram-se a partir da Constituição de 1988, pelo que se contém no artigo 150, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios, entre outros:

"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".

Apressadamente se tem concluído que, a partir do novo texto constitucional, o pedágio só pode ser instituído como tributo (taxa, mais especificamente).

Parece-nos errôneo este posicionamento. Não se pode esquecer que a limitação acima está inserida no capítulo constitucional tributário, e regula matéria tributária, apenas. Significa dizer que o pedágio, quando caracterizado como tributo, pode ser instituído, nas condições estabelecidas pelo inciso V do artigo 150. Neste caso, evidentemente, deve nortear-se, obrigatoriamente, pelas normas constitucionais tributárias.

Tal entendimento, todavia, não excluiu do campo jurídico, a possibilidade da instituição do pedágio como preço, desde que não caracterizada a sua natureza tributária. Não é outro a conclusão se pode tirar do que se lê no artigo 5º do Código Tributário Nacional:

"A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevante para qualificá-la:

I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei.

II - a destinação legal do produto de sua arrecadação".

Ora, senso contrário, não se caracterizando a figura jurídica pelos específicos elementos definidores de qualquer uma das espécies tributárias, tributo não é. O simples "nomen juris", se por um lado, não é suficiente para descaracterizar a existência de um tributo, por outro, também não é suficiente para caracterizar a sua existência.

Desta forma, a caracterização do pedágio como figura tributária prevista na Constituição deve necessariamente passar pelos exames do instituto tal como criado. Presentes todos os elementos que definem uma taxa, taxa será. Ausentes, taxa não será. Insista-se, a figura tributária chamada pedágio, só poderia estar prevista no capítulo constitucional tributário. A figura não tributária (no caso, preço) também chamada pedágio, não poderia estar prevista no capítulo tributário.

Sem dúvida nenhuma, ambas figuras coexistem. A Constituição atual não extinguiu o instituto jurídico do preço. O alcance do inciso V do artigo 150 encontra seus limites no instituto pedágio enquanto tributo. Sua outra caracterização, como preço, encontra guarida nas normas gerais de Direito Financeiro.

É interessante analisar, neste momento, sentença de magistrado do Estado do Rio Grande do Sul, (Anexo II, p. 212) que decidindo pela taxa-pedágio (também tratando do mesmo decreto ora em exame, no mandado de segurança já referido), assim afirmou:

"Esta colocação constitucional é evidente, pelo aspecto jurídico, de ter incluído sob a ótica tributária a instituição de pedágios. E, em matéria constitucional e tributária, a instituição, seja de taxa, seja de preço-público, há que a regulamentação e sua extensão ser precedida, sempre, de lei. Isto é elementar e está patentado e consagrado constitucionalmente. Agora, o pedágio é tributo? Entendo que sim. Socorro-me do ensinamento de Aliomar Baleeiro e Sacha Calmon Navarro Coêlho sobre a matéria em julgamento.

Sacha Calmon Navarro Coêlho em sua obra *Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário*, p. 70, comenta o seguinte:

'O pedágio ou rodágio é uma taxa muito especial e assemelha-se aos "direitos medievais" sobre passagem. Agora cobrá-lo pela mera disponibilidade é um disparate. Se a moda pegar os "espaços públicos", o uso que deles façam os cidadão, logo estarão fecundando as mais esdrúxulas taxações. Então é de se concluir que os rodágios ou pedágios historicamente ligados ao ônus de pagar para passar, só encontram legitimidade constitucional perante a Constituição de 1988 se tiverem como fato gerador a prestação dos serviços de conservação e melhoramento das vias trafegáveis e se foram pagas somente pelos usuários, pois que são os que estão a usufruir os serviços estatais. A cobrança de pedágio pelo simples direito de passar é um anacronismo tolerado pelo constituinte (art. 150, V, da CF), mas que deve adaptar-se a

outro preceito constitucional, o do art. 145, II, que cuida do fato gerador das taxas, além dos dispositivos constitucionais como o da igualdade e o da tipicidade, bem como o que veda as taxas terem base de cálculo de imposto'.

Continuando, refere que: 'devemos advertir que o pedágio enquanto taxa, é cobrado não pelo uso do bem público, ou seja, a rodovia, mas pelos especiais serviços 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 de ou signos de sinalização etc.). É que, como visto, as taxas apresentam fatos geradores, a prestação de serviços públicos específicos e divisíveis ou o regular exercício do poder de polícia'. 'Historicamente é taxa pelo uso de estradas públicas'.

A definição posta é clara e se traduz na melhor interpretação sobre a natureza jurídico-tributária do que seja o pedágio. É

taxa. Necessária, pois, lei que a institua, preservando-se, modo concreto, os princípios da legalidade, da tipicidade e da anualidade"

É enfatizar que a citação de Navarro Coêlho referida na sentença, trata de comentário sobre o pedágio enquanto taxa, pois inserido na sua obra (1990:68), no item 40 - O PEDÁGIO COMO TAXA - O FATO GERADOR.

Tal comentário não se aplica ao presente caso. Ali, trata-se de criticar a criação do pedágio, enquanto taxa, pelo simples direito de passar. Não é o caso presente. Aqui, não se trata de mero direito de passar, senão que criação de pedágio para conservação de rodovia. A discussão deve centrar-se, isto sim, na compulsoriedade ou não. Na existência de via alternativa ou não. Tais observações mereceram considerações tanto de Sacha Calmon como de José Afonso da Silva.

É o mesmo Sacha Calmon Navarro Coêlho (1990:68) quem esclarece:

"Modernamente o pedágio tanto pode ser um preço como uma taxa, dependendo do regime jurídico que venha a ser adotado para

instituí-lo. Uma coisa, porém, é certa, não se cobra pedágio, seja taxa, seja preço, pela mera disponibilidade das vias trafegáveis" (IN Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário, Forense, 1ª edição, 1990).

Não se desconhece, aqui, das dificuldades de caracterizar o pedágio como preço ou taxa, evidentemente. Porém, como se têm afirmado, a legislação riograndense teve o cuidado, exatamente em razão de tais dificuldades, de bem acentuar as características tarifárias do pedágio que instituiu. No dizer de José Afonso da Silva (1992:604):

"7º) Princípio da ilimitabilidade do tráfego de pessoal 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). Essa é uma regra complementar do direito à livre circulação de pessoas e de bens. O pedágio não era considerado tributo, mas uma forma de preço público. Agora, ao fazer a ressalva dele em relação aos tributos, fica ainda maior a

dúvida quanto à sua natureza. Enfim, ele está definitivamente no limiar do conceito de tributo, TUDO DEPENDENDO DE SE DAR, OU NÃO, RAZOÁVEL OPÇÃO AOS USUÁRIOS QUANTO A OUTRA VIA NÃO SUJEITA AO PEDÁGIO; MAS, NA MEDIDA EM QUE SE ESTENDE A TODAS AS RODOVIAS, SUA CARACTERIZAÇÃO TRIBUTÁRIA SE ACENTUA".

Como se vê, embora possa parecer acentuada a natureza tributária do pedágio, à evidência não se excluiu do sistema constitucional brasileiro a figura do pedágio como preço. O que se faz necessário, isto sim, em razão dos estreitos laços entre uma e outra figura, é que bem se caracterize o instituto, quando de sua criação. Como acima se viu, concedendo-se ao usuário RAZOÁVEL OPÇÃO, ainda é possível a criação do pedágio-preço.

Tal interpretação não é apenas lógica e evidente. Não se pode confundir preço com taxa e desconhecer o caráter compulsório que diferencia uma e outra. Parece-nos que isto vem bem caracterizado na legislação ora em exame, pois se deu razoável opção aos usuários (quando houve o cuidado de demonstrar a existência de via alternativa).

Tanto esta discussão (sobre a existência de via alternativa para caracterizar o pedágio-preço) tem relevância, que, em decisão sobre pedido de suspensão da liminar (na mesma ação acima referida), no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, disse (alertando que o exame mais pormenorizado não seria cabível no pedido de suspensão) o Desembargador José Barison (Anexo III, p. 220):

"Já a natureza do pedágio autorizado pelo Decreto do Executivo, também comporta discussões jurídicas".

.....

"Agora, ocupando-se especificamente do exame que interessa de forma mais direta ao deferimento da providência reclamada, tenho que não há como deixar de acolhê-la.

Com efeito, ao que se colhe da leitura do próprio Decreto tido como ilegal, o pedágio em tela visa a arrecadação de recursos para a manutenção e restauração da rodovia, providência de interesse público incontestável. Desse modo, ainda que se tenha presente que o rito do mandado de segurança indica a solução definitiva da ação

em curto espaço de tempo, não como negar, mesmo assim,, impedida neste interregno a adoção daquela providência, vê-se lesionado o interesse público, que deve, em princípio, enquanto indefinida a causa, prevalecer".

De salientar, mais uma vez, que a decisão acima transcrita não adentrou ao mérito da natureza jurídica do pedágio. Mas releva na mesma o fato de ter sensibilizado o magistrado o fato de que a natureza jurídica do pedágio comporta discussões.

Desta forma, o que se pretende, é centrar a discussão naquilo que é essencial, ou seja, nas discussões sobre a compulsoriedade ou não, e sobre a existência de via alternativa. No caso do pedágio instituído pelo Poder Público Estadual do Rio Grande do Sul, parece-nos que estamos realmente diante de uma tarifa.

O próprio autor da referida ação de inconstitucionalidade (Anexo I, p. 193) reconhece a figura do pedágio-preço, quando afirma:

"Também IVES GANDRA MARTINS, no X Simpósio Nacional de Direito Tributário,

assim explicou a questão: 'Se o Estado fornecer um serviço público de necessária utilização, sem que o usuário possa escolher outra alternativa para dele prescindir, a relação que se vislumbra não é de mera coordenação entre as partes, mas de imposição' (Em Cadernos de Pesquisas Tributárias, N° 10, pág. 174).

A particularidade que realmente identifica a tipicidade da taxa, ao mesmo tempo que a distingue do preço público e do imposto, é a forma compulsória ou exclusiva com que o serviço público é prestado, não restando ao usuário qualquer outra alternativa.

Ao contrário do que ocorre com os tributos, entre os quais a taxa, que não poderão ser criados senão por lei, a vista do que dispõe a Constituição Federal, e como conseqüência a Estadual, os preços prescindem de lei para serem criados ou majorados, e de prévia autorização orçamentária para serem arrecadados em cada exercício financeiro".

Como se observa, havendo via alternativa, pode-se cobrar o preço, prescindindo de lei.

4.4. PREÇO POR DECRETO.

Uma outra alegação feita no caso em exame, é de que, mesmo em se tratando de preço, não poderia o Estado instituí-lo através de Decreto.

De acordo com o artigo 82, V, da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, "compete privativamente ao Governador do Estado expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. Ora, à evidência há decretos regulamentares de leis aprovadas pelo Poder Legislativo, para casos específicos, e decretos que se inserem no âmbito próprio da administração pública estadual, já nascidos com fundamento na própria Constituição estadual (com fulcro evidente na Constituição Federal, especialmente artigo 84, VI), e que conferem ao Poder Público a discricionariedade, no âmbito do Direito Financeiro, de administrarem a coisa pública, preço, inclusive, através de Decretos.

A legislação gaúcha em exame está em acordo com a constitucional independência e harmonia dos poderes, porque os textos magnos federal e estadual, especificamente este

último (com base naquele, evidentemente), bem delimitam a competência do executivo, no que se refere à Administração Pública em matéria de transportes e vias rodoviárias.

Assim é que já no artigo 19, "caput", da Constituição Estadual se prevê que a Administração Pública, direta e indireta, visa à promoção do bem público e à prestação de serviços (...). O artigo 157, "caput, II e VI estabelecem que o Estado, na organização de sua economia zelará, entre outros princípios, pela promoção do bem estar do homem como fim essencial da produção e do desenvolvimento econômico (II), bem como pela planificação do desenvolvimento, determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (VI).

Não bastassem tais disposições, lembre-se, ainda, o que dispõe o artigo 178, "caput" e inciso I, onde fica estabelecida a responsabilidade do Estado com a política de transportes de passageiros, com objetivos, entre outros, de atingir seus fins econômicos e sociais. Por outro lado, estabelece o artigo 82, II, que compete privativamente ao Governador exercer, com auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da Administração Estadual e o artigo 90, I, estabelece a competência dos Secretários Estaduais de coordenar, orientar e supervisionar os órgãos da administração estadual compreendidos na área da respectiva Secretaria.

Sem dúvida alguma, tais dispositivos constitucionais estaduais conferem ao Poder Executivo a

competência para a administração das vias públicas a seu encargo, preocupando-se com a sua manutenção, com o seu bom estado de trafegabilidade e a segurança dos usuários. Tais atividades inserem-se nas suas específicas e peculiares responsabilidades, visando o bem estar público, garantidos, no caso, pela manutenção de estradas.

Esta manutenção pode-se dar, sem dúvida, através da cobrança de taxas ou pela distribuição de verbas públicas arrecadadas através dos impostos. Mas também se pode dar pela cobrança de preço ou tarifa, que não onera toda uma comunidade, mas apenas aqueles que dela usufruem. Aqui está, bem presente, o poder discricionário da administração pública, que não pode ser cerceado por outro poder, seja legislativo, seja judiciário" (o que não implica, evidentemente, subtrair-se deste Poder, toda e qualquer apreciação).

4.5. CONCLUSÕES SOBRE O CASO CONCRETO.

Isto bem demonstra como é possível diferenciar quando estamos diante de um verdadeiro preço público, e não de um tributo.

No caso em exame, procurou-se demonstrar, através da apresentação de mapa rodoviário oficial, do Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem do Rio Grande do Sul, integrante do Sistema Rodoviário Estadual SRE/RS, firmado por engenheiro responsável, a existência de vias alternativas. Esta demonstração, parece-nos, em cada caso concreto, é que vai apontar os caminhos que vão determinar a existência de tributo ou preço.

Desta forma, demonstrando-se a existência de vias alternativas e a estrita aplicação das verbas na rodovia onde o pedágio é cobrado, temos a sua caracterização como preço, e não como tributo.

Esta foi uma das preocupações fundamentais neste caso concreto e que, pelo menos até o momento, tem merecido a atenção de alguns dos julgadores. Esta é uma das razões para a abordagem do tema sob tal enfoque.

A partir do exame do caso acima, pretendemos analisar, a seguir, outras situações concretas, ainda à luz do sistema jurídico brasileiro, que nos permitirão identificar a dupla possibilidade de instituição do pedágio, como preço ou tributo.

CAPÍTULO V.

5. O PEDÁGIO COMO TAXA OU PREÇO: ALGUMAS DECISÕES JUDICIAIS.

5.1. QUESTÕES RELATIVAS AO SÊLO-PEDÁDIO.

Pelo que até o presente momento foi examinado, cremos ter realizado uma resenha sobre o tema pedágio e a sua inclusão nesta ou naquela figura jurídica (tributária ou não).

Resta, antes de concluir, tentar realizar uma síntese do que até agora foi exposto, já avançando nalgumas conclusões. Afinal, o pedágio é preço público ou taxa? Já afirmamos crer que o pedágio pode assumir tanto uma como outra das formas acima. Também se disse que sua caracterização vai depender do

exame específico de cada pedágio criado (detectando-se os seus elementos).

Assim, teoricamente, pode-se afirmar que o pedágio é viável tanto como taxa como preço-público.

Dizemos teoricamente porque a afirmação acima ainda depende de um outro dado, qual seja, o exame prático de cada legislação, no caso, a legislação brasileira (Constitucional e infraconstitucional), para, aí sim, concluir-se pela sua viabilidade de instituição no atual quadro jurídico brasileiro.

Um dos pedágios mais discutidos ultimamente, já sob as disposições do atual texto constitucional, é relativo à lei federal nº 7.712, de 22 de dezembro de 1988, conhecida como "selo-pedágio". Algumas das decisões judiciais que o fulminaram de inconstitucional, aparentemente confirmariam a tese de que o pedágio só pode ser editado como taxa. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região (1992:503) decidiu que " Em razão de como foi tratado na Lei Magna, avulta o pedágio como sendo taxa, não se lhe podendo negar a feição tributária).

À primeira vista, a decisão acima não deixa margem nenhuma de dúvidas no sentido de que atualmente o pedágio somente pode existir como taxa. Não nos parece, no entanto, que seja assim.

Melhor examinando as razões de voto do Juiz Federal relator, José Delgado, é possível chegar à conclusão

diferente. Quando se examina uma decisão judicial, é preciso atender para os seus estreitos limites com a conseqüente vinculação específica ao caso julgado. O que significa que não se pode concluir apressadamente que a decisão é abrangente para os demais casos.

Assim é que, no voto do Juiz José Delgado (1992:504) se lê:

"A caracterização do pedágio como taxa está assentada nos fundamentos seguintes:

...

- O montante devido leva em consideração o desgaste provocado nas rodovias federais pelos veículos que as utilizam, tudo decorrente do peso do veículo e do seu potencial de uso".

Como se pode observar, a decisão que afirma que o pedágio é taxa, está diretamente relacionada com a instituição do selo-pedágio. E, neste caso específico, houve a sua criação como taxa, e sem obediência aos princípios tributários que a regem. Daí a sua inconstitucionalidade. É verdade, também, que na mesma decisão o magistrado (1992:506) afirma que:

"Assinalo que, em face de como o pedágio foi tratado na Constituição de 1988, não se lhe pode negar a feição tributária. De nenhum sentido teria a ressalva posta pelo Constituinte no art. 150, V, 'in fine', se não fosse o de considerar o pedágio como uma espécie de tributo".

Cita, logo a seguir, Aliomar Baleeiro (1981:324), para quem "O proprietário do veículo força o Poder Público a melhorar pavimentação, instalar sinalizações elétricas, inspecionar periodicamente máquinas e freios, dirigir o tráfego nos pontos de congestionamento e estabelecer permanente polícia de velocidade e da observância das regras de prudência e perícia de trânsito. A taxa fornece à autoridade o meio de o automobilista indenizar o Estado pelo uso de coisa conveniente a seus interesses, mas que ocasionam riscos para o público e maiores despesas para os serviços governamentais".

Na mesma decisão (Op. cit., p. 506-507) afirma o magistrado que "A taxa, em nosso sistema constitucional, está constituída com base nos elementos que compõem a teoria pluralista, pelo que, conforme o art. 145, II, da C.F., são devidas em razão do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de

serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição".

Ora, não se desconhece que a taxa tenha as características acima enumeradas. E, exatamente por tais características é que se deve reconhecer, forçosamente, que a decisão concluiu pela existência de taxa em relação ao caso específico do "selo-pedágio". Tanto é assim que examina as características compulsórias da taxa. Contrariamente, não estando presente a compulsoriedade, de taxa não se pode tratar.

5.2. CONTROVÉRSIA EM TORNO DAS RODOVIAS PAULISTAS.

Uma das experiências mais significativas, na moderna realidade brasileira, diz respeito à implantação da cobrança do pedágio em rodovias paulistas, através de preços públicos.

O Decreto Lei nº 05, de 06.03.69 autorizou o governo paulista a organizar e constituir uma sociedade por ações de capital autorizado, com o objetivo de explorar, através de concessão, duas rodovias estaduais, a "Via Anchieta" e a "Via Anhangüera (denominada rodovia dos imigrantes), ambas ligando

as cidades de São Paulo e Santos. Constituída a empresa DESENVOLVIMENTO RODOVIÁRIO S/A (DERSA), a mesma passou a explorar as rodovias aludidas, sendo que, no caso da rodovia do imigrantes a exploração incluía a construção da estrada, o que efetivamente ocorreu.

O caso paulista, como se pode observar, diferencia-se um pouco do caso sulriograndense, na medida em que, naquele, foi constituída uma empresa de capital autorizado, que exploraria as rodovias, mediante concessão. No segundo caso, o próprio Estado, através de uma Autarquia, explora os serviços de pedágio. Uma terceira possibilidade, como já antecipamos, diversa dessas duas, seria a exploração mediante a concessão a empresa privada: é a privatização das rodovias.

De qualquer maneira, também a fórmula paulista deu margem a contestações judiciais. Examinemos alguns aspectos relevantes dessas decisões.

5.3. AS RELAÇÕES ENTRE OS CASOS APRESENTADOS.

Diferentemente do caso do selo-pedágio, no específico Decreto N° 34.417/92 do Estado do Rio Grande do Sul, criou-se a via alternativa.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade foi negada a suspensão liminar do Decreto.

É evidente que uma decisão liminar (concessiva ou não da medida), não examina, ainda o mérito. Inobstante, para poder analisar um dos pré-requisitos necessários para decidir sobre a medida cautelar, ou seja, o "fumus boni juris" o julgador pelo menos deve tangenciar a matéria de mérito. Aí, muitas vezes, é possível detectar os caminhos a serem seguidos pela futura decisão.

Claro está que interpretar uma decisão liminar não significa apontar com absoluta certeza qual será a decisão futura. Porém, é muito significativa a decisão unânime proferida liminarmente na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 800-5, julgada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno. Foi Relator o Ministro Ilmar Galvão, que assim se manifestou (Anexo IV, p. 230):

"Como preço público (tarifa) não está o pedágio sujeito aos requisitos constitucionais que disciplinam os tributos, podendo ser cobrado na forma e no quantum fixado por decreto de quem utiliza espontaneamente o bem ou serviço tarifado".

Por outro lado, como visto no item 3 do capítulo IV, examinamos a posição de Sacha Calmon Navarro Coêlho. A decisão do S.T.F. também debruçou-se sobre a mesma. Assinala que Navarro Coêlho reconhece a possibilidade de as obras ou serviços públicos serem prestados pelos particulares mediante concessão, e disto conclui o Ministro, que o autor citado reconhece que "o pedágio pode revestir a natureza de preço público, e aí, parece ter identificado a sua verdadeira natureza" (Anexo IV, p. 228).

Se um serviço, e neste caso a conservação de estradas, pode ser prestado, tanto pelo Estado como pelo particular, mediante concessão, qualquer um dos dois poderá cobrar preço. Pois, qual diferença existiria, na prestação de serviço por um ou outro? nenhuma. Daí poder-se concluir que não é este fato que descaracteriza o pedágio como preço. O que é preciso averiguar, caso a caso, é a existência ou não da via alternativa.

Neste sentido, Ives Gandra Martins, (1985:179) que hoje entende ser o pedágio unicamente taxa, como vimos, escreveu no passado:

"Pela resposta dada à primeira questão, a irrelevância da entidade prestadora e arrecadadora, em nossa opinião, é manifesta. Na medida em que o isolado elemento

subjetivo seja despiciendo para caracterizar o serviço público, podendo ser prestado por entidades públicas ou privadas, a condição de ser o mesmo veiculado por particulares na altera o perfil do tipo de serviço a ser remunerado por taxa ou preço público".

Assim, o que importa efetivamente é a natureza do serviço prestado, e não quem o presta. Apesar das respeitáveis opiniões em contrário, o Estado moderno tem-se caracterizado pela intensa intervenção no domínio econômico. Assim, às vezes presta serviços que não são necessariamente públicos mas que, em razão de determinadas condições dadas, passa a ser de interesse público prestá-lo. Ao contrário, muitas vezes, serviços que poderiam ser caracterizados como públicos, são prestados pelos particulares. A compulsoriedade ou a voluntariedade do vínculo que se estabelece é que determinará a sua natureza jurídica.

Para Cretella Junior (1967:150), "O fato de que as tarifas constituam emanção da vontade do Estado não é suficiente para imprimir-lhes natureza tributária. Falta-lhes, de uma parte, o liame a um serviço obrigatório, oriundo da soberania do Estado. A contribuição dos particulares é voluntária, no sentido de que a simples disponibilidade do serviço não justifica a imposição do pagamento, fazendo-se mister a utilização pessoal. De outro

lado, a fixação das tarifas é um ato administrativo, usualmente exercido pelo Poder Executivo. As taxas, ao contrário, como espécie tributária que são, somente podem ser instituídas em lei, isto é, em ato materialmente legislativo, por força do princípio clássico da representação como base do poder impositivo fiscal".

Tal ato administrativo, como se viu, tem expressa previsão Constitucional. O artigo 84, VI, está assim redigido:

"Art. 84 - Compete privativamente ao Presidente da República:

...

VI - dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei."

Ora, de que forma dispõe o executivo sobre organização e funcionamento da administração federal? Uma das formas é o decreto. Assim, na instituição do pedágio como preço, está autorizado constitucionalmente o executivo, sem necessidade de autorização legislativa.

Competindo ao Estado estabelecer a política de desenvolvimento, ao cobrar um preço daqueles que se utilizam de uma determinada rodovia, está implementando uma política definida que, entre outros postulados, contém aquele de onerar apenas os beneficiários das melhorias. Cabendo, ainda, àqueles que não pretendam pagar tal preço, utilizarem-se de rodovia alternativa.

Hely Lopes Meirelles (1971:13) ratifica tal posicionamento ao afirmar que a tarifa destina-se:

"...a remunerar os serviços pró-cidadão, isto é, aqueles que visam a dar comodidade aos usuários ou a satisfazê-los em suas necessidades pessoais, telefone, energia elétrica domiciliar, transportes, etc.), ao passo que a taxa é adequada para o custeio dos serviços pró-comunidade, ou seja, aqueles que se destinam a atender as exigências da coletividade (embora divisíveis) e, por isso mesmo devem ser prestados em caráter compulsório e independentemente de solicitação dos contribuintes. Todo serviço público ou de utilidade pública não essencial à comunidade, mas de interesse de determinadas pessoas ou de certos grupos,

deve ser remunerado por tarifa, para que os encargos de sua manutenção onerem, unicamente, aqueles que os utilizem (por ato espontâneo de sua vontade). (Tal citação também foi utilizada na decisão do Supremo Tribunal Federal, antes examinada).

Além do caráter voluntário do preço-pedágio, é importante salientar que isto não é suficiente. Como examinado no presente trabalho, a natureza do serviço prestado também deve ser observada. Assim, quando estivermos diante de serviço público propriamente dito, ou seja, quando não é possível a delegação aos particulares, não é possível a sua criação como preço público. Não é outro o entendimento de Gilberto De Ulhôa Canto (1985:105), que chama a atenção para o fato de que o critério distintivo deve ser buscado é exatamente na diferença entre serviços que emanam da soberania do Estado, e que só podem ser oferecidos por ele, e aqueles denominados pró-cidadão, que são delegáveis. Nestes últimos é que é possível a instituição do preço-pedágio, seja através do Poder Executivo, seja através de particulares. Afirma o citado autor que "É certo que alguns serviços somente poderão ser prestados se tiverem acentuado grau de utilização coletiva, não comportando, sob pena de se tornarem inviáveis ou absolutamente ineficientes, qualquer nível de facultatividade; em tais casos, sua

remuneração terá de ser mediante taxa, não através de preço público.

Assim, tratando-se de serviço de construção ou manutenção de rodovia, à evidência estamos diante de um serviço de utilidade pública, que, tanto pode ser delegado como prestado pelo próprio Estado. Sendo voluntária a sua utilização, estamos diante de um preço público.

CAPÍTULO VI.

6. A INTERPRETAÇÃO DOGMÁTICA NO DIREITO E EM ESPECIAL NO DIREITO TRIBUTÁRIO.

6.1. INTEGRAÇÃO E INTERPRETAÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO.

O Direito tributário brasileiro é expresso com relação à integração, de acordo com o que vem contido no artigo 108 do Código Tributário Nacional, que estabelece:

"Art. 108: Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

- I - a analogia;
- II. - os princípios gerais de direito tributário.
- III - os princípios gerais de direito público.
- IV - a eqüidade.

Por aí já podemos observar o que foi acolhido, em matéria tributária, sobre a integração. E constatamos que a heterointegração foi adotada de forma mais restrita que na lei civil, admitindo apenas o uso da eqüidade.

No que diz respeito à auto-integração, a admite integralmente (sempre com base na categorização de Bobbio). Além da analogia, admite a lei tributária o recurso, não apenas aos princípios gerais de direito tributário, como também aos princípios gerais de direito público.

Com relação aos princípios gerais de direito, estabelece o Código Tributário Nacional, ainda, no seu artigo 109, que os princípios gerais de direito privado podem ser utilizados apenas para pesquisa da definição, do conteúdo e alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas jamais para a definição dos efeitos tributários.

Assim, exemplificativamente, quando conceitos tais como o de propriedade, herança, compra e venda, por exemplo, forem utilizados para fins de tributação, poderá o intérprete recorrer ao direito privado, mas apenas para estabelecer

tais conceitos, nada mais. Os efeitos tributários, ou seja, a exigência ou não de tributo, nesta ou naquela situação, dependerão dos conceitos delineados a partir dos princípios gerais de direito tributário e de direito público.

Tradicionalmente, os autores da dogmática tributária brasileira não abordam o tema exatamente por este ângulo. Vejamos algumas opiniões importantes nesse campo.

Aliomar Baleeiro (1973:382), ao comentar o citado artigo 108 do Código Tributário Nacional, numa análise estrita de dogmática jurídica, afirma que tal artigo "Não dá livre e indiscriminada escolha dos vários métodos de Hermenêutica, que oferece à autoridade aplicadora ou, aos intérpretes. Pelo contrário, impõe-lhe uma ordem de preferência, que os intérpretes e os aplicadores deverão utilizar sucessivamente. Cada uma depois de esgotada a anterior"

Paulo de Barros Carvalho (Op. cit., p. 59-60) tem opinião diversa, ao opinar, comentando o mesmo artigo 108, que "na verdade, qualquer deles (autoridade administrativa ou judicial) sentir-se-á embaraçado ao ter de empregar a analogia sem levar em consideração os princípios gerais de direito tributário, os princípios gerais de direito público e a equidade. E, da mesma forma, ficarão perplexos ao lançar mão dos outros sem ligá-los aos demais itens. Tudo porque se esqueceu o legislador do Código que essa atividade é complexa, alimentando-se de todos os recursos

disponíveis no sistema, que agem simultaneamente sobre o exegeta".

Como se pode ver, temos aí duas opiniões clássicas que se posicionam diversamente sobre os temas da interpretação e da integração no direito tributário.

Para Baleeiro, de um lado, a integração tributária é um ato hermético, de comando impositivo com relação à sucessiva aplicação dos itens enumerados no artigo 108. Para ele, o intérprete deve primeiro recorrer à analogia (na ausência de disposição expressa em lei), depois aos princípios gerais de direito tributário, aos princípios gerais de direito público e à equidade, pela ordem. A integração seria ato distanciado do ato interpretativo.

Para Barros Carvalho, ao contrário, é infeliz a redação do artigo 108 pois, por mais que pretenda o intérprete, não está fazendo outra coisa, ao integrar, do que interpretar, pois, segundo ele, quando nos deparamos com os vácuos normativos, "É a hora de integrarmos o sistema, buscando a sua plenitude e a unicidade que o caracteriza como estrutura científica. Nesse preciso instante, aparece a integração como único meio de interpretarmos o direito, descrevendo-o na sua sistematicidade entitativa. Somos levados a acreditar, com foros de convicção, que a providência integrativa não só pertence ao processo de interpretação, como dele é parte fundamental..." (Op. cit., p. 55).

Quanto às possibilidades de o ato de integração ser complexo e imbricado ao ato de interpretar, ou não, é questão que examinaremos mais adiante. Por ora, é importante deixar registrado o tratamento legal outorgado à integração tributária, expresso, e não implícito.

6.2. INTERPRETAÇÃO TRIBUTÁRIA E LINGUAGEM.

Vejamos, agora, algumas interpretações de tributaristas que começam a atentar para os problemas da linguagem do direito, especificamente no que diz respeito à vagueza e ambigüidade.

Navarro Coêlho (1990:8-9), faz algumas referências, no que diz respeito à hermenêutica, às dificuldades originadas da linguagem. Num certo momento, afirma que o legislador utiliza a linguagem comum do povo, o idioma correntio. Expressa que este uso correntio é equívoco, ambíguo, polissêmico e, muita vez, carregam significados vulgares, sedimentados pelo uso e pela tradição. No seu dizer, incorporam na lei as contradições da linguagem". Logo a seguir, afirma este autor, que a lei realmente não pode ser estabelecida em linguagem culta, pois, incorporada a linguagem metalingüística dos juristas, nada mais teríamos do que

um preconceito elitista, ou, pior, um desejo elitista das classes dominantes no sentido de uma dominação social. Ao fazer tal comentário, o referido autor refere-se aos autores das leis, tais como engenheiros, advogados, fazendeiros, operários, comerciantes, sindicalistas, padres, pastores, rurícolas, etc. Finaliza seu comentário a este tópico dizendo que "Aos juristas, doutrinadores, advogados e juízes, compete adequar as palavras da lei aos seus fins, às luzes da ciência do Direito, fixando a ordem onde aparentemente existe o caos. Tem sido assim no pretérito e não há razão alguma para deixar de ser assim no futuro."

Mais adiante, afirma o mesmo autor, referindo-se à contribuição de melhoria, que "a fórmula é vaga e ambígua e obscura, pelas razões que veremos mais a frente. Mais uma vez as dificuldades de linguagem das leis, anteriormente referidas." (Op. cit., p. 73).

Trata, a seguir, de questões dogmáticas sem relacioná-las, nas suas premissas e conclusões, com as dificuldades da linguagem. Basta ver, pelos excertos acima expostos, que o autor citado diferencia uma "interpretação vulgar" de uma "interpretação científica", entendida esta como feita pelos juristas, ou, no dizer de Warat, dos "sábios do direito".

Esta é uma problemática nuclear do presente trabalho. Tentar apreender como os chamados juristas dogmáticos, aqui especificamente no direito tributário, jogam equivocadamente com a vagueza e ambigüidade das palavras da lei, ou seja, com sua

textura aberta, com a polissemia de sentidos, ou, ainda, com a pluralidade de sentidos.

Navarro Coêlho, noutro trabalho, específico sobre interpretação (1989:71) volta a ratificar a importância da linguagem, dizendo que a "linguagem humana é utilizada para vários fins. Muito freqüentemente a usamos para transmitir informações a respeito do mundo, por meio de orações, cuja função é descrever um estado de coisas. Trata-se de um uso informativo (as proposições descritivas podem ser verdadeiras ou falsas). A linguagem, porém, como assinalado, comporta outros usos".

Barros Carvalho vai além, afirmando que: "Se fixamos o pressuposto de que o direito é uma camada lingüística, vazada em termos prescritivos, com um vetor dirigido ao comportamento social, nas relações de intersubjetividade, nada mais natural que apresentarmos a proposta de interpretação do direito como um sistema de linguagem" (Op. cit., p. 59).

Na mesma revista, em seu trabalho, Hugo de Brito Machado diz que "a palavra *lei*, como tantas outras usadas na linguagem jurídica, é plurissignificativa. Ora é empregada em sentido amplo, significando toda e qualquer norma jurídica, ora em sentido restrito, significando toda e qualquer norma jurídica produzida pelo órgão ao qual a Constituição atribuiu a função legislativa" (p. 35).

Ao mesmo tempo que chama a atenção para a plurissignificação da linguagem jurídica (já identificadas por Kelsen), restringe o significado da expressão *lei* a apenas dois, um no sentido amplo e outro no sentido restrito, com o que simplifica demasiadamente a polissemia das expressões jurídicas.

Ainda na mesma obra, encontramos interessante comentário de Hugo de Brito Machado (p. 26), que reconhece ser incompleta a interpretação que fique adstrita ao plano meramente científico e que ignore as ideologias. Neste sentido, embora aceitando em parte a teoria tridimensional de Miguel Reale, propõe este desvelamento ideológico, o que é uma grande novidade, não na teoria geral, evidentemente, mas, sim, no específico campo tributário.

6.3. HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÕES TRADICIONAIS.

É importante, diante dos propósitos do presente trabalho, arrolar outras idéias sobre interpretação, expressadas por autores reconhecidos na dogmática tributária.

Para Amílcar de Araújo Falcão (1977:48), "interpretar uma lei é declarar-lhe o sentido, o alcance. Não há, na interpretação, qualquer atividade inovadora. A atividade intelectual

do exegeta é meramente declaratória: ele declara o que se contém na lei, entendida esta racional, lógica ou sistematicamente e feitas, portanto, as necessárias correções eventuais deficiências léxicas do texto".

Em geral, como veremos a seguir, afora as poucas opiniões arroladas no item anterior, os dogmáticos tributaristas não reconhecem outra função ao intérprete que não a de buscar o "sentido" já dado pela norma.

Já antes de Amílcar Falcão, Rubens Gomes de Sousa (1975:75), o primeiro grande tributarista que o país conheceu, entendia que "A interpretação do direito, também chamada *hermenêutica*, é a parte da ciência jurídica que se ocupa dos métodos ou processos lógicos a serem utilizados para aplicar a lei aos casos particulares, definindo o sentido das palavras e determinando o exato alcance dos textos, isto é, apurando se uma determinada situação está ou não abrangida pela lei e de que maneira".

Ainda aqui, temos um tratamento outorgado à interpretação como meramente declaratório, na medida em que se reconhece que a hermenêutica trabalha com processos lógicos e que é possível buscar o *exato alcance dos textos*. Também de notar-se que o autor equipara interpretação e hermenêutica.

Não é diferente o pensamento de Ruy Barbosa Nogueira, na primeira edição do seu Curso de Direito Tributário (1964:48): "A aplicação da lei nem sempre está isenta de

dúvidas e daí a necessidade de sua interpretação para se conhecer o seu verdadeiro significado, o seu âmbito de aplicação, isto é, seu alcance. O texto da lei não é mais que um conjunto de palavras servindo à manifestação de um conteúdo de vontade; por isso é preciso através delas atingir-se com exatidão a intenção legislativa, a *mens legis*".

Ou seja, a manifestação de vontade que aí se reconhece, não é a do intérprete, seja o aplicador da lei, seja o doutrinador. A vontade é a "vontade do legislador", expressa num sentido já determinado pela lei, cabendo ao intérprete, de acordo com as regras de hermenêutica, "descobrir" qual é esse sentido.

Para Bernardo Ribeiro de Moraes (1987:474), "*Interpretação* é vocábulo que indica tarefa da busca da compreensão do conteúdo e do sentido exato da norma jurídica". Afirmou, ainda (1987:31) "que uma questão tributária deve ser resolvida pela disposição expressa da lei, suas palavras ou seu sentido", o que ele ratifica na última edição de sua obra (1993:54).

Celso Ribeiro Bastos, atento ao fato de que os preceitos normativos são sempre abstratos e que, portanto, somente através da interpretação é possível chegar a uma resposta, diz que a interpretação percorre o caminho inverso daquele percorrido pelo legislador, na medida em que, partindo das abstrações, tenta chegar às situações concretas. Para que tal seja factível, é "preciso extrair-se o exato significado da norma" (1992:182). Apesar de enfrentar a questão relativa à abstração, não nos parece que a resolva fora da

própria dogmática, na medida em que também acredita ser possível extrair um "significado da norma".

6.4. A DOGMÁTICA JURÍDICA E SUAS INTERPRETAÇÕES.

Quando no direito se fala de uma atividade científica, em regra se faz referência ao trabalho da dogmática jurídica. O que se entende por dogmática jurídica?

Para Warat - conforme entrevista que efetuei com ele - "a dogmática jurídica é um plano de transcendência conceitual no qual se estabelece a instância abstrata da lei e as condições de abstração para a interpretação da mesma". Para este pensador (1987:16), a dogmática jurídica fornece as condições de sentido da lei nos distintos momentos de sua aplicação. A dogmática jurídica, assim, exerce um poder de significação que transcende o ponto de vista descritivo para eleger-se em um saber normativo sobre o direito.

Aproximando-nos do uso mais generalizado, diz Warat (1976:13), a dogmática jurídica "es la actividad que tiene la pretensión de estudiar, sin abrir juicios valorativos, el derecho positivo vigente. Es el intento de efectuar una teoría sistemática del

derecho positivo. La actitud científica del derecho descansaría en la aceptación sin cuestionamiento del derecho positivo vigente.

Es una actividad pretendidamente objetiva y rigurosa que através de una elaboración racional de las normas vigentes explicita su coherencia, intenta organizar, mostrar la estructura lógica inherente al derecho positivo. Se asume que mediante la elaboración de un método adecuado, se podrá describir, sin ninguna referència ideológica, el orden legal al margen de sus, a veces, aparentes incoherencias y compromisos políticos. Acepta-se, generalmente estar em presencia de una actividade mediante la cual se ha podido deslindar limpiamente el plano de las explicaciones de las justificaciones.

La dogmática es una actividade que no solo cree hacer un conocimiento neutralizado ideologicamente sino desvinculado de toda preocupación ya sea de corte sociológico, antropológico, económico o político. Por otro lado, los dogmáticos se desinteresaron casi completamente por el establecimiento de una teoría general que le sirviera de soporte. Existe así tantas dogmáticas como ramas del derecho se pretenda constituir. En el derecho penal y en el tratamiento del tema de la interpretación de la ley alcanzan los momentos de máxima elaboración.

Lo cierto es sin embargo, que bajo la aparente aceptación del derecho positivo surgen encubiertamente directivas para su reformulación, compromisos ideológicos, intentos de justificación. Explicación e justificación reciben solo un tratamiento

maniqueo ya que en la realidad la actitud diferenciadora entre ambos planos solo es un argumento más de socialización. Por eso es que aparecen una serie de falsos conceptos, sin fuerza explicativa, pero de amplio poder retórico, que condicionan la práctica jurídica convencionando a sus protagonistas del carácter incustinable de ciertas justificaciones.

La función valorativa, el compromiso, si se ejerce bajo la apariencia de una neutra explicación, la intención justificadora se viste con un ropaje descriptivo".

Neste mesmo sentido manifesta-se Rocha (1985:61) para quem "a dogmática jurídica é uma formação discursiva com evidentes dimensões político-ideológicas". (normativas, portanto).

"A lei não possui um significado unívoco. É exatamente a relação entre a lei e o saber jurídico que proporciona o seu significado. Por outro lado "são as práticas constituintes da materialidade do institucional do Estado que emprestam parte do conteúdo significativo das normas. Poder-se-ia dizer que se não examina a materialidade institucional pouco se sabe sobre o sentido das normas". Neste aspecto, Warat salienta que os juristas, para produzirem os significados normativos, devem levar em conta "o complexo de instituições estatais que funcionam como uma espécie de "emissor institucional". Essa noção abstrata pretende indicar que a produção dos sentidos normativos não se realizam de um único lugar (a partir de um só emissor) e que nenhum desses lugares de

emissão detém, por si só, o sentido, uma vez que há uma relação de solidariedade entre eles. São relações que, por sua vez, encontram-se condicionadas pelos sentidos acrescentados à norma no ato de sua produção (ou em sucessivas interpretações). Assim, reproduzindo a fala dos lingüistas, existiria uma dupla implicação (dos textos legais e das práticas institucionais) na produção do sentido das normas".

Essas práticas institucionais recebem, através do sentido comum teórico dos juristas, sua condição de sentido.

O senso comum teórico é uma noção proposta por Warat para referir-se à dogmática jurídica como condição normativa de sentido. Uma ciência jurídica que não cumpriria com as condições epistemológicas de produção do saber científico. Em verdade, diz Warat (1987:17) "la ciencia del derecho que los juristas invocam en sus prácticas profesionales es una doxa metódica y sistemática, un conjunto de opiniones de oficio, es decir, una práctica discursiva, fundamentalmente determinada por hábitos semiológicos y costumbres intelectuales".

Kelsen pretendeu transformar a doxa jurídica da dogmática em episteme, criando o marco teórico da teoria pura do direito. Com o correr do tempo essa teoria converteu-se, no dizer de Warat, em uma "dogmática geral", percebida como totalidade significativa.

Na teoria Kantiana, diz Warat (1983:28), "os dados a que una teoria científica se refere carecem, em seu momento

pré-científico, de significação. É mediante o trabalho de sistematização da ciência que eles adquirem sentido; fala-se, assim, de uma significação construída, de um objeto científico produzido".

Acrescenta, ainda, Warat (1983:29) que "No caso da ciência do Direito, as normas positivas de um grupo apresentam-se ao olhar do cientista como um conjunto caótico que configura o Direito pré-científico. Por isso, a Ciência do Direito constitui seu objeto, dotando a pluralidade caótica de normas positivas, no processo de sua sistematização, de uma totalidade de sentido. Na produção de uma teoria científica do Direito, apreendem-se os dados jurídicos como um objeto unitário; e esta unidade de sentido transforma as normas jurídicas positivas em uma ordem jurídica. Neste ponto convém indicar que uma ciência do Direito, em sentido estrito, constitui seu objeto externando as possíveis significações, o complexo de conteúdos alternativos que possa ser logicamente derivado das normas positivas. É evidente que, dentro da ordem de idéias do normativismo kelseniano, a Ciência do Direito apenas pode levantar as questões lógicas e epistemológicas que permitam transformar o Direito Positivo de um grupo em um sistema unitário, uma ordem sem contradições. Esta tese pareceria indicar que, mediante a interpretação teórica, não se pode tomar decisões sobre as possíveis significações desvendadas; estas são de competência dos órgãos encarregados de aplicar o Direito.

Com Kelsen, diz Warat (1976:15), Comienza una etapa muy importante. Su concepción epistemológica del derecho que llevaba en si permitió consolidar el valor de una teoría general en relación a la actividade dogmática, pero solo alcanzó para colocar las piedras angulares de una labor epistemológica. Se necesita emprender una nueva tarea. La epistemologia adherida a una teoría general es solo una simples conciencia vigilante de la ciencia que reduzca su aticvidade a un control de sus propios fantasmas, un análisis de su propio cuerpo y letra com él que se pretende comprender mejor el derecho positivo pero acrítica con relación a la historia y las formas en que en ella se manifiesta el poder. Es una labor que pode ser interpretada como una dogmática general. Necesitamos para el derecho una obra epistemológica de ruptura. Esta es la actividade epistemológica que tenemos hoy por delante: el establecimiento de una teoría crítica del derecho. Un nivel epistemológico que trascienda, tomado lo rescatable y reformulando y negando algunos pressupuestos a la teoría kelseniana y a la filosofia analítica. Sin duda estamos frente a un trabajo en el que se debe aprender a deletrear. Muchas ideas deberán ser consideradas apenas como introductorias para una discusión. Pero es precisamente en esa discusión que se logrará la conciencia crítica buscada. Es una crítica que se intentará producir através de las teorías existentes, desnudandolas. Es, en el intento de reconstrucción crítica de los procesos de constitución de las teorías dadas que se podrá intentar construir la teoría crítica del derecho". Um "gaguejo", como diria Guatari, que Warat abandonou antes de

tornar-se palavra adulta. As razões desse abandono consideraremos no próximo capítulo.

No momento em que os órgãos encarregados de aplicar o direito realizam sua tarefa, devem apoiar suas escolhas de significação apelando retoricamente a uma pressuposta unidade da lei e do saber; falam, então, de integração. Logo, do desenvolvimento da teoria kelseniana, o apelo à integração não pode prescindir da Teoria Geral do Direito como dogmática geral. Assim, a Teoria Geral do Direito passa a ocupar um lugar semelhante ao lugar tradicionalmente preenchido pelos princípios gerais de direito. Falar de integração não é outra coisa que uma tentativa, desde o lugar da dogmática jurídica, para dotar o ordenamento jurídico de uma totalidade de sentido. Ou seja, como disse Warat (1983:35), "Para conhecer e explicar a dogmática jurídica, é necessário recorrer a um estudo crítico da Teoria Pura do Direito. A conexão da Dogmática Jurídica e da teoria kelseniana não resulta suficientemente clara, se não se compreende o lugar que uma teoria geral de corte formalista ocupa, hoje, na produção do saber jurídico. O que equivale a dizer que, na atualidade, parece impossível separar a Dogmática Jurídica das críticas e sistematizações feitas pela teoria normativista de Kelsen".

A integração é um conceito elaborado pela dogmática jurídica para falar das lacunas da lei. A partir de uma perspectiva kelseniana, poder-se-ia dizer que a questão das lacunas é uma falsa questão, já que existe em todo ordenamento um

princípio lógico que estabelece que tudo o que não está proibido está permitido. Assim, quando se fala de lacunas, para Kelsen, não se falaria de outra coisa que de uma solução que resultaria ideologicamente inconveniente. Fala-se de lacuna, em muitos casos, para cancelar uma significação legalmente estabelecida, porém, eticamente inconveniente. Nesses casos, falar-se-ia de lacuna para redefinir ou alterar os conteúdos expressamente admitidos, dando a aparência de que esses novos conteúdos encontravam-se já previamente admitidos na lei.

Para Warat (1979:93), existem várias técnicas de redefinição, as diretas, baseadas na vagueza e ambigüidade das palavras da lei, que geram definições persuasivas; e, as indiretas, produzidas pelas variáveis axiológicas, os recursos às teorias ou aos princípios gerais de direito.

A integração da qual falam os dogmáticos não seria outra coisa que o apelo genérico às técnicas indiretas de redefinição. No direito positivo brasileiro existem dispositivos que falam expressamente dessas técnicas indiretas, o que não é outra coisa que uma delegação expressa do legislador autorizando os órgãos de interpretação a criarem direito, o que, para Kelsen, não é outra coisa que um dispositivo redundante, já que, figurando ou não figurando este dispositivo, os juízes podem alterar os conteúdos das normas. Como disse Warat, interpretar a lei não é outra coisa que um processo de redefinição de seus sentidos.

Alguns autores da dogmática brasileira distinguem integração e interpretação, aceitando a ficção das lacunas. Para Baleeiro, de um lado, a integração tributária é um ato hermético, de comando impositivo com relação à sucessiva aplicação dos itens enumerados no artigo 108. Para ele, o intérprete deve primeiro recorrer à analogia (na ausência de disposição expressa em lei), depois aos princípios gerais de direito tributário, aos princípios gerais de direito público e à equidade, pela ordem. A integração seria ato distanciado do ato interpretativo.

Para encerrar este item, farei algumas breves considerações sobre o conceito de variáveis axiológicas, proposto por Warat (1979:100). Tentarei ser fiel ao autor. Ele diz que os costumes lingüísticos geram casos paradigmáticos, muitas vezes,. E frente a tais circunstâncias não se aconselha forçar o jogo redefinitório. Quando no discurso redefinitório se faz necessário suprimir a significação paradigmática de uma norma, os juristas costumam recorrer a uma variável que Warat denomina de "axiológica", ou seja, um esteriótipo. Com o seu uso provocam um sem-sentido, um esquecimento transitório da significação das palavras da lei. Cita como exemplo o caso de homicídio por canibalismo em uma situação limítrofe. Este é um caso típico de homicídio. Porém, que se considera injusto enquadrar como ilícito. Daí, o apelo ao estado de necessidade, expressão oca de uma pura carga emotiva, de um significante com uma carga emotiva de tal intensidade que, colocado junto a uma norma clara provoca o efeito de um esvaziamento de sentido, o efeito de uma lacuna.

Por aí se pode observar, diz ele (Op. cit., p. 101) que "as variáveis axiológicas não apresentam uma clara significação descritiva. Seu âmbito descritivo, na maior parte das vezes, é semanticamente vazio ou anêmico. Elas proporcionam um esquema formal, sem necessária constância significativa, que depende de processos contextuais de redefinição. Elas operam como desqualificadoras de sentidos normalmente emprestados às expressões que se relacionam com o caso, socorrendo-se de seu próprio significado emotivo.

Bobbio para referir-se às questões de interpretação e das lacunas, fala de auto-integração e heterointegração. Segundo Bobbio (1989:146), a heterointegração "consiste na integração operada através do: a) recurso a ordenamentos diversos; b) recurso a fontes diversas daquela que é dominante (identificada, nos ordenamentos que temos sob os olhos, como a lei)".

Já o método da auto-integração "consiste na integração cumprida através do mesmo ordenamento, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos e com o mínimo de recurso a fontes diversas da dominante".

Com relação à heterointegração, Bobbio esclarece que ela, classicamente, significava, no caso de lacunas no direito positivo, a possibilidade de o juiz recorrer ao direito natural. Refere que as últimas experiências modernas ocorreram na Áustria (Código Civil de 1812) e na própria Itália, inspirada na legislação

austríaca (Código Civil de 1865). Diferentemente da fonte inspiradora, no entanto, a legislação italiana autorizava a aplicação de princípios gerais de direito (omitindo o "natural), o que levou muitos intérpretes a entenderem que o recurso aos princípios gerais de direito, na Itália, referiam-se unicamente ao direito positivo vigente.

Neste caso, deixaria de significar heterointegração, pois a busca de supressão das lacunas dar-se-ia no interior do próprio sistema, e, conseqüentemente, auto-integração. Isto não ocorreria, por exemplo, se o intérprete pudesse recorrer a outros ordenamentos (vigentes no passado, no mesmo país, ou mesmo ainda vigentes em outros países).

Quanto ao segundo tipo de heterointegração, recurso a fontes distintas da dominante, Bobbio diz, com razão, que a fonte predominante (pelo menos nos países civilizados), é a lei. Assim, no caso de lacunas da fonte predominante, o juiz pode recorrer aos costumes, ao poder criativo do juiz ou à opinião dos juristas.

Com relação aos costumes, relata que as duas fórmulas extremas são, de um lado, a mais aberta, quando uma legislação prevê, por exemplo, que o costume terá vigência sempre que a lei for omissa; por outro lado, a mais rígida, a que estabelecesse que o costume somente pudesse ser utilizado quando expressamente citado, em determinada matéria.

Para Bobbio, o método mais importante da heterointegração é o recurso à criação do juiz, que pode atingir, também, formas extremadas, como a possibilidade, em caso de lacuna (da lei ou do costume), de interpretar o magistrado como se ele fosse o legislador. Este método foi fortemente influenciado pela escola do Direito livre, chegando a fazer parte do Código Civil Suíço. Nos sistemas do direito continental, ao contrário, a rigidez maior, admitindo-se a atuação do juiz, de forma mais criativa, quando a legislação expressamente autoriza o recurso à equidade. É o caso brasileiro, cujo artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece que o juiz, na aplicação da lei, "atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Esta disposição tem sido muito utilizada no Brasil atual por defensores do autodenominado "direito alternativo", para julgar inclusive "contra legem", o que, em nossa opinião, representa um certo exagero, pois desconhece a intensidade de influências a que o Direito está sujeito.

Ainda no que diz respeito à heterointegração que busca noutras fontes, que não a lei, a possibilidade de suprir as lacunas, relata Bobbio o recurso à voz autorizada dos juristas. Rechaça com veemência a sua previsão legal, admitindo, como é usual, o recurso às opiniões para embasar decisões.

Examinemos, agora, a auto-integração do Direito. Para Bobbio, ela ocorre de duas formas: através do uso da analogia ou do recurso aos princípios gerais de direito.

Para Bobbio (1989:151), "entende-se por "analogia" o procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado *semelhante*. Bobbio ainda chama a atenção para a diferença existente entre analogia e interpretação extensiva. Segundo ele, somente é possível diferenciá-las através dos seus efeitos. Desta maneira, estaremos diante da analogia quando o efeito da interpretação for o de "criar" uma norma jurídica para o caso concreto onde foi constatada a lacuna. Verificar-se-á interpretação extensiva, exatamente quando as disposições de uma norma forem estendidos a casos que ela não previu.

Finalmente, a auto-integração opera-se através da aplicação dos princípios gerais de direito. Não se deve, aqui, confundir com a aplicação dos princípios gerais do direito natural, o que é característico da heterointegração, como vimos. Para Bobbio, a utilização dos princípios gerais de direito sempre faz parte da auto-integração, na medida em que os princípios gerais a serem aplicados sempre estarão, explícita ou implicitamente contidas no ordenamento vigente.

6.5. A INTEGRAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.

A introdução ao presente capítulo foi necessária para que pudéssemos, a partir de alguns conceitos, relativos à integração do direito, examinar algumas questões no direito brasileiro e em especial no direito tributário.

No caso brasileiro, a primeira e necessária referência, assim como o faz Bobbio em relação ao ordenamento italiano, é o Código Civil. Já vimos, acima, ao examinarmos a integração do direito através da equidade, que nossa codificação civil é expressa (na sua Lei de Introdução, artigo, 5º) ao determinar ao juiz que, na aplicação da lei deve levar em conta os fins sociais da lei e as exigências do bem comum. Desta maneira, o método de heterointegração relacionado à atividade criadora do juiz, também está presente em nosso país. Ressalvamos, como ficou dito acima, que este poder conferido ao magistrado não é supremo, absoluto e nem o único critério utilizado na interpretação.

Mas, a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro vai mais longe, prevendo, no seu artigo 4º (antes ainda da previsão sobre a equidade, portanto) que, sendo omissa a lei, "o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Como se pode observar, a legislação brasileira adota a autointegração, através da previsão legal de

utilização dos costumes e da equidade (embora de forma mais restrita, nos sistemas do direito continental). Não há previsão legal do recurso ao direito natural nem mesmo à opinião de juristas. Estas últimas duas possibilidades podem, apenas, informar e formar a opinião do julgador.

A auto-integração, de outro lado, está representada integralmente, pois, tanto a analogia como os princípios gerais de direito podem ser utilizados para realizar a integração. Isto no que se refere à lei civil brasileira. Devemos advertir com Bobbio, no entanto, que é a utilização dos princípios gerais ocorre dentro da positividade, como afirmado acima.

Cumprе aclarar que resulta mais interessante a análise kelseniana/waratiana das lacunas, por resultar um tanto confusa a proposta bobbiana, na medida em que a referência à auto-integração pressupõe significações unívocas, que não estão presentes nas normas, razão pela qual as referências auto-integrativas não passam de meros recursos redefinitórios.

CAPÍTULO VII

7. A INTERPRETAÇÃO NO DIREITO: JUÍZES E SABERES.

7.1. INTERPRETAÇÃO, RETÓRICA E ILUSÃO.

Em geral se denomina interpretação ao procedimento pelo qual o saber outorga seu sentido aos termos com os quais se expressa. Interpretar é sempre definir.

No direito, a interpretação é uma operação intelectual cuja significação varia conforme quem a efetua. Quando são os juízes que interpretam, esta é a atividade pela qual os mesmos efetuam seu papel no processo de criação do direito. Quando são os doutrinadores que interpretam, é este o caminho através do qual eles abandonam freqüentemente a instância científica, realizando sua pretensão de que seus comentários

desloquem-se do nível da descrição do objeto jurídico para o do direito positivo.

Curiosamente, estas duas possibilidades da interpretação são apresentadas no conhecimento tradicional do direito de uma maneira completamente ilusória. A doutrina tradicional tenta insistentemente persuadir-nos de seu preponderante lugar como fonte do direito, como ato de criação do direito; insistindo, ao mesmo tempo de que os juízes não tem nenhuma participação no processo de criação dos sentidos jurídicos. Insistem em que a interpretação dos juízes é um ato de conhecimento e não de vontade. Conforme esta explicação os juízes não criariam direito, só o aplicariam. Com estas explicações, o saber dogmático do direito autojustifica sua própria incoerência interna.

É requisito fundamental para a possibilidade de existência da ciência, que quem a professe diferencie claramente entre o objeto que descreve e a descrição desse objeto. Isto no direito, por enquanto, continua num terreno predominantemente ilusório. Porém, existem sintomas alentadores.

Para manter as ilusões interpretativas no direito, os cientistas dogmáticos tentaram distinguir três conceitos, estabelecendo diferenças entre hermenêutica, interpretação e integração.

A hermenêutica faz parte de um processo mais abrangente, que se preocupa com os meios e métodos de

interpretação. No dizer de Ferraz Jr. (1989:260) "os conceitos, as premissas, os princípios postulam concepções cripto-normativas (cripto = oculto) e se formulam como orientações sobre os objetivos e os propósitos da interpretação. Destas orientações deduzem-se, então, regras hermenêuticas".

Para o mesmo autor (Op. cit., p. 260), "os chamados métodos de interpretação são, na verdade, regras técnicas que visam à obtenção de um resultado".

Podemos, a partir daí, vislumbrar a distinção primeira que se estabelece entre hermenêutica e interpretação. Aquela significa um conjunto de regras a cerca das interpretações. Estas, por sua vez, significam as diversas técnicas empregadas pelos juristas para, numa operação intelectual, conferirem sentido às normas jurídicas.

A integração diz respeito principalmente a dois fatores: sistematização das normas jurídicas e incompletude do sistema.

Para Ferraz Jr. (Op. cit., p. 271) "a questão dos modos de integração diz respeito aos instrumentos técnicos à disposição do intérprete para efetuar o preenchimento ou a colmatação da lacuna. Na verdade, tais instrumentos têm dupla utilidade, pois não só servem para o preenchimento como também para a constatação da lacuna".

Observa-se que Ferraz Jr. admite uma dupla função para o processo de integração: o preenchimento da lacuna e a óbvia constatação de sua existência (sem o que, não haveria o que preencher).

No Direito Tributário, entende diversamente Paulo de Barros Carvalho (1986:55), para quem, "Outra questão de suma importância é indagar se a integração está contida na complexidade do processo interpretativo, ou se é atividade distinta, que se consubstanciaria num empenho intelectual diverso da interpretação, só cabível quando houvesse lacunas no texto interpretado. Inclino-nos pela primeira orientação: o recurso integrativo é um estágio no trabalho de interpretação."

Não podemos esquecer de examinar, para tentar melhor entender tal controvérsia, que, ao referir-se à integração, em geral a doutrina refere-se à aplicação da analogia, da equidade, dos costumes, dos princípios gerais de direito. Tal aplicação ocorreria exatamente para completar o sistema, em razão das lacunas existentes, diversamente do que pensa Paulo Barros de Carvalho.

Admitida a existência de lacunas num determinado sistema, a integração tem este sentido de completar as omissões, de acordo com as regras que o próprio sistema oferece, quais sejam, analogia, princípios gerais, etc.

Por outro lado, não se pode perder de vista, que a aplicação da analogia, por exemplo, embora destinada a preencher as lacunas, não surgirá autônoma e isolada no ato integrativo. Os princípios gerais, a eqüidade e os costumes estarão também "integrados" à analogia, significando assim, não ocorrer o ato de integração que tem a vocação para o preenchimento de lacunas, de forma autônoma e isolada, mas inevitavelmente ligado à complexidade do ato de interpretar.

Daí o sentido da interligação necessária entre o ato de interpretar e o ato de integração da norma jurídica. Embora esses atos possam ser didaticamente separados em momentos diversos, isto só poderá ocorrer para esta finalidade, pois a própria sistemática da integração já está a pressupor o ato interpretativo.

Do que até agora foi dito, poderíamos, resumidamente, estabelecer que a hermenêutica jurídica preocupa-se com o conjunto de regras de interpretação; a interpretação, por sua vez, pressupõe um ato intelectual dirigido ao sentido da norma; já a integração é um ato que está ligado à incompletude do ordenamento jurídico, fornecendo regras para o preenchimento das lacunas. Este ato integrativo, no entanto, não está desvinculado, mas, ao contrário, está interligado com o interpretativo. Trata-se de perceber que não se pode integrar sem interpretar.

Para Rocha (1994:65), "A teoria jurídica do século XX é caracterizada, inicialmente, pela tentativa de elaboração de uma racionalidade capaz de transformar o direito numa ciência.

Neste sentido, desde a teoria pura do direito" de Hans Kelsen até a "teoria sistêmica" de Niklas Luhmann - para se falar no exemplo alemão -, assim como, nos países anglo-saxônicos, a partir da teoria geral do direito de Bentham chegando-se à jurisprudência de Hart, procurou-se construir, sob diferentes pressupostos epistemológicos, um estatuto de cientifidade para o direito. Nos últimos tempos, a noção de ciência do direito, baseada em critérios sintático-semânticos, tem se alterado para critérios pragmáticos. Esta trajetória se desloca sucessivamente de uma perspectiva estrutural, voltada aos aspectos normativos, até uma perspectiva funcionalista crítica, dirigida às funções sociais do direito; de um ponto de vista mais teórico até um ponto de vista mais político, permitindo-se a colocação do problema da democracia".

Rocha está preocupado em dotar a teoria jurídica de uma racionalidade conforme as exigências de produção do saber que encerram este século. Ele não fala do trabalho interpretativo dos juízes.

Como vimos no capítulo anterior, estas distinções são ilusórias porquanto as regras hermenêuticas são lugares retóricos que facilitam as técnicas indiretas de redefinição. Sem esquecer, ainda, o caráter fictício das tão faladas lacunas da lei.

7.2. INTERPRETAÇÃO E REGRAS DO JOGO.

Vejam agora o que é a interpretação quando a fazem os juízes. Podemos distinguir dois momentos distintos na atividade judicial de interpretar. Por uma parte, o juiz interpreta quando individualiza uma norma geral aplicando-a e criando, por esta operação uma norma individual e portanto, o ato ilícito (ou lícito). Mediante esta atividade, o juiz decide que determinado fato está incluído, ou não, no texto de determinada norma geral. Assim afirma, ao mesmo tempo, a validade da norma geral e a reconhece como pertencente à ordem jurídica que tem que aplicar. A interpretação como ato de decisão.

Por outra parte, o juiz interpreta porque preenche de sentido os termos das normas gerais, as redefine, soluciona a ambigüidade e vagueza de que estas padecem por pertencerem a uma linguagem natural. Esta operação adquire muito mais relevância pelo caráter político-valorativo das expressões jurídicas. Determinar ou modificar os sentidos das palavras da lei implica decidir a extensão das normas gerais, balizando o campo extensional da norma individual. Interpretar é também desde este ponto de vista, um ato de decisão.

Nestes dois enfoques a interpretação dos juizes é uma ato de criação do direito. Provavelmente a forma da redefinição dos termos é a que mais possibilidades dá aos juízes de

criar normas por um conteúdo diferente ao proposto pelo legislador. Isto é assim por quê?

Kelsen dá uma boa resposta. As normas gerais, enquanto normas superiores, determinam duas coisas: o órgão encarregado de criação da norma inferior é o conteúdo das mesmas. Porém, o importante é a determinação do órgão encarregado da criação. Quando o órgão encarregado de aplicar a norma superior o faz criando a inferior, fica liberado dos conteúdos pré-determinados. Eles só ficam como "saldo sugestivo". O juiz pode cumprir a sugestão ou fazer o que ele queira. Isto dependerá de conveniências políticas, de sua história pessoal, de seus traumas de infância, do imaginário social e jurídico ou de suas vísceras, e ainda de seu bom ou mau humor na hora da criação da norma inferior. Porque é assim?

A resposta é simples. Os juízes têm, eles mesmos, o controle sobre os conteúdos pré-determinados. São as instâncias superiores do Poder Judiciário mediante os mecanismos de revisão que decidem se as normas foram criadas ou não com o conteúdo pré-determinado. Basta uma boa argumentação que justifique o novo conteúdo com o pré-determinado, que faça passar por conteúdo pré-determinado o que foi introduzido como novidade. O que importa é a decisão político-retórica que assume o novo como pré-determinado. Fazendo coisa julgada, não há mais nada a discutir. Sendo assim, o conteúdo pré-determinado é ilusório, tornando-se unicamente relevante a determinação pela

norma superior do órgão encarregado da criação da norma inferior. Como reiteradamente afirmam Warat e Entelman, o sistema jurídico é fundamentalmente uma repartição do poder de criação dos sentidos das normas. Quem tem poder dado pelas normas superiores, tem poder de significação. A integração não é outra coisa que um argumento para simular a inexistência desse poder.

É sumamente curioso o fenômeno que se produz com respeito à qualidade recriadora de normas que tem a atividade dos juízes. Embora a maior parte da teoria jurídica admita hoje que os juízes participam da criação das normas, são os mesmos juízes que não se fazem conscientes de seu próprio poder. Parece que a idéia da impossibilidade de criar direito outorga aos juízes um sentimento de segurança. Eles obtiveram bastante frutos deste equívoco. Seria muito mais conveniente que eles tivessem consciência do que estavam fazendo? Como seria a ordem jurídica se os legisladores não soubessem, cada vez que editam uma lei, não soubessem o que estão fazendo? Com disse Entelman (1970:98) "os juízes não tem que ser somente maiores de idade e bons pais de família, devem conhecer e ser claramente conscientes da natureza de suas funções.

Consciência que, por outro lado, não pode levar a um exagero. Tomar consciência do ato de criação que envolve a interpretação da lei não implica deixar de tomar consciência da função normativa dos conteúdos sugeridos pelas normas gerais. Uma coisa é não respeitá-las e outra bem diferente é

fazer de conta que elas não existem, como pretendem os corifeus do uso alternativo do direito.

O "saldo sugestivo" expressado nas normas superiores garante a função social da lei na sociedade tal como o manifesta reiteradamente Warat, seguindo a Hart. Sem esse saldo sugestivo perder-se-ia o sentido deôntico das normas para a sociedade. Como bem expressa Kelsen, as normas gerais expressam o sentido deôntico dos atos de vontade. Para os indivíduos de uma sociedade, só é possível saber se uma conduta se encontra proibida ou permitida consultando as normas. Isto também está expressado no chamado princípio de "Hume" que diz que das condutas não se pode extrair conseqüências normativas e que das normas não se podem extrair conseqüências fáticas. A conduta reiterada dos homens de uma comunidade não torna essa conduta permitida se a mesma encontra-se como antecedente expresso numa norma geral. Claro que deve-se consignar que a conduta descrita no antecedente de uma norma não é precisa. Está sujeita à interpretação. O sentido deve ser preenchido, é polêmico, pode gerar várias interpretações. Porém, uma coisa é interpretar um conteúdo normativo e outra coisa é a inexistência desse conteúdo. Neste segundo caso, não haveria a possibilidade de qualquer tipo de conduta social. Este é o destino de qualquer regra, como manifesta Hart.

Hart no "Conceito de Direito" (1986:153), diz que "Por vezes, a existência de regras vinculativas para os tribunais é negada, porque se confunde a questão de saber se uma pessoa, que

agiu de certa forma, manifestou por isso a aceitação por si de uma regra, exigindo-lhe assim que se comportasse, com as questões psicológicas quanto aos processos de pensamento que a pessoa percorreu antes e durante a actuação. Muito freqüentemente, quando uma pessoa aceita uma regra como vinculativa e como algo que ela e os outros não são livres de mudar, pode ver de forma inteiramente intuitiva o que ela exige numa dada situação e fazê-lo, sem primeiro pensar na regra e no que ela exige. Quando movimentamos uma peça de xadrez em conformidade com as regras, ou paramos num sinal luminoso de trânsito quando está encarnado, o nosso comportamento de cumprimento da regra é freqüentemente uma resposta directa a uma situação, não mediada por um cálculo em termos de regras. A prova de que tais acções são verdadeiras aplicações da regra reside na sua situação concreta em certas circunstâncias. Algumas destas precedem a acção em concreto e outras seguem-se-lhe; e outras são afirmáveis apenas em termos gerais ou hipotéticos. O mais importante destes fatores que mostram que, ao agirmos, aplicámos uma regra, consiste em que, se o nosso comportamento for posto em causa, estamos dispostos a justificá-lo por referência à regra: e a genuidade de nossa aceitação da regra pode ser manifestada não só nos nossos reconhecimentos gerais dela, passados e futuros, e na conformidade com a mesma, como também na nossa crítica ao nosso próprio desvio ou ao dos outros relativamente a ela. Perante tal prova ou outra semelhante, podemos concluir na verdade que, se, antes do nosso cumprimento <impensado> da regra, nos tivessem pedido para dizer qual era a

coisa certa a fazer e porquê, teríamos dado como resposta, se fôssemos honestos, que era uma regra. É esta inserção do nosso comportamento entre tais circunstâncias, e não o seu acompanhamento por um processo explícito de regra, que é necessário fazer para distinguir uma acção que é genuinamente uma observância de uma regra, de uma outra que só por acaso com ela coincide. É assim que distinguiríamos, enquanto cumprimento de uma regra aceite, o movimento do jogador de xadrez adulto da acção de um bebé..."

O texto de Hart é eloquente por si só. Não existe possibilidade de interpretação sem referência a uma regra. Isto sucede em todo jogo regido por regras. Elas permitem o comportamento dos jogadores. No futebol, que é um jogo regido por regras, elas permitem as ações dos jogadores. É impossível pensar em um jogo regido por regras, que contenha uma única regra: será gol quando o árbitro assim o determine. Se esta fora a única regra, os jogadores não saberiam o que fazer com a bola. Ainda, ninguém poderia argumentar sobre a justiça ou injustiça de um gol concedido. No direito é a mesma coisa. Não se pode argumentar que uma conduta será ilícita quando o juiz assim o determine. Fosse dessa maneira, os membros de uma sociedade não poderiam contratar e não poderiam saber quais condutas poderiam realizar, ou não. No caso de conflito, não poderiam argumentar por suas razões, pois não teriam a referência à regra. Ainda, não existiria a possibilidade de reformar uma sentença que é sempre um ato referido a uma regra.

7.3. A FUNÇÃO DA DOGMÁTICA REDEFINIDA.

Enquanto a interpretação como ato de conhecimento, produzida pelo saber do direito, é preciso distinguir o saber da teoria jurídica, que busca a verdade, do saber doutrinário, que fornece subsídios abstratos para o plural de referências que toda regra habilita para os atos de interpretação. Neste segundo sentido, não existe nenhuma pretensão de verdade, ele é só uma instância teórica que deve ser vista como prolongamento do Estado de Direito.

O saber da teoria jurídica, por sua vez, tem duas direções. Uma vinculada ao melhor entendimento do direito no interior de uma teoria da sociedade e como subsídio para que os juízes conheçam e sejam claramente conscientes da natureza de suas funções. Uma função de desmistificação para que a função mistificadora do direito seja melhor executada pelos "feiticeiros" do mito. Esta é precisamente uma das contribuições waratianas à reflexão sobre a interpretação da lei, feitas numa época de cruenta ditadura militar, onde a inconsciência mítica dos juízes servia para o fortalecimento da doutrina da segurança nacional e o fortalecimento do que alguns chamaram o "Estado de Terror".

A semiologia jurídica foi o grande aporte das duas décadas anteriores para esta função de desmistificação e fortalecimento mítico dos atos de interpretação da lei. Nos anos noventa a semiologia como arma de desmistificação encontra-se, para Warat, esgotada em seus fins. Suas descobertas são hoje triviais. Os indízes do direito não estão mais no ocultamento do caráter natural da linguagem em que se expressa o direito. Isto é agora uma obviedade. Precisa ser dado outro tratamento em torno aos sentidos da lei, vê-los como intensidades, fluxos, rizomas, que se entrecruzam em linhas de significação que se contradizem e que expressam uma permanente tensão, diz Warat, em seus últimos trabalhos, entre um pólo de captura e um pólo de autonomia. Tudo isto leva Warat a falar das palavras como "devires", que atualizam permanentemente seus sentidos. Nesta perspectiva, as palavras da lei seriam sempre "devires" que devem ser lidos desde o presente, desde as circunstâncias que emprestam sempre um valor em aberto aos dispositivos significativos das normas gerais. Elas sempre estão dizendo uma outra coisa. São sentidos do passado que não tem outra saída a não ser encontrar sua significação no presente. O presente como criação de sentido.

Warat (1994:22) citando Guattari e Deleuze diz que "la creatividad esta ligada al pensamiento como construcción,, una forma de encontrar finalidades singulares en producción de las actividades humanas. No tienen una idea de creatividad universal, apuntan a una creatividad singularizada, vinculada a la producción instituyente (y desinstituída) de

identidades y prácticas de singularidad que renueven el gusto por la vida y por la reinención de lo político.

En el momento en que se quiere acentuar la creatividad como valor político, surge la necesidad de pensarla como fluxos o intensidades de ruptura frente a lo que quedó, por varios motivos, enquillozado, detenido.

Politicamente hablando: creación, sería ruptura y emergencia de lo nuevo, como también posibilidad de no tratar de leer lo nuevo que irrumpe desde un marco interpretativo agotado o reducido a un puñado de imágenes banalizadas".

A dogmática jurídica satisfaz esta função de criatividade garantindo ao mesmo tempo a atualização permanente o ideário expreso nas concepções do Estado de Direito. Disto ocupar-me-ei no capítulo conclusivo.

7.4. DAS POSSIBILIDADES DE UMA VISÃO CRÍTICA.

O que tentaremos neste capítulo, é realizar uma análise das interpretações acerca do pedágio, resumindo os principais aspectos do mesmo, discutidos ao longo do trabalho, tentando confrontá-las com uma visão mais atual, o que

realizaremos no próximo capítulo, como conclusão. Chamo a atenção, como foi visto no capítulo anterior, que essas conclusões são mais ou menos óbvias, não expressam meu ponto de vista, mas são referência obrigatória, como ponte para o próximo capítulo.

Pelo que vimos até agora, foi possível constatar que as teorias tradicionais partem de uma perspectiva interna, na qual apenas os conceitos herméticos e alheios à realidade são os informadores da interpretação. De outro lado, numa perspectiva externa aos conceitos, há os que privilegiam (com exclusividade, diga-se) apenas as visões externas à norma, colocando os aspectos sociais como preponderantes na interpretação.

Vimos que tais teorias pecam pela incompletude, uma vez que abordam apenas parcialmente a questão. Assim é que entre os primeiros (como Kelsen, partidário de uma visão interna, formalista) e os segundos (como os defensores da escola de livre interpretação, por exemplo.), não realizam a conciliação da prática e da teoria do direito.

É preciso investir na possibilidade de analisar as práticas jurídicas com este instrumental. Por isto é que adotamos as bases teóricas de uma teoria semiológica, a partir de alguns autores já explicitados, especialmente Luis Alberto Warat. Por isto é que examinamos, desde uma perspectiva dogmática, algumas questões tributárias, até desembocar num caso concreto, a

experiência do pedágio no Rio Grande do Sul, nessa tentativa de conciliação de teoria e prática.

Importante observar que as expressões "visão crítica do direito", ou "interpretação crítica do direito", também são vagas e ambíguas. Os movimentos contradogmáticos dos anos 90 precisam ser revistos. Segundo Warat (Teoria, 1979:83), tais movimentos "se alimentam do passado, simulam atacar os horrores do passado revivendo um combate inexistente, para com isto ajustar-se as formas astutas do sinistro". É por tal razão que ele chama a atenção para nos acautelarmos com os que se "proclamam euforicamente revolucionários do direito" e, numa feliz metáfora, lembra que o veneno só pode ser consumido como antídoto, assim como as idéias de um alternativismo jurídico somente tem sentido num Estado de terror.

Desta maneira, é preciso ter bem presente, pensando na interpretação jurídica com vistas ao futuro, a importância de sermos sensíveis ao examinar o passado, para não "reviver um combate inexistente". Para que tenhamos a possibilidade de construir um contradogmatismo para homens livres, no qual não existe espaço, nem para paternalismos, nem para atitudes soberbas.

Nessa dimensão, não se pode perder de vista tudo aquilo que a dogmática nos legou. Não é possível interpretar e aplicar o direito sem os instrumentos que ela fornece. Se reconhecemos o papel do ideológico no direito, isto não quer dizer

que "tudo" seja ideológico; Se atacamos a neutralidade do juiz e do intérprete, também é preciso que se veja essa neutralidade "como uma possibilidade (desejada) de que aquele que julga possa controlar seus sentimentos. A famosa figura do juiz neutro, visto como abstinência e não como sujeito sem desejo. A abstinência como distância e não como falta de responsabilidade com o que se interpreta.

Nessa perspectiva, é preciso, primeiramente, recolocar alguns conceitos dogmático-tributários, que serão objeto de exame crítico no presente capítulo.

Vimos, por exemplo, que os tributos carregam a marca da compulsoriedade. Por outro lado, também vimos que hoje, muito mais do que no passado, muitas das relações privadas também carregam esta mesma marca.

Por outro lado (sem perder de vista que estamos diante do senso comum teórico dos juristas), os impostos diferenciam-se das taxas porque os primeiros significam uma imposição aos contribuintes, independente de qualquer prestação específica. Ou seja, os impostos são exigidos para que o Estado possa manter a sua estrutura como um todo, mediante a repartição das receitas através do orçamento. Já as taxas, são exigidas em razão de uma direta e específica prestação de serviço de parte do Estado.

Os preços públicos, estes podem ser cobrados, tanto pelo Estado, nas atividades conceituadas como de

utilidade pública (e, segundo o senso comum, não nas atividades essenciais) como pelo particulares, através de concessão. Esta dupla possibilidade ensejará o exame da atualíssima discussão sobre o que já se denomina equivocadamente de "privatização" das rodovias.

O que faremos a seguir, tentando a conciliação entre teoria e prática, é tentar examinar estes e outros conceitos à luz da textura aberta do direito, da sua pluralidade de significações, ou seja, à luz da semiótica. Não foi por outro motivo que intercalamos temas críticos e temas dogmáticos.

7.5. O PEDÁGIO NUMA VISÃO DICOTÔMICA.

A primeira questão que se impõe diz respeito à própria conceituação de pedágio. Trata-se, como vimos, de um instituto milenar, adotado no Brasil desde os seus primórdios, que significa a cobrança de um valor pelo direito de passagem.

Na medida em que as civilizações foram evoluindo e a democracia passou a reger os Estados, pelo menos os mais avançados, tal cobrança pelo direito de passagem começou a ser restringido, em nome do livre direito de ir e vir dos cidadãos.

Desta maneira, a sua cobrança passou a ser exigida em casos excepcionais. No caso brasileiro, por exigência constitucional. Em razão dessa excepcionalidade, e também das diversas redações que sofreu ao longo de nossa história constitucional, sempre sem perder de vista a proibição da limitação ao tráfego de pessoas, surgiu a discussão sobre a sua chamada natureza jurídica, ou seja, trata-se de um tributo ou de um preço público?

Se lembrarmos que o direito comunica-se através da linguagem natural, podemos dizer, com Rocha (1985:49) que "não se pode manter a ilusão jurídicista de que os direitos subjetivos constituem uma soberania potencial dependente, unicamente da vontade do indivíduo; e a ilusão de que os direitos objetivos são determinados pelo Estado, acima da vontade dos indivíduos, fato que tal dualismo procura ocultar/inverter em uma materialização da hipóstase analítica hegeliana".

Rocha, sem adotar o monismo kelseniano (para quem só existiriam direitos objetivos) apenas quer chamar a atenção para o fato de que o dualismo escamoteia as relações de dominação, dada a sua ambigüidade positiva inegável.

Desta maneira, o "direito subjetivo" de "ir e vir" está relacionado ao "direito objetivo" do Estado de impor uma cobrança sobre o direito de passagem. Esta dualidade não pode ser dissociada, pretendendo ver-se, de um lado, uma "soberania"

dependente tão só da vontade do indivíduo (direitos subjetivos), e, de outro lado, uma vontade do poder estatal (direitos objetivos).

Nos conflitos que se estabelecem nessa relação jurídica, da mesma forma que nas demais situações em que o dualismo está presente, não se pode perder de vista que são dados (o objetivo e o subjetivo) da mesma realidade.

Vale lembrar a lição de um dos maiores hermeneutas brasileiros, Carlos Maximiliano (1941:41), para quem "a base de todo o trabalho do exegeta seria uma ficção: buscaria uma vontade possível, agente, ativa no passado e as conclusões logicamente decorrentes desse intento primitivo. Não se trata apenas dos tempos imediatamente posteriores à lei, quando é menos difícil estudar e compreender o *meio*, o ambiente em que o texto foi elaborado, as idéias dominantes, as divisões das assembleias, as vitórias parciais de um grupo, as transigências da maioria com este ou aquele pensador dos contrários. A tarefa, nesse caso, ainda seria pesada, porém em grande parte realizável. Entretanto a letra perdura, e a vida continua; surgem novas idéias; aplicam-se os mesmos princípios a condições sociais diferentes; a lei enfrenta imprevistas criações econômicas, aspirações flutuantes, generalizadas no país, ou no mundo civilizado; há desejo mais veemente de autonomia por um lado, e maior necessidade de garantia por outro, em consequência da extensão das relações e das necessidades de crédito".

Ainda, segundo Carlos Maximiliano, não se pode admitir que o legislador, muitas vezes perdido no passado, conseguisse prever as grandes transformações ao longo do tempo. Esta é a ficção.

Do mesmo modo, a ficção dualista, que não é fruto do legislador do passado, mas do intérprete do passado, não resiste hoje à mesma análise. Trata-se de uma ficção que intenta sustentar a neutralidade do dualismo direito objetivo/direito subjetivo.

Desta forma, só é possível concluir que a figura do pedágio, vista como a imposição estatal (direito objetivo), não pode ser examinada separadamente da expressão constitucional da liberdade de ir e vir. Não, evidentemente, no sentido clássico do dualismo, ou seja, de que seriam dois direitos de natureza diferente e que diferentemente deveriam ser tratados.

Ao contrário disto, como afirmou Rocha, é preciso ter presente que a solução do conflito instalado entre a imposição do Estado na cobrança do pedágio e o direito individual de ir e vir não estão contrapostos, necessariamente, e devem ser examinados dentro da mesma lógica, ou seja, dentro das relações de dominação, que, não estarão necessariamente representadas pela posição oficial, eis que podem estar atreladas aos ditos interesses subjetivos, dependendo de quais grupos estejam a defendê-los.

De alguma forma, o pedágio sofreu uma ruptura, exatamente com o surgimento do Estado interventor moderno, exatamente em razão da distinção que se passa a estabelecer entre o público e o privado. Se, na antigüidade, o pedágio, assim como os tributos em geral, confundiam-se na figura do soberano, senhor e possuidor se espaço público e do espaço privado, na modernidade, diante da separação entre os dois, é necessário que se formule um novo discurso, que justifique a sua instituição.

Nestas circunstâncias, a cobrança do pedágio, porque passa a representar uma limitação ao direito de ir e vir das pessoas, contrapondo, portanto, a esse direito subjetivo um outro, o direito objetivo do Estado em exigí-lo, o discurso jurídico tenta justificar a dicotomia encobrendo, na verdade, as múltiplas interrelações entre o público e o privado.

As dicotomias público/privado, direitos objetivos/direitos subjetivos, contribuem para o escamoteamento das tensões sociais e das relações de dominação, ou, no dizer de Carlos Maximiliano (conforme retro), das "idéias dominantes, das divisões das assembléias, das vitórias parciais de grupos", etc.

Porém, é preciso lembrar com Rocha (debate, 1994:32-33), que Carlos Maximiliano, assim como Rui Barbosa, embora reconhecessem a dinâmica do direito, as evidentes relações de dominação, propugnavam por uma concepção hermenêutica de

interpretação rigorosa das leis, no sentido da obtenção de signos jurídicos de uma denotação pura.

Desta maneira, seus escritos, embora sejam dos mais significativos, até porque representam as primeiras e importantes análises sobre a hermenêutica e a interpretação do direito no Brasil, restaram incompletos no que se refere à análise semiológica, exatamente porque não permitem verificar a vagueza e ambigüidade. No presente caso, no que se refere ao uso corrente da expressão "pedágio".

Se, temos como premissa que a dualidade direito objetivo/subjetivo oculta encadeamentos ideológicos ligados às relações de poder e, à partir daí que o direito de ir e vir também está relacionado ao poder estatal, devemos concluir que os sentidos denotativos do instituto pedágio, além de contarem com instrumentos formais para uma interpretação (internos, portanto), não podem prescindir de uma análise de seus elementos externos.

Tais pressupostos nos conduzem à afirmação de que a sua instituição, ora como preço-público, ora como tributo (taxa), vai depender exatamente da preponderância deste ou daquele grupo dominante. Aqui, não mais nos referimos a grupos que criam a lei, aos legisladores, como dizia Carlos Maximiliano, mas aos grupos que põem e impõem idéias que passam a ser as dominantes num determinados momento.

7.6. O PEDÁGIO E O SENTIDO DA DIFERENÇA ENTRE PREÇO E TRIBUTO.

Um segundo ponto de importância a ser examinado, diz respeito à própria instituição do pedágio como preço público ou tributo, tema sobre o qual já fizemos algumas referências no item anterior. Nas conclusões dogmáticas sobre o instituto já enunciamos que o mesmo, à luz da Constituição, tanto pode ser instituído como preço-público ou como taxa.

Como já disse Kelsen, e foi referido anteriormente, não há nenhuma fórmula (ou nenhum "método") segura que nos diga qual método de interpretação deva ser escolhido prioritariamente.

Da mesma forma, a opção pela natureza de preço ou tributo também poderá ser determinada pela escolha arbitrária do método. Se optarmos por uma interpretação literal e sistemática, poderemos chegar, por exemplo, à conclusão que o pedágio, por estar inserido no capítulo tributário, e em razão do princípio que proíbe a limitação do tráfego de pessoas ou bens, é um tributo e, conseqüentemente, só poderá ser instituído por lei (sentido estrito) aprovada pelo Poder Legislativo.

Por outro lado, considerando, ainda, que a escolha do método é arbitrária, é possível alterar o critério interpretativo e, além da interpretação literal e da interpretação sistemática, incluir as demais.

Uma interpretação embasada no positivismo sociológico poderia ir noutra direção. Para Warat (1979:81), o positivismo sociológico representa "a assimilação por parte dos juristas de diversos métodos utilizados pela sociologia e, portanto, a reprodução de tipos de investigação sociológica baseados na observação, na experimentação, comparação de fatos, etc. No campo do direito tal método substitui o positivismo normativista por um positivismo sociológico privilegiando os fatos em relação às normas legais.

Neste prisma, seria possível pensar numa interpretação que leve em conta os argumentos relativos à periculosidade que representam as estradas brasileiras. O imenso número de mortes cotidianas, os traumas diários sofridos por uma parte enorme da população brasileira. Assim pensando, pode-se construir uma interpretação, além da literal (ou gramatical e da sistêmica), que nos coloquem frente a uma realidade que exige uma solução imediata, ou seja, a aplicação do pedágio às rodovias de risco, para a sua adequada restauração.

Aqui, o valor "vida" sobrepuja os demais, surgindo como imperativo para que o Estado tome alguma atitude para que tais tragédias sejam evitadas.

Se escolhermos o método teleológico, bem demonstrado por Warat (Op. cit., p. 83) como duas vias relativas de realização, ou seja, o método teleológico em sentido estrito e a jurisprudência de interesses, relacionando-se a primeira via com o direito público e a segunda ao direito privado, nossa interpretação será outra.

Analisando a partir deste método, Warat, conclui que, no caso do método teleológico estrito senso, a regra não é causal, cumprindo uma finalidade que justifica a sua existência. Já, para a outra vertente deste método interpretativo, a jurisprudência de interesses, o fim está representado pela apreciação do interesse das partes.

Num e noutro sentido, ou seja, visto o método teleológico em seu estrito sentido ou no sentido do interesse das partes, a decisão sobre a natureza jurídica do pedágio será tributo ou preço na correlação direta dos fins do Estado e dos interesses, deste e dos particulares. A preponderância desses interesses e fins dominantes é que determinarão a interpretação.

7.7.

O SENTIDO DA VIA ALTERNATIVA.

Quando examinamos o pedágio, verificamos que, para sua instituição como preço-público é necessário, no caso brasileiro, que exista uma via alternativa para os usuários.

Começemos por lembrar o exemplo de Hart (1986:137-137) sobre o uso do chapéu. Quando se estabelece uma regra que obrigue homens e rapazes devem tirar o chapéu ao entrar numa Igreja, ditada através de palavras ou do exemplo do pai ao filho, deixa aberta uma série de possibilidades. Assim, ao entrar na Igreja, o filho pode começar a ter as primeiras dúvidas sobre o comando: Tira-se o chapéu apenas ao entrar na Igreja? Já no interior dela, e sentado, recoloca-se o chapéu na cabeça? Ou: tira-se o chapéu com a mão esquerda ou com a mão direita?

Assim como estas dúvidas, uma série de outras podem surgir, na ora de interpretar o comando. Da mesma forma, com relação à imprescindibilidade da via alternativa, uma série de dúvidas podem surgir. Por exemplo, sendo a rodovia sujeita ao pedágio composta por duas pistas em cada sentido do trânsito, a alternativa também deve tê-las? Sendo a primeira asfaltada, a segunda também deve ser? Não sendo a segunda asfaltada, quais as condições mínimas, ou razoáveis, de trafegabilidade? A distância percorrida numa e noutra, para chegar a determinado ponto, deve ser a mesma, ou, não sendo, qual o limite razoável de aumento na

distância que se pode admitir? A rodovia alternativa deve ser da mesma jurisdição do Poder Público (Federal, Estadual) que instituiu o pedágio?

Como se vê, abrem-se diversas possibilidades de interpretação do que seja "via alternativa". Hart (Op. cit., p. 139) diz que "os cânones da "interpretação" não podem eliminar estas incertezas, embora possam diminuí-las; por que estes cânones são eles próprios regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios, exigem interpretação".

Conclui, ainda, o citado autor, que o poder discricionário do intérprete pode ser de longo alcance, permitindo a textura aberta do direito que diversas áreas de conduta sejam decididas pelos tribunais ou pelos funcionários. É o espaço onde surge a função criadora desses agentes.

O senso comum, no entanto, é utilizado pelos juristas para fazer crer que as regras são rígidas e o espaço de interpretação é restrito. De qualquer modo, a dogmática serviu como um ponto de referência racional, a partir do qual foi possível buscar os possíveis sentidos da lei, ou seja, como diz Warat (1979:87), o jurídico como criador de uma nova ordem valorativa da realidade e mediador das relações sociais.

7.8. SERVIÇOS PÚBLICOS: A DIFÍCIL CONCEITUAÇÃO.

No primeiro capítulo, onde tentamos examinar alguns conceitos através dos enunciados dogmáticos clássicos, tivemos a oportunidade de constatar as dificuldades de conceituar serviço público, dificuldades estas que a própria dogmática reconhece. Assim, o que seja serviço público será sempre variável, no espaço e no tempo, dependente das condições sociais, econômicas, políticas e dos interesses em jogo.

Autores como Hely Lopes Meireles sinalizam para uma distinção entre serviços de utilidade pública (úteis, apenas) e serviços essenciais. Como critério para identificar os primeiros apontou-se para a "conveniência" do serviço, sob o ponto de vista da comunidade. Já os serviços essenciais foram ali enunciados como aqueles cuja "essencialidade" ou "necessidade" para o grupo social e para o próprio Estado estão presentes.

Fica evidente a arbitrariedade no estabelecimento desses parâmetros. Mas, antes de abordarmos essa questão, examinemos as expressões "conveniência" e "essencial". A primeira delas tem como sinônimo da língua portuguesa exatamente a expressão "utilidade". A segunda tem como sinônimas as expressões "indispensável", "necessário", "importante".

Desta forma, se poderia conceituar serviço público de *utilidade* pública como aquele que tem *utilidade*, e serviço

essencial aquele que é *essencial*. Estamos diante de conceituações verdadeiramente tautológicas, portanto. Isoladas do seu contexto espacial e temporal, são expressões totalmente vazias de sentido. Tais afirmações, diga-se, não as tornam sem validade. Elas indicam ao intérprete e ao aplicador uma direção, um rumo para a interpretação.

Seguindo a idéia já exposta, podemos dizer que tais conceituações representam uma referência racional, que é um ponto de partida, mas não é suficiente para o estabelecimento do jurídico com uma nova ordem valorativa da realidade e que seja mediadora das relações sociais.

De qualquer modo, mesmo sem invalidá-las, é preciso ter presente as suas limitações, que representam esse rumo a ser seguido pelo intérprete e que ainda outros elementos devem ser considerados para que seja possível chegar às várias possibilidades semânticas que tais expressões permitem.

Já afirmava Carlos Maximiliano (1941:83) que "a praxe, o ensino e a ciência não se limitam a procurar o *sentido* de uma regra e aplicá-lo ao facto provado; mas também, e principalmente, se esmeram em ampliar o pensamento contido em a norma legal à medida das necessidades da vida prática. Além do significado de uma frase jurídica, inquirem sobre o alcance da mesma". É bem verdade que ele entendia que o juiz não formula o Direito, mas apenas o interpreta. De qualquer modo, e apesar da restrição, acaba reconhecendo que resta aos magistrados (e aos

intérpretes em geral, diríamos) um largo campo de atividade autônoma.

Estabelecido esse primeiro rumo para as expressões objeto do presente exame, e o reconhecimento de que as práticas sociais também estão relacionadas ao ato de interpretar, podemos seguir em frente.

A dogmática jurídica foi buscar nos exemplos os meios para discriminar o que se deve entender por serviço de utilidade pública e o que se deve entender por serviço essencial. Citam-se como serviços essenciais os relativos à defesa nacional, relativos à polícia e à saúde pública. Dentre os serviços de utilidade pública, estariam os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone, construção e manutenção de rodovias, etc.

Repetindo novamente o entendimento de Kelsen, de que não existe nenhuma fórmula ou critério seguros que nos indiquem qual método de interpretação deva ser utilizado, é possível compreender como tais discriminações dependem, também, do livre arbítrio do intérprete. Não devemos, no entanto, confundir escolhas arbitrárias com a prática pura e simples de arbitrariedades, coisas distintas. O ato puramente arbitrário independe de leis ou regras. Não é dele que estamos falando. Mas, isto sim, que a interpretação depende também do arbítrio, da vontade. Não se pode pretender, como os contradogmáticos dos anos 90 referidos por Warat, que a lei não existe e que só a vontade do julgador ou do intérprete é que interessa.

Esta utilização do arbítrio sempre estará presente na identificação dos serviços públicos, mas teremos, em cada tempo e lugar, acordos semânticos mínimos que nos permitam optar por uma dentre as alternativas possíveis. Com isto queremos dizer que não será unicamente a vontade do intérprete que vai prevalecer.

Determinar-se que o serviço de saúde pública é essencial, por exemplo, não é tarefa difícil num país de terceiro mundo, assim como a prestação de educação básica. Já os transportes, poderiam ser incluídos nessa categoria se correlacionados com a segurança nacional, num caso de guerra, por exemplo.

Com relação à construção e manutenção de rodovias, o senso comum vigente é de que tal empreitada pode ser concedida à exploração de particulares. Um dos fundamentos básicos de tal entendimento é o de que o "caos" rodoviário no país é uma realidade, quase nos limites de uma calamidade pública, em razão, principalmente: das dificuldades de transporte das riquezas nacionais, do seu encarecimento, inclusive dos alimentos, essenciais em qualquer país e muito mais nos países pobres; e, em razão das tragédias diárias que matam um número cada vez maior de pessoas, graças às péssimas condições das estradas.

Este fundamento é um bom exemplo da vagueza e ambigüidade das conceituações de utilidade e essencialidade. Sabendo-se que os serviços públicos essenciais

devem ser necessariamente prestados pelo Estado, e conferindo-se plausibilidade ao argumento acima, o que poderíamos concluir é que o serviço de construção e manutenção de rodovias é essencial e, portanto, somente o Estado, diretamente, teria poderes de realizar.

O exemplo também serve para demonstrar como poderá modificar-se um outro entendimento do senso comum teórico, ou seja, de que os serviços essenciais também poderão ser prestados pelos particulares.

A dogmática tradicional, embora tenha se preocupado com a obscuridade e ambigüidade das palavras da lei, realizou trabalho a ser completado. Paula Batista (1984:4) afirma que "Interpretação é a exposição do verdadeiro sentido de uma lei obscura por defeitos de sua redação, ou duvidosa com relação aos fatos ocorrentes ou silenciosa. Por conseguinte, não tem lugar sempre que a lei, em relação aos fatos sujeitos ao seu domínio, é clara e precisa". Deste modo, mantém uma perspectiva limitada da interpretação, de acordo com um pressuposto metafísico do "verdadeiro sentido da lei".

Adotar, por outro, uma simples visão externa ao direito não é suficiente, por fugir da questão acerca da indeterminação da lei. Além da utilização interrelacionada das questões externas, como das intradogmáticas, também é útil a adoção como padrão metodológico, da semiótica. E, como bem alertou Rocha (1994:34), esta incompletude não é privilégio do

dogmatismo formalista, mas também ocorre com as modernas correntes realistas, fundadas numa hermenêutica sociológica.

Diante destas questões é preciso ter a clareza, portanto, que o entendimento acerca do que seja serviço público, em geral, e especificamente no que diz respeito à sua divisão entre serviços essenciais ou apenas úteis, será tarefa permanente, que poderá variar em razão, dentre outros motivos, do arsenal semiótico que venha a ser utilizado.

No exame dogmático, tentamos o estabelecimento da natureza jurídica da figura conhecida como pedágio (ou rodágio, mais propriamente), com a conclusão de que o mesmo tanto pode ser estabelecido como preço-público (tarifa) ou como taxa.

Segundo, que parece ser mais oportuno, para uma ágil recuperação das estradas brasileiras, o estabelecimento do pedágio como preço-público (tarifa), administrado pelo Poder Público ou pelos particulares, do que aguardar recursos orçamentários originados da arrecadação tributária em geral.

Por outro lado, admitida a sua instituição como preço-público, e embora nessa hipótese seja possível a concessão de tal serviço público de utilidade pública (de acordo com o senso comum teórico dominante) aos particulares, as mais recentes experiências do Rio Grande do Sul aqui analisadas são dados concretos que demonstram que a sua exploração pelo próprio

Poder Público não é nefasta pelo só fato de ser prestado pelo Poder Público.

Dentro dessa visão dogmática, o primeiro objetivo do presente trabalho foi o de realizar uma investigação sobre a natureza jurídica do pedágio. Porém, como ficou manifesto, foi inevitável um posicionamento, no caso, pelo entendimento de que o pedágio, de acordo com a atual Constituição brasileira, também pode ser instituído como preço público.

Por outro lado, o exame da relação jurídica de direito obrigacional, semelhanças e diferenças da sua incidência nos campos do direito público ou privado foram fundamentais para interpretar as relações jurídicas ocorrentes numa e noutra situação. Especialmente quando nos damos conta que a divisão entre direito público e o direito privado não é absoluta. Poderíamos dizer, até, que, sendo necessário aliar dogmática e visão crítica do direito, sem perder de vista as especificidades das duas posturas, da mesma maneira, direito público e privado, embora contenham especificidades, também se interrelacionam.

Para se chegar a tais conclusões, foi necessário examinar também o conceito de serviço público. Entendido que dentre os serviços públicos, "*lato sensu*", estão aqueles tidos como serviços públicos propriamente dito (ou, essenciais) e os serviços impropriamente ditos (de utilização pública). Nestes últimos enquadra-se a prestação do serviço de

construção ou manutenção de rodovias públicas, na visão que hoje a dogmática tem sobre a questão.

Este serviço de utilização pública tanto pode ser prestado pelo Estado como pelo particular. Não é o fato de ser prestado pelo Poder Público ou pelos particulares que vai determinar a sua natureza jurídica como tributo ou preço público.

Além do fato de tratar-se de um serviço público *impropriamente dito* (que pode ser delegado, portanto), deve-se examinar se a sua exigência é compulsória ou não. Sendo voluntária, estamos diante de um preço público.

No caso do pedágio, para que tais características estejam presentes é fundamental que exista voluntariedade, ou seja, possa o usuário optar entre a utilização da rodovia na qual se cobre o pedágio e uma outra via alternativa.

É claro, como já disse Hely Lopes Meireles (1971:19), é possível a cobrança mesmo que a via alternativa ofereça condições menos vantajosas.

Isto faz parte do senso comum teórico. Na verdade, a cobrança do pedágio em determinadas rodovias visa, exatamente, a melhoria das suas condições e dos serviços nela prestados (como instalação de telefones, equipes de socorro, etc), argumento que tem uma forte carga emotiva no discurso jurídico.

Quanto às condições de tráfego e possibilidades de manutenção da via alternativa, sua conservação somente poderá ocorrer dentro das possibilidades orçamentárias. Pensando-se este tipo de serviço público como não essencial, à evidência, dependerá das prioridades estabelecidas pelo Poder Público, com a participação direta do Poder Legislativo.

Isto significa dizer que o Estado deve priorizar, na aplicação da receita tributária, as suas atividades essenciais, quais sejam, preservação da saúde pública, segurança, etc.

A considerar-se a relevância dos serviços de saúde em contraposição aos serviços de manutenção de estradas, claramente pesa em favor do primeiro a relevância. Dito de outra forma, através dos tributos previstos orçamentariamente, as estradas alternativas serão conservadas quando houver recursos para tanto. Mas existirá a alternativa. àquele usuário que entender de não pagar o preço-pedágio, resta a alternativa menos confortável, mas resta.

Seria decisão política absurda privilegiar tais usuários em detrimento de outros serviços. Mesmo porque, pagando o preço-pedágio, o usuário perceberá, imediatamente, o benefício da sua contribuição.

Aliomar Baleeiro (1986:334) fez comentário que, embora referido à *taxa-pedágio* (compulsória, portanto), aplica-se perfeitamente ao que está afirmado acima. Disse ele que:

"As experiências feitas a propósito da Pennsylvania Turnpike e outras toll roads provaram que os proprietários de veículos, pagando a taxa pelo uso de estradas aperfeiçoadas, ainda lucram mais em termos de dinheiro do que se utilizassem estradas comuns e gratuitas. O pedágio é processo idôneo para fazê-lo participar do custo de construção e de conservação da rodovia de que se utilizam, cruzando-a quando vêm do Estado de origem para um terceiro Estado.

É evidente, nessa forma discursiva, o forte apelo à vantagem do usuário. Vantagem esta que pode ser estabelecida compulsoriamente, ou não (tributo ou preço). Em país de poucos recursos públicos como o Brasil, pode ser conferida a opção, entre utilizar via rodoviária menos cuidada e outra, onde os próprios recursos do pedágio contribuem para a conservação.

Tais motivações políticas estão perfeitamente autorizadas na legislação brasileira. Como se disse ao longo do

trabalho, o pedágio tanto pode ser criado por autorização legislativa como por criação do executivo, exclusivamente. Quando este último optar pela instituição do pedágio sem a ingerência do Poder Legislativo, assumindo o ônus político de tal decisão, deverá fazê-lo dentro da legalidade, ou seja, oportunizando a via alternativa.

Arnold Wald (1969:405) é incisivo quanto à necessidade de existência da via alternativa para caracterização como preço público. Trata-se, segundo ele, de uma condição tradicional, embora não exigida expressamente pela legislação.

Hely Lopes Meireles (1971:35-36) afirma que, sendo o pedágio um preço, "sua cobrança seria permitida independentemente da ressalva oposta pelo desavisado constituinte. Nenhum preço exige permissão constitucional para ser cobrado. Todos eles decorrem do poder genérico concedido à União, aos Estados e aos Municípios - e a seus delegados: concessionários e permissionários - de haver a remuneração de seus bens e serviços".

Por outro lado, é preciso enfatizar que enfrentar esta discussão com uma posição definida, ou seja, se o pedágio é preço ou tributo, é uma falsa questão. Como se viu ao longo do trabalho, tanto pode ser uma coisa como outra. Depende de como for instituído e de quais métodos sejam utilizados para a interpretação da lei. E, seja como tributo, seja como preço, não necessita, conforme Arnold Wald (Op. cit., p. 403), "de suporte constitucional expreso para ser cobrado".

Também M. Seabra Fagundes (1971) avaliza este posicionamento, quando, ao examinar o tema, adverte que o pedágio não pode ser instituído como imposto, senão como taxa ou preço, dependendo das circunstâncias em que seja adotado.

De todo o exposto, é possível afirmar que o Poder Executivo pode criar a *preço-pedágio* para construção ou manutenção das rodovias públicas, seja o serviço explorado diretamente ou através de particular, pois se trata de um serviço público não essencial, de utilização pública (que pode, inclusive, ser delegado aos particulares), desde que se ofereça ao particular razoável opção.

O fato de tratar-se de um serviço público não essencial autoriza a concluir que tais serviços possam ser prestados também pelos particulares, sob o regime de concessão. As discussões que se estabelecerão, a partir desta conclusão, dizem respeito às opções políticas, ora em favor da privatização, ora em favor da manutenção do serviço público pelo próprio Estado.

A despeito de algumas experiências nefastas, no passado, de pedágios públicos que redundaram em contundentes fracassos, as mais recentes experiências do Estado do Rio Grande do Sul autorizam a concluir que é possível aos Estados obterem lucros no desempenho dessas atividades, que revertem, logicamente, em benefício dos cidadãos, na medida em que tais lucros devem necessariamente ser aplicados nas estradas sujeitas à tarifa.

Nada impede, sem dúvida, a sua instituição como taxa, sem a exclusão, também, da sua existência como preço-público. Neste último caso, poderá ser instituído mediante decreto do Poder Executivo, respeitando-se a legislação de Direito Financeiro que os rege, e não o capítulo constitucional referente aos tributos.

Assim pensar não afronta aos princípios democráticos, pois, no processo democrático as decisões não são exclusivas do Poder Legislativo. Não dependem totalmente deste, pois as regras, por óbvio foram estabelecidas por esse Poder.

Quando o Poder Executivo agir no âmbito de sua competência constitucional, instituindo o pedágio, ainda resta ao Poder Legislativo a competência para fiscalizar os atos daquele. Cabendo, em última análise, ao Poder Judiciário responder se um ou outro dos Poderes em questão agiram dentro de sua estrita competência.

Estas são as primeiras conclusões, dentro da dogmática jurídica. É preciso, agora, repensar as incidências dogmáticas que foram abordadas ao longo do presente trabalho.

CONCLUSÃO.

1. Toda conclusão é um devir. Não sou partidário de concluir fazendo um resumo do que já foi dito anteriormente, tampouco opto por conclusão que sirva como uma declaração pomposa e categórica sobre os pontos centrais da tese. As conclusões, a meu ver, devem apontar ou indicar os pontos de mudança de um pensamento para que este possa superar as ameaças de seu próprio esgotamento, percebendo os sinais do novo. Isto é o que tentarei fazer como conclusão.

Pretendo estabelecer como idéia conclusiva um ponto de vista sobre a dogmática jurídica que permita vê-la como um prolongamento ou atualização das práticas políticas e jurídicas do Estado de Direito. Uma nova versão enunciativa do Estado de Direito. Uma forma de luta pelo Estado de Direito. Uma forma de pensar o direito na condição transmoderna que requer, como assinala Warat (1994:94) "uma sensibilidade que não anule a idéia de uma necessária instituição jurídica da sociedade, a referência a um marco normativo que, à margem de suas

ambivalências, permita o controle ético-racional do que vai ser decidido".

Uma reivindicação do valor de racionalidade da dogmática jurídica ameaçada por um alternativismo tardio (AT) que desemboca em uma ignorância deliberada do ordenamento jurídico vigente. Um retorno ao caos onde tudo poderia estar potencialmente proibido. A dogmática jurídica como procura de "uma articulação entre legalidade - ética e razão, esse grande debate político que atravessa o pensamento jurídico na transmodernidade para não obstruir as possibilidades de uma mudança de atitudes nos homens e nos objetivos, que assegure o ressurgimento, de forma inovadora do truncado projeto de autonomia" (Warat, 1994:95).

Warat (1994:95) conclui nessa direção: "Recuperar a distância interpretativa da lei, como criatividade ético-racional-legal; tentando, ao mesmo tempo, recuperar o político no direito, como conjunto de princípios geradores das novas relações que os homens possam manter entre si e com o mundo e não como usos desconstrutivos que se assemelham às formas anarquistas de resistência. Isso poderia ser útil nos anos 60 ou 70 mas desencanta nos anos 90.

As lutas e resistências que podem ser travadas em nome do direito resultarão politicamente improdutivas, transformando-se em uma infinita negatividade senão são acompanhadas de uma busca de novas possibilidades ético-

racionais-legais para a autonomia, em condições de existência absolutamente alteradas".

Como conclusão deste trabalho quero levantar a hipótese de que é através da dogmática jurídica que pode efetuar-se as tarefas de recuperação ético-racionais-legais apontadas por Warat. Aprofundemos um pouco esta idéia.

2. Aponta Warat no mesmo texto acima referido, que os juristas em geral acabam transitando por um imaginário cheio de conflitos caracterizados por conterem padrões internalizados de origens opostas. O primeiro desânimo que assaltou a dogmática jurídica resultou do seu enfrentamento com o positivismo jurídico e as variantes formalistas. Mais recentemente, a intervenção do que ele denomina de "contradogmática", que não deixa de ser, em seu desenvolvimento, uma espécie de jusnaturalismo, que apenas denuncia o vazio da dogmática jurídica sem propostas consistentes para preenchê-lo, e, ao contrário, uma postura a partir da qual o intérprete pode atribuir impunemente sentidos à lei. "Dessa forma, da ficção performática do pensamento dogmático passou-se (contradogmatismo) à postulação estereotipada de um vazio (uma certa falta de sentido da lei à margem das intenções contextuais dos intérpretes). Vazio que somente certos iluminados, ao que parece, poderiam preencher com legitimidade.

Dentre os contradogmáticos, existem alguns (AT) que extremaram seus discursos, confundindo o fato de a interpretação conter também a ideologia, com o fato diverso de aparelhar politicamente o direito à margem de qualquer tipo de racionalidade, ou seja, "A necessidade de apelar a componentes políticos levou o pensamento contradogmático para um lado de ataque indiscriminado da dogmática jurídica, o positivismo, o formalismo, o juridicismo, o cientificismo, enfim, contra tudo que poderia ser visto, diria eu, como um "objetivismo" contra as vozes oprimidas, tudo embasado na suposição do caráter intrinsecamente opressivo da lei do direito. Foi uma reivindicação política da função política do direito.

Mas, isto, porque nos anos 70 os juristas progressistas da América Latina tentaram exaltar o lado político do direito. Era a forma de encurralar o inimigo, de suavizar os efeitos da doutrina da segurança nacional". Perderam-se eles no tempo, movimentando-se, ainda hoje, sobre um passado ao qual não mais pertencemos e que deve ser resgatado de outra maneira.

Coincido com Warat (Op. cit., p. 83) quando diz que "Não tenho dúvidas que o movimento contradogmático só pode continuar vital no cair no Kitsch, se abandonar as suas formas passadas, se construir a sua memória e aceitar o lado positivo da dogmática jurídica. O tempo das negações absolutas já passou, repeti-lo agora é construir um anarquismo ingênuo.

A dogmática jurídica é a nossa herança, temos que aceitá-la. Como toda herança temos de saber o que fazer com ela. A dilapidamos ou transformamos? Onde estamos? Podemos empreender uma cruzada purificadora à margem da lei (do "Estado de Direito" da fantasia da segurança jurídica)? Podemos continuar acreditando que o direito está sempre a serviço do opressor?

As novas possibilidades que a dogmática pode ensejar exige repensar o lugar a partir de onde se exercita o ato de julgar, que para Warat (Op. cit., p. 86) representa "A significação imaginária da magistratura, dada como uma busca de sentido e não como atributo daquele que tem que julgar. A neutralidade como uma possibilidade (desejada) de que aquele que julga possa controlar seus sentimentos. A famosa figura do juiz neutro, vista como abstinência e não como um sujeito sem desejo".

Esta observação waratiana não deixa de reconhecer a inexistência da neutralidade, mas confere-lhe um sentido completamente novo. Pode-se dizer que, nos anos setenta e oitenta, a denúncia sobre a falta de neutralidade do juiz levou muitos à falta de responsabilidade com o exercício do julgamento. Hoje, trata-se de reconhecer que o juiz não pode transformar o julgamento num mero ato político, em nome da ausência de neutralidade, mas de deslocar essa mesma neutralidade para um outro plano, o da abstinência, que permite o distanciamento emocional do julgador, visto não mais como um ativista político. O

uso político do direito não significa prescindir da lei nem das representações doutrinárias que sustentam imaginariamente a garantia da imparcialidade. Essa garantia é a que fundamenta o Estado de Direito como apelo a uma racionalidade que nos afasta dos riscos de um caos nos vínculos sociais.

Como ainda observa Warat (Op. cit., p. 87), trata-se de "ver a dogmática jurídica como uma representação mental de um ponto de referência racional para a produção dos sentidos da lei do direito, que vai permitir impor ao julgador o seu poder sem anular, na ação (o desejo) dos homens, o valor da lei como condição de seus vínculos. Uma forma de outorga de poder ao julgador, deixando a salvo a possibilidade de que a lei possa servir para organizar a experiência social dos indivíduos".

Significa dizer que não mais é possível acreditar que a lei jurídica possa ser compreensível no seu funcionamento ignorando-se a dogmática jurídica. Trata-se de reconhecer, neste seu novo sentido, que a dogmática jurídica organiza a lei jurídica, como garantia abstrata da própria possibilidade do vínculo social. Warat percebe esta nova forma de ver a dogmática jurídica como uma espécie de "realismo fantástico", pois permite que uma fantasia de segurança jurídica legitime o poder do direito, garantindo o seu funcionamento, legitimando-se, sem perder de vista um limite racional. Tudo isto confere à lei do direito a possibilidade de organizar as regras do jogo social.

Não é um dogmatismo no seu sentido tradicional que acredita no sentido unívoco das palavras e aprisiona o pensamento, mas da possibilidade de criação de uma nova ordem valorativa da realidade e que medeia as relações sociais. Trata-se, diz Warat (1994:87), de uma confiança posta nas palavras da lei, como um algo semântico que está fora de toda tramitação interpretativa, para poder servir à organização da relação com o outro no laço social e na estruturação dos argumentos interpretativos nos quais se definem os sentidos da lei (a interpretação como arte de romper com a fantasia da plenitude semântica da lei jurídica".

Tanto a historicidade da lei como os atos de interpretação não podem ser vistos como revelação da verdade. Apenas levam ao entrelaçamento de redes de significação que permitem a inteligibilidade da produção dos sentidos normativos. Uma dessas redes está constituída pela condição dogmática. Somente com ela pode-se estabelecer uma relação jurídica com as nossas vivências. Daí ser importante perceber como inicialmente as próprias críticas ao dogmatismo incorreram no mesmo erro de desconhecer e desligar-se das relações práticas entre sujeitos cognoscentes e realidade social. Segundo Warat (Op. cit., p. 89), "A releitura pelo ângulo epistemológico da função dogmática no direito chegou a proporcionar uma resposta satisfatória (refiro-me a uma resposta que possa conformar-nos no tempo presente). Entre outras, porque privilegiou um tipo de conhecimento que caiu na armadilha de reduzir o problema do saber à necessidade de um controle

teórico que minimizou a importância, para o direito, da construção da subjetividade e dos processos imaginários e inconscientes de identificação". Tratou-se de uma tentativa, frustrada, de negar qualquer sentido aos enunciados da dogmática jurídica, ignorando que simplesmente a dogmática não significa tudo o que pretende significar, mas que, de algum modo, interfere no mundo do direito, através das significações imaginárias que o organizam e conferem sentido.

Esta maneira de criticar não permitiu perceber que a dogmática representa uma maneira de automaticamente converter as formas instituintes em instituídas, na medida em que as práticas jurídicas repousam na repressão do caráter impossível da administração da justiça, da própria segurança e da equidade.

Que quer dizer Warat com tudo isto? Porque ele renunciou às suas velhas iconoclastias até o ponto de agora ser contra os iconoclastas? Talvez a resposta ele mesmo a dê em seu trabalho inédito "Por quien cantan las sirenas": nesse texto ele afirma que mais do que abrir mão da dogmática jurídica como modelo - o que nos afundaria na intuição cega que é o pior modelo, talvez na interpretação da lei seria preciso, de algum modo, repensar no estatuto da dogmática jurídica como modelo. Por exemplo, injetando na própria idéia de modelo a precariedade que lhe é intrínseca, a fim de que ele possa constantemente derivar para longe de seu equilíbrio ordinário, liberando tudo aquilo que o

modelo encobre ou que lhe escapa. Seria como submeter a noção de modelo à idéia de perspectivas, no puro estilo nietzschiano. Evitar-se-ia, assim, os ecos cientificistas conotados pela noção de modelo. Desta forma, evitaríamos de interrogar-nos pela verdade do modelo para passar a nos perguntarmos pelo tipo de vida do qual esse modelo é sintoma. Colocaríamos ênfase num "devir" modelo que deve ser permanentemente produzido, que multiplica as suas formas de conexão, de abordagem, de entendimento. O modelo inscrito numa pragmática dos sentidos como defende Rocha: a pluridimensionalidade pragmática do modelo. Recusa da homogeneização despótica do modelo. "Abertura do modelo em direção à sua pluralidade, ao invés de reconduzi-lo a uma totalidade significativa qualquer. A negação do modelo como imagem do pensamento. Um pouco como faz a arte abstrata, que ao dispensar a figuração pode liberar cores, linhas e uma série de virtualidades até então aprisionadas pela representação figurativa. Isto que ocorre na pintura pode ocorrer também com a dogmática jurídica, que também pode ser vista em suas possibilidades potenciais de liberação das virtualidades dos sentidos jurídicos", assim como um lugar apto para pensar as encruzilhadas entre virtualidades de sentido e intenções políticas. Ou seja, a dogmática não vista mais como modelo de clausura, mas como um "devir" direito.

3. O exame de um caso concreto nos permitiu refletir sobre as práticas judiciais e ver como se exercita o modelo. No caso do pedágio, aqui relatado, tratava-se de decidir (interpretando) se configurava ou não um tributo. E por que a indagação? Porque uma resposta que afirme a sua condição de tributo obriga que sua instituição ocorra através de aprovação do Poder Legislativo. Ao contrário, não sendo definido como tributo, mas sim como preço, o Poder Executivo pode criá-lo independente da vontade e das forças políticas representadas no Poder Legislativo.

Como se decidiu no caso concreto? analisando, a partir da dogmática, o conceito de tributo, para perceber o pedágio, existente, ou não, como tributo. Para isto, os juízes precisaram responder à pergunta: o pedágio instituído no Rio Grande do Sul é compulsório, ou não? Em algumas ações judiciais sobre este caso, entendeu que sim, não importando nem mesmo a distinção entre tributo e preço, pois, no caso de o preço ser cobrado por órgão público, também seria compulsório e, portanto, dependente da aprovação do Poder Legislativo. Já, para outros, o fato de existir uma rodovia alternativa para aqueles que não desejassem pagar o pedágio representava que o mesmo não era compulsório, pois o cidadão poderia optar pela via alternativa. Um jogo de virtualidades de sentido que só é possível na medida em que o modelo conceitual empregado não responde às características de um modelo enclausurado.

É evidente que o caráter não enclausurado do modelo determina condições de invisibilidade dos componentes políticos das decisões que, por outro lado, permitem mediações racionais para a problemática finisecular da governabilidade. Pressupor sentidos fechados nos modelos do direito impossibilitaria, em muitos supostos, a governabilidade, principalmente, como no caso em questão, com um parlamento não favorável ao governador. Por outro lado, é impossível permitir um uso irrestrito da governabilidade. O direito não pode reconhecer que um Governador, conforme as necessidades da governabilidade, legisle por decreto. É conveniente que exista uma instância, no caso o judiciário, que de maneira velada, preservando as garantias do Estado de Direito, julgue sobre a conveniência ou não do uso da governabilidade. Pelo contrário, teríamos um governador exercendo as possibilidades sempre nefastas de um uso alternativo do direito. Nesta suposição, a dogmática jurídica funciona como mediadora da governabilidade.

O Estado de Direito não é um modelo fechado de valores jurídicos. Existe um "dever" Estado de Direito. A dogmática jurídica é a textura significativa que garante esse "dever".

ANEXO I.

EXMO. SR. MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL

"AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE"

(com pedido liminar)

O PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO -
PSB, pessoa jurídica de direito Público
interno, Partido Político com notória
representação no Congresso Nacional, com
sede na sala 29, Anexo 2 da Câmara dos
Deputados, Brasília, por seu procurador
signatário, vem, respeitosamente, ante
V.Exa., com fulcro nos arts. 102, I, "a" e 103,
VIII da Carta Magna, para interpor a
presente AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE com pedido

liminar, do Decreto Estadual nº 34.417, de 24 de julho de 1992, que autoriza a cobrança de Pedágio na Rodovia Estadual Rs/135, pelos seguintes fundamentos de fato e de direito:

1. É o seguinte o teor do referido Decreto ora impugnado:

DECRETO Nº 34.417, DE 24 DE JULHO DE
1992

Autoriza a cobrança de pedágio.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 82, item V da Constituição do Estado,

DECRETA:

Art. 1º - Fica o Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem do Estado do Rio Grande do Sul DAER/RS autorizado a cobrar um preço, a título de pedágio, aos condutores de veículos automotores que utilizam a Rodovia Estadual RS/135, trecho ENTRONCAMENTO RS/324 (P/PASSO FUNDO) - ENTRONCAMENTO BR/153/P/EREXIM), integrante do Programa de Pedágio, na forma do presente Decreto.

Art. 2º - Cria-se a Unidade de Pedágio (UP), a ser aplicada na rodovia definida no art. 1º que serve de referencial para os preços, denominados "Pedágio", relativos aos diversos tipos de veículos, definidos como categorias, tendo em conta os custos necessários à conservação da obra e os melhoramentos existentes ou a introduzir para comodidade e segurança dos usuários.

Parágrafo Único - Fica fixado em Cr\$ 2.000,00 (dos mil cruzeiros) o valor da Unidade de Pedágio.

Art. 3º - O pedágio, calculado em Unidades de Pedágio, será estabelecido, periodicamente, em tabelas aprovadas pelo Secretário de Transportes, mediante propostas do Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem - DAER/RS, ouvido seu Conselho Consultivo.

Parágrafo Único - o pagamento do pedágio será feito em moeda corrente nacional, não podendo ser realizado com cheque bancário.

Art. 4º - Fica aprovada a tabela anexa, contendo os referências à Unidade de Pedágio (UP) ora criada.

§ 1º - Os preços decorrentes da aplicação da tabela anexa são diferenciados segundo as seguintes categorias de veículos:

I - CATEGORIA 1: Veículos de passeio e utilitários com 2(dois) eixos;

II - CATEGORIA 2: Veículos comerciais com 2(dois) eixos;

III - CATEGORIA 3: Veículos comerciais com 3(três) eixos;

IV - CATEGORIA 4: Veículos comerciais com 4(quatro) eixos;

V - CATEGORIA 5: Veículos comerciais com 5(cinco eixos;

VI - CATEGORIA 6: Veículos comerciais com 6(seis) eixos;

VII - CATEGORIA 7: Veículos de passeio com reboque três eixos;

VIII - CATEGORIA 8: Veículos de passeio com reboque quatro eixos;

§ 2º - Todos os veículos de passeio ou utilitários são admitidos como possuindo 2(dois), 3(três), ou 4(quatro eixos de rodagem simples).

§ 3º - Os veículos comerciais são aqueles que possuem, pelo menos, 1(um) eixo com rodagem dupla.

§ 4º - Ficam liberados do pagamento do pedágio, unicamente, os seguintes veículos:

- a) veículo ambulância;
- b) veículo bombeiro;
- c) veículo policial;
- d) motocicletas e ciclomotores.

§ 5º - Caberá ao DAER/RS examinar, após a implantação do pedágio, a viabilidade, a título de excepcionalidade, de outros tipos de liberação de seu pagamento.

Art. 5º - O pedágio de que trata o presente Decreto será cobrado na Praça de Pedágio - do tipo barreira - situada no Km 10+800 metros da rodovia mencionada no Art. 1º do presente Decreto.

Art. 6º - O valor do pedágio constitui receita do Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem do Estado do Rio Grande do Sul - DAER/RS e é por este cobrado, destinando-se a indenizar as despesas de manutenção, conservação e restauração da rodovia definida no art. 1º deste Decreto, inclusive as melhorias e serviços pró-usuário a serem implantados na mesma.

§ 1º - Os valores recolhidos serão, obrigatoriamente, depositados em conta de receita do DAER/RS, especialmente aberta para este fim.

§ 2º - Cabe à 6º(sexta) Unidade de Conservação do DAER/RS, a responsabilidade de operação,

arrecadação e guarda do pedágio recolhido pela utilização da rodovia mencionada no art. 1º deste Decreto.

Art. 7º - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, produzindo seus efeitos a partir 31.7.92.

Art. 8º - Revogam-se as disposições em contrário.

Palácio Piratini, em Porto Alegre, 24 de julho de 1992.

Alceu Collares

Governador do Estado.

2. Exa., colima a presente Ação Direta de Declaração da INCONSTITUCIONALIDADE do Decreto Estadual 34.417/92, para que, desta forma, seja reestabelecer a ordem jurídica, garantindo o respeito à Lei Maior.

3. Pretende o Governo do Estado do Rio Grande do Sul cobrar pedágio na RS-135, entre Passo Fundo e Erechim. Pretende fazê-lo através de preço público, contrariando

norma constitucional. E para isso publicou o Decreto Estadual de N° 34.417, de 24 de julho de 1992(anexo), autorizando o DAER, a cobrar um preço, a título de pedágio, aos condutores de veículos automotores que ali trafegarem, como podemos constatar do art. 1° do referido decreto transcrito acima.

4. O Governo do Estado invocando o art. 82, V da Constituição Estadual, decretou a cobrança de pedágio (Taxa e não preço público) na RS-135.

Preceitua o art. 82, inciso V, da Constituição Estadual:

"Art.82 - Compete ao Governador, privativamente:

V - expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis;" (grifo nosso)

Ora, primeiro, não existe Lei Estadual que autorize a cobrança de Pedágio para ser regulamentada, e segundo, a competência privativa invocada é para a regulamentação de lei. Se inexistente lei, não se pode expedir decreto regulamentando o que não existe. Nem mesmo existe projeto de lei neste sentido tramitando no Poder Legislativo.

Mas, o que realmente interessa é que pedágio não se pode cobrar se não existir lei que autorize a sua cobrança. Não se admite cobrança de imposto através de Decreto, mesmo que diga se tratar de preço e não de taxa, mas que na verdade é taxa e não preço, como "in casu".

Entendemos que a cobrança de pedágio somente poderá ser instituída através de Lei Estadual, uma vez que trata-se de TAXA e portanto, tributo, que obrigatoriamente terá que respeitar os princípios do Direito Tributário, dentre eles a Legalidade e a Anterioridade, o que parece ser desconhecido da administração.

5. Portanto, se inexistente Lei Estadual autorizando a cobrança de taxa de pedágio na RS-135, é flagrantemente inconstitucional exigir o pagamento do referido tributo, naquela via pública, através de Decreto.

Indubitavelmente o pedágio é um tributo da espécie taxa, tanto é verdade que encontramos sua previsão no inciso V do art. 150 da Constituição Federal, no Título VI - Da Tributação e do Orçamento - Capítulo I - do Sistema Tributário Nacional - Seção II - Das Limitações do Poder de Tributar - o que ora pedimos vênias para transcrevê-lo, por oportuno:

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

V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meios de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalva a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;"

Portanto, que prova maior poderíamos ter de que, efetivamente, o pedágio é um tributo da espécie taxa, se a própria Constituição assim o previu, mas, por ser de fundamental importância, e para que não reste a menor dúvida a respeito, faremos um esforço histórico do instituto do Pedágio.

É de iniciar-se pela conceituação que se buscou na obra DICIONÁRIO DE TECNOLOGIA JURÍDICA, Pedro Nunes - 12º edição - 1990 - Rio de Janeiro - Freitas Bastos - pág. 640: "PEDÁGIO ou PEDAGEM - diz-se da taxa que o governo exige pelo trânsito de pedestres, gado ou veículos por uma determinada ponte, estrada de rodagem ou outra via de comunicação e transporte terrestre; destina-se a satisfação das despesas com construção, melhoramentos e conservação das mesmas".(grifo nosso)

Segundo ALIOMAR BALEEIRO, na sua obra UMA INTRODUÇÃO · CIÊNCIA DAS FINANÇAS - 14º edição -

Revista e atualizada por Flávio Bauer Novelli - Rio de Janeiro - Forense - 1986, pág. 240: "Conhecido, talvez, desde os romanos, o pedágio com certeza teve largo emprego na Idade Média. Constituiu um dos principais direitos regalianos, reconhecidos ao rei ou aos senhores feudais."

O eminente A. THEODORO NASCIMENTO, na sua obra PREÇO, TAXAS E PARAFISCALIDADE - Forense - Rio de Janeiro - 1977, pág. 57, preleciona: "De largo uso durante o feudalismo, quando configurava direito senhorial exigido pela passagem de pessoas e coisas sobre território submetido a autoridade do senhor feudal, o pedágio era, então, espécie de imposto sobre o trânsito, cobrado para compensar despesas com a abertura das estradas. Teria constituído mesmo o embrião do imposto aduaneiro, porque cobrado pela transposição da fronteira.

Por seu caráter antieconômico, visto como embaralha a circulação da riqueza, e pela utilização abusiva que dele foi feita no passado, o pedágio foi sempre visto com desfavor, e entrou em declínio a partir do sec. XVIII. Pelos abusos que suscitou, inclusive por se obrigar a utilização de determinadas estradas para que houvesse ocasião de cobrá-lo, a Revolução Francesa, por Decreto de 1811, o suprimiu nas grandes estradas. Apesar da medida, Jéze assinalou que, em 1880, ainda havia na França 400 pontes sob o regime de pedágio, com todo o seu rol de inconvenientes)custo de percepção elevado, grande número de paradas, etc.).

E, a despeito dos inconvenientes que todos os autores de modo geral assinalam, o aparecimento do automóvel a exigir sempre estradas cada vez melhores, revigorou o instituto, e o pedágio voltou a ter crescente utilização, sobretudo nos Estados Unidos da América do Norte, que, em 1930, inaugurava na Pensilvania Turnpike, sua primeira auto-estrada. Após esta, inúmeras outras foram construídas, a exemplo das estradas de New Hampsshire, new Jersey, Ohio, Indiana, Maine, todas sob o sistema de pedágio. A segunda Guerra Mundial viria interromper, naquele país, inúmeros projetos de auto-estradas que só depois seriam concluídos. Nas, finda a guerra, o entusiasmo pelo sistema revivido levaria a que, já em 1953, a quarta parte dos Estados Americanos dispusessem da legislação autorizando construção de estradas sob o regime de pedágio.

O retorno ao processo, segundo John F. Due "ocorreu principalmente porque as fontes normais para financiar auto-estradas se mostravam inadequadas para atender o crescente desenvolvimento do tráfego, com conseqüente engarrafamento de estradas". E, a resistência do povo americano ao imposto sobre a gasolina facilitou a adoção do pedágio como norma de recuperação de despesas com as auto-estradas, sobre construir forma de conter sua utilização no limite de sua capacidade. E, tendo voltado a constituir processo normal de custeio do sistema de estradas e comunicações, ao lado dos impostos sobre veículos e sobre combustíveis, nada indica que o seu uso venha a ser abolido, pelo menos ali, visto que sua exigência repousa na necessidade de

imputar parcela maior do custo de qualquer serviço público àqueles que deste tiram maior vantagem. Suprimir o pedágio seria distribuir injustamente o custo do serviço, segundo Wagner e Tangorra, não obstante este também assinale que," quanto mais se desenvolve o sistema de estradas e comunicações e com ele o sistema de trocas, mais a utilidade geral de estradas prevalece sobre a utilidade particular, o que faz o pedágio perder terreno para imposto como forma de atender a essa despesa pública."

Na mesma obra, à página 61, o autor, referindo-se a evolução do pedágio no Brasil, relata: " Proclamada a República, a Constituição de 1891 vedou os Estados, como à União, criar imposto de trânsito pelo território de um Estado, ou na passagem de um para outro, sobre produtos de outros Estados da República, ou estrangeiros, e bem assim, sobre os veículos de terra e água que o transportarem. "

A proibição também alcançava aos Municípios. Embora a eles a Constituição não se referisse, entendeu-se que seria absurdo que ao Município se permitisse o que se proibia à União e aos Estados.

O dispositivo constitucional que, na sua amplitude, abrangia e destruía, segundo entendeu Carlos Maximiliano, todas as barreiras, grandes e pequenas, manifestas ou disfarçadas, diretas ou indiretas, contra a livre circulação interna das riquezas, era um obstáculo à exigência de pedágio num país onde tributo sobre o trânsito, instituído com a lei nº 2.940, de 31-10-1879, e

incidindo sobre passagens de navio e bilhetes de estradas de ferro e transportes urbanos, já fora causa de um motim popular.

A Constituição de 1934 manteve a proibição, estendida já agora expressamente ao Distrito Federal e aos Municípios, de cobrar, sob qualquer denominação, impostos interestaduais, intermunicipais de viação ou de transporte, ou qualquer tributo que, no território nacional, agravem ou perturbem a livre circulação de bens ou pessoas e dos veículos que os transportarem (art. 17, IX).

Mas a Constituição de 1934 não se limitou à proibição já contida na de 1891. Ela também vedou qualquer tributação que perturbasse a livre circulação de pessoas.

Sob a carta de 1937, que o art. 25 só aludiu expressamente aos Estados e aos Municípios, prevaleceu, não obstante, tanto para eles quanto para a União e Distrito Federal, a proibição de criar qualquer barreiras alfandegárias ou outras limitações ao tráfego, que gravassem ou perturbassem a livre circulação de bens ou pessoas e dos veículos que os transportassem, porquanto, para todas aquelas pessoas jurídicas, prevalecia o mesmo princípio constitucional de ordem geral, qual seja, o de que o território nacional constituía uma unidade de ponto de vista alfandegário, econômico e comercial, não podendo no seu interior haver quaisquer limitações ou barreiras daquele tipo. Constituindo limitação ao tráfego, obviamente não podia o pedágio prosperar sob aquele regime.

A Constituição de 1946, vedando à União, Estados, Distrito Federal e Municípios estabelecer limitações ao tráfego de qualquer natureza por meio de tributos interestaduais e intermunicipais, ressaltou, entretanto, a cobrança de pedágio e taxas destinadas exclusivamente à indenização das despesas de construção, conservação e melhoramento de estradas (art.27).

Na sua vigência, o Estado de São Paulo, através da lei nº 13, de 12-11-47, instituiu a " a taxa de rodágio", destinada exclusivamente à indenização das despesas de construção, conservação e melhoramento das estradas, da rede rodoviária estadual, inclusive "obras de arte" (art.25) e, através da lei nº 43, 31-12-47, autorizou a cobrança de "taxa de pedágio dos usuários da Via Anchieta, (art.1º), destinando-se o produto de sua arrecadação à indenização de despesas com a construção (art.2º)daquela rodovia. O pedágio naquela via deixaria de ser cobrado quando o seu produto atingisse o valor das despesas realizadas (art.2º), devendo, para esse efeito, o Poder Executivo calcular o montante das mesmas, uma vez concluídas as obras (art.3º). A lei nº 43 paulista foi regulamentada pelo Decreto nº 17.893, de 23-01-48, que, para efeito do pagamento do pedágio, classificava os veículos em nove classes, e estabelecia que a cobrança seria efetuada pelos postos de arrecadação, instalados de maneira que a cobrança se verificasse " antes do ingresso do veículo no trecho sujeito ao tributo" (art.3º).

Ainda sob o regime da Constituição de 1946, o Estado de São Paulo baixou a lei nº784, de 30-08-50, exigindo pedágio " aos usuários de estradas pavimentadas"(art.1º). O legislador paulista de então recolheu alguns princípios aconselhados pela experiência, e condicionou o pedágio à ocorrência de determinadas circunstâncias, a saber:

a) a existência de outra estrada de uso livre, conservada, que o usuário pudesse utilizar para ir aos pontos extremos ligados pela rodovia nova, pedagiada (art.1º, §1º);

b) a pavimentação de leito de estrada já existente não constituía justificativa para cobrança de pedágio (art.1º, § 2º), com exclusão da Via Anhanguera;

necessária a cobrança na estrada pedagiada, se o Departamento de Estradas não mantivesse, na estrada de uso livre, a conservação satisfatória para permitir o trânsito permanente e sobre ela(art. 2º).

Dispunha a lei paulista nº 784 que o produto da taxa de pedágio se destinaria a "cobrir as despesas com a construção e pavimentação do trecho da estrada" em que fosse cobrada, e deixaria de ser arrecadada quando amortizadas essas despesas(art. 6º).

Posteriormente, o Estado de São Paulo, ainda sob o império da constituição Federal de 1946, baixaria a lei nº 2.841, de 31-12-1953, estendendo a cobrança da taxa de pedágio a todas as

estradas pavimentadas a concreto, asfalto ou paralelepípedos(art. 1º).

A Emenda Constitucional nº 18, de 1º de Dezembro de 1965, quando formulou o sistema tributário nacional revogou expressamente o art. 27 da Carta de 1946, desaparecendo a exceção que esta fazia ao pedágio. Então voltou à sua plenitude o princípio de que a União, aos Estados, e aos municípios era vedado "estabelecer limitações ao tráfego, no território nacional, de pessoas ou mercadorias, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais"(art. 2º, III, da E.C.18).

Posteriormente promulgado, o CTN (Lei nº 5.172, de 25-10-66) copiou, no art. 9º,III, o que estabelecera E.C. nº 18, sem contemporizar com o pedágio.

Sobrevindo a Constituição de 1967, esta revive o instituto do pedágio ao dispor, no art. 20, II, que era vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e Municípios, "estabelecer limitações ao tráfego no território nacional, de pessoas ou mercadorias, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, exceto o pedágio para atender ao custo de vias de transporte".

Na sua vigência, o Governo Federal promulgou o Decreto Lei nº 791, 27-08-69, autorizando a cobrança de pedágio, "que será devido pelos condutores de veículos

automotores que utilizam vias públicas, integrantes do Sistema Rodoviário Federal"(art. 1º).

A Emenda Constitucional nº 1 à Constituição Federal de 1967, posterior ao Decreto Lei nº 791, viria, mais uma vez, modificar o sistema no particular, para restabelecer, sem reservas, o princípio segundo o qual é "vedado" estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou mercadorias, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais"(art.19,II).

No magistério de LUIZ EMYGDIO F. DA ROSA JR. em sua obra NOVO MANUAL DE DIREITO FINANCEIRO E DIREITO TRIBUTÁRIO- 7ª Edição- (à luz da Constituição de 1988) - Editora Renovar- 1991, pág. 212/213, relata : 5.3- O inciso V do art. 150 da Constituição prescreve que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo poder Público.

A primeira parte do dispositivo em tela encontra correspondência no art. 19, II, Da Constituição de 1969. Entretanto, deste último dispositivo não consta a ressalva pertinente à cobrança de pedágio, que estava também contida no art. 27 da Constituição de 1946. Entendia-se que o fato de a Constituição de 1969 não ter ressalvado a cobrança de pedágio não implica na inconstitucionalidade de tal cobrança, porque a ressalva em questão era desnecessária. Isso porque o pedágio não incidia sobre o "tráfego

em si mesmo", que era objeto da proibição. O pedágio visa somente atender ao custo da construção, conservação e melhoramento das vias de transporte, e o que se proíbe é a utilização de tributo que represente uma barreira ao tráfego interestadual ou intermunicipal. Todavia, como se disse, a Constituição atual (art. 150, V) voltou a ressaltar a cobrança de pedágio, com o que, pensamos, deixou claro que o pedágio tem ineludível caráter tributário, enquadrando-se em uma das espécies do tributo, a taxa.

Ainda, IVES GANDRA MARTINS, em sua obra SISTEMA TRIBUTÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988, Editora Saraiva, 1989, págs. 141/142, ao tratar das Limitações Constitucionais ao poder de Tributar, relata: "Por fim, o sexto princípio cuida da vedação à limitação ao tráfego de pessoas ou bens visto que o Brasil é uma Federação e não uma confederação. A vedação é aos entes Estaduais e Municipais, capazes de gerar tratamento diferenciado.

A exceção é feita aos pedágio, cuja natureza da taxa fica definitivamente consagrada no atual texto Constitucional."

Feitas estas considerações breves, porém necessárias, sobre a evolução do instituto do pedágio, faz-se necessário continuar pela prestação de serviços pelo Estado e o Regime Jurídico do seu pagamento, postos que a guerreada questão: PEDÁGIO - TAXA OU PREÇO? - embora sob o prisma constitucional, tenha sido pacificada, como se viu da manifestação dos doutos, até pela sua

inclusão no Título VI - DA TRIBUTAÇÃO E DO ORÇAMENTO - Capítulo I - DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL - Seção II - DAS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR, é fundamental, "in casu", que se busque análise mais profunda.

A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PELO
ESTADO E O REGIME JURÍDICO DO SEU
PAGAMENTO.

6. No magistério de AURÉLIO PITANGA SEIXAS FILHO, sua obra "TAXA - DOCTRINA, PRÁTICA E JURISPRUDÊNCIA, Rio de Janeiro, Forense, 1990, página 15, relata: "Na medida, então, em que pode tornar compulsória a prestação de serviço público, não pode o estado impor a sua remuneração em regime diverso do tributário, pois somente o regime da taxa é que vai conceder ao contribuinte garantias legais existentes para a sua proteção.

Se o serviço público, apesar de sua essencialidade, for prestado ao cidadão, compulsoriamente, portanto, independentemente de sua vontade, a conseqüência lógica é que a sua remuneração somente possa ser exigida por força da lei, isto é, exigindo o legislador não só a prestação compulsória do serviço público como o fato gerador de uma taxa, como fixando a respectiva base de cálculo e alíquota."

ALBERTO DEODATO, por sua vez, em sua obra MANUAL DE CIÊNCIA DAS FINANÇAS, já havia examinado a taxa em relação à obrigatoriedade do serviço nos seguintes termos :

"Divergem na definição os escritores, quando ajuntam à característica da taxa a obrigatoriedade. Pergunta-se, pois, se a taxa é obrigatória ou facultativa ? Acho que não deveria de ser passível de discussão a obrigatoriedade do pagamento da taxa. Desde que se classifica entre os tributos, a característica de qualquer tributo é a coercitividade. O debate da obrigatoriedade não é sobre se o tributo é obrigatoriamente pago, mas se o serviço que a taxa retribui é obrigatoriamente pedido, isto é, se o indivíduo é obrigado a pedir ou a aceitar esse serviço especial.

Não pode o Estado impor a sua prestação de serviço e, ao mesmo tempo, exigir o seu pagamento em regime de direito privado, pois o usuário não está livremente manifestando a sua vontade, está, isto sim, submetendo-se, ou sujeitando-se, a uma dupla imposição estatal.

Nestas condições, caberá ao legislador decidir se o serviço público prestado, compulsoriamente, deverá ser remunerado e, em caso positivo, dimensionar o pagamento de acordo com a sua relevância e a capacidade econômica do usuário, figurino este que somente se enquadra num regime de direito público especialmente o de direito tributário."

Também IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, no X Simpósio Nacional de Direito Tributário, assim explicou a questão: "Se o Estado fornecer um serviço público de necessária utilização, sem que o usuário possa escolher outra alternativa para dele prescindir, a relação que se vislumbra não é de mera coordenação entre as partes, mas de imposição" (Em Caderno de Pesquisas Tributárias, nº 10, pág. 174).

A particularidade que realmente identifica a tipicidade da taxa, ao mesmo tempo que a distingue do preço público e do imposto, é a forma compulsória ou exclusiva com que o serviço público é prestado, não restando ao usuário qualquer outra alternativa.

Ao contrário do que ocorre com os tributos, entre os quais a taxa, que não poderão ser criados senão por lei, a vista do que dispõe a Constituição Federal, e como consequência, a Estadual, os preços prescindem de lei para serem criados ou majorados, e de prévia autorização orçamentária para serem arrecadados em cada exercício financeiro.

Nada obsta, no entanto, que o legislativo Estadual, sem invasão da competência do Governador, fixe preços, porque entre as atribuições do poder legislativo Estadual, a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, 1989, dispõe no seu art. 52,II:

"Art. 52 - Compete a Assembléia Legislativa, com a sanção do Governador, não exigida

esta para o especificado no art. 53, dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, especialmente sobre:

II - tributos do Estado, arrecadação e distribuição das rendas;"

Essa redação do dispositivo constitucional, deixa claro que o legislativo pode sempre dispor sobre preços, que é renda, mas não é tributo."

A DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA NA CONSTITUIÇÃO
DE 1988.

7. No dizer de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PRIETRO, em sua obra recente, DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988, São Paulo, Edição Atlas S/A, 1991, à página 171: "Hoje, pode-se definir a discricionariedade administrativa como faculdade que a lei confere à Administração para apreciar os casos concretos, segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o Direito.

A medida que o princípio da legalidade adquire conteúdo material antes desconhecido, aos limites

puramente formais à discricionariedade administrativa, concernentes à competência e a forma, outros foram sendo apresentados principalmente pela jurisprudência dos países em que o papel do Poder Judiciário não se resume à aplicação pura e simples da lei formal, mas se estende à tarefa de criação do direito.

Muitas teorias e princípios de origem pretoriana foram incorporados pela doutrina do direito administrativo estrangeiro e, por intermédio deste, ao direito brasileiro e consagrado, em grande parte, pelo direito positivo, inclusive, agora, pela Constituição.

Primeiramente, pela teoria do desvio de poder, elementos de moralidade administrativa foram incorporados à idéia de legalidade, para invalidar os atos praticados com finalidade diversa daquela que justificou a regra de competência.

Depois, a teoria dos motivos determinantes tornou possível o exame dos motivos pelo Poder Judiciário, para invalidar atos administrativos baseados em motivos falsos ou inexistentes.

Hoje, o controle judicial amplia-se pelo acolhimento de vários princípios de origem pretoriana.

O princípio da razoabilidade, de inspiração norte americana, quando vinculado ao devido processo legal substantivo, ou de inspiração européia, quando confundido com o princípio da proporcionalidade dos meios aos fins, permite ao Poder

Judiciário invalidar, por inconstitucionalidade, leis e atos administrativos cujo conteúdo contenha discriminações injustificadas ou medidas que não guardem relação ou proporção com os fins objetivados pelo legislador.

Com base nele, aumenta a tarefa do Poder Judiciário, que tem que apreciar o conteúdo axiológico das normas constitucionais e legais e invalidar os atos administrativos que estejam em desconformidade com o mesmo.

O princípio da moralidade administrativa adquire conteúdo novo, inconfundível com aquele idealizado por Hauriou, e que já foi em grande parte absorvido pela teoria de desvio de poder. Tal como hoje é visto, ele exige da Administração Pública comportamentos compatíveis com o interesse público que lhe cumpre tutelar, voltados para os ideais expressos, agora, de forma muito nítida, no preâmbulo da Constituição : a moralidade tem que estar não só na intenção do agente, mas também e principalmente no próprio objeto do ato e na interpretação que da lei faça o administrador para aplicá-la aos casos concretos. Em muitos casos, confunde-se como princípio da razoabilidade, pois a inobservância deste configura, em geral, uma imoralidade administrativa, já que não há ofensa direta à letra da lei.

Também os princípios gerais de direito, sejam eles extraídos do Direito positivo, ou da ciência do direito comparado, ou deduzidos de valores permanentes, universais, que transcendem o direito positivo, constituem limites à

discricionarieidade administrativa, pois, ainda que a norma, abstratamente considerada, possa aparentemente deixar larga margem de opções para a Administração Pública, as alternativas podem reduzir-se consideravelmente pela aplicação de princípios como os do devido processo legal, da vedação de enriquecimento ilícito, da igualdade dos administrados diante dos serviços públicos, da continuidade dos serviços públicos, da mutabilidade dos contratos.

Finalmente, o princípio da supremacia do interesse público exige da Administração comportamentos que atendam as necessidades emergentes da vida em comunidade e não aos interesses dos entes que exercem a função administrativa, interesses estes que são secundários e só podem ser atendidos quando não configurem com os interesses da comunidade.

Todos esses princípios foram acolhidos implícita ou explicitamente na Constituição de 1988. Eles limitam a discricionarieidade administrativa, norteiam a tarefa do legislador e ampliam a ação do Poder Judiciário, que não poderá cingir-se ao exame puramente formal da lei e do ato administrativo, pois terá que confrontá-los com os valores consagrados como dogmas na Constituição."

Já MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, em seu CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, de acordo com a constituição de 1988.17º edição, revista e atualizada, 1989, Editora Saraiva, página 245, diz: "Como princípio de

legalidade, o do controle judiciário é intrínseco à democracia de opção liberal. Apesar de sua importância, salvo os autores norte-americanos, poucos estudiosos lhe tem dado maior atenção, colocado-o no rol das coisas óbvias.

Na verdade, o direito de o indivíduo fazer passar pelo crivo do Judiciário toda lesão a seus direitos é essencial a todo o regime cioso das liberdades fundamentais. Deflui, inexoravelmente, esse princípio, da própria separação de poderes, pois outra não é, no fundo, a justificativa da independência do Judiciário, que não a tutela dos direitos individuais. Todavia, a sua expressa enunciação, como no art, 5º, XXXV. da Constituição/88, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão a direito. De fato, o crivo imparcial do Judiciário contraria muitas vezes a prepotência dos governantes, que se podem, cuidam de impedir sua fiscalização."

O primeiro direito do administrado frente a Administração, consiste na garantia de legalidade do comportamento administrativo e da aderência deste mesmo comportamento ao interesse público, hipoteticamente descrito na norma'.

Pode-se, pois, afirmar que, tendo a Administração Pública o dever de agir no exercício de sua função administrativa com observância da mais estrita legalidade, sempre que esta legalidade for violada, surgirá em favor do administrado direito subjetivo a seu restabelecimento.

Quando o Executivo Estadual, em sua discricionarieidade, julga oportuno e conveniente cobrar pedágio pelo uso da via conservada pelo Poder Público Estadual, caso exemplificativo, dentre outros, na RS-135, entre Passo Fundo e Getúlio Vargas, e entende ser o pedágio preço e não taxa, como se sabe e ficou provado anteriormente, age em desrespeito a norma constitucional, afronta o princípio da legalidade, não atenta para o interesse público que emerge da vida comunitária e que certamente não é o de pagar mais encargos, principalmente para transitar em rodovia que tem como opção exclusiva.

Como vimos anteriormente Exa., o pedágio é uma taxa e não preço público, diante do que INCONSTITUCIONAL o Decreto Estadual nº 34.417/92, eis que afronta os mais elementares princípios do Direito Tributário Pátrio.

Ademais, esta Colenda Corte, com seus superiores fundamentos, já pacificou Jurisprudência sobre a matéria, entendendo ser o Pedágio uma TAXA e não preço Público como quer o Governo do Estado do Rio Grande do Sul.

CONCESSÃO DE LIMINAR

A incontestável lesão aos dispositivos constitucionais supramencionados implica afronta à ordem jurídica, o que justifica a concessão da LIMINAR, que desde logo se requer, para que não continue a prosperar o desrespeito à Lei Fundamental, recompondo-se o quanto antes a ordem jurídica, evitando-se,

também, desta forma, o início da cobrança do pedágio, que está previsto para o dia 05 do corrente.

ISTO POSTO, Exa., estando sobejamente demonstrada a inconstitucionalidade do Decreto 34.417/92, requer seja deferida a MEDIDA LIMINAR, para suspender os efeitos do referido Decreto, impedindo, desta forma, que continue a vigorar ato normativo flagrantemente inconstitucional, o que coloca em risco a ordem jurídica, fulminando-se, ao final, por inconstitucionalidade, todo o Decreto Estadual acima referido, dando-se a esta AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE o procedimento previsto pelo Regimento Interno desta Colenda Corte, por ser medida de direito e de Segura Justiça.

Pede Deferimento.

Porto Alegre, 04 de novembro de 1992.

ANEXO II.

Processo : 01192336145

2a. Vara dos Feitos da Fazenda Pública

Impetrante: PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO

Autoridade Coatora: DIRETOR GERAL DO DAER -
DEPARTAMENTO AUTÔNOMO DE ESTRADAS DE RODAGEM

Ação de Segurança

Prolator: Augusto Otávio Stern

Data: 23.09.1992

Vistos os autos.

Trata-se de mandado de segurança preventivo aforado pelo PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO por ameaça de prática de ato ilegal por parte do DIRETOR GERAL DO

DAER-DEPARTAMENTO AUTÔNOMO DE ESTRADAS DE RODAGEM. Consta do pedido inicial, modo breve, que a presente impetração vem calcada nas disposições do artigo 5º, inciso LXX, letra 'a', da Constituição Federal. O impetrante é partido político com representação no Congresso Nacional e por isso letigitimado a propor a segurança para a defesa dos interesses difusos adiante explicitados. O Governo do Estado do Rio Grande do Sul, através de Decreto Estadual, nº 34.417/92, autorizou o DEPARTAMENTO AUTÔNOMO DE ESTRADAS DE RODAGEM a cobrar um preço, a título de pedágio, aos condutores de veículos automotores na utilização da Rodovia Estadual RS/135, trecho ENTRONCAMENTO RS 324(P/PASSO FUNDO)-ENTRONCAMENTO BR153 RS (P/ERECHIM). Em o referido Decreto o Sr. Governador do Estado cria a Unidade de Pedágio, a UP, que serve de referencial para os preços, denominados 'Pedágio'. Entende o impetrante que o Pedágio é tributo e como tal não poderia ter sido criado por Decreto. É ínsito no Sistema tributário nacional o denominado princípio da legalidade e o princípio da anualidade que devem ser respeitados para a criação de qualquer tributo. Sustenta o impetrante não havendo lei criando o pedágio, em decorrência inobservados, modo expresso, os princípios da legalidade e da anualidade, é totalmente ilegal a cobrança pretendida e a ser executada pelo Diretor Geral do DAER, conforme amplamente noticiado pelos órgãos de comunicação. Cita doutrina e jurisprudência postulando a concessão de liminar e o final julgamento com a suspensão definitiva de

qualquer ato que implique a cobrança de pedágio, até lei que assim disponha. Juntou documentos.

Em fundamentado despacho deferi a liminar suspendendo qualquer ato que implicasse a cobrança de pedágio na RS/135.

A autoridade apontada como coatora prestou as informações de praxe deduzindo, em preliminar, ser parte ilegítima para responder à segurança impetrada, por isso que atacado o Decreto do Sr. Governador do Estado, refugindo a competência para o Tribunal de Justiça do Estado. Quanto ao mérito, mencionou que ao pedágio foi dado feição de preço, não de taxa, o que não é vedado pela Carta Política de 1988, isto porque possível a utilização de outra estrada 'in casu' a BR-153, esta, por sinal, menos extensa. Pediu a citação do DAER e juntou documentos.

Os autos foram com vista ao Ministério Público que exarou parecer pela rejeição da preliminar suscitada, opinando, quanto ao mérito, pela concessão da ordem impetrada.

É o relatório, sucintamente exposto.

Passo a decidir.

1. Tanto impetrante como autoridade coatora colocaram em evidência o problema da legitimidade para a ação de segurança, por isso que tenho como necessário que se adentre ao exame e análise desses fatores, por evidente prejudicialidade em relação ao mérito do 'mandamus'. Assim, para melhor situar-me na matéria entendo de dividir o julgamento nos seguintes tópicos: a) da legitimidade ativa; b) da legitimidade passiva; c) da análise do Decreto e sua eficácia; d) da autorização para a cobrança do preço; e) caracterização do pedágio frente às disposições de ordem constitucional e tributária.

2. Da legitimidade ativa.

A impetração foi aforada pelo PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO com fulcro nas disposições do artigo 5º, inciso LXX, alínea 'a', da Constituição Federal de 1988. A nova Carta Política, modo expreso, conferiu a determinadas organizações a defesa coletiva de interesses, difusos ou não, dependendo da situação posta pelo fato concreto. No caso concreto a Constituição Federal é clara e segura em afirmar o seguinte: "o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional". A regra nada mais fez do que consagrar o espírito do constituinte em inovar e traçar novas regras de caráter democrático e de acesso ao Poder Judiciário. Carga

política evidenciada na abstração de qualquer restrição aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, isto no sentido de não existir limitação quanto à matéria invocável a nível de ação de segurança. Diversamente atuou o constituinte ao limitar a atividade postulatória de organizações sindicais, entidades de classe ou associações legalmente constituídas, impondo o freio no sentido de que o mandado de segurança coletivo ficava adstrito à defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Ora, outra interpretação não pode ser dada. Inadmissível no Estado de Direito querer limitar-se a atuação dos partidos políticos no interesse da coletividade, especialmente quando se tratar de aumento de carga, tributária ou não, para os cidadãos. A legitimidade exsurge do próprio texto constitucional, sem qualquer restrição.

Certo é que alguns poderiam entender que essa legitimidade dos partidos políticos ficaria jungida, também, aos aspectos de ordem política e de os membros seus componentes. Mas, assim não entendo. Não se pode interpretar de forma diversa onde o legislador, de forma impositiva e clara, deixou assente a inexistência de limitações para o agir. Quando entendeu de assim dispor, o fez categoricamente tal qual no artigo 5º, inciso LXX, alínea 'b'.

Portanto, a interpretação do texto constitucional leva à conclusão indubitável de que podem os partidos políticos com representação no Congresso Nacional propor

mandado de segurança coletivo. Não é menos verdade que o próprio Supremo Tribunal Federal, conforme reiteradas veiculações nos órgãos de comunicações, tem admitido a legitimidade dos partidos políticos, citando-se como exemplo a discussão sobre o salário mínimo, etc... Finalmente, quanto à matéria em exame, fica evidenciado que em se tratando de cobrança, seja de taxa, seja de preço público, o que ficará devidamente explicitado e definido adiante, há interesse da coletividade em ver solvida a questão sob o prisma da validade intrínseca e da legalidade.

3. Da legitimidade passiva.

A digna autoridade apontada como coatora, como demonstrando fraqueza na matéria de fundo, suscita ser parte ilegítima para responder à segurança pelo fato de estar sendo atacado um Decreto do Sr. Governador do Estado, sendo competente para sua apreciação o Tribunal de Justiça do Estado. Disse, também, que a cobrança do pedágio ficaria a cargo da sexta Unidade de Conservação do DAER e o responsável por esta seria a autoridade coatora. Ambas as razões são totalmente improcedentes e despidas de conteúdo jurídico sério e idôneo. Senão vejamos.

A impetração não ataca o decreto do Sr. Governador do Estado. Isto está claro em todas as linhas. O que a presente ação visa é que o agente do Estado se abstenha de proceder

à cobrança por evidenciada a ilegalidade dos meios utilizados para tanto. Isto também decorre dos termos do próprio Decreto nº 34.417, de 24 de julho de 1992, artigo 1º, onde fica assente:

"Art. 1º - Fica o Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem do Estado do Rio Grande do Sul DAER/RS autorizado a cobrar um preço, a título de pedágio, aos condutores de veículos automotores,..."

O artigo 3º, do mesmo Decreto, ainda refere que o pedágio será estabelecido, periodicamente, pelo Secretário de Transportes, mediante propostas do DAER/RS. Mais adiante, o artigo 6º menciona que o valor do pedágio constitui receita do DAER/RS.

Ora, é claro que em se tratando de receita do DAER/RS; que em se tratando em preço a ser fixado por iniciativa do DAER/RS e por se tratar de autorização dada ao DAER/RS é evidente e jurídico afirmar-se que a legitimidade ativa recaia sobre quem apresenta e/ou representa a autarquia, no caso seu Diretor Geral. Dele é que partem as determinações de fixação de preço e cobrança e não a Sexta Unidade de Conservação do DAER/RS. No que tange ao aspecto de se estar atacando o Decreto do Sr. Governador do Estado a situação também não é diferente. O que se taca é a execução do Decreto.

Vale relembrar doutrinadores a respeito e sobre o tema em questão. Há duas correntes, uma entendendo que

tanto o ordenador como o executor (por ação ou omissão) podem figurar como autoridades coatoras para efeitos da ação de segurança. Entretanto, prevalece aquela explanada por Pontes de Miranda: "Se, entretanto, a ordem superior é abstrata, geral, impessoal, consubstanciada em regulamento, decreto, regime, aviso, instrução, portaria ou resolução, a autoridade violadora do direito líquido e certo, é a que pratica o ato, positivo ou negativo".

Cretella Júnior em sua obra *Do Mandado de Segurança*, Forense, 2a. ed., p.145 afirma o seguinte: "A corrente a que nos filiamos sustenta que coator é o agente que pratica o ato - ou que se omite, quando devia praticá-lo - , não interessando, no caso, a autoridade superior ordenadora".

Por todas essas razões é a autoridade coatora para responder à presente ação de segurança o Diretor Geral do DAER/RS.

4. Da análise do Decreto e sua eficácia.

Há que se distinguir o que seja lei e o que seja decreto para fins de, didaticamente, chegar-se a uma conclusão da extensão da eficácia do provimento baixado pelo Sr. Governador do Estado.

O que a LEI faz é inovar a ordem jurídica a nível infraconstitucional. A LEI depende da Constituição e nesta encontra seu fundamento, sua sustentação e seu substrato ideológico. O REGULAMENTO ou DECRETO, por sua vez, depende, da LEI e nesta encontra o seu amparo, sua eficácia e sua validade. Como bem destacou Michel Temer em sua singela obra *Elementos de Direito Constitucional*, Ed. Revista dos Tribunais, p.178: "Regulamento se prende ao texto legal e seu objetivo é facilitar o processo de execução da lei. É o regulamento também norma abstrata e geral mas difere da lei por não importar modificação na ordem jurídica."

Geraldo Ataliba, citado na obra antes referida, apregoa que "Não é próprio da lei, em virtude da generalidade com que deve expressar-se, o entrar em minúcias. Limita-se, por exemplo, a criar um tributo e enunciar prazo para seu recolhimento. Ao regulamento incumbirá prescrever onde poderá ser satisfeita a exigência legal, qual o funcionário que receberá os documentos respectivos, que o examinará, quais as formalidades a serem observadas, etc."

Frente a essas lições doutrinárias é evidente que o Decreto do Sr. Governador do Estado não pode se caracterizar como provimento criando tributo ou criando preço público, na linguagem da autoridade coatora. Em verdade, tratou o chefe do Poder Executivo de autorizar a cobrança do preço, delegando ao

Diretor Geral do DAER/RS todas as providências necessárias para tanto. Assim, a eficácia do Decreto a isso ficou restrita. Nada criou.

Porém, vou mais adiante na discussão desta matéria. A pergunta a ser feita é da possibilidade ou não de regulamentos autônomos, diretamente, disporem sobre matéria constitucional. A situação é peculiar, ou seja, poderia, então, o Governador do Estado, mediante decreto, regular matéria prevista no texto constitucional. O tema gerou polêmicas controversias doutrinárias mas, a meu sentir, isto não é possível. A uma. O princípio constitucional básico é o da legalidade. A duas. Somente através de provimento legislativo que exprima, clara e expressamente, a vontade, pode gerar direitos e obrigações. A exceção está na possibilidade de edição de Decretos-Leis, especialmente na vigência da Carta Política anterior, com as ressalvas das Disposições Constitucionais Transitórias, artigo 25.

Não se pode, pois, obrigar ou criar direito a não ser por lei. Princípio constitucional consagrado no artigo 5º, inciso II, da atual Constituição Federal. Então, vigorando o princípio da legalidade e o princípio de que somente através de lei se pode criar direitos e obrigações, vê-se que, através de Decreto, não poderia o Governador do Estado regular matéria constitucional de forma direta.

Ainda mais. A Constituição Federal em seu artigo 145, ao estabelecer programaticamente as hipóteses em que Estados poderão criar tributos, dentre elas inclui as taxas. O artigo 150,

inciso V, por sua vez, adotou a possibilidade de cobrança do denominado pedágio. Não foi por acaso que esse artigo de lei foi incluído dentro da Seção II "Das LIMITAÇÕES DO PODER DE TRIBUTAR". Ora, repito em razão da necessidade, em se tratando de norma constitucional meramente, eminentemente, programática, não há de se falar em regulá-la diretamente, via Decreto do Poder Executivo. Limitada a eficácia à autorização para cobrança do preço, tão somente. Agora, a validade ou não do mesmo é que será matéria adiante examinada. A conclusão é de que não houve lei criando, seja taxa, seja o pedágio como preço público, e que precedeu ao Decreto do Poder Executivo.

5. Da autorização para a cobrança do preço.

Os termos do Decreto do Poder Executivo e as suas conseqüências podem ser resumidas em meras orientações para a autoridade coatora em cobrar o preço; fixar a proposta de reajuste e mencionar o 'quantum' como receita própria do DAER/RS para fins de melhorias, manutenção e conservação da rodovia em questão. Somente isso. Não criou e não fez referência aos dispositivos constitucionais vigentes sobre o sistema tributário. Implantou um preço somente.

6. Caracterização do pedágio frente às disposições de ordem constitucional e tributária.

O artigo 150, inciso V, da Constituição Federal, norma embutida na Seção II-Das Limitações do Poder de Tributar-prescreve que:

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

I-...

etc...

V- estabelecer limitações ao tráfego de pessoas, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;"

Esta colocação constitucional é evidente, pelo aspecto jurídico, de ter incluído sob à ótica tributária a instituição de pedágios. E, em matéria constitucional e tributária, a instituição, seja de taxa, seja de preço público, há que a regulamentação e sua extensão ser precedida, sempre, de lei. Isto é elementar e está patentado e consagrado constitucionalmente. Agora, é o pedágio tributo? Entendo que sim. Socorro-me do ensinamento de Aliomar

Baleeiro e Sacha Calmon Navarro Coêlho sobre a matéria em julgamento.

Sacha Calmon Navarro Coêlho em sua obra *Comentários à Constituição de 1988-Sistema Tributário*, p.70, comenta o seguinte:

"O pedágio ou rodágio é uma taxa muito especial e assemelha-se aos 'direitos medievais' sobre passagem. Agora cobrá-lo pela mera disponibilidade é um disparate. Se a moda pagar os 'espaços públicos', o uso que deles façam os cidadãos, logo estarão fecundando as mais esdrúxulas taxações. Então é de se concluir que os rodágios ou pedágios historicamente ligados ao ônus de pagar para passar, só encontram legitimidade constitucional perante a Constituição de 1988 se tiverem como fato gerador a prestação dos serviços de conservação e melhoramento das vias trafegáveis e se foram pagas somente pelos usuários, pois que são os que estão a usufruir os serviços estatais. A cobrança de pedágio pelo simples direito de passar 'é um anacronismo tolerado pelo constituinte(art. 150,V, da CF) mas que deve adaptar-se a outro preceito constitucional, o do art. 145, II, que cuida do fato gerador das taxas, além de outros dispositivos constitucionais como o da igualdade e o da tipicidade, bem como o que veda as taxas terem base de cálculo de imposto".

Continuando refere que: "Devemos advertir que o pedágio, enquanto taxa, é cobrado não pelo uso do bem público, ou seja, a rodovia, mas pelos especiais serviços 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 rolamentos e de placas ou signos de sinalização etc.). É que, com visto, as taxas apresentam como fatos geradores, a prestação de serviços públicos específicos e divisíveis ou o regular exercício do poder de polícia".

"Historicamente é taxa pelo uso de estradas públicas."

A definição posta é clara e se traduz na melhor interpretação sobre a natureza jurídico-tributária do que seja o pedágio. É taxa. Necessária, pois, lei que a institua, preservando-se, modo concreto, os princípios da legalidade, da tipicidade e da anualidade.

Entretanto, a digna autoridade coatora ao prestar as informações revela que o pedágio se trata de mero preço público. Merece análise a matéria. Repito o que já afirmara, na lição de Aliomar Baleeiro, o que se tem sobre o tema.

"Abrimos este parêntese para acentuar que em grande parte as controvérsias em torno de taxas residem na sua assemelhação aos chamados 'preços' e resultam, em última análise, de critérios de economistas, voluntária e inteiramente indiferentes aos conceitos dos juristas. Para eles, como vimos, até imposto se enquadra numa das categorias de preço - a dos 'preços políticos'. É,

pois, um ponto de vista excêntrico relativamente à divisão já hoje clássica entre impostos e taxas." "O preço, se a lei o dispõe poderá ser fixado por ato da autoridade administrativa".

A conclusão lógica é mesmo que se tratasse de preço público, o que ponho à baila somente como argumentação, seria necessário que o mesmo fosse criado por lei e não por mero Decreto do Poder Executivo. A própria Súmula 545, do S.T.F. definiu que "Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu". Finalmente, repetindo C. Arena, citado por Aliomar Baleeiro: "o preço se converte em taxa se a lei tornou obrigatório o seu pagamento".

Então, frente ao que se põe em doutrina e jurisprudência o pedágio, ou na palavra de Sacha Calmon, o rodágio, é taxa, um tributo adstrito às regras constitucionais da legalidade, da tipicidade e da anualidade, necessitando de expressa lei a criando e a definindo. Mesmo como argumento, se se tratar de preço público, que sempre se converte em taxa, pela obrigatoriedade, este também deverá obedecer a uma lei precedente, estabelecendo o mesmo, pena de ilegalidade. Por último, não se pode olvidar que ao inserir o pedágio dentre as disposições tributárias constitucionais, o constituinte elevou-o, sem sombra de dúvida, à condição de tributo.

7. Conclusões.

De tudo que foi colocado na presente decisão pode-se elevar como conclusões o seguinte: a) o PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO tem legitimidade ativa para propor mandado de segurança; b) o DIRETOR GERAL DO DAER/RS é a autoridade coatora para responder à presente ação de segurança; c) o DECRETO do Sr. Governador do Estado padece de lei antecessora para definir o que seja o pedágio, seu alcance e sua destinação; d) o PEDÁGIO, por força constitucional, encontra-se, modo expreso e claro, dentro das disposições tributárias, ficando adstrito às condições impostas na Carta Política para sua instituição, ou seja, dependente da lei que o institua, eis que taxa, por excelência; e) agindo, como agiu, a autoridade coatora, verificou-se a iminência e a ameaça de cometimento de ilegalidade.

Em se tratando de mandado de segurança de caráter preventivo há que se balizar a pretensão propriamente dita em razão das conclusões a que cheguei no decorrer da presente decisão. A ação proposta vislumbrou ameaça a ofensa decorrente de ilegalidade, tanto que noticiou a digna autoridade coatora que procederia ao início da cobrança de pedágio a 20 de setembro passado, conforme veiculação de órgãos de comunicação, aliás, matéria que nem mesmo mereceu contraposição nas informações prestadas ao juízo.

Como alertou Cretella Júnior, na obra antes citada, " Para a concessão do mandado de segurança, é necessário que haja, de um lado, direito líquido e certo, ameaçado ou violado, de outro lado, que se identifique o ato eivado de ilegalidade ou de abuso de poder, causa de ameaça ou de violação". O caso concreto evidencia a situação prevista por Cretella Júnior, eis que a ilegalidade a ser cometida pela autoridade coatora, cobrança de tributo sem lei que o institua, ficou perfeitamente caracterizada nos autos, razões de ser acolhida a segurança em sua extensão dos termos propostos.

8. Manifestação do Ministério Público.

Não poderia deixar de aqui registrar a palavra do Ministério Público, por seu ilustrado representante, onde deixou assente que "Tentar entender de forma diferente é tão absurdo que nem merece maiores considerações, cabendo referência às citações do juízo em seu despacho que concedeu a liminar."

"A argumentação de que não se constituiria em taxa, porque não seria o pedágio compulsório, em razão de existir outra estrada que poderia ser percorrida é risível, primeiro, porque nem sempre se poderá chegar onde se quer ou se precisa, utilizando outro caminho senão aquele bloqueado pelo pedágio e, segundo, porque de qualquer forma, é uma limitação no direito de

trânsito que não pode ocorrer se prévia lei." "Quer dizer: a todo o cidadão é permitido transitar pela RS-135, sem nada pagar, até que a lei estabeleça diferente." "A estrada é bem público de uso comum do povo. Qualquer limitação de seu uso só poderá ocorrer por força de lei. Isso significa que, se é possível essa limitação do uso, por meio de cobrança de pedágio, tal possibilidade só poderá emergir da lei, em seu sentido estrito, e nunca por meio de decreto".

DO EXPOSTO, com fundamento nas razões de direito antes deduzidas, acolho o pedido formulado pelo PARIDO SOCIALISTA BRASILEIRO para, em conseqÜência, CONCEDER a segurança impetrada para fins de determinar que o DIRETOR GERAL DO DEPARTAMENTO AUTÔNOMO DE ESTRADAS DE RODAGEM - DAER/RS se abstenha de proceder à cobrança de pedágio na RS-135 até lei que o institua.

ANEXO III.

Processo nº 592097257 Pedido de suspensão
de Liminar

Vistos.

Cuida a espécie de pedido de suspensão de liminar concedida em mandado de segurança, pela qual foi determinado ao requerente, Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem, se abstinhasse de cobrar o pedágio autorizado pelo Decreto Estadual nº 34417.

Embora não caiba, na sede da medida em causa, o exame mais pormenorizado acerca dos aspectos atinentes ao próprio mérito da liminar, forçoso é convir, inicialmente, que as matérias aqui suscitadas àquele título têm relevância. A questão da legitimidade do autor do mandado de segurança já conta com precedente, e contrário à pretensão deduzida pelo impetrante, emanado do Colendo Superior Tribunal de Justiça, para quem não é dado ao Partido Político ingressar com mandado coletivo em

matéria de cunho não estritamente político e em prol de pessoas que não lhe são filiadas. Já a natureza do pedágio, autorizado pelo Decreto do Executivo, também comporta discussões jurídicas.

A par desses registros, importa destacar que a medida, cuja execução se requer seja suspensa, desconsidera, a um só tempo, dois mandamentos contidos na Lei 8437. O primeiro, inserto no artigo 1º, parágrafo 3º, desde que, executada, não terá mais o DAER, na hipótese de vencer a causa, como cobrar daqueles que se utilizaram da via rodoviária durante a vigência da liminar. E vale a lembrança, a propósito, que não se vislumbra, da suspensão da liminar, a hipótese, ainda que remota, da segurança se tornar ineficaz se decidida somente a final (artigo 7º, II, da Lei 1533); o segundo, constante do artigo 2º, que exige, para concessão da liminar, a prévia oitiva da autoridade apontada como coatora.

Agora, ocupando-se especificamente do exame que interessa de forma mais direta ao deferimento da providência reclamada, tenho que não há como deixar de acolhê-la.

Com efeito, ao que se colhe da leitura do próprio Decreto tido como ilegal, o pedágio em tela visa a arrecadação de recursos para a manutenção e restauração da rodovia, providência de interesse público incontestável. Desse modo, ainda que se tenha presente que o rito do mandado de segurança indica a solução definitiva da ação em curto espaço de tempo, não há como negar que mesmo assim, impedida nesse interregno a adoção daquela providência, vê-se lesionado o interesse

público, que deve, em princípio, enquanto indefinida a causa, prevalecer.

Ante o exposto, suspendo, com base no artigo 4º da Lei 4348 e 4º da Lei 8437, a execução da liminar.

ANEXO IV.

26/11/92

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 800-5 RIO GRANDE DO SUL

REQUERENTE : PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

REQUERIDO: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA : AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO Nº 34.417, DE 24.7.92, DO GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, QUE INSTITUI E AUTORIZA A COBRANÇA DE PEDÁGIO EM RODOVIA ESTADUAL. ALEGADA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA ANTERIORIDADE.

Tudo está a indicar, entretanto, que se configura, no caso, mero preço público, não sujeito aos princípios

invocados, carecendo de plausibilidade, por isso, a tese da inconstitucionalidade.

De outra parte, não há falar-se em periculum in mora, já que, se risco de dano existe no pagar o pedágio, o mesmo acontece, na frustração de seu recebimento, com a diferença, apenas, de que, na primeira hipótese, não é ele de todo irreparável, como ocorre na segunda.

Cautelar indeferida.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir a medida cautelar. Votou o Presidente.

Brasília, 26 de novembro de 1992

OCTAVIO GALLOTTI - PRESIDENTE

ILMAR GALVÃO - RELATOR

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 800-5 RIO
GRANDE DO SUL

REQUERENTE : PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

REQUERIDO: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE
DO SUL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO
(RELATOR) : O Partido Socialista Brasileiro - PSB ajuizou a presente
ação direta de inconstitucionalidade, tendo por objeto o Decreto nº
34.417, de 24.7.92, do Chefe do Poder Executivo do Estado do Rio
Grande do Sul, que institui e autoriza a cobrança imediata de
pedágio em trecho da rodovia estadual RS/135, entre Passo Fundo e
Erexim, nestes trechos : (lê).

Sustenta inexistir lei autorizadora da referida
exação, razão por que não havia espaço para regulamentação por
meio de decreto, e que, no caso, não se está diante de preço, mas de

taxa, tributo sujeito aos princípios da legalidade e da anterioridade sendo, por isso, inconstitucional o diploma em foco.

O pedido é no sentido da declaração de inconstitucionalidade de todo o decreto, havendo sido acompanhado de requerimento de cautelar, que ora se aprecia.

É o relatório.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 800-5 RIO
GRANDE DO SUL

V O T O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO(RELATOR): Senhor Presidente, preliminarmente registra-se que, como admite a inicial, trata-se de decreto que não está a regulamentar qualquer lei. O deslinde da controvérsia que está posta nestes autos, de saber-se se o pedágio pode ou não, ser instituído por meio de decreto, está condicionado à resposta que se vier a dar à indagação sobre a natureza jurídica da referida exação.

Com efeito, se se estiver diante de tributo, é fora de dúvida que, em face do princípio da legalidade estrita, a que estão sujeitas as exações dessa natureza, sem exceção, a conclusão seria, inevitavelmente, pela negativa. Se se estiver, no entanto, frente a um caso de preço público, de tarifa, nenhum óbice existe, de ordem constitucional, que sua cobrança seja regulada por meio de

decreto do Chefe do Poder Executivo, no exercício da competência que lhe confere a Magna Carta, de dispor sobre a organização e o funcionamento da administração (art. 84, VI, da CF/88).

O douto SACHA CALMON NAVARRO COELHO (in Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário), advertindo que "o uso em si das estradas, não caracteriza o fato gerador das taxas", que há de ser "a prestação de serviços públicos, específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição", assinala que "os rodágio ou pedágios historicamente ligados ao ônus de pagar para passar, só encontram legitimidade constitucional perante a Constituição de 1988 se tiverem como fato gerador a prestação de serviços de conservação e melhoramento das vias trafegáveis e se forem pagas somente pelos usuários, pois que são os que estão a usufruir os serviços estatais", acrescentando:

"O pedágio não pode ser instituído ao fundamento de construir estradas. Este fato não é serviço, é obra. Ora as obras públicas no Brasil são estipendiadas com os recursos gerais do Tesouro. A obra, teoricamente, poderá ter o seu custo recuperado pela instituição de uma contribuição de melhoria critério/custo, como veremos ao tratar desse tributo e dos seus dois tipos fundamentais. No Brasil, as taxas só podem ser instituídas por serviços específicos e divisíveis, ou pelo

poder de polícia realizado, como vimos de ver, retro. A mera utilização de bem público está na área de não-incidência lógica. A cessão ou utilização de bens públicos fecunda outros institutos jurídicos, regrados pelo Direito Administrativo não, porém, taxas. Nem mesmo taxa de rodágio, que até esta, independentemente de sua tradição histórica, tem que ofertar algum serviço, sob pena de inconstitucionalidade " (Op. cit., p. 69-70).

Não esclarece, porém, o renomado publicista, onde reside, no caso do pedágio, o caráter compulsório da utilização da estrada, em razão do qual estaria o contribuinte sujeito ao pagamento do encargo, pelo simples fato de encontrar-se ele ao seu alcance, isto é, disponível, como acontece com o serviço, de esgoto, para recordar um exemplo por ele apontado (Op. cit., p. 69), já que o pedágio é cobrado somente daqueles que passam, com seus veículos pelo posto de arrecadação.

Pouco adiante, entretanto, o insigne magistrado admite, "que uma obra pública pode ser feita por particulares ou mesmo por particulares ser conservada e até explorada. Em troca, pode o Estado dar-lhes em concessão a administração da estrada, permitindo-lhes cobrar preços pela passagem".

Reconhece, portanto, que o pedágio pode revestir a natureza do preço público, e aí, parece ter identificado a sua verdadeira natureza.

Com efeito, se o pedágio há de ser exigido tão somente de quem usa a estrada, pode ser visto até como imposto residual, incidente sobre o fato de trafegar-se pelas estradas públicas, mas não como taxa, já que inexigível de quem, conquanto proprietário ou usuário do veículo automotor, não utilize a rodovia.

Assim sendo, parece fora de dúvida que se está diante de preço público, ou tarifa, seja, de "retribuições facultativas da aquisição de bens ou da utilização de serviços, transferidos ou prestados pela Administração Pública ou por seus delegados ou mesmo por particulares, a quem os adquira ou os utilize voluntariamente".

A circunstância, pois, de ser exigido pela Administração Pública não o descaracteriza. Presta-se a tarifa, na lição de HELY MEIRELLES, (Pedágio, condições para sua cobrança", Rev. da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1971, nº 1/13),

"... a remunerar os serviços pró-cidadão, isto é, aqueles que visam a dar comodidade aos usuários ou a satisfazê-los em suas necessidades pessoais, telefone, energia elétrica domiciliar, transportes, etc.), ao passo que a taxa é adequada para o custeio dos

serviços pró-comunidade, ou seja, aqueles que se destinam a atender exigências da coletividade (embora divisíveis) e, por isso mesmo devem ser prestados em caráter compulsório e independentemente de solicitação dos contribuintes. Todo serviço público ou de utilidade pública não essencial à comunidade, mas de interesse de determinadas pessoas ou de certos grupos, deve ser remunerado por tarifa, para que os encargos de sua manutenção onerem, unicamente, aqueles que efetivamente os utilizem (por ato espontâneo de sua vontade)".

Por isso mesmo que de tributo não se trata, mas sim de tarifa, não pode ser exigido, indiscriminadamente, pela utilização de todas as estradas, mas tão-somente em relação a estradas que apresentem "condições especiais de tráfego (via expressa de alta velocidade e segurança), seja bloqueada e ofereça possibilidade de alternativa para o usuário (outra estrada que o conduza livremente ao mesmo destino), embora em condições menos vantajosas de tráfego" (ainda HELY MEIRELLES, Op. cit., p. 19), que após observar "estes requisitos são hoje considerados indispensáveis pela doutrina rodoviária estrangeira e nacional", cita, a propósito, conclusão da III Reunião de Administrações Rodoviárias Brasileiras, realizada em Salvador, em 1948, assim expressa:

"É admissível a adoção de pedágio, para amortização dos investimentos de capital, em grandes realizações rodoviárias, tais como pontes, túneis e viadutos e especialmente no caso de auto-estradas, desde que o utente possa fazer uso livre de estrada paralela; a arrecadação dessa taxa (preço) constituirá renda própria dos órgãos rodoviários que as constituírem".

ALIOMAR BALEEIRO, invocado por SACHA CALMON, não deixou de enfatizar esse aspecto, ao lembrar que "as experiências feitas a propósito da Pennsylvania Turnpike" e outras "toll roads" provaram que os proprietários de veículos, pagando a taxa pelo uso de estradas aperfeiçoadas, ainda lucram mais em termos de dinheiro do que se utilizassem estradas comuns e gratuitas", acrescentando: "O pedágio é processo idôneo para fazê-los participar do custo de construção e de conservação da rodovia de que se utilizam, cruzando-a quando vêm do Estado de origem para um terceiro Estado" (Direito Tributário Brasileiro, Forense, 10^o ed.).

Como preço público (tarifa) não está o pedágio sujeito aos requisitos constitucionais que disciplinam os tributos, podendo ser cobrado, na forma e no quantum fixado por decreto de que utiliza espontaneamente o bem ou serviço tarifado.

No caso dos autos, resta saber se a rodovia estadual "RS/135", que liga Passo Fundo a Erechim, apresenta as características de estrada especial, seja pelas condições de tráfego, seja em face de melhoramentos nela construídos em benefício do usuário", e, principalmente, se os seus usuários têm alternativa para cobrir, com seus veículos, o mencionado trecho, já que, se assim não for, estar-se-á exigindo verdadeiro imposto pela utilização de via pública específica, o que não está ao alcance dos Estados instituir.

A inicial não esclarece. Tampouco o decreto impugnado. A Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, todavia, apressou-se em demonstrar que, no caso, existe via alternativa para ser utilizada pelos usuários que não quiserem pagar o preço estipulado para o pedágio, o que fez por meio de memorial com oferta de mapa rodoviário da região.

Trata-se de informação que, gozando da presunção de legitimidade, basta, por ora, para demonstrar que carece de plausibilidade a tese da alegada inconstitucionalidade.

De outra parte, se se trata de preço público, como tudo está a indicar, não há falar-se em *periculum in mora*, mesmo porque, se risco de dano existe no pagar pedágio, dano também ocorre na frustração de seu recebimento, com a diferença, apenas de que, no primeiro caso, não é ele de todo irreparável, já que teoricamente ressarcível, o que não ocorre no segundo, circunstância suficiente para desempatar em favor do Poder Público.

Ante o exposto, meu voto é no sentido de denegar a cautelar.

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 800-5
(medida cautelar)

ORIGEM : RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO

REQTE : PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

ADV. : FERNANDO ANTONIO VARIANI

REQDO. : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Decisão: Por votação unânime, o Tribunal indeferiu a medida cautelar. Votou o Presidente. Ausentes, ocasionalmente, os Ministros Paulo Brossard e Sydney Sanches, Presidente. Presidiu o julgamento o Ministro Octavio Gallotti, Vice-Presidente. Plenário, 26.11.92.

Presidência do Senhor Ministro Sydney Sanches. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Octavio Gallotti, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Veloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Francisco Resek.

Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.

LUIZ TOMIMATSU

Secretário

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALBUQUERQUE, Xavier. **Revista Trimestral de Jurisprudência.** Brasília, nº 70, novembro, 1974.

ALVES, Moreira. **Revista Trimestral de Jurisprudência.** Brasília, nº 112, 1984.

ATALIBA, Geraldo. **Boletim Informativo SERFHAU.** São Paulo, (39): 4-6, junho, 1971.

_____. Geraldo; BARRETO, Aires Fernnandino; **O Pedágio.** Revista De Direito Tributário. Ano 12, nº 46, p. 90-96, 1988.

_____. Geraldo; **Revista de Direito Tributário.** São Paulo, nº 47, JAN/MAR-1989.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro.** 5ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1973. 602 p.

_____. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar.** 6ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1985. 346 p.

- _____. Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 10ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1986. 667 p.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo, Saraiva, 1981. 244 p.
- _____. Celso Ribeiro et alii. **Comentários à Constituição do Brasil**. 6º Vol. Tomo II. São Paulo, Saraiva, 1991. 402 p.
- _____. Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário**. 2ª Ed. São Paulo, Saraiva, 1992. 273 p.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1989. 184 p.
- BRASIL, **Código Tributário Nacional**. 4ª Ed. Org. Álvaro Mello Filho. Rio De janeiro, Forense, 1985. 450 p.
- _____. **Código Tributário Nacional**. 21º Ed. Org. Juarez de Oliveira. São Paulo, Saraiva, 1992. 472 p.
- _____. **Constituição de 1891**.
- _____. **Constituição do Brasil de 1967 e Emenda Constitucional nº 01/69**.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**, 3º Ed. Equipe Atlas, São Paulo, Editora Atlas S.A., 1993. 204 p.

- BUZOID, Alfredo. Apresentação. IN TOMASETTI JR., Alcides (Coord.). **Compêndio de Hermenêutica Jurídica, Clássicos do Direito Brasileiro**, São Paulo, Editora Saraiva, 1984.
- CANTO, Gilberto Ulhoa. Taxa e Preço. IN Martins, Ives Gandra (Coord). **Cadernos de Pesquisas Tributárias, Taxa e Preço Público**. São Paulo: Centro de Estudos de Extensão Universitária/Editora Resenha Tributária, nº 10, 1985.
- CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 4ª Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1993. 471 p.
- CARVALHO, Paulo de. **Curso De Direito Tributário**. 2ª Ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1986. 345 p.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Interpretação no Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989. p. 71-100: Interpretação no Direito Tributário.
- _____. Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988 (Sistema Tributário)**. Rio Janeiro, Forense, 1990. 423 p.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo, Forense, 1967, 3º Vol. 217 p.
- _____. **Manual de Direito Administrativo**. 2º Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1979. 430 p.

- DIAS, Francisco Gonçalves. **Pedágio Municipal: Cobrança**. Parecer aprovado pelo Consultor-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1978.
- DELGADO, José. **Revista Lex**. São Paulo, nº 26, 1992.
- FALCÃO, Amílcar de Araújo. **O Fato Gerador da Obrigação Tributária**. 4ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977. 160 p.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução Ao Estudo do Direito**. São Paulo, Atlas, 1989. 335 p.
- FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis**. São Paulo, Saraiva e Cia., 1940. 114 p.
- FERREIRA, Pinto. **Comentários · Constituição Brasileira**. 5º Vol. São Paulo, Saraiva, 1992. 521 p.
- GALÁN, Rosa Maria. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, nº 58, 1991.
- HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. 306 p.
- KELSEN, HANS. **Teoria Pura do Direito**. 4ª Ed. Coimbra, Armenio Amado - Editor Sucessor, 1976. 484 p.
- LEÃES, L. G. Paes de Barros. **Obrigação Tributária**. São Paulo, Martins Fontes/UNB, 1990. 433 p.

MACHADO, Hugo de Brito. **A Interpretação e o Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989. p. 25-51: Interpretação no Direito Tributário.

MARTINS, Ives Gandra. Taxa e Preço. IN _____ . **Cadernos de Pesquisas Tributárias. Taxa e Preço Público**. São Paulo: Centro de Estudos de Extensão Universitária/Editora Resenha Tributária, nº 10, 1985.

_____. **Sistema Tributário Na Constituição de 1988**. São Paulo, Editora Saraiva, 1989. 307 p.

_____. BASTOS, Celso Ribeiro; **Comentários · Constituição do Brasil**. São Paulo, Editora Saraiva, 1990. 307 p.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 3ª Ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1941. 443 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. Pedágio, condições para sua cobrança. **Revista dos Tribunais**. Consultas e pareceres. São Paulo, nº 430, 1971.

_____. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**. 1971.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 9ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992. 688 p.

MICHELI, Gian Antonio. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1978, 269 p.

MORAES, Bernardo Ribeiro. **Sistema Tributário Na Constituição de 1969**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1973. 532 p.

_____. **Compêndio de Direito Tributário**. Rio de Janeiro, Forense, 1987. 937 p.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Direito Financeiro (Direito Tributário)**. São Paulo, José Bushatski Editor, 1964. 205 p.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 4ª Ed. São Paulo, Editora Atlas S.A., 1994. 567 p.

PUGLIESE, Mario. **Instituições de Derecho Financiero**. 2ª Ed. México, Editorial Porrúa, 1976, 382 p.

RIO GRANDE DO SUL. **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul**. Org. de Men de Souza et alii. 2ª Ed. Porto Alegre, Editora Sulina, 1989.

ROCHA, Leonel Severo. **A Problemática Jurídica: Uma Introdução Transdisciplinar**. Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 1985. 120 p.

_____. **Semiótica e Teoria do Direito**. IN **Direito em Debate**. Ijuí, Livraria Ijuí Editora, 1993. p. 27-41.

_____. **Da Teoria do Direito à Teoria da Sociedade**. IN _____. (Coord.). **Teoria do Direito e do Estado**. Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 1994. p. 65-80.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1968. 261 p.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8ª Ed. São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1992. 767 p.

SOUSA, Rubens Gomes. **Compêndio de Legislação Tributária**. São Paulo, Editora Resenha Tributária, 1975. 216 p.

WALD, Arnoldo. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, nº 99, 1969.

WARAT, Luis Alberto. **Derecho Al Derecho**. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, 127 p.

_____. **Los Usos Del Language**. Buenos Aires, Cooperadora de Derecho Y Ciencias Sociales, 1975. 36 p.

_____. **Mitos e Teorias na Interpretação da Lei**. Porto Alegre, Síntese, 1979. 159 p.

_____. **A Pureza do Poder**. Florianópolis, Editora da UFSC, 1983. 133 p.

_____. **O Direito e Sua Linguagem**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. 103 p.

_____. **Interpretacion De La Ley**. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987. 91 p.

_____. As vozes incógnitas das verdades jurídicas. **Revista Seqüência**, Florianópolis, nº 14, p. 57-61, jul/87.

BIBLIOGRAFIA.

ABRÃO, Carlos Henrique. **Da Ação Cautelar Fiscal**. São Paulo, Livraria e Editora Universitária Ltda, 1992. 231 p.

ALBUQUERQUE, Xavier. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília, nº 70, novembro, 1974.

ALVES, Moreira. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília, nº 112, 1984.

ATALIBA, Geraldo. **Boletim Informativo SERFHAU**. São Paulo, (39): 4-6, junho, 1971.

_____. Geraldo; BARRETO, Aires Fernandino; **O Pedágio**. Revista De Direito Tributário. Ano 12, nº 46, p. 90-96, 1988.

_____. Geraldo. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo, JAN/MAR-1989.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 5ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1973. 602 p.

_____ . **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar.** 6ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1985. 346 p.

_____ . **Direito Tributário Brasileiro.** 10ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1986. 667 p.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 4ª Ed. São Paulo, Saraiva, 1981. 244 p.

_____ . Celso Ribeiro et alii. **Comentários à Constituição do Brasil.** 6º Vol. Tomo II. São Paulo, Saraiva, 1991. 402 p.

_____ . Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário.** 2ª Ed. São Paulo, Saraiva, 1992, 273 p.

BOBBIO, Norberto. **O Conceito de Sociedade Civil.** 2ª Ed. Rio De Janeiro, Edições Graal Ltda., 1987, 77 p.

_____ . Norberto. **As Ideologias e o Poder em Crise.** Brasília, Editora Polis/Editora UNB, 1988. 240 p.

_____ . Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1989. 184 p.

BORGES, José Souto Maior. **Lei Complementar Tributária.** São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1975. 222 p.

BRASIL, **Código Tributário Nacional.** 4ª Ed. Org. Álvaro Mello Filho. Rio De janeiro, Forense, 1985. 450 p.

_____. **Código Tributário Nacional.** 21º Ed. Org. Juarez de Oliveira. São Paulo, Saraiva, 1992. 472 p.

_____. Constituição de 1891.

_____. Constituição do Brasil de 1967 e Emenda Constitucional nº 01/69.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, 3º Ed. Equipe Atlas, São Paulo, Editora Atlas S.A., 1993. 204 p.

BUZAID, Alfredo. Apresentação. IN Tomasetti Jr., Alcides (Coord.). **Compêndio de Hermenêutica Jurídica.** Clássicos do Direito Brasileiro. São Paulo, Editora Saraiva, 1984.

CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição.** Coimbra, Coimbra Editora, 1991. 310 p.

_____. J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. **Os poderes dos Presidente da República.** Coimbra, Coimbra Editora, 1991. 117 p.

CANTO, Gilberto Ulhoa. Taxa e Preço. IN Martins, Ives Gandra (Coord). **Cadernos de Pesquisas Tributárias, Taxa e Preço Público.** São Paulo: Centro de Estudos de Extensão Universitária/Editora Resenha Tributária, nº 10, 1985.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1989. 96 p.

- CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 4ª Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1993. 471 p.
- CARVALHO, A. A. Contreiras de Carvalho. **Doutrina e Aplicação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1969. 521 p.
- CARVALHO, Paulo de. **Curso De Direito Tributário**. 2ª Ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1986. 345 p.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Interpretação no Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989. p. 71-100: Interpretação no Direito Tributário.
- _____. Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988 (Sistema Tributário)**. Rio Janeiro, Forense, 1990. 423 p.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo, Forense, 1967, 3º Vol. 217 p.
- _____. **Manual de Direito Administrativo**. 2º Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1979. 430 p.
- COULANGE, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo, Martins Fontes, 1981. 479 p.
- DAVID, René. **Os Grandes Sistemas Do Direito Contemporâneo**. São Paulo, Livraria Martins Fontes Ltda., 1986. 556 p.
- DIAS, Francisco Gonçalves. **Pedágio Municipal: Cobrança**. Parecer aprovado pelo Consultor-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1978.

DELGADO, José. **Revista Lex**. São Paulo, nº 26, 1992.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. **O Fato Gerador da Obrigação Tributária**. 4ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977. 160 p.

FAGUNDES, Valda Oliveira. **O Discurso do Júri: Aspectos lingüísticos e Retóricos**. São Paulo, Cortez Editora, 1987. 136 p.

FARIA, José Eduardo. **Sociologia Jurídica. Crise do Direito e Práxis Política**. Rio de Janeiro, Forense, 1984. 194 p.

_____. José Eduardo. **A Crise Constitucional e a Restauração da Legitimidade**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1985. 69 p.

_____. José Eduardo. **Eficácia Jurídica e Violência Simbólica**. São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 1988. 192 p.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2ª Ed. São Paulo, Atlas, 1980. 111 p.

_____. Tércio Sampaio. **Função Social da Dogmática Jurídica**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980. 219 p.

_____. Tércio Sampaio. **Constituição de 1988. Legitimidade, Vigência e Eficácia, Supremacia**. São Paulo, Atlas, 1989. 132 p.

_____. Tércio Sampaio. **Introdução Ao Estudo do Direito**. São Paulo, Atlas, 1989. 335 p.

_____. Tércio Sampaio. **Interpretação e Estudos da Constituição de 1988**. São Paulo, Atlas, 1990. 138 p.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis**. São Paulo, Saraiva e Cia., 1940. 114 p.

FERREIRA, Pinto. **Comentários - Constituição Brasileira**. 5º Vol. São Paulo, Saraiva, 1992. 521 p.

LINS, Miguel. LOUREIRO, Célio. **Teoria e Prática do Direito Tributário**. São Paulo, Forense, 1961. 503 p.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1980. 202 p.

_____. Niklas. GIORGI, Raffaele De. **Teoria Della Società**. 6ª Ed. Milano, Franco Angeli, 1994. 400 p.

GALÁN, Rosa Maria. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo, nº 58, 1991.

GIRARD, Paul Frédéric et alii. **Droit Romain**. 7ª ed. Tomo I. Paris, Dalloz, 1967. 626 p.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. 306 p.

_____. **Direito, Moralidade, Legalidade**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1987. 102 p.

KELSEN, HANS. **Teoria Pura do Direito**. 4ª Ed. Coimbra, Armenio Amado - Editor Sucessor, 1976. 484 p.

_____. **Teoria Geral Das Normas**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1986. 509 p.

_____. **Escritos Sobre La Democracia y El Socialismo**. Madrid, Editorial Debate, 1988. 344 p.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo, Martins Fontes/UNB, 1990. 433 p.

LEÃES, L. G. Paes de Barros. **Obrigação Tributária**. São Paulo, José Bushatsky editor, 1971. 51 p.

LLOYD, Dennis. **A Idéia de Lei**. São Paulo, Livraria Martins Fontes Ltda., 1985. 301 p.

MACHADO, Hugo de Brito. **A Interpretação e o Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989. p. 25-51: Interpretação no Direito Tributário.

MARTINS, Ives Gandra. **Taxa e Preço**. IN _____. **Cadernos de Pesquisas Tributárias. Taxa e Preço Público**. São Paulo: Centro de Estudos de Extensão Universitária/Editora Resenha Tributária, nº 10, 1985.

_____. **Sistema Tributário Na Constituição de 1988**. São Paulo, Editora Saraiva, 1989. 307 p.

_____. BASTOS, Celso Ribeiro; **Comentários · Constituição do Brasil**. São Paulo, Editora Saraiva, 1990. 307 p.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 3ª Ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1941. 443 p.

_____. Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9ª Ed. Rio De Janeiro, Forense, 1979. 426 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Pedágio, condições para sua cobrança**. Revista dos Tribunais. Consultas e pareceres. São Paulo, nº 430, 1971.

_____. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**. 1971.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 9ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992. 688 p.

MICHELI, Gian Antonio. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1978. 269 p.

MIGUENS, Nina Ponssa De La Vega. **El Derecho De Las Sucesiones Em Roma**. Buenos Aires, Lerner Editores Asociados, 1981. 119 p.

MORAES, Bernardo Ribeiro. **Sistema Tributário Na Constituição de 1969**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1973. 532 p.

_____. **Compêndio de Direito Tributário**. Rio de Janeiro, Forense, 1987. 937 p.

- NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Crédito Tributário**. Rio de Janeiro, Forense, 1986. 123 p.
- NETO, Agostinho Ramalho Marques. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro, Forense, 1990. 196 p.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Direito Financeiro (Direito Tributário)**. São Paulo, José Bushatsky Editor, 1964. 205 p.
- OLIVEIRA, Fábio Leopoldo de. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo, Editora Resenha Tributária, 1982. 285 p.
- OLIVEIRA JR, José Alcebíades de. **Bobbio e a Filosofia dos Juristas**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. 159 p.
- PIETRO, Alfredo Di. **Manual De Derecho Romano**. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982. 486 p.
- PIETRO,, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 4ª Ed. São Paulo, Editora Atlas S.A., 1994. 567 p.
- PETIT, Eugene. **Tratado Elemental De Derecho Romano**. Buenos Aires, Ediciones Albatros, 1966. 979 p.
- PUGLIESE, Mario. **Instituciones de Derecho Financiero**. 2ª Ed. México, Editorial Porrúa, 1976, 382 p.
- RICCOBONO, Salvatore. **Roma, Madre de Las Leyes**. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1975. 97 p.

RIO GRANDE DO SUL. **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul**. Org. de Men de Souza et alii. 2ª Ed. Porto Alegre, Editora Sulina, 1989.

REALE, Miguel. **Nova Fase do Direito Moderno**. São Paulo, Editora Saraiva, 1990. 239 p.

ROCHA, Leonel Severo. Saber Jurídico e Autoritarismo. **Revista Contradogmáticas**, Santa Cruz do Sul, nº 2/3, p. 97-108.

_____. Leonel Severo. **A Problemática Jurídica: Uma Introdução Transdisciplinar**. Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 1985. 120 p.

_____. Matrizes teórico-políticas da teoria jurídica contemporânea. **Revista Seqüência**, Florianópolis, nº 24, p. 10-24, setembro/92.

_____. Semiótica e Teoria do Direito. IN **Direito em Debate**. Ijuí, Livraria Ijuí Editora, 1994. p. 27-41.

_____. Da Teoria do Direito à Teoria da Sociedade. IN _____. (Coord.). **Teoria do Direito e do Estado**. Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 1994. p. 65-80.

ROSS, Alf. **El Concepto de Validez y otros ensayos**. Buenos Aires, Centro Editor de America Latina S.A., 1969. 133 p.

SANTOS, Manoel Lourenço dos. **Direito Tributário**. São Paulo, Sugestões Literárias S/A, 1967. 394 p.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1968. 261 p.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª Ed. São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1994. 768 p.

SOUSA, Rubens Gomes. **Compêndio de Legislação Tributária**. São Paulo, Editora Resenha Tributária, 1975. 216 p.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Tributário Brasileiro**. Vol. II, Tomo II. Rio de Janeiro, Forense, 1986, 876 p.

TOURINHO, Demetrio Cyríaco Ferreira. **Introdução Ao Estudo Do Direito Romano**. Bahia, Livraria Economica, 1913. 268 p.

WALD, Arnoldo. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, nº 99, 1969.

WARAT, Luis Alberto. **Derecho Al Derecho**. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970. 127 p.

_____. **Los Usos Del Lenguage**. Buenos Aires, Cooperadora de Derecho Y Ciencias Sociales, 1975. 36 p.

_____. **Mitos e Teorias na Interpretação da Lei**. Porto Alegre, Síntese, 1979. 159 p.

_____. **A Pureza do Poder**. Florianópolis, Editora da UFSC, 1983. 133 p.

- _____. **O Direito e Sua Linguagem.** Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. 103 p.
- _____. As vozes incógnitas das verdades jurídicas. **Revista Seqüência**, Florianópolis, nº 14, p. 57-61, jul/87.
- _____. **Interpretacion De La Ley.** Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987. 91 p.
- _____. **Manifesto do Surrealismo Jurídico.** Editora Acadêmica, 1988. 103 p.
- _____. **Manifestos Para Uma Ecologia do Desejo.** Editora Acadêmica, 1990. 136 p.
- _____. **O Amor Tomado Pelo Amor.** Editora Acadêmica, 1990. 112 p.
- _____. A Fantasia da Igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. **Revista Seqüência**, Florianópolis, nº 24, p. 36-54, setembro/92.
- _____. Fobia Al Estado De Derecho. **Anais do Curso de Pós-Graduação em Direito.** Frederico Westphalen, Editora Berthier, p. 11-23, 1994.
- _____. O outro lado da Dogmática Jurídica IN Rocha, Leonel Severo (Coord.). **Teoria do Direito e do Estado.** Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 1994. p. 65-80.