

PAULO DE BARROS CARVALHO

DERIVAÇÃO E POSITIVAÇÃO
NO DIREITO TRIBUTÁRIO

2ª EDIÇÃO

VOLUME I

Tema X

CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E TARIFA MUNICIPAL DE ESGOTO

Análise da natureza jurídica da remuneração exigida pela prestação de serviço de coleta de esgoto por empresa concessionária de serviço público no sistema jurídico brasileiro

Sumário: 1. Aproximação metódica para determinação da "natureza jurídica" da remuneração do serviço de esgoto prestado pelo Município. 2. A expressão "natureza jurídica". 3. Definição do conceito de tributo. 4. Identificação das espécies tributárias. 5. Distinção entre taxa e tarifa. 5.1. Da "compulsoriedade" necessária à caracterização de tributo. 6. Fundamento constitucional da remuneração tarifária. 7. Definição do conceito de tarifa ou preço público. 7.1. A concessão de serviço público, a tarifa e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. 8. Posicionamento da jurisprudência e da doutrina sobre a "natureza jurídica" da cobrança relativa ao serviço de coleta de esgoto. 9. Das respostas às indagações.

1. APROXIMAÇÃO METÓDICA PARA DETERMINAÇÃO DA "NATUREZA JURÍDICA" DA REMUNERAÇÃO DO SERVIÇO DE ESGOTO PRESTADO PELO MUNICÍPIO

A realidade é um tecido contínuo e heterogêneo que recobre o mundo; a ciência, por meio da metodologia, faz cortes sobre esse real, produzindo descontínuos homogêneos. É esse esforço que permite o conhecimento articulado sobre a realidade. Um conjunto de técnicas e processos é utilizado para demarcar o objeto e ultrapassar a subjetividade do autor, suscitando a possibilidade de conhecê-lo, pesquisá-lo, explorá-lo e, se for o caso, alterá-lo.

Saber sobre a remuneração exigida pela prestação de serviço de coleta de esgoto no sistema jurídico brasileiro implica, antes de mais nada, ter presente que dentre os muitos traços a ele peculiares, o direito se manifesta em linguagem. E antepondo-se a qualquer outra consideração, assumir que os veículos introdutórios que delineiam os contornos dessa cobrança se apresentam como um conjunto expressional denotativo de um segmento linguístico montado consoante específico arranjo jurídico-prescritivo. Avançar sobre a "natureza jurídica" da remuneração do serviço de esgotamento sanitário exige, pois, conhecer os textos legais que fundamentam sua exigência na ordem jurídica brasileira.

Tal consciência do objeto de análise que nos ocupa, liberta o cientista do direito de falsos problemas, permitindo-nos uma reflexão mais ampla e profunda sobre a realidade que nos envolve. Importa acentuar, tratando-se do direito, que a linguagem não só fala do objeto-jurídico, como participa de sua própria ontologia, constituindo-o.

Nutro a convicção de que somente chegaremos ao cerne do problema quando pudermos identificar a *norma* que serve como fundamento dessa obrigação e prescreve o vínculo jurídico às pessoas encarregadas de pagar esse montante ao sujeito pretensor. Tratar-se-á de taxa ou tarifa? Tudo depende dessa regra e da urdidura jurídica que a envolve. Nisso

parece consistir a chave para o desate das indagações propostas neste trabalho.

Para dar rendimento ao estudo, e no sentido de isolar os tópicos que outorgam substância ao assunto, apresento três indagações a serem examinadas no decorrer deste trabalho e, ao final, objetivamente enfrentadas. Ei-las:

1. É válida a cobrança da chamada "tarifa de esgoto" por parte da empresa concessionária de serviço público? A cobrança da mencionada tarifa encontra algum óbice no ordenamento jurídico, havendo algum reparo nela a ser feito?

2. A cobrança da denominada "tarifa de esgoto" traduz a imposição de um serviço público compulsório ou não? Em outro versar: a utilização do serviço público de saneamento básico e esgoto, explorado pela concessionária e por ela colocado à disposição da população, é compulsória?

3. A natureza jurídica da chamada "tarifa de esgoto" é de taxa ou de tarifa? Aplica-se a ela o regime jurídico das taxas ou das tarifas?

2. A EXPRESSÃO "NATUREZA JURÍDICA"

Tenho empregado "natureza jurídica" entre aspas para expressar minha discordância com relação à literalidade da locução. Em termos convencionais, fala-se em "natureza" para designar a busca da essência, da substância ou da compleição natural das coisas. A "natureza" revelar-se-ia pelos atributos essenciais que teriam a virtude de pôr em evidência a própria coisa. Nessa acepção, a "natureza" da coisa poria em destaque sua própria essência ou substância, dando a conhecer a matéria de que se compõe o objeto: está à mostra a força essencialista que envolve a tradição jurídica, na incansável e malograda busca pela "realidade". Há uma expressiva tendência na cultura ocidental em relatar o mundo circundante como se tivéssemos acesso às ontologias, às essências, esquecendo-nos

de que o único instrumento de que dispomos para organizar os "objetos da experiência" ou o "mundo da vida", como prefere Habermas, é a linguagem e, por mais que se aproxime dos objetos, nunca chega a tocá-los.

O problema é de fundo filosófico. Ocorre que em sua base filosófica tradicional, o direito leva ao terreno ontológico as observações sobre a estrutura da linguagem, supondo que haja substâncias (na nomenclatura aristotélica) e que as palavras são integradas às coisas. Faz uma transposição entre a estrutura real da linguagem e uma suposta estrutura transcendente do universo, tese esta que o atual grau de desenvolvimento do direito não pode mais aceitar. A relação entre palavra e coisa é artificial, fruto de decisões individuais ou sociais, alheia, em princípio, às características observáveis da coisa mesma.

Ao inventar nomes traçamos limites na nossa realidade, como se a cortássemos, idealmente, em pedaços e, ao assinalar cada nome, identificamos o pedaço que, segundo nossa decisão, corresponderá a determinado nome. *As coisas não mudam de nome, nós é que mudamos o modo de nomear as coisas*⁷⁰. Apenas existem nomes aceitos, nomes rejeitados e nomes menos aceitos que outros: não existem nomes verdadeiros das coisas. Por isso, nosso esforço não há de centralizar-se na análise do nome da exação, que no momento faz-se objeto de nossos cuidados, mas no fenômeno jurídico por ele apontado.

3. DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE TRIBUTO

"Tributo" com as proporções semânticas que o art. 3º, da Lei n. 5.172/66 lhe outorga, é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

70. Ricardo Guibourg, Alejandro Ghigliani e Ricardo Guarinoni. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1985.

É bom salientar dentre as características prescritas pelo mencionado artigo, como notas principais estão a *compulsoriedade*, o caráter *pecuniário da prestação* e o traço de que *tributo não se constitui sanção de ato ilícito*, decorrendo, sempre, de fato lícito.

Por *compulsoriedade*, compreende-se a obrigatoriedade de um determinado comportamento, afastando-se, de plano, qualquer cogitação inerente às prestações voluntárias, que recebem o influxo do modal "permitido". Em decorrência, independem da vontade do sujeito passivo, que deve efetivá-las ainda que contra seu interesse. Concretizado o fato previsto no antecedente da norma jurídica, nasce o elo mediante o qual alguém ficará adstrito a um comportamento obrigatório.

Por outro lado, a prestação de que se cogita deve ser *pecuniária*. Tributo se paga em moeda, em pecúnia, outorgando-lhe, a lei, efeito liberatório suficiente para extinguir o crédito tributário⁷¹.

Como derradeiro marco, assinala-se a circunstância de o *tributo não constituir sanção de ato ilícito*. Elemento sumamente relevante para a compreensão de "tributo" está objetivado nessa frase, em que se determina a feição de licitude para o fato que desencadeia o nascimento da obrigação tributária. Foi oportuna a lembrança trazida pelo artigo 3º, do Código Tributário Nacional, uma vez que os acontecimentos ilícitos vêm sempre atrelados a uma providência sancionatória e, fixando-se o caráter lícito do evento, separa-se, com clareza, a relação jurídica do tributo da relação jurídica atinente às penalidades exigidas pelo descumprimento de deveres tributários. Como são idênticos os vínculos, isoladamente observados, é pela associação ao fato que lhe deu origem que pode ser reconhecida a índole da relação.

71. Exceto no caso dos tributos que prescindem do ato de lançamento (tributos sujeitos a "lançamento por homologação"), em que para a extinção do crédito exige-se, além do pagamento, sua homologação (art. 156, inciso VII do Código Tributário Nacional).

Em face do exposto, tenhamos presente que qualquer prestação que tiver insitas as características mencionadas será tributo, independentemente do nome que se lhe atribua ou da destinação que seja dada aos recursos decorrentes de sua cobrança, como referem o art. 4º, incisos I e II, da Lei n. 5.172/66. Importante considerar, também, que tais características devem estar associadas, não sendo suficiente para configurar uma determinada prestação como tributo se somente uma, ou algumas delas, estiverem presentes.

4. IDENTIFICAÇÃO DAS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS

Feita a decomposição analítica da definição estipulativa de tributo, veiculada pelo artigo 3º, do Código Tributário Nacional, impõe-se discorrer, brevemente, acerca das suas espécies. Nesse contexto, tributo é gênero do qual *imposto*, *taxa* e *contribuição de melhoria* são espécies, de acordo com a disposição inserta no artigo 145, da Constituição da República. Desse modo, todas as espécies que conotam as características inerentes ao tributo devem ser examinadas, apontando-se para as diferenças específicas. Tais diferenças, que consubstanciam critérios de distinção entre as espécies, são construídas a partir do binômio "hipótese tributária/base de cálculo". Dois argumentos recomendam a adoção dessa dualidade: (a) trata-se de diretriz constitucional, firmada num momento em que o legislador realizava o trabalho delicado de traçar a rígida discriminação de competências tributárias, visando a preservar o princípio maior da Federação e manter incólume a autonomia municipal; (b) para além disso, é algo simples e operativo, que permite o reconhecimento da índole tributária, sem a necessidade de considerações retóricas e até alheias ao assunto.

Firmadas essas premissas, tenho para mim que os *impostos* são tributos que têm por hipótese de incidência, confirmada pela base de cálculo, um fato alheio a qualquer atuação do Poder Público, ou seja, é um tributo não-vinculado a uma atuação

do Estado ou de quem lhe faça as vezes, segundo classificação proposta pelo saudoso Geraldo Ataliba⁷².

É da índole do imposto, no nosso direito positivo, a inexistência de participação do Estado, desenvolvendo atividade dirigida ao contribuinte. Sua hipótese de incidência descreve fatos quaisquer presuntivos de riqueza (uma pessoa auferir renda líquida, industrializar produtos, prestar serviços etc.). A formulação linguística o denuncia e a base de cálculo o comprova.

A *contribuição de melhoria*, por sua vez, é um tributo que tem por hipótese de incidência a descrição de um evento consistente na construção de *obra pública* da qual decorra *valorização dos imóveis* circundantes. Nesse sentido, predica o artigo 145, III, da Lei Maior. Frise-se que a realização da obra por si só não é suficiente: exige-se a adoção de fator estranho à atuação do Estado que, ao ser-lhe acrescentado, complementa a descrição factual. E a valorização imobiliária não é, necessariamente, consequência de realização de obras públicas. Muitas vezes, sobre não acarretarem incremento de valor nos imóveis adjacentes, as obras podem até colaborar para a diminuição de seu preço de mercado. Por isso mesmo, havendo a correlação entre a obra e a valorização, o direito positivo exige que o proprietário do imóvel valorizado recolha a chamada *contribuição de melhoria*. Daí dizer-se que a contribuição de melhoria é um tributo vinculado a uma atuação do Poder Público, porém indiretamente referido ao obrigado, porquanto sua cobrança depende de um fator intermediário, que é a valorização do bem imóvel.

A *taxa*, por seu turno, pressupõe a prestação, efetiva ou potencial, de serviços públicos ou o exercício do poder de polícia, direta e especificamente dirigida ao contribuinte. A base de cálculo deverá exibir, a medida da intensidade da participação

72. *Hipótese de Incidência Tributária*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 139-148.

do Estado, tudo nos moldes do que estatui o artigo 145, II, da Constituição Federal.

O sistema constitucional tributário prevê duas espécies de *taxas*: (i) as exigidas pela prestação de serviços públicos específicos e divisíveis; e (ii) as cobradas em razão do exercício do poder de polícia. Aquelas remuneram serviços públicos, prestados ou posto à disposição pelas pessoas políticas competentes (União, Estados, Municípios ou Distrito Federal) enquanto estas se referem à limitação ou disciplina de direitos, liberdade ou interesse dos indivíduos, pelas mesmas pessoas políticas competentes.

Enfim, traçadas as linhas definidoras do que se deve entender por tributo e as espécies aceitas pela Carta Magna, não temos dúvidas em afirmar que somente as três espécies citadas encontram guarida no ordenamento jurídico brasileiro. Qualquer tentativa de acatar os desacertos políticos que o legislador utiliza para burlar a rígida discriminação de competência afigura-se-me como vazia de fundamento, visto que a hipótese de incidência, associada à base de cálculo, permite identificar as espécies tributárias: impostos, taxas e contribuições de melhoria. Todo o suporte argumentativo calca-se na orientação do sistema, em sua integridade estrutural. Outra coisa não fez o constituinte senão estabelecer que tanto os empréstimos compulsórios, como as contribuições, são entidades tributárias da espécie em que se enquadrarem.

A Constituição da República, em seu artigo 148, outorga à União a possibilidade de instituir, mediante lei complementar, *empréstimos compulsórios* para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou de sua iminência, ou para realizar investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado, nesta última hipótese, o princípio da anterioridade. O fato jurídico tributário dos empréstimos compulsórios deve estar compreendido na competência impositiva da União, podendo escolhê-los entre os eventos descritos no artigo 153 da Carta Magna, ou entre as atuações por ela manifestadas ou por

quem lhe faça as vezes, seja em razão da prestação de um serviço público, específico e divisível, efetivo ou potencial, ou do exercício do poder de polícia.

Desse modo, o *empréstimo compulsório* será imposto, se o antecedente da regra-matriz de incidência descrever um fato pertencente à esfera jurídica do contribuinte, ou taxa, se a previsão consubstanciar-se numa atividade estatal, confirmada, é claro, por sua base de cálculo.

O mesmo raciocínio aplica-se às *contribuições* sociais, de intervenção no domínio econômico ou no interesse das categorias profissionais e econômicas, cuja norma de estrutura se constrói a partir do enunciado prescrito no artigo 149 da Lei Maior, podendo assumir, de igual maneira, tanto a feição de *impostos* como a de *taxas*, conforme suas características descritivas.

Efetuados os esclarecimentos quanto às espécies tributárias existentes no ordenamento brasileiro, uma delas merece atenção especial, para fins de desenvolvimento do presente estudo e resolução das indagações formuladas: a taxa. Trace-mos, a seguir, suas características, a fim de possibilitar a distinção jurídica entre essa figura tributária e a *tarifa*.

5. DISTINÇÃO ENTRE TAXA E TARIFA

Como examinado, *taxa* é a espécie de tributo que tem por hipótese de incidência a descrição de uma atividade estatal, direta e especificamente dirigida ao contribuinte. Vimos, também, que o sistema tributário constitucional prevê duas espécies de *taxas*: (i) as cobradas pela prestação de serviços públicos; e (ii) as exigidas em razão do exercício do poder de polícia. Deixando entre parênteses metódicos as denominadas "taxas de polícia", cuidaremos nesse momento das *taxas cobradas pela prestação de serviços públicos*.

Sobre tal rubrica é necessário dizer que os serviços públicos ensejadores de taxa são aqueles que se contiverem no

âmbito de atribuições da pessoa política que instituiu o gravame, segundo as regras constitucionais. Tais serviços serão, necessariamente, de *utilização compulsória*, não importando que sejam efetiva ou potencialmente prestados ao contribuinte, conforme anunciam os artigos 77 e 79 do Código Tributário Nacional, com fundamento no art. 145, II, do Texto Maior.

A *tarifa*, por outro lado, é a remuneração que assiste às empresas concessionárias de serviço público, que deveriam ser prestados pelo particular, mas que a ordem jurídica atribui ao Poder Público em virtude da necessidade prevalentemente pública (art. 175, da Constituição Federal), para exploração e execução. É o preço que os usuários pagam às empresas concessionárias para que possam usufruir dos serviços prestados. O antecedente normativo da tarifa será, invariavelmente, a prestação de um serviço público por empresa concessionária, sob o regime do direito privado.

De fato, não se ventila a possibilidade de remuneração por meio de taxas, porquanto o regime jurídico a que estão adstritas tornaria inviável, por completo, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Imagine-se quão difícil, senão impossível, seria a manutenção das condições iniciais de um contrato de concessão, especialmente em face de conturbados períodos inflacionários, tendo o poder concedente que observar o princípio da anterioridade, nos moldes de que estatui o artigo 150, III, b, do Texto Supremo.

Não é necessário dizer mais nada para que se possa afirmar, com segurança, que a prestação de serviço público por empresa concessionária remunera-se, fundamentalmente, por *tarifa*.

Outro traço essencial para a configuração da tarifa é a previsão, no antecedente de sua norma jurídica, do elemento *vontade*. Enquanto os *serviços remunerados por taxa* são de *utilização compulsória*, não havendo possibilidade de o contribuinte optar por ser beneficiado ou não, a tarifa tem existência em um contexto contratual, onde o particular é livre para se vincular ao recebimento do serviço, apenas se assim o desejar.

5.1. Da "compulsoriedade" necessária à caracterização de tributo

Um dos requisitos para a configuração de exação tributária é, sem dúvida, a compulsoriedade, como preceituado no art. 3º, do Código Tributário Nacional. Essa compulsoriedade, entretanto, não diz respeito ao caráter do vínculo que tem por objeto o pagamento pecuniário, mas ao liame no qual se insere a prestação do serviço.

O foco de análise, para fins de determinação da "natureza jurídica" tributária ou tarifária é o caráter compulsório ou voluntário relativamente a determinada atuação estatal. Caso contrário, se restringida a análise ao vínculo estabelecido entre credor e devedor, chegaríamos à absurda conclusão de que tudo seria tributo. Até mesmo na hipótese de o particular figurar como locatário de imóvel público teríamos prestação tributária, pois conquanto haja liberdade de contratação, uma vez firmado o contrato seu cumprimento é obrigatório, sendo compulsório o pagamento dos aluguéis.

Nota-se, portanto, que a compulsoriedade exigida para a configuração da taxa refere-se ao serviço público prestado e não à obrigação de remunerar o prestador:

- a) No caso dos serviços remunerados por tarifa, somente a partir da convergência de vontades da empresa concessionária e do usuário do serviço, objetivado em um contrato, tácito ou escrito, é que se instalará o vínculo jurídico obrigacional pelo qual o usuário ficará compelido ao pagamento do valor da tarifa, ao passo que assistirá à empresa concessionária o correlato direito subjetivo de exigi-lo.
- b) Em se tratando de serviços remunerados por taxa, sua prestação e a instauração do liame jurídico independe da manifestação da vontade do particular. O Poder Público realiza o serviço ou o coloca à disposição do administrado sem necessidade de sua anuência, nascendo, em razão dessa atuação estatal compulsória, a obrigação de remunerar o respectivo ente político.

A caracterização da compulsoriedade na utilização do serviço público é nota essencial do regime jurídico das taxas. E, saliente-se mais uma vez, essa "compulsoriedade" se refere ao uso do serviço, não ao pagamento.

Aliás, esse é o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, que, em recurso extraordinário, do qual foi relator o eminente Ministro Moreira Alves, decidiu: "*sendo compulsória a utilização do serviço público de remoção de lixo - o que resulta, inclusive, de sua disciplina como serviço essencial à saúde pública - a tarifa de lixo instituída pelo Decreto n.º 196, de 12 de janeiro de 1975, do Poder Executivo do Município do Rio de Janeiro, é, na verdade, taxa*"⁷³.

Dada sua relevância, o assunto foi objeto de Súmula pela Suprema Corte:

Súmula 545: Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daquelas, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.

Mencionada compulsoriedade se refere ao uso do serviço, e não ao pagamento, tendo em vista que a obrigação de realizar a prestação pecuniária existe tanto nas situações que decorrem exclusivamente de lei, como daquelas em que, conjugada à previsão legal, exige-se manifestação volitiva do particular.

Em síntese, a prestação caracteriza-se como taxa se a utilização do serviço é compulsória ou, o que é o mesmo, se a remuneração correspondente é exigida pela simples utilização potencial do serviço. Por outro lado, a tarifa consiste na remuneração decorrente da prestação de serviço público, ou do fornecimento ou locação de bens públicos, efetivada em regime contratual, e não imposta compulsoriamente às pessoas, como é o caso das obrigações de caráter tributário.

73. STF, RE n. 89.876-RJ - Tribunal Pleno, DJ 04.09.80.

Tem-se remuneração mediante tarifa nas hipóteses em que há contrato, ainda que tacitamente celebrado ou por adesão, conferindo ao particular a liberdade de a ele aderir apenas se assim desejar, sendo possível atender às necessidades individuais por outro meio lícito. É o que acontece, por exemplo, com relação ao serviço de transporte público municipal: quem não quiser contratá-lo pode deixar de tomar ônibus e locomover-se até o lugar de destino, utilizando-se de outros meios. Idêntica é a situação do serviço de fornecimento de água, que pode ser substituído por poços artesianos, cisternas, etc., bem como do serviço de coleta de esgoto, nas localidades onde seja permitida a manutenção de fossas. Em situações como essas, o particular só faz uso do serviço público se e quando assim optar.

Em suma, a diferença essencial entre *taxa* e *tarifa* está na hipótese normativa que fundamenta o nascimento das respectivas prestações. Na taxa, não há espaço para o exercício da vontade do contribuinte contratar ou não o serviço. A lei a institui e estipula a realização efetiva ou potencial do serviço estatal como situação propulsora e, logicamente, suficiente da obrigação tributária. A obrigação de pagar a taxa deflui, imediatamente, da lei; a de pagar tarifa, mediadamente da lei e de forma direta do pacto contratual decorrente do uso do serviço ou bem público prestado por empresa concessionária. Acordo esse, muitas vezes expresso no simples ato de fruir o serviço ou bem posto à disposição.

6. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA REMUNERAÇÃO TARIFÁRIA

O art. 175 da Constituição autoriza que a prestação de serviços públicos seja levada a efeito mediante participação de particulares, na condição de concessionários ou permissionários do serviço público, fazendo-o nos seguintes termos:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado. (destaquei)

Uma das características da concessão de serviços públicos é a remuneração do concessionário, paga pelos usuários do serviço. Na esteira dos ensinamentos de Marçal Justen Filho⁷⁴, a concessão do serviço público produz inovações no regime jurídico aplicável, passando a ser um dos elementos da remuneração a *lucratividade*, circunstância que seria inconcebível caso a atividade fosse desempenhada pelo próprio Estado.

Essa interpretação decorre do art. 175 que, ao dispor sobre a concessão de serviços públicos, prescreve seja implantado o regime de remuneração tarifário. Com isso, assegura-se a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato previsto no art. 37, XXI, do Texto Magno, possibilitando a alteração da tarifa quando necessário. Evidente a inviabilidade do referido equilíbrio caso a remuneração fosse efetivada mediante taxa, tendo em vista a rigidez do sistema tributário que exige, para alteração da alíquota, nova produção legislativa e observância à anterioridade.

7. DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE TARIFA OU PREÇO PÚBLICO

Em função de seu caráter contratual, a tarifa é também denominada "preço público". Este, diversamente das taxas, é

74. *Concessões e serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 145.

a contraprestação decorrente do consumo voluntário de bens ou serviços públicos. O conceito genérico de "preço" está desobrado no direito privado. O Código Civil brasileiro, ao versar sobre o instituto da compra e venda, fala em preço no art. 481 e seguintes. Ao cuidar da locação de coisas, *ex vi* do art. 565, utiliza o vocábulo "retribuição", empregando essa mesma palavra no art. 594, que trata de prestação de serviços. Na mesma linha, o Código Tributário Nacional usa "preço" no art. 20, II e III; art. 24, II; art. 47, I e no art. 69, entre outros, para referir-se, respectivamente, às bases de cálculo do Imposto de Importação; do Imposto de Exportação; do Imposto sobre Produtos Industrializados; e do Imposto sobre Serviços de Transporte e Comunicação, denotando, com a utilização desse termo, a perspectiva dimensível da hipótese tributária de cada um dos tributos incidentes sobre operações jurídicas de caráter *contratual*.

O preço público ou tarifa⁷⁵ consiste na remuneração decorrente da prestação de serviço de interesse público, ou do fornecimento ou locação de bens públicos, efetivada em regime contratual e não imposta compulsoriamente às pessoas, como é o caso das obrigações de caráter tributário. Essa é, também, a compreensão do Supremo Tribunal Federal, expressa pelo Ministro Moreira Alves:

Preço público é o preço contratual, que constitui contraprestação de serviços de natureza comercial ou industrial - e que, por isso mesmo, podem ser objeto de concessão para 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 que de adesão, dá a quem pretende celebrá-lo, se aderir às condições dele, a liberdade de não contratar, atendendo a sua necessidade por outro meio lícito. Quem não quiser tomar ônibus, e aderir, portanto, ao contrato de

75. O uso já consagrou a equiparação dos termos "preço público" e "tarifa". Entretanto, vale ressaltar que "tarifa", na tradição do Direito Financeiro, significa a tabela de preços e não os preços em si.

transporte, poderá ir, licitamente, por outros meios, ao lugar de destino. O que não tem sentido é pretender-se a existência de contrato quando o que deve aderir não tem sequer a liberdade de não contratar, porque, licitamente, não tem meio algum para obter o resultado de que necessita. (RTJ/STF n. 98).⁷⁶

Em suma, é preço público ou tarifa o que remunera o serviço público prestado, sob regime de direito privado, por empresas concessionárias. Vista do ângulo daquele a quem onera, é o valor pecuniário que os usuários devem pagar à empresa concessionária toda vez que se utilizarem do serviço prestado; examinada pela óptica de quem desempenha, a tarifa é a importância que a empresa concessionária está autorizada a cobrar, dos usuários, em função dos serviços públicos efetivamente realizados. Enfim, sua cobrança visa a (i) garantir o custeio da prestação dos serviços concedidos; (ii) remunerar, de forma justa, o capital investido pelas concessionárias; e (iii) melhorar e expandir os serviços, assegurando o equilíbrio econômico do contrato.

Ressalte-se que a tarifa tem indisputável caráter remuneratório. Nesse sentido, os valores arrecadados devem convergir para a empresa concessionária, que com eles desempenha e aprimora os serviços que presta aos usuários. Caso a quantia exigida não decorra da prestação de serviço, de interesse público, exercida pela empresa concessionária, isto é, não apresente conteúdo remuneratório, nem se destine ao custeio ou ao implemento dos serviços prestados, não se pode cogitar da existência de tarifa ou preço público, figura que, necessariamente, deve conter os elementos anteriormente descritos.

Traçadas essas linhas, cumpre examinar o contrato de concessão de serviços públicos, conferindo especial atenção à sua básica forma de remuneração, por intermédio da tarifa.

76. Taxa e preço público. In *Caderno de Pesquisa Tributária* n. 10. São Paulo: Resenha Tributária, 1985, p. 174.

7.1. A concessão de serviço público, a tarifa e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato

A concessão de serviço público pode ser definida como o conjunto finito de normas jurídicas mediante as quais o Estado atribui o exercício de um serviço, de interesse público, a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, sob garantia de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço e submetendo-se ao regime de direito privado⁷⁷. Diz-se geral e basicamente porque a concessionária poderá remunerar-se de outras formas, como, por exemplo, veiculação de publicidade. Não obstante, a tarifa continua sendo o modo mais usual de contra-prestação do serviço público executado sob regime de contrato de concessão.

Segundo dispõe o art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.987/95, que regulamenta o art. 175, da Constituição, disciplinando o regime de concessão e permissão do prestar serviços públicos, o contrato de concessão deve ser sempre precedido de procedimento licitatório, na modalidade de concorrência. Na oportunidade da apresentação da proposta, compete aos licitantes indicar o valor da tarifa a ser cobrado dos usuários do serviço público. O montante assinalado servirá como um dos critérios para selecionar a empresa vencedora do certame licitatório, de acordo com o art. 15, inciso I, dessa Lei, inclusive. Como se vê, o valor inicial da tarifa é moldado por meio da manifestação de vontade da empresa concessionária, bem como do poder concedente. O artigo 9º, da lei de concessões, confirma o enunciado acima, ao dispor que "a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação (...)". Os critérios que coordenam a fixação do valor da tarifa estão relacionados com os custos do serviço a ser prestado, com as demais formas de

77. Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

receita e com a margem de lucro suficiente para conformar-lhe o caráter remuneratório e a necessária modicidade. São esses, portanto, os componentes a serem ponderados pelos contratantes para a instituição do valor da tarifa.

No que tange à modificação do preço pactuado, o critério estipulado pelo Texto Supremo é o da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Segundo o artigo 37, XXI, da Constituição, as obras e os serviços serão contratados com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta. Diante do mandamento constitucional, na hipótese de elevação dos custos dos serviços prestados, as tarifas que remuneram as empresas concessionárias devem ser proporcionalmente majoradas, a fim de que seja mantida a igualdade (equilíbrio) subjacente na oportunidade da celebração do contrato.

Tanto a Lei n. 8.666/93, que regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição, da República, estabelecendo normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito do Poder Público, como a já referida Lei n. 8.987/95, prescrevem, em diversos artigos, a obrigatoriedade da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, prevendo no edital e no contrato fórmulas de revisão do valor, reajustes em razão da alteração unilateral promovida pelo poder concedente. E o motivo é singelo: o desequilíbrio econômico, em desfavor da empresa concessionária, por exemplo, além de colaborar para a má prestação do serviço público, poderá determinar o enriquecimento sem causa do poder concedente, fato contra o qual operam prescritivamente as normas do sistema.

Adverta-se, do exposto, que o valor das tarifas deve movimentar-se de acordo com a majoração ou redução dos custos para se executar os serviços a serem prestados, consubstanciando nítido enriquecimento ilícito – como já foi dito – seja do Estado ou da empresa concessionária, se o valor das tarifas não acompanhar, proporcionalmente, as condições econômicas iniciais da execução do contrato.

8. POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA E DA DOUTRINA SOBRE A “NATUREZA JURÍDICA” DA COBRANÇA RELATIVA AO SERVIÇO DE COLETA DE ESGOTO

A argumentação que venho desenvolvendo centra-se na contingência de a remuneração mencionada pelo serviço de esgotamento sanitário apresentar índole de tarifa ou natureza específica de taxa.

Perante a realidade instituída pelo direito positivo atual, não obstante os esforços de política do direito em sentido contrário, hodiernamente parece-me insustentável a tese segundo a qual essa espécie de remuneração apresentaria natureza específica de taxa. Sucede que, praticamente, em todos os Municípios do território nacional, o serviço de coleta de esgoto é remunerado por tarifa. Tal circunstância faz parte da tradição jurídica nacional e remonta às primeiras origens históricas desse serviço no Brasil. E tal é assim que já ocupou por várias vezes a atenção do Supremo Tribunal Federal, o qual insistentemente vem se manifestando nesses termos:

As contraprestações cobradas pelo departamento sanitário do Estado pelos usuários das redes de água e esgotos do Recife são preço público, pois, nem toda contribuição por serviços prestados é taxa, conforme está no art. 30 da Constituição que diz competir a União, ao Distrito Federal, aos Estados e Municípios cobrar contribuição de melhoria, taxas e quaisquer outras rendas que possam provir do exercício de suas atribuições e da utilização de seus bens e serviços. A contraprestação pela utilização da rede de águas e esgotos corresponde a utilização de um bem e serviço instalado e operado pelo estado. A renda dessas contraprestações não vem de taxa, mas de um pagamento que, na técnica fiscal e administrativa, se denomina preço público. Além disso, a cobrança determinada pelo departamento de saneamento do estado estava autorizada pela lei n. 3.821 de 21.12.60 (destaque).⁷⁸

78. STF, RE n. 54491, Segunda Turma, Rel. Min. Hermes Lima, DJU 17.12.1963.

Também nesse sentido têm se firmado os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo ser preço público a remuneração pela utilização dos serviços de água e esgoto. É o caso do REsp. 20.741-DF⁷⁹, relatado pelo Min. Ari Pargendler, em que se assentou a "natureza" tarifária dessa espécie de remuneração, justificando:

Se o serviço é daqueles que só o Estado pode prestar, a respectiva remuneração se dá através de taxas (v.g., taxa judiciária pela prestação de serviços judiciários). Se o Estado pode delegar a execução dos serviços, a remuneração é feita por tarifas ou preços públicos, hipótese em que se enquadram os serviços de água e esgoto. (grifei)

Segue essa orientação, também, Celso Antonio Bandeira de Mello⁸⁰. Na linha de raciocínio de Geraldo Ataliba, exara o entendimento de que "a fixação de tarifas dos serviços de fornecimento de água, por atacado, prestados pela SABESP, compete ao Estado de São Paulo e só a ele, mediante decreto do Governador do Estado". Ora, se a fixação do valor é de competência do chefe do executivo e mediante veículo introdutor típico do executivo, o "decreto", então, por óbvio, não se pode entender tal cobrança como taxa.

Sustentou idêntica posição Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ilustre Catedrático de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, quando em parecer fundamentado sobre o assunto assim se manifestou:

c) nenhum tributo, imposto ou taxa pode ser criado sem lei, "ex vi" dos arts. 19 e 153 § 29, da Magna Carta de 1969. Porém a contraprestação dos serviços de água e esgoto, ou seja, do consumo de água, objeto da presente consulta, nos termos da lei estadual n. 10.339, de 18.5.1971, é cobrado pelo sistema de tarifas, ou preço público, fixado pela Administração Pública, mas aceita pelos usuários, pois decorre de

79. STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU 03.06.1996.

80. In *Revista de Direito Público* n. 55-56/91-102.

contrato firmado entre as partes, *ex voluntate*, e, consequentemente, se não confunde com as taxas, que decorrem do poder tributante das entidades políticas, isto é, *ex lege*.⁸¹

Dessa ordem de ponderações, não é outra a conclusão senão a de que tarifa tem sido, usualmente, a forma de remuneração empregada no direito positivo para retribuir o serviço de fornecimento de água e de coleta de esgoto, forma essa adotada, também, pelo Município de Campo Grande, conforme a seguir demonstrado.

9. DAS RESPOSTAS ÀS INDAGAÇÕES

Firmado nas ponderações até aqui desenvolvidas, passo a responder às perguntas formuladas. Para tanto, permito-me reescrever as indagações elaboradas no início do trabalho, enfrentando-as, objetivamente, uma a uma.

1. *É válida a cobrança da chamada "tarifa de esgoto" por parte da empresa concessionária de serviço público? A cobrança da mencionada tarifa encontra algum óbice no ordenamento jurídico, havendo algum reparo nela a ser feito?*

Resposta: Sim, o regime de cobrança pelo uso do serviço de esgoto está perfeitamente de acordo com o ordenamento jurídico atual, não havendo qualquer reparo a ser feito na sistemática da exigência da "tarifa de esgoto".

Primeiramente porque, tratando-se de serviço de utilização voluntária e executado mediante contrato de concessão, seu regime jurídico há de apresentar caráter privado.

2. *A cobrança da denominada "tarifa de esgoto" traduz a imposição de um serviço público compulsório ou não? Em outro versar: a utilização do serviço público de saneamento básico e*

81. In *Revista de Direito Público* n. 20/378.

esgoto, explorado pela concessionária e por ela colocado à disposição da população, é compulsória?

Resposta: Não há compulsoriedade na utilização do serviço público de saneamento básico e esgoto. A prestação desse serviço pelo ente político é obrigatória, assim como sua disponibilidade mediante instalação das ligações à rede de esgotamento. Esses elementos, todavia, são irrelevantes para fins de identificação da "natureza jurídica" da remuneração paga pelo serviço.

Inexiste prescrição voltada à imperatividade da utilização do esgoto. Ao contrário, são diversos os enunciados que evidenciam a voluntariedade da contratação e efetivo uso do serviço de esgotamento, havendo constantes referências a meios alternativos de despejo dos dejetos. E a observação da experiência confirma essa realidade, pois elevado número de municípios ainda se utilizam de fossas, optando por não fazer uso do serviço colocado à sua disposição, não lhe sendo exigida, em consequência, a tarifa de esgoto.

3. A natureza jurídica da chamada "tarifa de esgoto" é de taxa ou de tarifa? Aplica-se a ela o regime jurídico das taxas ou das tarifas?

Resposta: O critério diferenciador entre taxa e tarifa, tal qual fixado pelo processo gerativo de sentido determinado pelo direito positivo brasileiro, e confirmado pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula 545, é a compulsoriedade. Tanto as taxas como as tarifas caracterizam-se pela prestação de serviço público, sendo que a diversidade entre aquelas e estas se centra no uso da força impositiva estatal determinando a cobrança, independentemente da intensidade da utilização do serviço.

O único critério jurídico que cinge o legislador à cobrança de taxa é o da existência ou não da compulsoriedade legal da utilização potencial ou concreta do uso do serviço de coleta de esgoto. É uma lei administrativa que tratará da regulamentação desse uso. Em sobreposição a essa lei é que o legislador tributário definirá como tributária ou não a respectiva remuneração.

Indutivamente, corroboramos que, na prática legislativa, a maioria esmagadora dos Municípios tem optado pela adoção do sistema de preços públicos para efeito de remunerar os serviços de fornecimento de água e coleta de esgoto. Nesse mesmo sentido, vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais inferiores.

A base de cálculo da cobrança é a utilização efetiva, expressão legítima da vontade do particular, não havendo compulsoriedade na utilização. Além disso, a cobrança não é efetuada mediante atividade administrativa, tampouco exige lei para sua instituição ou para efeito de sua majoração. Portanto, essa contraprestação é contratual, a ela se aplicando o regime tarifário.