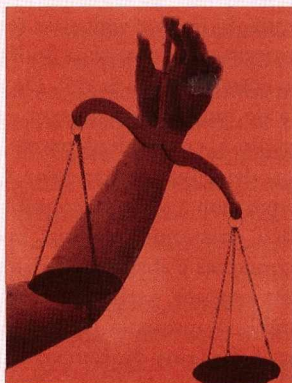


TARIFA COBRADA PELAS EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS



Delano Carneiro da Cunha Câmara *

RESUMO:

Aborda os elementos caracterizadores da tarifa. A tarifa cobrada pelas concessionárias de serviços públicos distingue-se da taxa (tributo) e do preço público (receita originária do Estado). A doutrina tende a equiparar o preço público à tarifa a partir de bases conceituais tributárias. A distinção é identificada pelo Direito financeiro, regulatório, dentre outros ramos jurídicos.

PALAVRAS-CHAVE:

Tarifa. Preço público. Taxa. Regulação. Serviço público.

1 INTRODUÇÃO

No ano que vem, a Constituição Federal de

* Auditor TCE-PI; Professor Universitário de Graduação e Pós-graduação; Bacharel em Direito e Ciências Contábeis; Aperfeiçoado em Direito Empresarial; Qualificado em Formação para Fiscal do Trabalho; Especialista em Controle Externo da Administração Pública; Mestre em Direito Constitucional.

1988 terá vinte anos. Contudo, ainda hoje há muitos conceitos, constantes da mesma, que são objeto de discussões não pacificadas. Uma destas questões é o conceito de tarifa, que num primeiro momento parecia simples tabela de valores do tributo taxa, mas as transformações ocorridas nos últimos anos no Estado brasileiro e no mundo impulsionaram o surgimento de questionamentos, além de permitir a visualização de outras possibilidades e dimensões para a tarifa. Estas surgem especialmente com a redução do Estado e dos serviços prestados a partir do processo de privatização de várias empresas públicas.

Abra-se um parêntese que a solução para a redução de custos do Estado, não necessariamente passa pelo encolhimento do Estado, é também possível pelo redesenho institucional de forma a proporcionar ganhos de eficiência.

O debate conceitual da tarifa como instituto autônomo, contextualiza-se com o surgimento de uma nova visão da atuação do Estado na economia, com a diminuição de sua participação direta na prestação de serviços, a partir do esgotamento de um modelo anterior, que tinha na capacidade de investimento do Estado a grande válvula propulsora da economia para o crescimento do país. O esgotamento deste modelo anterior deve-se a uma limitação de recursos para novos investimentos. Com a privatização destes serviços, emerge a necessidade de identificação da remuneração do serviço pago pelo consumidor diretamente às concessionárias de serviços públicos, bem como seus elementos caracterizadores. (FRANCO, 1999)

A Constituição Federal de 1988, no artigo 150, § 3º, faz expressa referência a preços e tarifas públicas, sem contudo esclarecer seu significado, enquanto o art. 145, II, da mesma Carta Magna estabelece, genericamente, as hipóteses de taxa.

A doutrina, já há algum tempo, vem se debatendo para estabelecer de forma precisa as diferenças entre taxa, tarifa e preço público, inexistindo consenso. A pluralidade de idéias sobre o assunto é tal, que, inclusive, alguns renomados autores nacionais não estabelecem diferenças entre estes institutos ou, então, simplesmente informam que a cobrança de tarifas ou preços públicos não pertencem à esfera tributária, por isso não constituem objeto de estudos. Outros autores

teorizam suas pesquisas centralizando-as tão somente no direito constitucional e/ou tributário, sob o aspecto normativo, sem a análise da realidade econômico-social existente no país e no mundo.

Acrescente-se à polêmica, o disposto na Lei nº 8.987 de 13/02/95, que trata das concessões e permissões de serviços públicos, a qual trouxe em seu bojo o reconhecimento de que a contraprestação do serviço concedido ou permitido, dar-se-ia através de tarifas.

Assim, o problema deste trabalho circunscreve-se na identificação do instituto da tarifa cobrada pelas concessionárias e permissionárias de serviços públicos no Brasil, com traços distintos da taxa e do preço público.

Desta feita, o presente estudo abordará, como primeiro tópico, o conceito e a natureza jurídica do que constitui serviço público. Nesse item serão abordados os limites constitucionais para a transferência de tais serviços à iniciativa privada, bem como será feita a distinção entre os mesmos e as atividades somente sujeitas ao controle estatal.

A seção seguinte versará sobre a Empresa Concessionária de Serviço Público, sua importância, conceito, natureza jurídica, forma e regime de atuação. Sabe-se que em diversos momentos da história do nosso país este ente foi uma extensão do próprio Estado, onde os governantes ora injetavam recursos, subsidiando a atividade, ora os sugavam como se suas receitas fossem integralmente do Estado e não apenas o resultado líquido positivo.

Em terceiro tópico, é trabalhado o conceito de tarifa em contrapartida com o da taxa e do preço público, verificando na doutrina os diversos entendimentos a respeito do tema, fixando-se características próprias e específicas para a referida tarifa. Demonstra-se, também, que a tarifa não é tributo, nem receita do Estado. Será, contudo, exposto o momento em que as concessionárias de serviços públicos pagam taxa e preço público em relações obrigacionais distintas das existentes entre concessionária e usuário de serviços.

Em conclusão, é apresentada a confirmação da tarifa como instituto autônomo, além de algumas ponderações acerca da matéria.

Desta feita, aparentemente esgotados os elementos introdutórios, urge que se abordem o conceito e a delimitação do que seja serviço público, além de outras considerações.

2 SERVIÇO PÚBLICO

Este primeiro capítulo trata, inicialmente, do conceito e da natureza jurídica do que constitui serviço público. Entende-se ser desnecessário todo o histórico detalhando o surgimento do serviço público a partir da formação do Estado no mundo. Sua im-

portância é inegável, pois constitui a própria essência da existência do Estado. Mas, este tópico centrar-se-á em identificar o que constitui serviço público com o mínimo de retórica.

A delimitação do que constitui serviço público é tarefa árdua, porém relevante para o presente estudo, pois este debate é a pedra de fundamentação sobre o que é domínio econômico pertencente ao setor privado em contraposição ao que é restrito ou facultativo ao público. Definição que permite saber se o serviço seria remunerado por taxa, tarifa ou preço público, bem como saber os limites de imposição tarifária, os quais são objeto de estudo de capítulos posteriores.

Tal delimitação do que vem a ser serviço público passa pela conceituação filosófica do Estado Mínimo em oposição com o Estado Social. De acordo com a opção política de uma sociedade será desenhado o tamanho do Estado e, conseqüentemente, aquilo que é de competência deste ou do particular. O exame da delimitação do que vem a ser serviço público observa o aspecto jurídico, econômico e social, considerando possibilidades concretas e abstratas (teóricas).

Diante do exposto, verifica-se que a polêmica sobre serviço público apresenta cortes epistemológicos pertencentes à doutrina do Direito Administrativo, do Direito Econômico, do Direito Financeiro e do Tributário, não faltando, é claro, do Direito Constitucional. Permeia, ainda, por outras ciências como: Contabilidade, Economia, Ciência das Finanças, Ciência Atuarial, Administração e Ciência Política.

2.1 CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

a) No Direito Constitucional

O direito constitucional é ramo do direito que trata da organização do Estado, definindo, dentre outros elementos, competências legislativas para a matéria referente a serviços públicos, sendo traçada as atribuições daqueles que o exercerão (responsáveis pela devida prestação).

O professor Alexandre de Moraes pontifica que o Estado tem a função precípua de prestação de serviços públicos, autorizando-lhe a Constituição Federal do Brasil poder para cumprir sua obrigação direta ou indiretamente sob o regime de concessão ou permissão, conforme a sociedade demande e a Carta Magna fixe. (MORAES, 2002)

Quando se está diante de um Estado Democrático de Direito com Constituição detalhada, tem-se a definição do que é considerado Serviço Público na norma jurídica máxima, ou seja, é normatizado constitucionalmente.

O professor José Afonso da Silva considera serviço público como sendo “por natureza, estatal. Tem como titular uma entidade pública. Por conseguinte, fica sempre sob o regime jurídico de direito público.”(Silva, 1997).

Silva considera serviço público aquele elencado na Constituição como tal. Esse entendimento estaria

dentro de uma rigidez constitucional em que todas as formas previstas no art. 21, XI e XII, a, constituem serviços públicos da União. Cabendo a ressalva de que a diferença de regime está em que os serviços indicados no inciso XI serão explorados no regime de monopólio da União, por si ou por empresa estatal (dependente ou não), “não se admitindo sua prestação por particulares, nem por concessão, nem por permissão, nem por autorização, enquanto os referidos no inciso XII podem ser explorados, também, por particulares mediante autorização, concessão ou permissão”. (SILVA, 1997, p. 472-473). Aqui se abre uma crítica: ora, se o serviço público puder ser prestado por empresa pública, já se trata de uma concessão, permissão ou autorização, pois a empresa, mesmo pública, é pessoa jurídica distinta do Estado, conforme será visto em capítulo no qual serão explorados os elementos caracterizadores da figura jurídica empresa. Silva considera que “não cabe a titularidade privada nem mesmo sobre os serviços públicos de conteúdo econômico, como são, por exemplo, aqueles referidos no art. 21, XI e XII” (SILVA, 1997, p. 733), bem como aqueles de competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Ressalta, ainda, a distinção de limitações à prestação de serviços públicos daquelas previstas no art. 173 da Carta Magna, ou seja, a titularidade de serviços públicos, no Brasil, é sempre do Estado.

Silva(1997, p 734) acrescenta que:

[...]a natureza das empresas estatais prestadoras de serviço público se assemelha às concessionárias de serviço público com diferenças importantes, quais sejam a de não se sujeitarem inteiramente aos ditames do art.175, pois não se lhes aplicam as regras de reversão, nem de encampação, nem, rigorosamente, o princípio do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, já que os serviços não lhes são outorgados por via contratual, mas por via de lei instituidora, e porque são entidades do próprio concedente, salvo, é claro, hipóteses de outorga dos serviços a empresa estatal de outra entidade pública (da União para o Estado, por exemplo, em que a característica de concessionária fica mais nítida).(sic) (SILVA, 1997, p. 734).

Esse entendimento permite a clássica confusão entre patrimônio do Estado e da Empresa Estatal, pois se não são aplicados princípios como o do equilíbrio econômico financeiro, há sérios riscos de a empresa estatal não ser auto-sustentável, e com isso necessitar de constantes ingressos financeiros de recursos por parte do Estado, ocorrendo a perda dos objetivos finalísticos que ensejaram a sua criação, ou seja, desonerar o Estado de obrigações, possibilitando a redução de custos para a sociedade. No custeio do Estado destaque-se, contudo, que esta questão de empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, sejam públicas ou privadas, será explorada em tópico posterior.

O certo é que, constitucionalmente, no Brasil, segundo a escola mais tradicional, a Carta Magna instituiu as competências para exploração de serviços públicos, estabelecendo aqueles que são de competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.¹

Cabe, contudo, a compreensão de que a Constituição deve ser vista como norteadora do Estado e, como tal, deve acompanhar as transformações pelas quais este passa.

Numa interpretação constitucional mais progressista, do art. 21 da Constituição Federal de 1988, seriam considerados como serviços públicos, ou não, conforme determinadas circunstâncias, em especial, quando envolverem prestação de serviço reputado de utilidades determinadas a satisfazer direta e indiretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, ou para satisfação de fins políticos essenciais.

O objetivo finalístico do art. 21 da Constituição não seria a de distinção entre aquilo que é serviço público, em contrapartida com o que é atividade econômica em sentido estrito, e sim, de simples discriminação de competências entre os diversos entes da federação (União, Estado e Município).

Um dos autores que defendem esta posição é Justen Filho que informa o seguinte:

No Brasil, tem sido orientação doutrinária comum afirmar que a Constituição Federal, ao discriminar competências dos diversos entes federados ou ao estabelecer atribuições do Estado, aludiu a certos serviços como públicos. O art. 21, por exemplo, contém diversas previsões acerca de serviços públicos (íncs.X, XI e XII). Essa solução redacional conduziu parte substancial da doutrina a reconhecer tais atividades como serviços públicos por inerência, sem possibilidade de qualificação diversa em virtude de lei ordinária. Quanto a eles, não haveria margem de qualquer inovação ou modificação por parte do legislador infraconstitucional.

Pede-se licença para introduzir alteração significativa a esse entendimento, passando a perfilar outra interpretação para a disciplina constitucional.

Reputa-se que as atividades referidas nos diversos incisos do art.21 da CF/88 poderão ou não ser qualificadas como serviços públicos, de acordo com as circunstâncias e segundo a estruturação que se verificar como necessária. Existirá serviço público apenas quando as atividades referidas especificamente na Constituição envolvendo a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente o princípio da dignidade da pessoa humana ou quando forem reputadas como instrumentos para satisfação de fins essenciais eleitos pela República brasileira. Mas sempre que se verificar a oferta de utilidades desvinculadas da satisfação de necessidades inerentes e essenciais à integridade do ser humano ou de modo a não afetar finalidades políticas essenciais, configurar-se-á uma atividade econômica em sentido estrito, a ser desempenhada sob o regime da livre iniciativa.(JUSTEN FILHO, 2003, p. 44).

Seguindo o referido autor, o serviço seria considerado público por uma peculiaridade e não de forma universalmente considerada.

b) No Direito Administrativo

O direito administrativo é ramo do direito que começou a tomar maior importância no Brasil a partir da primeira metade do século XIX, quando o desequilíbrio e o desnivelamento econômico, além das lutas de classes, colocaram o Estado na contingência de intervir com o objetivo superior de restabelecer o equilíbrio econômico social e suprir as necessidades elementares da vida. O dito direito administrativo, como regulador das atividades administrativas do Estado, é ramo do direito obrigatório para estudo do que constitui serviço público. Até porque a noção de direito administrativo está ligada à de serviço público. CAVALCANTI, 1942, p. 16/17).

Tentando-se estabelecer um conceito de 'serviço público' para fins deste estudo, mister se faz passar pelos doutrinadores do direito administrativo para depois se seguir por outros ramos das ciências jurídicas. E, para iniciar este bailar literário, faz-se uso dos estudos de Medauar (2001, p. 367), que pontifica: "a expressão 'serviço público' às vezes vem empregada em sentido muito amplo, para abranger toda e qualquer atividade realizada pela Administração Pública," incluindo desde um simples ato de carimbar um documento até o transporte coletivo de uma cidade. Daí a dificuldade retro posta para fixação de uma unidade conceitual.

Serviço público foi conceituado por Leon Duguit como sendo qualquer atividade cuja realização deve ser assegurada, disciplinada e controlada pelos governantes, em virtude de a realização dessa atividade ser indispensável à efetivação e ao desenvolvimento da interdependência social e não se poder realizar a não ser com a intervenção da força governamental. Para Duguit, a idéia de serviço público está na concepção de uma obrigação que se impõe aos governantes. O serviço público é o fundamento e o limite do poder governamental. Duguit talvez seja um dos teóricos que inicialmente melhor retratou o que deve ser serviço público, quando o apresenta como uma atividade que só pode ser efetivada com a intervenção estatal, sinalizando, portanto, que no momento do desaparecimento da imprescindibilidade da efetiva atuação direta ou indireta do Estado, a atividade estaria afastada da esfera do que seria concebido como serviço público.

Pela lógica de Duguit, num raciocínio simplista, estaria resolvido o que é ou não serviço público, contudo, a grande questão é saber quando é dispensável, ou não, a intervenção do Estado. Como definir a imprescindibilidade? No Estado liberal tudo é prescindível de intervenção estatal, por outro lado, no estado social o grau de intervenção é máximo.

Outras posições doutrinárias tentam dar fei-

ções e graus diversos de sentidos para o que seja serviço público.

Meirelles trata desta definição da seguinte forma:

O conceito de serviço público não é uniforme na doutrina, que ora nos oferece uma noção orgânica, só considerando como tal o que é prestado por órgãos públicos; ora nos apresenta uma conceituação formal, tendente a identificá-lo por características extrínsecas; ora nos expõe um conceito material, visando a defini-lo por seu objeto. Realmente, o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico. (MEIRELLES, 2002, p. 316).

Destacando como conceito seu o seguinte: "serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado." (MEIRELLES, 2002, p. 316).

Meirelles atribui a determinadas atividades designação de serviço público, informando que ela oscila segundo as exigências de cada povo, de cada época. Não se podendo caracterizar os serviços públicos através de uma relação com atividades coletivas vitais, porque existem atividades sabiamente dispensáveis pela sociedade que são realizadas pelo Estado como serviços públicos. (MEIRELLES, 2002, p. 316/317).

Não sendo identicamente a atividade em si, tipificadora do que constituiria serviços públicos, pelo fato de que algumas tanto podem ser exercidas pelo Estado quanto pela iniciativa privada independentemente de delegação, o que prevaleceria seria a vontade soberana do Estado, lógico que não arbitrária. Atendendo, contudo, a certos critérios jurídicos, técnicos e econômicos, que caracterizassem a legitimidade, a eficiência, economicidade e efetividade na prestação do serviço público. (MEIRELLES, 2002, p. 316/317).

Há várias acepções a respeito do que é considerado serviço público, expondo sobre as concepções ampla, média e restrita. Quanto à concepção ampla, que poderia chamar de máxima, em que a totalidade da atividade estatal se apresenta como um serviço público, principalmente, no sistema da triplicação de funções, as atividades administrativas e jurisdicionais, embora alguns vislumbrem também serviço público na atividade legislativa (DUGUIT). Nesta concepção, apresentam-se como verdadeiros serviços públicos não só os de saúde, educação, transportes e segurança, por exemplo, mas também os serviços da Justiça, a chamada prestação jurisdicional. Contudo, a predominância no Direito Público moderno é de que nem a atividade legislativa nem a jurisdicional podem ser consideradas serviços públicos. (PESSOA, 2003, p. 385). Tal con-

ceito não seria tão jurídico, mas politicamente aceitável, não sendo o de mais adequada aplicação.

Quanto à concepção média, serviço público seria toda a atividade administrativa, principalmente aquela desenvolvida pelo Poder Executivo. Considerando, ainda, que a prestação de serviços públicos não esgota a vasta gama das atividades administrativas, em especial, se tal prestação abarca uma parcela significativa da atividade administrativa a cargo do Executivo, outras existem que não se confundem com serviço público, como, por exemplo, a imposição de limitações administrativas à propriedade e à liberdade dos indivíduos e grupos sociais, o tradicionalmente chamado poder de polícia. (PESSOA, 2003, p. 386).

Portanto, pela concepção média, estão afastadas as hipóteses decorrentes de intervenção do Estado nas atividades privadas de interesse deste e outras interpretações extensivas a respeito do que vem a ser serviço público.

A terceira posição é a restrita, “tecnicamente mais adequada” (PESSOA, 2003, p. 386), pois “os serviços públicos são vistos como uma parcela da atividade administrativa, ou seja, aquela diretamente voltada à prestação de utilidades ou comodidades concretas aos particulares, tais como transporte, energia elétrica, água, luz, telefonia, saúde, educação, segurança, etc.” (PESSOA, 2003, p. 386). Tal posição, entretanto, à semelhança das duas anteriores, não delimita juridicamente e suficientemente o conceito de serviço público, de forma a estabelecer um marco entre os serviços que são dever estatal, e aqueles que podem ser geridos pela própria sociedade. Não considera, ainda, o advento das novas tecnologias que ampliam as possibilidades de prestação de determinados serviços por entes privados.

Medauar recorre também à escola francesa na definição de serviço público:

Como se reconhece a existência de um serviço público? Para Jèze, só caso a caso, verificando a intenção dos governantes somente quanto à atividade administrativa considerada. Qual a autoridade competente para decidir se há serviço público? O Legislativo, a jurisprudência. Fala-se de serviço público unicamente quando as autoridades de um país decidem satisfazer as necessidades de interesse geral mediante procedimentos de direito público. E cita o exemplo de que até 1905, na França, havia o serviço público de culto; depois deixou de ser serviço público. Para Jèze a vontade dos governantes de instituir serviço público se reconhece por um conjunto de circunstância, não por critério único: ex.: iniciativa de serviço; monopólio de exploração; fixação de encargos especiais para assegurar o funcionamento, etc. Convém lembrar que Duguit mencionou a tendência moderna para a extensão dos serviços públicos, ressaltando ser variável o rol de atividades cuja realização é obrigatória para os governantes. (GASTON JÈZE apud MEDAUAR, 1992, p. 104).

Para Bandeira de Mello serviço público seria:

toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público. (MELLO, 2003, p. 612)

Di Pietro refere-se ao sentido amplo e restrito de serviço público, lembrando também que pela escola Francesa, Duguit “considerava o serviço público como atividade ou organização, em sentido amplo, abrangendo todas as funções do Estado.” (DI PIETRO, 1998, p. 81).

Em contrapartida, a mesma autora apresenta o sentido restrito em que o serviço público constituir-se-ia das atividades exercidas pela Administração Pública, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional. (DI PIETRO, 1998, p. 81).

c) No Direito Econômico

Dessa discussão, vislumbra-se que, em verdade, a noção de “serviço público” irá depender do nível de intervenção Estatal politicamente desejado. No passado, dependia da vontade do governante, exclusivamente. Hoje, constata-se outros fatores, pois não basta o governante desejar, é necessária a vontade dos governados em concordarem em custear os serviços. Em especial quando se fala em democracia.

A intervenção do Estado no domínio econômico ocorre de duas maneiras: a primeira é através do desempenho pelo Estado de atividade econômica em sentido lato (intervenção direta, atividade econômica em sentido estrito e prestação de serviços públicos); a segunda, regulando e fiscalizando atividade desempenhada por terceiros (intervenção indireta).

Isso observando que serviço público constitui espécie do gênero atividade econômica em sentido amplo.

Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta, contudo, uma tendência a negar a natureza de atividade econômica ao serviço público. (MELLO, 2003, p. 631 e ss.)

Já o professor Eros Roberto Grau entende que não haveria uma contraposição absoluta entre a atividade econômica em sentido estrito e serviço público, não sendo uma disposição em situação de simetria. (GRAU, 1998, p. 23).

Grau contesta, todavia, a intervenção do Estado na economia; em verdade haveria aquilo que é privativo do Estado e aquilo que é de obrigação do setor privado, desta feita não estaria diante de intervenção.

Nas palavras do autor:

[...] quanto à referência, a intervenção e não meramente, a atuação estatal, desejo insistir em que vo-

câbulos e expressões aparentam ser, à primeira vista, absolutamente intercambiáveis. Toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção; de outra banda, relembre-se que o debate a propósito da inconveniência ou incorreção do uso dos vocábulos intervenção e intervencionismo é inútil, inócuo. Logo, se o significado a expressar é o mesmo, pouco importa se faça uso da expressão-atuação (ou ação) estatal – seja do vocábulo –intervenção. Aludimos, então, a atuação do Estado além da esfera do público, ou seja, na esfera do privado (área de titularidade do setor privado). A intervenção, pois, na medida em que o vocábulo expressa, na sua conotação mais vigorosa, precisamente atuação em área de outrem. Daí se verifica que o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Por isso mesmo dir-se-á o vocábulo intervenção é, no contexto, mais correto do que a expressão atuação estatal: intervenção expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, expressa significado mais amplo. Pois é certo que essa expressão, quando não qualificada, conota inclusive a atuação na esfera do público.(sic). (GRAU, 1998, p. 122/123).

Tratando-se o serviço público de uma atuação do Estado, e sendo tênue a distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito, como estabelecer traços caracterizadores de distinção? Complexo. Como afirma Justen Filho: “serviço público é um conceito que não pode ser diferenciado de modo absoluto de atividade econômica porque apresenta caracteres econômicos. É possível, isto sim, diferenciar serviço público de uma concepção mais restrita de atividade econômica”(JUSTEN FILHO, 2003, p. 19), mas não excluí-lo de uma concepção ampla de atividade econômica.

Justen Filho acrescenta que:

Poderia afirmar-se que a questão do serviço público apresenta uma faceta econômica, na medida em que envolve uma alocação de recursos materiais (escassos) para satisfação de certas necessidades humanas. Como esses recursos materiais comportam diferentes destinações, impõe-se escolher um destino para eles, dentre os diversos possíveis.

Considerado o tema sob o prisma da opção por uma certa destinação para os recursos materiais, tem de reconhecer-se que o serviço público apresenta uma manifestação de cunho econômico. Aliás, sob esse enfoque não há maior diferença entre serviço público e atividade econômica. Em todos os casos, encontra-se diante da relação entre recursos materiais escassos e fins potencialmente excludentes entre si a satisfazer. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 19).

d) Direito Financeiro e Tributário

Considerando que para o Estado funcionar, com seus serviços públicos, são necessários a arrecadação, o gerenciamento e a efetivação das receitas

e despesas, estas reguladas pelo direito financeiro e tributário; a temática referente aos serviços públicos é tratada, também, por estes ramos do direito.

No direito financeiro são encontradas as receitas e despesas que custeiam os serviços públicos, enquanto no direito tributário são reguladas as receitas derivadas do Estado, incluindo as taxas que serão exploradas em tópico próprio deste trabalho. No direito tributário a preocupação é a relação do Estado com o contribuinte.

Os financistas e tributaristas tratam do serviço público com ênfase para o prisma, dentre outros, das receitas e despesas públicas, dando especial atenção para o serviço público, cuja prestação dá ensejo à cobrança de taxa, que é o serviço público essencial, da competência da Administração Direta. (TORRES, 1998, p. 347). Mas, neste trabalho serão objeto de estudos aqueles serviços remunerados por tarifa.

Ressalta-se, entretanto, que o serviço público pode ser custeado por taxas, quando divisíveis e específicos, sendo custeados pelos impostos quando indivisíveis e prestados indiscriminadamente à sociedade.

Quanto a este aspecto, Rosa Júnior esclarece:

Os serviços públicos denominam-se gerais quando indivisíveis, isto é, quando prestados indiscriminadamente à coletividade e independente de provocação, pelo que todos contribuem para o Estado, inclusive aqueles que não sejam beneficiados por sua prestação, sendo tal contribuição feita através de impostos (CTN, art.16). Serviços públicos particulares são aqueles que têm natureza divisível, que somente são prestados, quando solicitados, e sua remuneração é feita apenas por aqueles indivíduos que deles se beneficiam diretamente. Portanto, em regra, tal remuneração efetiva-se através do pagamento da espécie de tributo denominada taxa (CTN, art. 77 e CF, art. 145, II). (ROSA JÚNIOR, 1998, p. 10/11).

Não obstante, porém, a existência de serviços essenciais prestados pelo Estado, há aqueles não-essenciais, igualmente oferecidos pelo ente estatal que poderiam ser remunerados por taxas, mas como lembra Torres, seriam mais bem remunerados pelo preço público, eis que a cobrança da taxa respeita de modo mais rigoroso os direitos fundamentais do contribuinte e, com isso, mais amarrada em termos de sistemática de cobrança. (TORRES, 1998, p. 347).

e) Em outras Ciências

Serviço público não é objeto de estudo exclusivo das Ciências Jurídicas, sendo, também, os conceitos de serviço público explorados pela Ciência das Finanças, Contabilidade, Economia e outras.

Trata-se de conceito intrinsecamente ligado à administração pública e à atividade financeira do Estado.

Na Ciência das Finanças, o conceito é útil para delimitar a atividade financeira do Estado, assim de-

finindo o que é de competência do Estado, portanto, custeado pelos cidadãos. Na contabilidade pública, em igual sentido, presta-se à especificação dos fatos contáveis, e na economia, para melhor situar o grau de intervenção na economia politicamente desejado.

Balleiro destaca, ainda, a relação do serviço público com o fenômeno social do poder político, desenvolvendo conceituação aberta e inter-relacionada com outras ciências.

Esclarece Balleiro quanto aos serviços públicos, o seguinte:

[...] como instrumento do Estado, têm por alvo a realização prática daqueles fins que moralizam e racionalizam o fenômeno social do poder político: a defesa da nação contra agressões externas, a ordem interna como condição de segurança e liberdade de cada indivíduo, a elevação material, moral e intelectual de todas as pessoas, o bem-estar e a prosperidade gerais, a igualdade de oportunidades, etc., para todos os componentes do grupo humano. São, pois, os serviços públicos os meios técnicos e jurídicos pelos quais através de seus agentes e suas instalações, a pessoa de Direito público interno, usando do poder estatal, busca atingir os fins que lhe atribuem as idéias políticas e morais da época. Cada época escolhe politicamente os objetivos imediatos que devem constituir a tarefa dos serviços públicos. (BALEIRO, 2003, p. 6)

f) Consolidação conceitual

Desta feita, observando os vários cortes epistemológicos, nas ciências jurídicas e outras pelas quais o seu conceito permeia, serviço público é considerado, segundo os critérios da supremacia do interesse público, a indisponibilidade do interesse público, pela fixação legal e constitucional, pela vinculação à administração pública, pela titularidade, pela finalidade, pelo regime jurídico e pelos direitos humanos.

Consolidando as diversas concepções de serviço público, sob o enfoque de relevância para o presente estudo, tem-se que certos “serviços públicos” constituem um direito fundamental, entretanto possuem um custo. Custo para cada indivíduo que paga seus impostos. Qualquer garantia estatal tem um custo. (HOLMES, 1999, p. 20-24).

O oferecimento de determinados serviços, num Estado Democrático de Direito, que visa ao interesse público, constitui obrigação deste e um direito do cidadão. Por outro lado, quem custeia o Estado são os cidadãos que pagam seus tributos.

Considerando que para a prestação dos serviços haverá custos, caso o espectro destes serviços sejam ampliados demais, a tributação sobre os indivíduos também aumentará. Mister se faz um equilíbrio entre os diversos atores presentes nas relações jurídicas de prestação de serviços públicos.

O Estado, que delimita os serviços públicos, quando adota uma perspectiva ampliativa, terá que transferir aos indivíduos custos mais altos através dos tributos, se, por outro lado os restringe, a tributação

será reduzida e, conseqüentemente, os custos transferidos à iniciativa privada. Diante do não-oferecimento do serviço pelo Estado fica o usuário sujeito a um contrato com os particulares oferecedores dos serviços, ou seja, cada indivíduo é jogado à própria sorte.

Vale ressaltar, porém, que tal equação não é tão perfeita assim. Aumentam-se serviços e aumentam-se custos. Reduzem-se serviços, reduzem-se custos, e, por conseguinte, a tributação sobre a sociedade. O problema é que, muitas vezes, o produto da economia realizada com o não-oferecimento de determinados serviços não é convertido em redução de tributação, pois passa a ser absorvido pela máquina burocrática. Momento em que a atividade estatal assemelha-se a uma “mão que afana”, retirando recursos dos indivíduos (através da tributação), sem uma eqüitativa contraprestação de serviços públicos, ou seja, a tributação acaba sendo utilizada apenas para custear a máquina burocrática.

Diante de toda esta discussão, verifica-se que o tipo de Estado e seu ordenamento fixam o que é ‘serviço público’, que é ditado pelos interesses da coletividade no Estado Democrático de Direito, coletividade que em cada época elege suas prioridades.

2.2 OS INTERESSES DA COLETIVIDADE

Teoricamente, a coletividade faria sua escolha quanto à eleição daquilo que considera de seu interesse. Como não seria viável que cada cidadão se manifestasse e discutisse o assunto num fórum único, outorgou-se esta prerrogativa aos seus representantes: parlamentares.²

Mas, pergunta-se: o que é objeto de interesse da coletividade? Tudo? Nada? Ou seja, sobre o que estes representantes da coletividade iriam legislar de maneira a criar a obrigação de o Estado prestar certos serviços?

Pode-se firmar uma compreensão básica que seria o atendimento de elementos possibilitadores da vida em sociedade. E, seria esta viabilização de convivência social, conseqüente garantia de sobrevivência, a qual faria com que o homem entregasse determinadas atividades para o Estado, que teria condições de implementar os rotulando de interesses da coletividade, ou de uma confluência de interesses de vários indivíduos.

Sobre o assunto Janczeski lembra que:

O Estado presta serviços em proveito da coletividade, proporcionando utilidade ou satisfação de interesses coletivos (serviços públicos gerais), sem afetação direta com o indivíduo, ou proporcionando utilidade ou satisfação de interesses individuais ou a grupos de indivíduos (serviços públicos específicos), com afetação direta com o administrado.(sic). (JANCZESKI, 1999, p. 42).

Nota-se a separação entre interesses da coletividade em relação aos indivíduos ou grupos de indivíduos. Mas os grupos de indivíduos também não são coletividade? Acertadamente não, pois os grupos

de indivíduos são segmentos distintos da coletividade maior, podendo alguns grupos terem interesses divergentes. Assim parece mais acertado o entendimento de que não há interesses da sociedade (no sentido global genérico), mas sim grupos de indivíduos maiores ou menores, que têm maior ou menor poder para interferir nas escolhas do ente Estatal, seja por ser maioria (em termos quantitativos) ou por ter maior força econômica (e/ou política) para impor sua vontade, tornando-a de interesse coletivo, fixando, desta forma, o que seria considerado serviço público a partir destes interesses.

Mas, genérico ou específico, para algo ser definido como serviço público, será necessária a eleição (escolha) por parte de quem tenha poder para tal, dentro de um Estado. No caso do Estado Democrático seria, teoricamente, a maioria dos indivíduos, com a observância da satisfação do que esta mesma sociedade atribuir como de interesse coletivo, que definiria as atividades tidas como serviços públicos, bem como informaria quando o Estado tem a faculdade de prestá-los e quando tem a obrigação, limitando, se for o caso, a possibilidade da prestação dos referidos serviços por ente privado.

Seria, desta feita, a satisfação dos interesses coletivos que conduziria a outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública (Estado), quer para limitar o exercício de direitos e liberdades individuais em benefício do interesse e bem-estar coletivos ou para a prestação de serviços públicos (em vários sentidos). O certo é que há uma busca em assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular (DI PIETRO, 1998, p. 59). O cidadão entrega poderes e liberdades (suas) ao ente estatal para que ele, exercendo seu poder, garanta os interesses coletivos previamente escolhidos.

Lógico que o Estado não tem poder ilimitado, ele está sujeito também a certas restrições que asseguram a proteção dos direitos individuais. Com isso tenta-se estabelecer uma relação de equilíbrio entre restrições e prerrogativas. Estas, por sua vez, variam o seu grau de acordo com o nível de intervenção estatal politicamente desejado.

O nível de intervenção estatal definirá, também, a amplitude dos chamados 'interesses da coletividade'. No Estado soviético as terras passaram todas para as mãos do Estado em nome do interesse da coletividade, em contrapartida, o direito à propriedade privada é garantido nos Estados Unidos da América sob o mesmo argumento: 'a coletividade'. Esta coletividade nada mais é que os grupos de indivíduos com poder dentro de um Estado, em que pese à doutrina tradicional não se apresentar desta forma.

Fixados os serviços públicos, segundo os interesses da maioria dos indivíduos ou grupos de indivíduos, é cabível se estabelecer que estes podem subdividir os serviços a serem prestados, considerando sua generalidade ou especificidade, estabelecendo a distin-

ção entre serviços públicos gerais e serviços públicos específicos, firmados a partir da afetação direta ou não com o administrado, seja ele um indivíduo ou um grupo maior ou menor, ou seja, quando é endereçável a determinados indivíduos ou grupo, estar-se-ia diante de um serviço específico. Quando não há um vínculo direto, estar-se-ia frente aos serviços públicos de caráter geral, estes remuneráveis pelos impostos.

2.3 AS NOVAS TECNOLOGIAS AFETAM A DIMENSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E INTERESSE COLETIVO

A "noção de serviço público sofreu consideráveis transformações no decurso do tempo" (DI PIETRO, 1998, p. 80), e não poderia ser diferente, pois os interesses e necessidades se modificaram com o advento de novas tecnologias.

Justen Filho, sobre o assunto, quando explora o conceito de serviço público destaca que:

A relatividade do conceito de serviço público é propiciada inclusive por variações tecnológicas, que produzem o surgimento ou a extinção de necessidades comuns a todos os seres humanos. A evolução econômica da Sociedade e o domínio tecnológico afetam diretamente o universo das necessidades a serem atendidas. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 32)

As comunicações sempre foram peça estratégica desde a formação inicial do homem em sociedade, e nas suas formas mais obsoletas já eram de interesse da coletividade. Uma das formas de comunicações trazidas com o advento de nova tecnologia num passado recente foi a telefonia que, em alguns países, passou a ser difundida pelo próprio Estado.

A telefonia, quando do seu surgimento, necessitava de toda uma fiação, devendo romper propriedades, pedindo passagem para chegar aos locais mais longínquos; hoje alcança qualquer ponto de qualquer território via satélite. Se dantes somente o Estado era detentor de competência para tal, hoje a iniciativa privada exerce predominantemente esta atividade. Não há mais o porquê do Estado se ocupar de prover este serviço, de forma direta, se há várias empresas que podem oferecer eficientemente este serviço.

O mesmo ocorre com outras atividades, que não são mais desempenhadas pelo Estado brasileiro, em virtude do fato de que as novas tecnologias seriam mais bem empregadas por empresas privadas.

Em relação à melhor eficiência da iniciativa privada sobre a pública, vale ressaltar que se trata de posição defendida por doutrinas liberais, mas questionável, haja vista a falta de experimentação comprobatória. Ou melhor, encontram-se empresas ineficientes também no setor privado. O fato de uma empresa ser privada, não significa que, como numa operação matemática, ela seria, com certeza, mais eficiente que a

empresa pública. Há todo um conjunto de fatores que envolvem a questão.

O ponto da questão não é saber quem é mais eficiente, se o setor público ou o privado, mas sim se as descobertas de novas tecnologias multiplicam as opções de prestação de determinados serviços, estabelecendo a possibilidade de plena competição, não se justificando manter o monopólio Estatal, salvo em caso de comprometimento da segurança ou da soberania nacional.

Outra questão refere-se à possibilidade de que, tratando-se de serviços dos quais as pessoas não podem abrir mão, as empresas cobrem, pelos bens por elas disponibilizados, valores exorbitantes, garantindo-lhes lucros igualmente elevados. Neste caso caberia ao Estado a fiscalização e/ou o controle da atividade para corrigir as distorções e garantir os interesses sócio-econômicos dos cidadãos consumidores.

Óbvio que os interesses (coletivos) dos muitos indivíduos que custeiam o aparelho estatal (no presente), em especial daqueles que estão no exercício do poder de escolha política, têm um limitador jurídico, que é a Carta Constitucional. Carta que registra a escolha política da sociedade por um tipo de Estado (o intervencionista), e, somente modificando-a, poder-se-ia dar uma nova feição ao Estado brasileiro. Tal modificação, contudo, não pode ser buscada e muito menos ser feita para atender um capricho momentâneo³ do grupo dominante no exercício do poder estatal. Daí os perigos de modificação do ordenamento constitucional. Até porque há setores em que não houve inovação tecnológica que justificasse a retirada do Estado na prestação do serviço, contudo, sob vários argumentos, tem-se alterado o nível de intervencionismo estatal brasileiro, progressivamente, reduzindo-o.

2.4 O AGIGANTAMENTO DAS ESTRUTURAS DO ESTADO OBRIGAM-NO A REDUZIR SUAS ÁREAS DE ATUAÇÃO AFETANDO A DIMENSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E INTERESSE COLETIVO

O Estado, com o seu crescimento e o aumento da sua complexidade, passou a ter limitações materiais para prestar todos os “serviços” considerados no passado como públicos. Faz com isso surgir uma flexibilização das atribuições e competências estatais. Passa o Estado a delegar certas tarefas.

É óbvio que há limitações de ordem institucional, ou seja, há sociedades que mantêm em suas respectivas Cartas Constitucionais o dever de o Estado oferecer certos serviços (considerando-os públicos não delegáveis), embora materialmente não tenha condições operacionais de implementá-los. Surgem, assim, dois parâmetros: um representando um Estado utópico existente só no papel e outro constituindo uma realidade diante das limitações operacionais e

econômicas presentes em determinado Estado.

Caso típico ocorre no Brasil, onde, constitucionalmente, são previstos vários direitos e garantias individuais à população, mas que não são implementados por absoluta inviabilidade operacional e econômica, ou em alguns casos por opção política (dos governantes).

2.5 MODELOS EXISTENTES NO MUNDO

Existem, no mundo, várias formas de o Estado oferecer aos cidadãos a prestação de serviços necessários e imprescindíveis ao bem-estar deles. As formas como são organizadas as maneiras de o Estado efetivar a prestação de serviços dependem do arranjo institucional definido pela sociedade de cada época e lugar.

No caso brasileiro e dos países democráticos, as delimitações estão constantes em seu ordenamento jurídico (Constituição Federal ou Leis) que atribui ao aparelho estatal o exercício direto de suas funções ou a outros entes que as executam de forma indireta.

Assim, há no mundo o modelo tradicional, no qual o Estado presta diretamente os serviços de interesse público, e os modelos inovadores, com os quais o Estado tenta o atingimento do bem comum através da prestação indireta de serviços.

Quanto ao modelo tradicional de execução direta de todos os serviços públicos pelo Estado, cujo fundamento principal são os orçamentos públicos, há obsolescência, ensejando uma reengenharia do Estado, ou redesenho do modelo institucional de prestação de serviços públicos. Este redesenho ocorreu em vários países, em especial na Europa, porque o instituto do serviço público não tem difusão em termos iguais nos vários países europeus.

O problema já existia desde os primórdios da Comunidade Européia, na medida em que o conceito de serviço público era desconhecido, por exemplo, na Holanda. Seu perfil na Alemanha era extremamente distinto daquele da França, Itália e Portugal. Com a ampliação das fronteiras comunitárias, a questão foi se agravando, especialmente depois da integração de países com tradições tão diversas como a Grã-Bretanha, a Finlândia e a Suécia. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 37).

Agravou-se a problemática a partir da aplicação do princípio fundamental da não-discriminação de empresas européias, num mercado único, no qual, em alguns países, havia restrição de atuação econômica, em face do monopólio do Estado, decorrente do conceito de serviço público.

Os obstáculos postos para atuação de determinadas empresas privadas, que eram oriundas de países em que não se consagrava um conceito de serviço público nos termos de países como França e Itália, produziram embates jurídicos em tribunais da Comunidade Européia, questionando Tratados Comunitários, que vedaram regras protecionistas. Isto porque o Direito

Comunitário não albergou a distinção entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público ou de interesse público do Estado.

Contudo, embora não incorporado de forma universal o conceito de serviço público na Comunidade Européia, houve uma flexibilização no princípio da não-discriminação, pois se admitiu a possibilidade do reconhecimento de regimes de monopólio para o desempenho de atividades econômicas reputadas como indispensáveis à satisfação de interesses coletivos essenciais.

Destaque-se que a definição daquilo que seria considerado “de interesses coletivos essenciais” não é indiscriminada e aberta, mas sim uma exceção decorrente de necessidades econômicas de ordem técnica, na qual se admitiria o regime de privilégios, como no caso dos monopólios naturais. Além da questão econômica, a Comunidade Européia reconheceu, a partir de 1997 pelo Tratado de Amsterdã, a possibilidade de monopólio de atividade econômica que tem relação com satisfação de necessidades coletivas essenciais relacionadas com valores de solidariedade social e dignidade da pessoa humana.

2.6 SERVIÇOS PÚBLICOS OU INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Serviço público pode ser definido a partir dos critérios subjetivo, material e formal. Pelo primeiro, o serviço é considerado levando-se em conta a pessoa jurídica prestadora da atividade, ou seja, o Estado. Critério flexibilizado. Pelo critério material dependeria da atividade exercida. Por último, o formal, observaria o regime jurídico, em que o serviço seria aquele exercido sob o regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum. (DI PIETRO, 1998, p. 82).

Mas, independente do critério adotado, o certo é que o conceito de serviço público varia de acordo com a vontade política de cada época e de cada Estado, sendo definido por lei, “que escolhe quais as atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos” (DI PIETRO, 1998, p. 83) em determinado Estado. Ratifica-se a afirmação de que a definição da amplitude de serviço público depende da vontade política de intervenção estatal.

Ressalte-se, entretanto, que o dito ‘serviço público’ pode ser executado diretamente pelo Estado ou através de concessão. Neste momento, encontra-se fato interessante que é saber onde é ‘serviço público’ e onde é intervenção estatal no domínio privado. Aí a tradicional separação entre o privado e o público passa por um estágio de aproximação. Vê-se que até o direito de propriedade privada passa a observar a função social. Este conteúdo social é do âmbito do direito público.

Conceitualmente, a questão está na delimitação do que vem a ser serviço público, porque até o chamado “núcleo pacífico dos serviços públicos” vem

sendo questionado e flexibilizado, em especial porque, sempre que há um interesse público determinado politicamente, o Estado intervirá com maior ou menor ênfase, independentemente do cumprimento desse núcleo.

Não pode ser esquecido que o Estado sempre interfere, não havendo direito sem a garantia estatal, pois como lembra Holmens e Sunstein: *all rights are positive*. (HOMES, 1999, p.35-48).

Ressalte-se, assim, que o Estado pode intervir sem estar caracterizada a presença de um ‘serviço público’.

Ressalte-se que:

[...]das modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico-disciplina, fomento e atuação direta, interessa especialmente, para os fins aqui visados, esta última categoria. Na atuação direta do Estado é de proveito distinguir duas possibilidades diversas: a) a prestação de serviços públicos; e b) a exploração de atividade econômica. A exploração da atividade econômica não se confunde com a prestação de serviços públicos, quer por seu caráter de subsidiariedade, quer pela existência de regras próprias e diferenciadas. De fato, sendo o princípio maior o da livre iniciativa, somente em hipóteses restritas e constitucionalmente previstas poderá o Estado atuar diretamente, como empresário, no domínio econômico. Tais exceções se resumem aos casos de: imperativos da segurança nacional (CF, art. 173, caput); relevante interesse coletivo (CF, art. 173, caput); monopólio outorgado à União (e.g., CF, art. 177) (BARROSO, 1999, p. 368).

Assim, falar de “serviço público” hoje, não implica que ele seja prestado pelo ente estatal diretamente, como também, pelo simples fato de o Estado intervir não significa a presença de um serviço público.

Pode ser adotado para fins didáticos a definição de Di Pietro, que considera serviço público sendo: “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.” (DI PIETRO, 1998, p. 84).

Depreende-se, do exposto, que os serviços públicos podem ser prestados, diretamente, pelos órgãos despersonalizados, integrantes da administração pública, ou indiretamente, por entidades com personalidade própria pública ou privada. (BARROSO, 1999, p. 368).

Esta pessoa jurídica pode ser pública (autarquia, fundação) ou privada (sociedade de economia mista, empresa pública, ou ainda, empresa privada com delegação legalmente prevista). A empresa privada com delegação dada pelo Estado presta um serviço público, também, mas sob o controle estatal. A delegação se dá através de um contrato ou outro ato negocial, que pode ser uma concessão, uma permissão (licitadas), ou

uma terceirização (franquia e contrato de gestão). Foi a própria Constituição Federal de 1988 que estabeleceu em seu art.175 tal possibilidade: “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.”

2.7 LIMITES PARA TRANSFERÊNCIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS À INICIATIVA PRIVADA

Deve-se observar que, quando se discutem os limites para a transferência de serviços públicos à iniciativa privada, existem dois aspectos a serem considerados: o primeiro é de ordem concreta, ou seja, no mundo real, pragmática e materialmente seria possível a transferência? Ou pela natureza da atividade não o seria, como, por exemplo, a privatização do Poder de Legislar. A atividade legislativa é originariamente Estatal, não só por uma situação formalística, mas também material, visto que seria impossível que outro, além do Estado, a realizasse adequadamente aos interesses democráticos; o segundo aspecto é de ordem meramente formalista e dependente da vontade de os detentores do Poder Político o fixarem no ordenamento jurídico.

O limite de ordem formal é imposto por vontade política em dado momento histórico de cada povo, podendo se modificar ciclicamente de acordo com os interesses de cada época e lugar. As limitações e permissões são postas no ordenamento legal.

As limitações materiais não são disponibilizáveis por vontade política, muito embora possam variar em cada época em função de recursos tecnológicos. Isto porque não se tem somente as limitações materiais decorrentes da essência, natureza e existência do Estado. Há limitações decorrentes do próprio atraso ou retardo tecnológico da humanidade. Os monopólios naturais, por exemplo, ainda hoje, constituem limitadores, embora não absolutos, pois já há várias alternativas, além de todos os conhecidos terem sua exploração estatal ou não, determinada em face da vontade política. Os bens sujeitos a monopólio natural, como já exposto em item anterior, são considerados bens econômicos *stricto sensu* ou monopólio estatal conforme a vontade política de cada época e lugar. Constitui, portanto, a permissão ou não para sua exploração pela iniciativa privada em regime de Direito Privado ou de Direito Público (concessão), um limitar de ordem mais formalístico.

Seguindo esta linha, em que caberia ao Estado, por vontade política posta em seu ordenamento jurídico, a fixação de limites, bem como a definição do que é de competência estatal ou da livre iniciativa privada, a Constituição Federal facultou a possibilidade de transferência à iniciativa privada da execução de determinados serviços públicos. Mas, qual a limitação de transferência? A limitação é fixada pela lei e pela própria Constituição que reserva exclusivamente ao

Estado determinadas atividades. A limitação normativa depende, é claro, da vontade dos detentores do Poder Político que elegem aquilo que é de interesse público.

Acrescente-se que, além dos limites para a transferência de serviços, inicialmente de competência do Estado, ao setor privado, fixados no ordenamento jurídico, há regras e limites vigorantes depois de já transferido o serviço público à iniciativa privada.

Desta feita há todo um conjunto de regras disciplinando e limitando.

Meirelles contempla em sua doutrina que:

Pela Constituição de 1988 cabe à entidade concedente editar a lei regulamentar de suas concessões, o que não impede sobrevenha norma federal-nacional com preceitos gerais para todas as concessões (CF, art. 22, XXVII), o que ocorreu com a Lei 8.987, de 13.2.95, que estabeleceu as normas gerais sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos. Esta lei procurou sistematizar a matéria, cuidando dos vários aspectos básicos do instituto em capítulos próprios, estabelecendo as definições, conceituando o serviço adequado, explicitando os direitos e obrigações dos usuários, fixando as regras da política tarifária, da licitação e do contrato, relacionando os encargos do poder concedente e do concessionário, arrolando os casos de intervenção no serviço e de extinção da concessão. Posteriormente, nova lei federal alterou alguns dispositivos da primeira e regulou a concessão dos serviços de energia elétrica, de competência federal (Lei 9.074, de 7.7.95).(MEIRELLES, 2002, p. 366).

Os Estados e Municípios, contudo, devem aprovar suas próprias leis sobre concessões e permissões para atender ao disposto no art. 175 da CF, respeitando os preceitos que constituem normas gerais, contidos na Lei 8.987/95. Se preferirem, podem adotar a lei federal em todos os seus termos, mas não de fazê-lo mediante lei. Caso contrário, haverá necessidade de uma lei específica para cada concessão, estabelecendo as suas diretrizes, como sempre se entendeu anteriormente.

Acrescentando em seguida:

A lei federal 9.074, de 7.7.95, resultante de conversão da MP 890, editada no mesmo dia da Lei 8.979, de 13.12.95, veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão ou permissão, sem lei que os autorize e fixem os respectivos termos. Ao mesmo tempo, já autoriza a concessão ou, quando couber, a permissão, de determinados serviços e obras públicas de competência da União, listados no art. 1º (vias federais, barragens, eclusas, estações aduaneiras, etc.). Isto quer dizer que o ato do Executivo previsto no art. 5º da Lei 8.987/85 não substitui a lei autorizadora da concessão; tal ato será sempre necessário, para complementação da norma legal, justificando o traspasse do serviço ou da obra

ao concessionário.

Toda concessão, portanto, fica submetida a duas categorias de normas: as de natureza regulamentar e as de ordem contratual. As primeiras disciplinam o modo e forma de prestação do serviço; as segundas fixam as condições de remuneração do concessionário; por isso, aquelas são denominadas leis do serviço, e estas, cláusulas econômicas ou financeiras. Como as leis, aquelas são alteráveis unilateralmente pelo Poder Público segundo as exigências da comunidade; como cláusulas contratuais, estas são fixas, só podendo ser modificadas por acordo entre as partes.

Consideram-se normas regulamentares ou de serviço todas aquelas estabelecidas em lei, regulamento ou no próprio contrato visando à prestação de serviço adequado; consideram-se cláusulas econômicas ou financeiras as que entendem com a retribuição pecuniária do serviço e demais vantagens ou encargos patrimoniais do concessionário e que mantêm o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, na boa expressão de Caio Tácito.

A esse propósito, o TJDF deixou julgado que 'as cláusulas regulamentares, consideradas como lei de serviço, são alteráveis unilateralmente pela Administração, porque não se compreende haja lei ou regra social imutável. As leis são feitas para atenderem às necessidades sociais, de modo que sendo estas variáveis, aquelas também o devem ser. Eis por que o Poder Público pode mudar à vontade as cláusulas regulamentares, sem anuência do concessionário'. (MEIRELLES, 2002, p. 367/368).

Meirelles, em outra passagem, informa que: os Estados e Municípios devem aprovar suas respectivas leis sobre a transferência à iniciativa privada dos serviços públicos observando os preceitos do art. 175 da CF/88, além das normas gerais da Lei 8.987/95. Caso não tenha lei própria, terá a opção de adotar as leis federais na íntegra, mas mediante lei específica que claramente informe isso, sob pena de não poder realizar concessões dos serviços públicos delegáveis de sua competência originária. (MEIRELLES, 2002, p. 366).

Desta feita, tem-se como limitador para a transferência de serviços públicos ao particular a preexistência de lei específica para tal. O ordenamento constitucional, embora tenha permitido a transferência de serviços públicos à iniciativa privada sob o regime de concessão, estabeleceu como limitador para dar maior segurança jurídica à regulamentação prévia por lei específica.

3 EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS

Empresa, tradicionalmente, é estudada pelo Direito Comercial, entretanto, com o advento da delegação de certos serviços estatais, bem como com o

surgimento da necessidade de interferência do Estado no domínio econômico privado, através de entes com personalidade jurídica distinta do Estado, esta terminologia ganhou fôros do Direito Constitucional, Administrativo, Econômico, Social etc, crescendo sua importância.

A Teoria da Empresa surge no Direito Comercial suprimindo-o com a atividade de prestação de serviços. Lembra Fábio Ulhoa Coelho que: a teoria da empresa, de origem italiana, tem o sentido prático de ampliar o campo de incidência do direito comercial, introduzindo neste, dentre outros elementos, a prestação de serviços. A empresa, assim, é entendida como a exploração econômica da produção ou circulação de bens ou serviços. (COELHO, 2007, 16/28). A empresa pode ser, ainda, empresa agrária, industrial, imobiliária etc.

A empresa pode ser considerada subjetivamente como uma entidade que se confunde com a pessoa do empresário, objetivamente como estabelecimento onde funciona a atividade, ou ainda corresponde a atividade organizada e coordenada que congrega capital, tecnologia e trabalho. A empresa no Direito público relaciona-se a esta entidade organizada.

O Estado pode exercer diretamente ou indiretamente suas atividades. Indiretamente, pode ser através de entidade pública (autarquia/fundação) ou privada (empresa pública, sociedade de economia mista (empresas estatais), ou até mesmo empresa privada concessionária ou permissionária de serviços públicos).

As concessionárias de serviços públicos podem ser empresas públicas genericamente consideradas ou empresas privadas concessionárias. Tal fato é corolário da necessidade, na sociedade contemporânea, de uma audaciosa e bem articulada aliança do setor público com o setor privado. Atualmente, o setor público não é eficaz o suficiente para atender a todas as necessidades, transferindo parte de uma competência ao setor privado.

Assim, a empresa concessionária de serviço assume posição relevante e imprescindível dentro do contexto atual.

Quanto ao conceito de Empresa Concessionária de Serviço Público, o mesmo deve atender ao aspecto de poder ser uma 'empresa estatal' ou 'privada'.

Desta feita, Empresa Concessionária de Serviço Público é o ente com personalidade jurídica distinta do Estado, sob o controle acionário deste ou não, que exerce atividade de prestação de serviço público, mediante permissão ou concessão daquele sob a fiscalização e controle estatal do serviço, mediante regulamentação específica ou não.

Conceituada a Empresa Concessionária de Serviço Público, passa-se a sua natureza jurídica, levando-se em consideração que esta pode ser uma 'empresa estatal' ou uma 'empresa privada', ambas sujeitas a fiscalização e controle estatal.

Pensava-se que, para o Estado ter um auxiliar, era necessário que ele detivesse o controle total, inclusive o acionário. Quando em verdade somente em parceria com o setor privado seria possível o Estado cumprir todas as suas múltiplas e infinitas funções.

Mesmo porque, o Estado cria empresas para que elas tenham maior agilidade, entretanto, continuam presas às estruturas burocráticas de poder estatal. Deveras, personalidade de Direito Privado que as reveste não passa de um expediente técnico cujo préstimo, inevitavelmente, a certos limites, já que não poderia ter o condão de embargar a positividade de certos princípios, regras e normas de Direito Público, cujo arredamento comprometeria todos os objetivos celulares do Estado de Direito. (MELLO, 2003, p. 152).

Há um engessamento da possibilidade de crescimento, até pela limitação de recursos do Estado, pelo cumprimento de certos princípios e normas que lhes são próprias.

De outro, há o interesse do Estado em manter a 'prestação de serviço', sua continuidade, qualidade, e acessabilidade aos indivíduos. Momento em que se contrastam interesses públicos e privados.

Nesse item tem-se, ainda, que não é necessário vender empresas estatais para se estabelecer uma parceria com o setor privado, pode ser aberta nova empresa privada para competir com a antiga.

No caso da 'empresa estatal', o Estado pode interferir com maior ou menor ênfase e da forma como deseje. Inclusive produzindo prejuízos financeiros para a entidade. Porém, se a 'empresa privada' adotar esta prática, deixará de funcionar. O objetivo da 'empresa privada' é o lucro.

O objetivo maior da empresa estatal, legalmente definido, é a prestação de serviço ou o oferecimento do produto, embora enquanto 'empresa' devesse ser identicamente o lucro. Do contrário não seria 'empresa' e sim 'entidade assistencial' ou 'fundação'.

Dessa forma, falar de 'empresa', é falar de um ente de natureza privada. Mas, se a concessionária é de serviço público, como é possível ter natureza privada? Seu regime não é administrativo?

No caso, não se pode confundir o objeto da concessão que tem regras de Direito público, com a empresa exploradora e administradora do serviço. A empresa é privada, tem suas receitas e despesas, com resultados de suas operações totais. O serviço prestado por elas, contudo, é regulado pelo Estado e segue regras de interesse público. Por isso a importância de compreender que as tarifas são receitas das empresas, não do Estado, auferidas pela prestação de serviços. As tarifas são sujeitas à regulação, ou seja, possuem limites, com predominância do interesse público.

Não se deve confundir o contrato de concessão, a prestação do serviço público, com a empresa. A natureza do serviço não pode se confundir com a natureza da empresa. O serviço pode ser público, mas a empresa é privada.

Não se confunda concessão com terceirização, nesta última o Estado é o contratante e pagante do serviço, enquanto na concessão quem contrata e paga pelo serviço prestado pela concessionária é o cidadão usuário do mesmo.

O Estado deve regular os serviços concedidos, mas não interferir como o fez na prática no passado. Quando, por exemplo, retirava a sua receita do mês para suprir o caixa do Estado, deixando as 'empresas estatais' em situação difícil ou, ainda, em sentido inverso, pagando folha de funcionários da empresa, subsidiando a atividade, porque uma má gestão deixou a empresa sem recursos disponíveis líquidos. E, o pior, com registros contábeis por vezes deturpados, como registrou alguns relatórios de Tribunais de Contas deste país.

Com a informática, houve um processo de transferência, passando-se a visualizar milhares de operações. Pode-se verificar que, o custo de muitas 'empresas estatais,' com sua ineficiência, estava sendo transferido aos indivíduos na sociedade. Não existem milagres. Existem custos. Alguém paga por eles.

Lógico que há exceções. Há empresas estatais lucrativas, eficientes, transparentes, que constituem patrimônio do Estado a gerar receitas originárias, as quais custeiam até outras atividades oferecidas pelo poder público. Por isso discordo de quem é favorável à privatização generalizada de todas as empresas. Neste rol pode ser inserida, com certa ressalva, a PETROBRÁS.

As receitas do Estado são as derivadas e as originárias. Se o Estado pode e tem boas receitas originárias, não deve se desfazer das mesmas. A receita proveniente da atividade estatal empresarial no Brasil e no exterior, em caráter extravagante, pode ser uma fonte de receitas estatais, reduzindo a total dependência de receita derivada. Constitui mais uma fonte de receita estatal, desde que rentável, honesta, transparente e que atenda ao interesse da coletividade de indivíduos. Ou seja, reduzam de algum modo a tributação. Mas nada impede que, diante do esgotamento do Estado para novos investimentos, este possa conceder a empresas privadas (novas, não as estatais vendidas a preços questionáveis) a exploração e prestação de determinados serviços.

A questão da Empresa Concessionária de Serviço Público está nos ganhos de eficiência, os quais propiciam a redução dos custos dos serviços para cada indivíduo, além de suprir a necessidade de novos investimentos. Ocorre que, sem a presença do Estado dentro da empresa, as reduções de custos ao invés de irem para os usuários, ou investimentos, podem ser destinados a remunerar o capital muito além do normal, ou remunerar os diretores detentores do controle acionário. O que torna necessária a adoção de medidas que inibam tal prática. Principalmente no caso de monopólio natural concedido pelo Estado a empresas privadas.

Assim, é perfeitamente compatível a exploração de serviços por empresas Concessionária de Serviço Público privadas, mas estas devem ser reguladas, em especial na fixação dos valores de suas receitas (tarifas) que não se confundem com as taxas nem com os preços públicos, objeto central do presente trabalho.

4 TARIFA, TAXA E PREÇO PÚBLICO

As tarifas necessitam ser identificadas de forma autônoma, com características próprias e específicas. Tarifa não é tributo, nem receita do Estado. Restando a compreensão de que a taxa e preço público constituem receitas do Estado, quando figura este último como prestador do serviço. Em se tratando de concessionária ou permissionária de prestação de serviço, a remuneração deste se dá pela tarifa. Distingue-se de terceirização. Na terceirização o ente estatal recebe do contribuinte ou do particular, conforme seja taxa ou preço público, e paga às diversas empresas prestadoras de serviços contratadas pelo Estado. No caso da concessionária ou permissionária, elas exploram, prestam o serviço e recebem diretamente da pessoa do particular os valores decorrentes de sua prestação.

Mas, antes de adentrar-se na tarifa, cabe melhor distinção dos outros dois institutos: taxa e preço público.

4.1 TAXA SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO

Sob o prisma constitucional, a Carta Magna de 1988 estabeleceu que a taxa constitui um dos tributos que podem ser instituídos por qualquer das três esferas de governo (Federal/Estadual/Municipal).

In verbis:

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

- I – impostos;
- II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição;
- III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

§ 2º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

A taxa foi elencada como uma das espécies tributárias, decorrente do exercício do poder de polícia ou da utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição. Assim, sendo a taxa um tributo, mister se faz a relembração do conceito de tributo: “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.”⁴

Quanto ao exercício do poder de polícia, não há dúvidas de que sua contraprestação ocorre por intermédio de taxa, estando devidamente caracterizado e conceituado no CTN - Código Tributário Nacional, fato autorizativo para restringir discussão sobre o tema.

Quanto ao fato gerador das taxas, o Código Tributário Nacional - CTN, no seu art. 77, definiu como sendo:

In verbis:

Art.77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

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

Nos termos do art. 145 da CF/88 e art. 77 do CTN, o contribuinte que paga uma taxa recebe uma contraprestação direta e imediata de serviço público, específico, divisível, potencial, ou o tem posto à sua disposição. Tratando-se de tributo, a taxa tem seu pagamento compulsório, independentemente da utilização do serviço público. Este serviço, efetivo ou potencial, deve ser específico, ou seja, passível de ser separado em unidades autônomas de intervenção da autoridade e utilidade, ou de necessidade pública que justificou a existência do serviço. Quanto à divisibilidade, deve funcionar em condições tais que se apure a utilização individual pelo usuário.

A taxa, portanto, possui característica de “ser um tributo cujo fato gerador é vinculado a uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte” (MACHADO, 1995, p. 321), distinguindo-se do imposto, que não está vinculado a nenhuma atividade estatal específica relativa ao contribuinte, porém tem natureza compulsória, semelhante à do imposto.

Os tributaristas mais abalizados confirmam a caracterização da taxa em função da prestação de serviços ou do exercício do Poder de Polícia.

Barbosa Nogueira esclarece:

[...]enquanto a taxa cobrada em razão da utilização de serviço público pelo contribuinte ou posto à sua disposição é diretamente contraprestacional porque beneficia a ele, utente do serviço, a taxa cobrada para o custeio do gasto com o exercício do poder de polícia não é diretamente contraprestacional, porque quem se beneficia da regulamentação é essencialmente a sociedade e não o contribuinte sujeito ao poder de polícia, à fiscalização.. (NOGUEIRA, 1993. p. 163).

Pinto Martins, de maneira resumida, estabelece a distinção de forma simples:

Difere a taxa do preço público. A taxa é uma espécie do gênero tributo. É compulsório, pois independe da vontade da pessoa em contribuir. O preço público é uma receita pela utilização de um bem de propriedade do Estado. O contribuinte não é obrigado a utilizar um bem do Estado. (MARTINS, 2002. p. 107/108).

4.2 A TAXA SOB O PRISMA FINANCEIRO

Até o presente momento, a análise teve por base a Constituição Federal e o CTN, porém não se pode esquecer de que a Lei nº 4.320/64 e a Lei de Responsabilidade Fiscal, que estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para Elaboração e Controle dos Orçamentos e Balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, considera como tributo a receita derivada, instituída pelas entidades de direito público, compreendendo os impostos, as taxas e as contribuições, nos termos da Constituição e das leis vigentes em matéria financeira, destinando-se o seu produto ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas por essas entidades.

In verbis:

Art. 9º Tributo é a receita derivada, instituída pelas entidades de direito público, compreendendo os impostos, as taxas e contribuições, nos termos da Constituição e das leis vigentes em matéria financeira, destinando-se o seu produto ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas por essas entidades.

As receitas do Estado classificam-se em originárias e derivadas: as primeiras são decorrentes da exploração do próprio patrimônio estatal, enquanto as segundas resultam da intervenção do Estado, que, em virtude de seu poder de autoridade, pode retirar de seus súditos parcelas de suas riquezas para a consecução de seus fins, visando ao bem comum.

Atente-se, porém, que segundo o Professor Geraldo Ataliba, em seu livro *Hipótese de Incidência Tributária*, a classificação da ciência das finanças seria antiquada, pois teria ocorrido um atraso na doutrina e na legislação infraconstitucional, que ainda estaria orientando-se pela Constituição Federal de 1946, que

no seu art. 30, previa a possibilidade de ser instituído, pelo poder público, “contribuições de melhoria..., taxas, e quaisquer outras receitas que possam provir do exercício de suas atribuições e da utilização de seus bens e serviços”. Por este último item seria permitido ao Estado remunerar-se pela prestação de serviços e disponibilidade de seus bens por forma diferente da de taxa, que será tratada adiante.

O mesmo autor considera ainda que:

[...]tão lasso era o regime das contraprestações das ações estatais que até mesmo juristas [...] davam-se ao descuido de reproduzir construções econômicas de ciências das finanças. Mesmo os nossos mestres mais autorizados - como Gomes de Sousa, Baleeiro, Amílcar Falcão - concentravam seus esforços e atenções nos impostos, relegando francamente as taxas. Os legisladores federais, estaduais e municipais usaram e abusaram dessa liberdade. (ATALIBA, 1997, p. 144, § 64.2.6)

Os contribuintes não dispuseram de instrumental doutrinário para resistir a todas as deformações e abusos. A jurisprudência refletiu esse clima de ausência de pautas, de falta de critérios e desorientação. Fiel espelho da perplexidade geral está nas copiosas súmulas do Supremo Tribunal Federal reproduzidas por Baleeiro, no seu *Direito Tributário Brasileiro*, todas elas balofas, vazias, incoerentes, palavrosas, sem substância, sem consistência. (Excelente estudo dessas súmulas é feito por Greco e Souza, in *Natureza jurídica das custas[...]* ed. OAB – Resenha Tributária, 1982, págs. 107 e segs.).(sic) (ATALIBA, 1997, p. 144, § 64.2.7)

4.3 A TAXA EM SÍNTESE

Conforme constatação do Professor Geraldo Ataliba, os equívocos e superficialidades acerca da distinção entre taxa, tarifa e preço público estão presentes desde longa data na doutrina e jurisprudência pátria, porém o referido autor, em seus estudos, restringiu-se, como ele mesmo afirma, ao plano unicamente jurídico:

Esta elaboração – de cunho eminentemente jurídico – é desdobramento de premissas solidamente firmadas pela doutrina jurídica universal. – Limitando-se ao plano jurídico, deixa de lado considerações econômicas ou pré-jurídicas e se atém ao direito positivo exclusivamente[...] não considera... critérios de cunho econômico elaborados pela ciência das finanças[...] (ATALIBA, 1997, p. 144, § 61.1)

Caso fosse considerado apenas o aspecto tributário, isoladamente, não se questionaria o significado e natureza da tarifa e do preço público, pois, quanto à taxa, resta, inquestionavelmente tratar-se de

um tributo e, portanto, receita derivada do Estado, que é cobrada de acordo com a Hipótese de Incidência Tributária específica.

“Em síntese, a taxa pode ser definida como uma prestação pecuniária exigida pelo Estado, em virtude de lei, pela realização de uma atividade que afeta diretamente o obrigado” (JANCZESKI, 1999, p. 26).

Para o presente estudo, mister se faz que se estabeleça a diferença entre taxa, tarifa e preço público de forma adequada à realidade jurídico-econômico-social, nacional e mundial.

4.4 SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE TAXA, TARIFA E PREÇO PÚBLICO

Boa parte dos juristas e doutrinadores tributaristas consideram o preço público uma expressão com significado sinônimo de tarifa, ou afirmam a sua inexistência, ou simplesmente se omitem a respeito do assunto.

O autor Kiyoshi Harada, em seu livro *Direito Financeiro e Tributário*, ressalta que “a confusão existente entre a taxa e o preço público tem sido uma constante, tanto no campo legislativo, como no campo jurisprudencial, apesar da nítida diferenciação do regime jurídico de uma e de outro” (HARADA, 1997, p. 46, § 4.2.1.4.), no entanto, considera que “preço público é sinônimo de tarifa ou simplesmente preço” (HARADA, 1997, p. 46, § 4.2.1.4.).

No campo jurisprudencial, já existem julgados que tentam estabelecer a existência de uma diferença entre taxa, tarifa e preço público, como o “Recurso em Mandado de Segurança nº 582 — SP (Registro nº 90.8600-0) - Relator: Sr. Ministro Américo Luz”, que apresenta o seguinte:

EMENTA: Administrativo. Mandado de segurança. Permissionárias de transporte coletivo de passageiros. Insurgência contra cobrança instituída pela resolução shdu-42, do Sr. Secretário de Habitação e Desenvolvimento Urbano do Estado de São Paulo. Taxa. Preço público. Tarifa. Diferenciação. Poder de polícia. Contrato administrativo. Observância ao princípio da equação econômico-financeira.⁵

Bernardo Ribeiro de Moraes, desenvolvendo estudo sobre a taxa no Sistema Tributário Nacional, em 1968, trouxe, também, distinção entre taxa e preço público. Informa:

[...]podemos distinguir a taxa do preço dizendo que a taxa constitui uma receita derivativa e o preço uma receita originária; a taxa é exigida em decorrência do poder fiscal do Estado, o que não acontece com o preço; a taxa é uma contribuição compulsória e o preço é uma contribuição facultativa; a taxa é fixada em lei e o preço pela autoridade administrativa competente. (MORAES, 1968, p. 59).

Assim, o preço público constitui receita ori-

ginária do Estado, não compulsória, albergado pelo regime jurídico de direito privado e orientado pela vontade autônoma das partes, possuindo, portanto, característica negocial.

A taxa e o preço público são receitas estatais, sendo, respectivamente, classificadas como receita derivada e como receita originária do Estado, em que a primeira é de natureza compulsória, e a segunda, de natureza negocial.

Atente-se que o Estado possui receitas: correntes, subdivididas em tributárias (impostos, taxas e contribuições de melhoria), de contribuições, patrimoniais, agropecuárias, industriais, de serviços (de natureza negocial), de transferências correntes; de capital, que são as decorrentes de operações de crédito, alienação de bens, amortização de empréstimos, transferências de capital e outras receitas de capital.⁶ As receitas correntes tributárias seriam referentes à taxa, mas não exclusivamente, e as demais referentes ao preço público.

Quando o Estado aliena bens disponíveis, há uma contrapartida a ser paga por quem os adquire, que pode ser denominada de preço público. Ninguém é compelido a comprar, constituindo ato negocial, pois poderia comprar um bem, semelhante ao que está sendo vendido pelo ente estatal, de outro indivíduo, ou até dele prescindir. Se na prática de tal ato negocial não estivesse presente o Estado, referido preço público poderia ser considerado preço privado, ou simplesmente preço.

Ribeiro Moraes oferece um exemplo que bem caracteriza a relação entre taxa e preço público:

Para a distinção entre taxa e preço público não basta se tome apenas um elemento. Devemos tomar, sempre, um conjunto de elementos, a fim de caracterizar melhor a retribuição que está sendo examinada. O preço público deve representar a retribuição pecuniária (real valor ou não) em relação à utilização ou compra de bens ou serviços estatais. Está no campo da receita industrial, jamais da receita tributária. Se um dia o Estado monopolizar a indústria do fósforo, o preço das caixas de fósforos será preço público. Não haveria uma obrigatoriedade do pagamento da contribuição para todos, mas a cobrança seria restringida aos que adquirissem fósforos para seu uso. No dia em que todos pagarem por fósforos que estariam à sua disposição, teremos então a taxa. (MORAES, 1968, p. 60-61).

A este exemplo acrescenta-se que, se o Estado exercesse regulação sobre a indústria de fósforos, sendo estes considerados de interesse público, em que só se poderia fabricá-los mediante concessão estatal, o preço pago pelos cidadãos pelos fósforos seria tarifa. Trata-se de Serviço Público concedido.

Questiona-se, no entanto, se é aplicável preço público para serviços públicos, ou tão-somente taxa, pois, segundo Geraldo Ataliba, o serviço público somente poderá originar taxa, citando Marco Aurélio

Greco: “podemos dizer que serviço público só pode dar ensejo a taxa, e aquela atuação que der nascimento a preço (tarifa⁷) não será serviço público, mas atividade desenvolvida em regime idêntico ao dos particulares e, pois, não qualificável como serviço público em termos jurídicos.” (ATALIBA, 1997, p. 147, § 64.4.16)

Só que, para fins deste estudo, já foi delimitada a questão dos Serviços Públicos no tópico anterior.

O Professor Hugo de Brito Machado preleciona, em sua obra *Curso de Direito Tributário*, que, quanto à remuneração pelo uso, ou pela aquisição da propriedade de bens do Estado, é pacífico o entendimento de que correspondente à receita é um preço, nunca uma taxa. O problema se situa na área dos serviços, pois para diferenciar taxa de preço haveria diversos critérios adotados pelos vários autores e pela jurisprudência: quanto ao critério da compulsoriedade da taxa, há, porém, quem sustente a existência de preços obrigatórios, assim como há quem afirme a existência de taxas facultativas; quanto ao critério da atividade estatal específica: a taxa se justificaria pelo exercício do Poder de Polícia, ou pela prestação de serviço público de atividade privativa e própria do Estado. Nem todo serviço público, porém, seria atividade especificamente estatal. O preço público, assim, seria a remuneração correspondente a um serviço público não especificamente estatal, vale dizer, uma atividade de natureza comercial ou industrial. Há, no entanto, a dificuldade de se estabelecer aquilo que é atividade própria do Estado ou não, pois os conceitos e definições variam no tempo e lugar. A fixação, assim, das atividades propriamente estatais ficariam, juridicamente, para o Legislador. (MACHADO, 1995, p. 328)

Para Hugo de Brito Machado há serviços públicos próprios do Estado e serviços públicos de atividade não-específica estatal, enquanto Geraldo Ataliba considera como serviço público apenas o primeiro, afirmando que o segundo seria serviço não-público. Deixando terminologias à parte, o certo é que o ente estatal presta um tipo de serviço que não será contra-remunerado com taxa, e sim com preço público, havendo distinção entre estes.

Por uma questão de terminologia jurídica, segundo Ataliba, a atividade do Estado de prestação de serviço estaria dividida em serviço público e não-público, em que o primeiro só poderia ser contra-remunerado com taxa, enquanto o segundo, com preço, porém, a definição desse serviço ser público não seria de livre vontade do legislador, pois a Carta Magna de 1988, no Título VII, identificaria as atividades econômicas a serem desenvolvidas pelo Estado. (ATALIBA, 1997, p. 148/150). Só que para fins deste estudo já foi delimitada a questão dos Serviços Públicos no tópico anterior.

O Supremo Tribunal Federal estabeleceu entendimento de que: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condi-

cionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.” (MACHADO, 1995, p. 328).

A prévia autorização orçamentária representa o princípio da anualidade, presente, anteriormente, para todos os tributos em que havia vinculação da receita com a despesa, posteriormente substituído pelo princípio da anterioridade ao exercício financeiro, em que condiciona a cobrança, ou o aumento, de qualquer tributo, a sua criação antes do dia trinta e um de dezembro do ano anterior, salvo as hipóteses previstas no § 1º do art. 150 da Constituição Federal de 1988.

Restaria a compulsoriedade para a taxa e facultatividade para o preço, porém há a dúvida quanto à existência de taxas facultativas. O Professor Hugo de Brito Machado resolve a polêmica citando os casos de fornecimento de serviço de energia elétrica, água e esgoto, em que haveria norma vedando que o usuário de serviço público se valesse de outra forma para obtenção do serviço assemelhado ao fornecido pelo ente estatal. Nesses serviços, em que haveria norma jurídica proibindo a instalação de grupo gerador, ou unidade de captação de energia solar e o fornecimento de água em pipas ou o uso de fossas, o que obrigaria a tornar o serviço público o único meio de que se dispõe para o atendimento da necessidade, salvo violando a ordem jurídica, constituiria hipótese de taxa.

A categorização da contraprestação de um serviço público através de taxa, tributo, ou preço público adviria basicamente da necessidade de proteger o cidadão contra os abusos do Estado. Até porque, “se a ordem jurídica obriga a utilização de determinado serviço, não permitindo o atendimento da respectiva necessidade por outro meio, então é justo que a remuneração correspondente, cobrada pelo Poder Público, sofra as limitações próprias dos tributos” (MACHADO, 1995, p. 330/331). A liberdade na fixação do preço público, por parte do Estado, corresponderia, assim, à liberdade do cidadão de utilizar, ou não, o serviço correspondente, devendo haver um regime de competição entre Estado e iniciativa privada.

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.

Constata-se, assim, que o poder público pode-

rá prestar diretamente ou através de concessionárias e permissionárias, serviço público, na forma da lei e sempre através de licitação.

4.5 PREÇO PÚBLICO E TARIFA: O CRITÉRIO DA DESTINAÇÃO DA RECEITA E O PEDÁGIO

Os doutrinadores colocam que não existiria diferença entre tarifa e preço público porque o que interessa para o conceito de taxa é só a análise do fato gerador, não a finalidade de sua instituição ou a destinação do dinheiro arrecadado, e transportam esta amarra para a diferença entre tarifa e preço público. Só que nenhum desses dois últimos são tributos, logo o critério tributário não pode se prestar para caracterizar a distinção entre tarifa e preço público.

Realmente, tarifa e preço público não são tributos, mas são também distintos entre si. Há autores tributaristas que fazem referência à tarifa ou preço público, colocando-os como conceitos sinônimos, sob o argumento de que o CTN no art 4º informa que:

Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:

I – a denominação e demais características formais adotadas pela lei;

II – a destinação legal do produto da sua arrecadação.

Ocorre que tal critério é eminentemente tributário. E a tarifa, bem como o preço público, não são tributos, como então tentar estabelecer distinções por critério tributário? Óbvio que não seria possível.

O interessante é que geralmente se coloca no conceito de preço público, o conceito financeiro, onde é dito que o preço público é receita originária, ou seja, não é receita de terceiros e sim receita do Estado gerada a partir do seu próprio patrimônio. Neste ponto surge a confusão, pois se coloca a possibilidade de recebimento do preço público por pessoa jurídica de direito privado, indo de encontro ao conceito de receita originária.

Veja-se, a título de exemplo, pois há outros autores que se posicionam de forma igual, Vicente Paulo e Alexandrino Marcelo:

Todas as diferenças entre taxas e preços públicos decorrem do fato de que taxa é um tributo e preço público não é um tributo.

Outro ponto interessante é que os preços públicos podem ser exigidos por pessoa jurídica de direito privado, inclusive não integrantes da Administração Pública, como as concessionárias de serviços públicos, e por pessoas jurídicas de direito público. Ou seja, podem ser sujeitos ativos da relação jurídica concernente a um preço público pessoa jurídica de direito privado ou público. As taxas não. Como qualquer tributo, as taxas só podem ter como sujei-

tos ativos as pessoas jurídicas de direito público.

Vejam as diferenças mais importantes entre taxa e preço público.

a) Taxa é receita derivada e preço público é receita originária.

Uma receita derivada é quando o Estado a obtém em razão de seu poder de império, de sua supremacia perante os particulares. Todos os tributos e multas são receitas derivadas. O nome 'derivada' indica que a receita provém (deriva) do patrimônio de outrem, em geral dos particulares, não do próprio Estado.

Receita originária são obtidas pelo Estado sem uso de poder de império de supremacia. Em geral são obtidas em decorrência da exploração do próprio patrimônio do Estado, como ocorre na remuneração pelo uso de bens públicos. (grifo nosso) (PAULO, 2006, p. 74)

Vê-se que o próprio autor se contradiz, pois apresenta o preço público como receita do próprio Estado, obtidas pelo Estado, quando fala do que são receitas originárias. Contudo, afirma anteriormente que estas podem ser exigidas por pessoa jurídica de direito privado. Ora é receita do Estado ou é receita do ente privado. Sendo receita do Estado, será contabilizada por este e seguirá as normas de finanças públicas. Sendo receita de uma concessionária privada, está sujeita a regras empresariais, bem como a tributação específica aplicável à empresa. Por isso a distinção pode não ter importância e nem ser possível segundo as regras de direito tributário, mas para o direito empresarial, financeiro, do consumidor, regulatório e outros ramos jurídicos tal distinção tem seus motivos.

Os preços públicos não se sujeitam aos princípios de ordem tributária por estarem no campo de relações negociais entre o Estado e os particulares com quem transaciona. Já as tarifas são cercadas de interesses públicos dos cidadãos usuários de serviços públicos e do próprio Estado, obrigando que as relações jurídicas que respaldam a cobrança de tarifas estejam sujeitas a regras de regulação. E, em alguns casos, quando podem denotar violação a princípios constitucionais tributários é necessária uma expressa liberação constitucional do cumprimento destes. Como é o caso de vias conservadas pelo poder público, mas que este delega a conservação a concessionárias de serviços públicos que passam a cobrar o pedágio. O princípio tributário existente é a regra da vedação de limitação à liberdade de tráfego pela cobrança de tributo. A Carta Constitucional quanto tratou dos princípios, tratou logo de excepcionar a cobrança do pedágio.

Surge da afirmação o questionamento: então o pedágio é tarifa?

Para responder a tal pergunta nos utilizamos das palavras de Vicente Paulo, com ressalvas, onde questiona a posição do poder judiciário que conside-

rou como taxa e, portanto, tributo, contrariando a prática adotada no país inteiro de concessão de rodovias à iniciativa privada.⁸

A questão não é nada simples. Existe farta jurisprudência do STF afirmando que pedágio é tributo, da espécie taxa. O fundamento para essa orientação do STF é o fato de o pedágio ser mencionado na Constituição no art.150, inciso V, justamente na seção que trata “das limitações do poder de tributar”.

Acontece que todos os julgados do STF sobre o assunto são acerca do extinto selo-pedágio, que, sem dúvida nenhuma, foi instituído sob o regime jurídico tributário (por exemplo, a cobrança era desvinculada da quantidade de vezes que a pessoa transitava nas rodovias federais). Não há maiores problemas em atribuir a natureza de taxa ao selo-pedágio, o que foi efetivamente feito pelo STF.

Aqueles que generalizam e pretendem afirmar como uma regra rígida que o pedágio é obrigatoriamente tributo, ficarão na seguinte situação: (i) terão que afirmar que todos esses pedágios que há alguns anos são cobrados por concessionárias são inconstitucionais, porque nosso Direito não admite relação jurídica tributária em que o sujeito ativo seja pessoa jurídica de direito privado; (ii) terão que considerá-los inconstitucionais, também, porque sua instituição e seus reajustes não são feitos por lei, além de não obedecerem aos princípios da anterioridade ou noventena.

Por outro lado, aqueles que pretenderem afirmar que pedágio é sempre tarifa, terão, pelo menos, estes problemas: (1) estarão aparentemente contrariando a jurisprudência firmada pelo STF, que ao tratar do selo-pedágio decidiu que o pedágio é taxa; (2) terão que afirmar que a Constituição, na seção que dispõe acerca “das limitações do poder de tributar”, tratou de instituto que não é tributo. (PAULO, 2006, p. 76)

Quanto à parte final do texto do autor citado, no que se refere a Constituição tratar de assunto não tributário na seção que cuida das “limitações ao poder de tributar”, não verificamos qualquer problema. Isso ocorre nos casos de exceção, ou seja, quando é necessário dizer que um princípio tributário não é aplicável a uma determinada situação jurídica (com aparência de tributária). Visa esclarecer e evitar uma possível atração à esfera tributária de assunto não tributário.

Paulo acrescenta:

A doutrina moderna se encaminha para uma posição conciliatória, afirmando que o pedágio tanto pode ser taxa como tarifa, a critério do legislador. Assim, se o legislador optar pela instituição de um pedágio-taxa, o regime jurídico será tributário, e não poderá ser cobrado por pessoas privadas. Se optar pela instituição de um pedágio-tarifa, como tem acontecido, o regime jurídico será contratual, a cobrança pode ser feita por concessionária, pessoa jurídica de direito privado. Entretanto, doutrina-

riamente, é defendida a necessidade de, neste caso, existir via alternativa.

Por último, qualquer que seja o regime jurídico, a cobrança de pedágio somente pode ter como fundamento a conservação de via pública pelo poder público, porque essa determinação está na Constituição (art. 150, V). Só que temos que adotar uma definição de poder público em sentido amplo, incluindo não só a atuação direta do Estado, como também a atuação indireta, por meio de delegatárias de serviço público. Não pode o pedágio ser cobrado sob nenhum outro fundamento, como seria o caso se um estado-membro resolvesse cobrar um inconstitucional pedágio pela transposição de suas divisas. (PAULO, 2006, p. 76/77).

Verifica-se que a tarifa deve ser identificada de forma autônoma. Isso porque além do regime contratual aplicável à tarifa, deve ser aplicada também a regulação da atividade concedida.

4.6 MOMENTO EM QUE A EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS PAGA PREÇO PÚBLICO, TAXA E TARIFA

A licitação é o meio através do qual a Administração Pública se utiliza para auferir proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. É procedimento obrigatório, só dispensável ou inexigível nas hipóteses e formas taxativamente previstas em lei, além de dar maior transparência aos gastos públicos, constituindo o conjunto de procedimentos administrativos legalmente estabelecidos.

No caso, a Lei nº 8987/95 estabelece a exigência de licitação para toda concessão e fixa os critérios de julgamento para definição do vencedor do certame, além de outros detalhes legais.

O valor que a empresa paga ao Estado para obter a concessão ou a permissão é preço público (o melhor preço para o Estado, observando a licitação – aquele que oferece melhores condições e preços terão direito de explorar a atividade, submetendo-se ao controle e à fiscalização estatal), enquanto que aquele que paga pelo uso do serviço à empresa concessionária ou permissionária, fá-lo-á através de tarifas.

Ocorre que referidas concessionárias e permissionárias estão, ainda, sujeitas à fiscalização do poder público quanto à manutenção do serviço de forma adequada. Deste exercício de poder de polícia sobre as retro mencionadas empresas é permitido ao Estado cobrar o tributo taxa, observando, previamente, o disciplinamento através de lei. Em virtude do exercício do poder de polícia.

As empresas concessionárias e permissionárias, quanto à cobrança de tarifa, não agiriam com plena liberdade, haja vista que a Constituição Federal de 1988 definiu o disciplinamento em lei dos direitos dos usuários e de uma política tarifária.

4.7 A TARIFA EM SÍNTESE

Assim, a tarifa seria a contraprestação paga por

um serviço prestado por um particular, diretamente a esse, sob o regime de concessão ou permissão do Estado, em que este último fiscalizaria e controlaria as atividades do primeiro, por estar presente um interesse público. Não constituindo a tarifa receita do Estado, que seria somente a taxa (receita derivada) e o preço público (receita originária).

O conceito de que a tarifa é receita da concessionária ou permissionária de serviços públicos, tendo natureza específica e distinta da do preço público e da taxa, não passa pelo direito tributário, pois a ele não pertence. Sujeita à regulação do Estado.

5 INFERÊNCIAS FINAIS

Assim, por uma visão mais abrangente, taxa e preço público seriam receitas do Estado, uma derivada, tributária e compulsória, outra originária, negocial e regida de forma assemelhada ao regime de direito privado. Tarifa não seria receita do Estado, como retro demonstrado, e sim da empresa concessionária ou permissionária de serviço público, sujeitas às regras de regulação, face ao interesse público e do Estado, na fixação inicial do seu valor, assim como quando dos reajustes.

A presente proposta de fixação da diferença entre taxa, tarifa e preço público não constitui fato imutável, mas, sim, uma tentativa de contribuir para a elucidação dos questionamentos que pairam a respeito do polêmico assunto.

Dentro de um mundo globalizado, as amarras e conceitos do passado são inadequados para a compatibilidade com as rápidas transformações, o surgimento de novas tecnologias e diferentes necessidades sociais. Em muitas atividades, o Estado está sendo substituído por empresas que possuem melhores condições de prestar os serviços originalmente executados pelo ente estatal, ou simplesmente pela vontade política de encolhimento do Estado.

Empresas de água, energia elétrica e telefonia eram de propriedade exclusiva do Estado. Cobravam tarifas. Para alguns, assemelhava-se a preço público. Porém, as receitas provenientes das empresas não caracterizam-se como do Estado. Este teria direito ao lucro, quando existisse. Só que muitas vezes o ente público não respeitou a distinção de personalidade jurídica, interferindo nas empresas estatais, ao ponto de retirar receitas das empresas para objetivos diversos ou o inverso, sustentava-lhes inclusive com o pagamento da folha de salários. Tal quebra do princípio da individualidade da entidade contribuiu para a confusão no estabelecimento das claras diferenças entre taxa, tarifa e preço público.

Com o advento das privatizações e abertura de setores dantes privativos de empresas estatais para

concessionárias e permissionárias privadas, torna-se imprescindível a caracterização dos institutos discutidos neste opúsculo.

Assim, repita-se, a taxa seria receita derivada do Estado, caracterizada como espécie tributária, compulsória, cujo fato gerador ocorre em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

As tarifas não constituiriam receita do Estado e sim da empresa concessionária ou permissionária de serviço público, portanto sujeita a regulação de agências reguladoras especializadas no controle e fiscalização do serviço e sua tarifação.

Por fim, o preço público diferenciaria-se-ia das demais por ser uma receita originária do Estado, cobrada por este em razão da exploração do seu próprio patrimônio em regime assemelhado ao de direito privado, com contratos administrativos, em que o sujeito contrata se quiser.

ABSTRACT:

Discusses the defining elements of the tariff. The tariff charged by the public services concessionaires differs from taxes (tribute) and public price (Original State Revenue). The doctrine tends to treat the public price and the tariff as equals based on Tributary concepts. The distinction is identified by financial and regulatory laws, among other juridical branches.

KEYWORDS:

Tariff. Public price. Taxes. Public service. Regulatory laws.

NOTAS EXPLICATIVAS

1 - A Constituição Federal trouxe nos seus diversos artigos as competências para cada tipo de serviço por ela considerado como serviços públicos. Vale salientar que com as recentes emendas constitucionais pode-se transferir mais responsabilidades pela execução a entes privados. Exemplo: Art. 21, X, XI, XII e XXIII. CF/88.

2 - Realmente não é possível reunir todos, em único local, para decidir assunto de interesse de todos os indivíduos (ou de grande maioria) residentes num Estado, porém com o advento da informatização, talvez seja possível, num futuro não muito distante, uma democracia participativa. Tal posição já é defendida

pelo professor Paulo Bonavides em seu livro: *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma Nova Hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade.

3 Estes caprichos não são frutos do acaso, mas têm objetivo certo, que em geral é propiciar o lucro para grupos econômicos que deram apoio nas eleições dos gestores e parlamentares públicos. Estes caprichos não são frutos do acaso, mas têm objetivo certo, que em geral é propiciar o lucro para grupos econômicos que deram apoio nas eleições dos gestores e parlamentares públicos.

4 - BRASIL. Lei N.º 5.172/66. CTN. O Art. 3º contemplou o assunto.

5 - Consta no repositório de decisões do STJ, que foi publicado em revista. Revista do Sup. Trib. Just., Brasília, a. 3, n. 26, p. 187-295, out.1991. p. 232.

6 - BRASIL. Lei nº 4.320/64. Art. 11 § 4º - A lei disciplinou desta forma.

7 - O autor Geraldo Ataliba, em sua obra, equipara tarifa a preço.

8 - VICENTE PAULO: Informe-se a ressalva é o fato de que ele considerou preço público como sinônimo de tarifa. Traz a seguinte afirmativa: "Ainda há muitos outros problemas. Por exemplo, desconhecemos autor que defende que, no caso de cobrança de pedágio sob o regime de preço público, possa inexistir uma via alternativa gratuita, mesmo que em mau estado de conservação, à disposição do contribuinte. Isso porque a inexistência de alternativa torna o pedágio compulsório, e só as taxas podem ser compulsórias, não os preços públicos."(PAULO, 2006, p. 76).

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. 6. t. São Paulo: Malheiros, 1997.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 16. ed. rev. atual. por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado. BDA – *Boletim de Direito Administrativo*. jun.1999.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Teoria geral do direito administrativo* – direito financeiro – atos e contra-

tos. São Paulo: Editora Freitas Bastos, 1942.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v.1. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

FRANCO, Gustavo H. B. *O desafio brasileiro: ensaios sobre desenvolvimento, globalização e moeda*. São Paulo: Editora 34, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on Taxes*. New York and London: W.W. Norton & Company, 1999.

JANCZESKI, Célio Armando. *Taxas*. Curitiba: Juruá, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MARTINS, Sergio Pinto. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Atlas, 2002.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____, Odete. Serviço público. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, 1992, n. 189, p. 100-122, jul./set.1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Bernardo Ribeiro. *A taxa no sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

PAULO, Vicente; MARCELO, Alexandrino. *Manu-*

al de direito tributário. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

PESSOA, Robertônio Santos. *Curso de direito administrativo moderno*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F.da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.