

A Natureza Jurídica da Remuneração dos Serviços de Água e Esgoto

Flávia Regina Ribeiro da Silva

RESUMO

Acaloradas discussões emergem dos diferentes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da natureza jurídica da remuneração pelo fornecimento de água e coleta de esgoto. A dicotomia taxa *versus* tarifa acentua-se quando a proposta é analisar se o serviço foi prestado diretamente pelo Poder Público ou por concessionária do serviço público, colocando em cheque a segurança do sistema normativo. Desta definição, não calcada na livre escolha pelo Poder Público, decorrem consequências que podem afetar diretamente as garantias constitucionais do contribuinte, asseguradas no art. 5º e no capítulo I do Título VI, dadas as características específicas dos sistemas tributário e tarifário.

Palavras-Chave: Constitucional, Tributário, Taxa, Tarifa, Preço Público, Água, Esgoto, Serviço Público.

ABSTRACT

Hotted up discussions come from different doctrinaire and jurisprudence positions around the legal nature of payment for water and drain supply. The dichotomy tax *versus* fare increases when the purpose is to analyse if the service was done directly by the Public Sector or by a Public Service dealership, putting in check the security of normative system. From this definition, not based on Public Sector free choice, result consequences that can directly affect the constitutional guarantees of the contributor assured by article 5º and in chapter I Title VI, given the specific characteristics of taxable and fare systems.

Key Words: Constitutional, Taxable, Tax, Fare, Public Price, Water, Drain, Public Service.

RESUMEN

Acaloradas discusiones emergen de los diferentes posicionamientos doctrinarios y jurisprudencias acerca de la naturaleza jurídica de la remuneración por el suministro de agua y alcantarilla. La dicotomía tasa *versus* tarifa se acentúa cuando la propuesta es analizar si el servicio fue rendido directamente por el Poder Público o por adjudicataria del servicio público, colocando en jaque la seguridad del sistema normativo. De esta definición no calcada en la libre elección por el Poder Público, se dan consecuencias que pueden afectar directamente las garantías constitucionales del contribuyente aseguradas en el art. 5º y en el capítulo I del Título VI, dadas las características específicas de los sistemas de tributos y de tarifas.

Palabras Clave: Constitucional, Tributario, Tasa, Tarifa, Precio Público, Agua y alcantarilla, Servicio Público.

Flávia Regina Ribeiro da Silva

Mestranda em Direito pela Unaerp

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 retirou da Administração Pública a possibilidade de criar obrigações pecuniárias ao contribuinte, de maneira aleatória, ao consignar, dentre as garantias fundamentais do cidadão, no inciso II do art. 5º, que

“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, segurança acentuada com as vedações do art. 150.

O dever de observar sistematicamente regras e princípios existentes no ordenamento jurídico vincula o legislador infraconstitucional, mormente quando da elaboração de normas que obriguem o cidadão a remunerar o Estado por um determinado serviço que foi prestado ou colocado à sua disposição, resultando a inobservância na invalidade desta lei.

Essas premissas orientarão o presente trabalho, direcionando-o especificamente à caracterização da natureza tributária ou tarifária do pagamento de determinados serviços prestados ao cidadão pelo Poder Público ou por quem lhe faça as vezes, com o uso de contribuições doutrinárias e jurisprudenciais a esse respeito.

1 DO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

1.1 DA IMPORTÂNCIA DA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

Já ensinava Ataliba (1990, p. 33) que “qualquer classificação que se pretenda fazer, no Brasil, deve atender não só às exigências científicas como aos cânones constitucionais, sob pena de resultar inútil e inoperante”.

De fato, a interpretação sistemática das normas constitucionais – normas de estrutura¹, notadamente as do art. 145, outorgantes da competência para criação de taxas dentro do sistema tributário, e as do art. 175, dirigidas ao sistema tarifário leva o operador do Direito a concluir pela coexistência dos sistemas tributário e tarifário no mesmo plano constitucional e não serem vistos como antagônicos.

Carvalho (2002, p. 129), ao referir-se a sistema, leciona que essa expressão é ambígua, motivo pelo qual convida o leitor a distinguir o sistema da Ciência do Direito e o sistema do direito positivo, enfatizando que o direito posto há de ter um mínimo de racionalidade para ser compreendido pelos sujeitos.

As normas do direito positivo, para pertencerem a um determinado sistema, devem com ele guardar estreita relação de pertinência, o que lhes assegura validade jurídica. E à Ciência do Direito compete analisar, estudar essa relação de pertinencialidade, posto que o sistema constitucional brasileiro assegura pouca liberdade ao legislador ordinário para inovar em matéria de direito tributário.

Neste íterim, é oportuno recordar que o Código Tributário Nacional, em uma rara e feliz oportunidade, no art. 4º estabelece que “a denominação e demais características formais adotadas pela lei são irrelevantes para a determinação da natureza jurídica específica de um tributo”; por conseguinte o nome dado pelo legislador ao valor pago pelo serviço de água e esgoto pouco adiantará, se não estiver de acordo com o sistema normativo brasileiro.

Nesse contexto, é forçoso concluir pela inexistência de opção do legislador quanto à escolha da forma como se fará remunerar pela prestação de determinados serviços à população, à semelhança dos serviços de água e esgoto, a despeito de Coelho citado por Pereira Filho (2003, p. 125) sustentar o contrário.

1.2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Princípios são grandes diretrizes que informam, orientam e norteiam um dado sistema jurídico.

A inteligência e a compreensão dos princípios são muito mais importantes que a compreensão das normas, [porque] a norma é um específico e determinado mandamento,

¹ Na lição de Carvalho (2002, p. 137): “são normas ou de organização dirigem-se igualmente para as condutas interpessoais, tendo por objeto, porém, os comportamentos relacionados à produção de novas unidades deontico-jurídicas, motivo pelo qual dispõem sobre órgãos, procedimentos e estatuem de que modos as regras devem ser criadas, transformadas ou expulsas do sistema [...]. Com as assim chamadas “regras de estrutura”, no entanto, a regulação das condutas fica na dependência da edição de outra norma cujo conteúdo é disciplinar a competência.

mas o princípio, sobre ser norma, tem um caráter de conferir uma direção estimativa, de conferir uma dimensão específica, dentro de um sistema. Ele conduz à intelecção das normas, ele se irradia, se expande e penetra as várias normas. (GORDILHO *apud* BORGES, 2002, p. 5)

Os princípios constitucionais tributários, normas de estrutura carregadas de valor, além de nortearem o sistema jurídico brasileiro, oferecem limites objetivos para a construção de enunciados que deveriam ser imperiosamente observados pelo legislador, o que nem sempre acontece. Alguns desses princípios merecem especial consideração, uma vez que elucidativos no presente trabalho.

Princípio da legalidade – CF, art. 5º, II – traduz que somente por lei alguém pode ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Assim, o contribuinte tem assegurado que só por meio de lei, elaborada por seus representantes, é que ele será obrigado ao pagamento de determinado tributo. Num Estado Constitucional, governantes e governados sujeitam-se ao império da Lei Maior.

Princípio da estrita legalidade – também chamado princípio da tipicidade tributária – CF, art. 150, I – restringe à lei, em sentido estrito, a qualidade de veículo introdutor de um tributo, a despeito das discussões doutrinárias em torno da constitucionalidade da nova redação do art. 62, introduzida pela Emenda nº32, de 2001. Por esse princípio de que só é típico o fato que se ajusta rigorosamente àquele descrito, com todos os seus elementos, pelo legislador (CARRAZZA, 2002) afastando, desse modo, a tributação por presunções, ficções ou indícios.

Princípio da anterioridade – CF, art. 150, III, b – o citado princípio pretende, como entende Carrazza (2002), que a lei que crie ou majore um tributo, ao entrar em vigor fique com sua eficácia paralisada até o início do exercício financeiro subsequente, quando, aí sim, incidirá, ou seja, passará a produzir todos os efeitos na ordem jurídica. Evita a tributação-surpresa do contribuinte, que terá o conhecimento de regras jurídicas estáveis e seguras. A hipótese de incidência prevista na lei somente ocorrerá no exercício seguinte à sua publicação. É um limite objetivo, na definição de Carvalho (2002, p. 144):

[...] basta exibir o documento oficial relativo ao veículo que introduziu normas jurídicas no sistema do direito positivo, com a comprovação do momento em que se tornou de conhecimento público, e poderemos saber, imediatamente, se houve ou não respeito ao princípio da anterioridade.

Esses princípios consagrados no ordenamento dão efetivo cumprimento a outros garantidores e informadores de todo o sistema jurídico, motivo pelo qual são denominados sobreprincípios, como o da justiça, o da certeza do direito e o da segurança jurídica, essenciais à convivência em sociedade, dado que garantem ao cidadão a previsibilidade dos efeitos das condutas que estão reguladas por normas postas.

Nesse diapasão, é possível afirmar que o sistema tributário traz mais garantias para o cidadão do que o sistema tarifário: neste, a despeito da fixação da tarifa pela Administração, o valor poderá ser estabelecido, modificado, majorado e cobrado por simples decreto, sem observância dos princípios da anterioridade e da estrita legalidade; naquele, o Estado subordina-se às limitações constitucionais do poder de tributar.

Também por esses motivos afirma-se que os sistemas coexistem, mas não é dada a possibilidade da escolha arbitrária ao Poder Público.

1.3 TAXA, TARIFA E PREÇO PÚBLICO

A natureza da atividade é essencial à caracterização do serviço como público ou privado e, por conseqüência, também será aqui utilizada para o estabelecimento de premissas a serem confirmadas no desenvolvimento do trabalho.

A taxa é um tributo que, por definição do artigo 77 do CTN, “tem como fato gerador o exercício do poder de polícia ou a utilização, efetiva ou potencial, de um serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto a sua disposição”. É

instituída por lei, pelos legítimos representantes dos contribuintes.

Para remunerar serviço público compulsório, essencial, específico e divisível, o Poder Público deve se valer de taxa, de natureza tributária.

Pela prestação do serviço de água e esgoto, diretamente pelo Poder Público ou por empresa concessionária, pode ser cobrada taxa não apenas de quem utiliza, mas também daquele que tem o serviço à sua disposição, já que o contribuinte passou a ser titular de uma vantagem econômica não gozada por outras pessoas que residem em local não servido por rede distribuidora de água e coletora de esgoto (AMARO, 2003).

Já o preço é a contrapartida de uma prestação contratual, livremente pactuada, em regime de igualdade entre as partes. Mas não apenas no Direito Privado. No Direito Público, preço é sinônimo de tarifa para alguns doutrinadores, mas guarda relação íntima com a contraprestação decorrente de um pacto contratual entre partes e não de um vínculo obrigatório, que decorre diretamente da lei. Quando o Estado desenvolve atividade estritamente econômica, faz as vezes da pessoa de direito privado, obtém lucro com esta atividade, sujeitando-se ao regime de direito privado e cobrando preço público.

Mas nem sempre os preços podem ser tidos como pagamento de atividades reguladas exclusivamente pelo direito privado. Também quando o Estado concede serviço essencialmente público, paga preço à concessionária por executá-los em seu lugar. Ainda assim, estão sob o manto do Direito Público, já que a concessão tem requisitos previstos em lei específica, dando pequena margem de liberdade à celebração do contrato administrativo.

Tarifa é instituída pelo Poder Executivo, pela Administração Pública, que tem interesse direto na arrecadação, e não pelos representantes do povo, que integram o Poder Legislativo. É fixada e reajustada pelas autoridades do Poder Executivo e cobrada por serviço realmente utilizado (não pode ser cobrada apenas por estar à disposição) que o usuário contratou por ato de livre disposição de vontade.

É tarifa o valor cobrado do usuário pela concessionária de serviço público específico e divisível, essencial ou não, desde que de uso não compulsório. O artigo 150, §3º, da Constituição Federal direciona o entendimento de que tarifa também é forma de remuneração do Poder Público pela exploração de atividade econômica em sentido estrito, motivo pelo qual, neste trabalho, estará equiparada nominalmente a preço público, sem maior detalhamento científico, porquanto esse não é o foco central da pesquisa.

2 DO SERVIÇO PÚBLICO

2.1 DA CARACTERIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Para coerência das conclusões, existe a necessidade de delimitar a definição de serviço público, premissa a partir da qual será analisada a natureza jurídica da sua remuneração pelo cidadão. Para tanto, importante a definição elaborada por Mello (1994, p. 348):

Serviço Público é toda atividade de oferecimento ou de utilidade ou de comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – em favor dos interesses que houver como próprios no sistema normativo.

O principal objetivo do Estado é a satisfação das necessidades públicas, sejam elas de caráter preferencial, básicas, como a ordem interna e a defesa externa, ou as secundárias, decorrentes dos ideais políticos dominantes.

Cumprе ressaltar que a atividade financeira do Estado difere da exercida pelo particular, porque a riqueza para o Estado constitui apenas um meio para que possa cumprir suas finalidades de satisfação das necessidades públicas, enquanto para o particular a riqueza constitui o fim por ele visado. (COSTA JR., 1991, p. 6)

O Estado desenvolve sua atividade não pela simples razão de que por ela será

remunerado, mas em virtude de lei ter determinado sua atuação pública. E se está assegurado em lei, então é porque é realmente essencial. Em contrapartida receberá taxa, porque é a espécie tributária que remunera o Estado pela prestação de certos serviços públicos, visando cobrir despesas com a efetivação da atividade essencialmente pública e não a proporcionar lucros.

Porém, pode acontecer que o Poder Público acabe prestando determinados serviços que não se inserem na categoria dos públicos propriamente ditos, quando realize atividade estritamente econômica, campo reservado ao particular, ao setor privado, notadamente por objetivar lucro. Faz, o setor privado, da atividade um meio para chegar a um fim, que é o lucro, ao contrário do Poder Público, que se vê obrigado a encontrar meios - e o faz por intermédio da arrecadação tributária - para atingir seu fim maior que é o bem-estar social.

E tais serviços de cunho privado, por não competirem originariamente ao Estado, não podem ser considerados serviços públicos, ainda que realizados pelo Poder Público, porque estão inseridos no campo da atividade econômica. Como consequência por não serem destinados ao cumprimento das finalidades essenciais do Estado, seu custeio não está adstrito ao sistema tributário, mas sim ao tarifário, vale dizer, são remunerados tão somente por tarifas ou preços públicos.

Neste ponto é adiantada a premissa de que a natureza jurídica do serviço não está atrelada à pessoa que o presta, mas sim à pessoa que tem competência para instituí-lo e o poder-dever de prestá-lo. A prestação do serviço público pode ser delegada sem que com isso o serviço perca a natureza jurídica tributária.

Eloquente o pronunciamento do STJ² a propósito da questão:

A natureza jurídica do valor cobrado pelas concessionárias de serviço público de água e esgoto é tributária, motivo pelo qual a sua instituição será adstrita ao princípio da estrita legalidade, no sentido de que somente por meio de “lei em sentido estrito” pode exsurgir a exação e seus consectários. A natureza jurídica da remuneração percebida pelas concessionárias pelos serviços públicos prestados possui a mesma natureza jurídica daquela que o Poder Concedente receberia, se os prestasse diretamente.

Assim, a exploração de atividade econômica deverá ser remunerada por preço. Se o for pelo Estado, preço público ou tarifa; se pelo particular, preço privado, de vez que não se trata de serviço público.

Toda essa distinção perde sentido quando compartilhada a lição de Villegas *apud* Pereira Filho (2003, p. 123), para quem todas as atividades inerentes à soberania só dão lugar a taxa.

Entretanto, serviços existem que não são próprios da soberania, mas só podem ser remunerados por taxa. São os essencialmente públicos, em decorrência da lei, submetidos ao regime de direito público. Não precisam de contrato e não almejam lucro.

A prestação de serviço público é um dever do Estado e um direito do cidadão. E o serviço de fornecimento de água, essencial à sobrevivência humana, é dever do Estado e direito do cidadão, muitas vezes prestado por concessionária de serviço público.

Machado (2002, p. 376) leciona que:

Quanto à remuneração pelo uso ou pela aquisição de propriedade de bens do Estado, é pacífico o entendimento: a receita é um preço. Nunca uma taxa [...]. Acontece que a definição do que seja atividade específica do Estado enseja divergências insuperáveis. Aquilo que em determinado lugar considera-se atividade própria do Estado, em outros lugares pode não ser assim considerado [...]. O importante é entender-se que se a lei denominou a receita como taxa, vinculou esta ao regime jurídico tributário. Tal receita ficará, portanto, sujeita aos princípios constitucionais da tributação, entre os quais o da legalidade e o da anterioridade da lei ao exercício financeiro da respectiva cobrança.

Não existe serviço público - de direito público - que seja facultativo ao Estado. E se o serviço é público, manterá esta natureza, mesmo que seja realizado por concessionária,

² (STJ, Resp 480.692 – 2002/0146237/6 – MS – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 30.06.2003, com íntegra na RET – v. 6, n. 33, set./out., 2003, p. 38/54).

de vez que o Poder Público deverá sempre fiscalizar sua execução; somente a execução é transferida ao terceiro e isso não muda a natureza jurídica tributária da remuneração porque a natureza do serviço continuará a ser pública, como entendem Barreto e Giardino (p. 108):

Só taxa pode remunerar os serviços públicos, seja qual for a forma operacional adotada pelas entidades que os desempenham. O que se concede não é o serviço, mas sim sua execução. O serviço é sempre público, o titular é sempre a pessoa pública.

Nesse sentido, claro o posicionamento do STJ³, em acórdão no qual parte da decisão monocrática é citada pelo relator Ministro José Delgado:

Hoje, mais do que nunca, os serviços de água e esgoto constituem função essencial do Poder Público, não perdendo essa natureza se este, para melhor atingir seus objetivos, vem a desenvolvê-los através de empresas de economia mista.

A tarifa já se submete a regime de Direito Privado, porque faculta-se ao particular a utilização dos serviços (ônibus, telefone, etc [sic]), sendo marco distintivo daquela a obrigatoriedade do serviço.

Não importa, no caso, que tarifa seja a previsão remuneratória da lei municipal pelos serviços de água e esgoto, pois constitui taxa e como tal deve ser conceituada, certo que não é o nome que altera a natureza das coisas, mas sim a conceituação jurídica dos institutos e das relações de direito.

2.2 DO SUJEITO ATIVO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

– Poder Público ou Empresa Concessionária do Serviço Público

A diferença entre taxa e preço público não está na relação entre o consumidor (usuário, contribuinte) e a entidade prestadora e, neste sentido, contesta-se o posicionamento de quem entende que a remuneração por taxa ocorrerá sempre que o serviço for prestado pelo Estado, e que a delegação a terceiros, poderá então ser feita por tarifa ou preço público.

Isso porque a natureza do serviço prestado é o que tem relevância para caracterizá-lo como essencialmente público e não apenas a pessoa que o está prestando: restou demonstrado no item 2.1 que o Poder Público pode realizar atividade meramente econômica e que uma empresa privada (concessionária) pode prestar serviço público.

Impera, por consequência, afastar o entendimento no sentido de que, quando o serviço for prestado pelo Poder Público, o valor cobrado será taxa e quando o serviço for prestado por concessionária será preço público ou tarifa.

Na maior parte dos Municípios brasileiros a legislação específica, seja ela das posturas municipais, da vigilância sanitária, o Código de Obras ou o Plano Diretor, impõe a interligação do prédio urbanizado à rede pública de água e esgoto, com base em imperativos de saúde pública e urbanização, como julgado inserto na RT 435/150:

Em que pese orientação em sentido contrário, efetivamente os serviços de água e esgoto sanitário são de caráter público, de natureza marcadamente social, de interesse coletivo, integrados na sistemática da higiene e da saúde, profundamente entrelaçados com o saneamento. Ainda que possam ser objeto de concessão e que seja usual a sua exploração por autarquias ou pessoas de economia mista, mesmo assim os serviços de água e esgoto integram o rol dos serviços típicos do Estado, constituindo a sua organização e contraprestação individual matérias de Direito Público.

Se um serviço público essencial é utilizado ou colocado à disposição de certos contribuintes, eles terão, por consequência, que arcar com os custos desse serviço. Daí porque a prestação e utilização desse serviço é essencial e também é tida por compulsória, implicando na remuneração mediante taxa e observância do sistema constitucional tributário vigente.

Justen Filho, citado por Pereira Filho (2003, p. 128) argumenta que a concessão

³ (STJ, Resp. 431.121 – 2002/0048952-5 – SP – Rel. Min. José Delgado – DJU 20.08.2002).

não tem o condão de modificar o regime jurídico de público em privado, posto que não é modalidade de desafetamento do serviço público em privado.

2.3 DA ESSENCIALIDADE COMO CARACTERÍSTICA DETERMINANTE DO SERVIÇO PÚBLICO

Após muitos questionamentos nos Tribunais, recente acórdão do STJ⁴, antes referido, assentou a prevalência das conclusões do X Simpósio Nacional de Direito Tributário, no sentido de que:

[...] a natureza jurídica da remuneração decorre da essência da atividade realizada, não é afetada pela existência da concessão. O concessionário recebe remuneração da mesma natureza daquela que o Poder Concedente receberia, se prestasse o serviço [...]. O art. 11,[sic] da Lei 2.312, de 03.09.1994 [sic] (Código Nacional de Saúde) [norma revogada pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990] determina que “É obrigatória a ligação de toda construção considerada habitável à rede de canalização de esgoto, cujo afluente terá destino fixado pela autoridade competente”.

Em decisão anterior do mesmo Tribunal, publicada em 24 de agosto de 1998, o eminente relator Ministro José Delgado⁵ asseverou que a obrigatoriedade do serviço de água e esgoto era atividade essencial para o bem-estar da coletividade e proteção da saúde.

Sustentou, mais, citando Geraldo Ataliba, ser absurdo defender a liberdade do legislador para escolher a natureza jurídica da remuneração dos serviços públicos e concluiu:

[...] serviço público não se vende. Não se compra. Presta-o o Estado, porque a lei o determina. Utiliza-o o administrado porque dele necessita, ou porque a lei o constrange (esgoto, identificação, licença para construir, etc [sic]) [...]. Todas essas considerações conduzem inexoravelmente a reconhecer que os serviços públicos somente podem ser remunerados por taxa.

Sem embargo da lucidez dos ensinamentos do professor, insiste-se em analisar mais detidamente essa afirmativa, analisando um caso concreto.

Em sessão de 22 de abril de 2003, a Primeira Turma do STJ decidiu, por unanimidade, que em razão da própria empresa concessionária haver reconhecido não ter prestado os serviços de coleta de esgoto a determinada empresa provada e, por tal motivo, suspenso a cobrança do valor respectivo, a conclusão decorrente foi que só poderia tratar-se de tarifa, de vez que a taxa pode ser cobrada também pelo uso potencial ou simples disponibilidade, como preferem expressar alguns doutrinadores⁶.

Ora, se no citado caso o Poder Público não havia ligado a empresa à rede coletora, portanto, não havia disponibilizado o serviço, nada mais correto do que suspender a cobrança, de vez que não havia serviço disponibilizado ao usuário.

Mas isso não desnatura o serviço a ser prestado, posto que é serviço essencial, de prestação compulsória por lei, seja pelo Poder Público ou por quem lhe faça às vezes.

Na verdade, em se tratando de serviço público essencial, específico e divisível, o Poder Público tem o dever de colocá-lo à disposição da empresa e não simplesmente suspender a cobrança porque não havia prestado o serviço. Por esse motivo, como não o disponibilizou à empresa, é certo que realmente não poderia cobrá-lo (não haveria nem mesmo o “uso potencial”, porque não haveria rede coletora), mas isso não é suficiente para forçar a conclusão de que a necessidade de contraprestação evidenciaria, por si só, a cobrança de tarifa. Ainda que tenha havido pagamento indevido, o contribuinte o fez a título de taxa e não de tarifa e tinha o direito a exigir que o Estado disponibilizasse a rede coletora, a menos que a legislação obrigasse a própria empresa a utilizar meios próprios para dar destino ao esgoto.

E, num esforço de raciocínio, nessa hipótese, nem mesmo caberia falar em tarifa, já que se a própria empresa estivesse obrigada por lei específica a dar destinação adequada

⁴ (Resp. 480.692 – 2002/0146237-6 – MS – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 30.06/2003, com íntegra na RET – v. 6, n. 33, set./out., 2003, p. 38/54).

⁵ STJ, Resp 167489 – SP – 1ª T. – Rel. Min. José Delgado, DJU 24.08.1998, p. 44/45).

⁶ STJ, Resp 439570 (2002/0065023-1) DF – Rel. Min. Luiz Fux, DJU 22.04.2003.

ao seu esgoto, nada teria que pagar a ninguém. Ao Poder Público, como já dito, caberia a fiscalização sanitária e ambiental.

De fato, o serviço público essencial e compulsório é aquele que, conforme decisão do 1º TACivil⁷, acompanhando a lição do professor Roque Carrazza “não comporta nenhum tipo de negociação quer da parte do Estado (que é obrigado a prestá-lo, nos termos da lei) quer dos contribuintes (que, para a ele ter acesso, devem curvar-se às exigências legais pertinentes).”

Com ou sem o respectivo pagamento, o Poder Público não poderá deixar de prestar o serviço, posto que ele foi instituído por lei, já que de natureza essencial. Poderá o Poder Público utilizar de outros meios jurídicos como a execução fiscal para cobrar o valor não pago (taxa) mas não poderá deixar de prestá-lo, de vez que a obrigatoriedade da sua prestação decorre da lei.

Moraes (1976, p. 153) aduz que “o serviço público, específico e divisível é de utilização compulsória, em se tratando de água e esgoto [...]. O simples serviço de água e esgoto, prestado ou posto à disposição do contribuinte, é causa jurídica da taxa de água e esgoto

7 Cf. AI n. 1.144.867-6 – Diadema-SP, Ac. 1º TACivil – 4ª Câ., Rel. Juiz Gomes Corres, j. 11.12.2002, v.u., citando Carrazza, Roque Antonio.

2.4 DA COMPULSORIEDADE

A questão da compulsoriedade para definição da natureza jurídica do valor que se paga como retribuição pelos serviços de água e esgoto é de extrema relevância neste estudo.

Em artigo publicado na Revista Interesse Público, Machado (2004) critica posicionamento do Prof. Adilson Abreu Dallari, Titular de Direito Administrativo pela PUC/SP (este publicado em Fortaleza, no Diário do Nordeste, do dia 9 de novembro de 2003), por entender ter a natureza jurídica de TARIFA o valor cobrado para custeio do serviço público de água e esgoto de utilização compulsória, quando realizado por concessionária, adiante explicito:

[...] o art. 175 da Constituição Federal, sem qualquer reserva ou limitação, prevê expressamente, a cobrança de tarifa pela prestação de serviços públicos executados por empresas concessionárias, e assevera ser evidente que a remuneração do serviço concedido mediante tarifa tem assento constitucional.

Interpretação diferente do contexto do preceito legal trazido a colação por Dallari, tem Roque Carrazza, que afirma que a política tarifária do artigo 175, parágrafo único, III, da Constituição Federal de 1988, deve ser realizada pelo Ente Público que a concedeu ou permitiu. O Poder Público é o destinatário imediato desta norma, não o contribuinte. Assim, o contribuinte continuaria pagando taxa à concessionária, e o Poder Público, caso viesse a remunerar a concessionária em razão do contrato, estaria pagando preço público.

O STF já pacificou que tarifa não é compulsória, ao contrário da taxa.

Com efeito, a liberdade de escolha por um sistema tarifário, nesse caso, fere as garantias constitucionais básicas do contribuinte, tais como as asseguradas pelas limitações constitucionais do poder de tributar, se transferidas à iniciativa privada as prerrogativas pela definição dos requisitos para cobrança de sua remuneração.

Fundado na compulsoriedade ínsita aos serviços públicos, como já defendido, e no critério para o enquadramento de sua remuneração por intermédio de tributo, quando específicos e divisíveis, feita por meio de taxa, e, quando de interesse geral, por meio de imposto, cabe reiterar que o fato da prestação de um serviço público ter sido transferida a uma concessionária (e não mais ser realizada diretamente pelo Poder Público) não o descaracteriza como serviço público essencial, nem lhe retira o caráter de compulsoriedade, cuja remuneração somente poderá ser feita mediante taxa⁸.

E, nestes casos, a taxa é instituída pelo Poder Público concedente mediante lei, e só por lei poderá sua alíquota ser majorada ou sua base de cálculo ser modificada. A

8 Também neste sentido, Ataliba, Geraldo. Abastecimento de água – serviço público delegado – taxa. Revista de Direito Administrativo, v. 186, out./dez. 1991, p.315/333 e Machado, Hugo de Brito. Taxa e Preço Público. Caderno de Pesquisas Tributárias, n.º10, p. 133-151.

concessionária deverá obedecer essas diretrizes, pois que o serviço não perdeu as características de público pelo só fato de estar sendo prestado por pessoa jurídica de direito privado concessionária de serviço público.

Não se faz possível dentro do nosso sistema, no qual o Direito Tributário é eminentemente regrado pela Constituição Federal, que a escolha sobre a forma de remuneração e, conseqüentemente, sobre a natureza jurídica dela por esse serviço, fique ao livre arbítrio de quem a instituir, para que escolha se o fará por taxa ou preço público, desrespeitando os princípios constitucionais da legalidade, da anterioridade, da segurança jurídica e de proteção ao contribuinte.

Valem-se, as concessionárias, das prerrogativas impositivas de cobrança próprias da taxa, mas sem as limitações a ela correspondentes, a exemplo dos princípios da anterioridade e da tipicidade, de vez que a tarifa pode ser aumentada a qualquer tempo, sob o fundamento de assegurar o equilíbrio da relação contratual. Teriam o poder de impor a cobrança e a liberdade de fixar contratualmente o montante do que pretendem arrecadar.

Se taxa é devida mesmo quando o serviço não é efetivamente utilizado, mas desde que seja apenas colocado à disposição do contribuinte, tanto mais o será por motivos de interesse público (saúde, higiene), não perdendo o caráter tributário, ainda que não prestado diretamente pelo Poder Público, mas por uma concessionária.

2.4.1 COMPULSORIEDADE NA UTILIZAÇÃO PELO CONTRIBUINTE

Segundo Machado (2002, p. 378), compreender a compulsoriedade é fundamental para a correta percepção da natureza da remuneração dos serviços públicos, *in verbis*:

O que caracteriza a remuneração de um serviço público como taxa ou como preço público é a compulsoriedade, para a taxa e a facultatividade para o preço, conforme já decidiu o STF. Importante, porém, é a compreensão adequada, que se há de ter, do que sejam essa compulsoriedade e essa facultatividade.

A título de exemplo, imaginemos a necessidade que se tem de energia elétrica. Se o ordenamento jurídico nos permite atender a essa necessidade com a instalação de um grupo gerador em nossa residência, então a remuneração que o Estado nos cobra pelo fornecimento de energia elétrica é um preço público, pois não somos juridicamente obrigados a utilizar o serviço público para a satisfação da nossa necessidade [...]. A remuneração que pagamos pelo serviço de energia elétrica, portanto, não é compulsória.

O mesmo não pode ser dito do serviço de água e esgoto. Se há norma proibindo o atendimento da necessidade de água e esgoto por outro meio que não seja o serviço público, a remuneração correspondente é taxa.

Com efeito, se o sistema normativo obriga o cidadão a utilizar determinado serviço que o Poder Público disponibiliza, proibindo-o de utilizar-se de alternativas para alcançá-lo, é imperioso que a remuneração se faça por intermédio de tributo, com as limitações impostas pela Constituição Federal, assegurando as garantias inerentes ao sistema tributário.

Acaso a legislação não obrigue o contribuinte à utilização de um serviço prestado pelo Poder Público ou por quem lhe faça as vezes, a remuneração não ficará condicionada às restrições do sistema tributário (MACHADO, 2002, p. 379).

À liberdade que tem o Poder Público na fixação do preço público corresponde a liberdade do cidadão de utilizar, ou não, o serviço correspondente. Se o cidadão não tem essa liberdade, o Poder Público deve estar igualmente limitado pela ordem jurídica no pertinente aos critérios para fixação do valor a ser cobrado, que será um tributo.

Poderá, então, cobrar tarifa caso o serviço não seja de utilização e remuneração compulsória, como é o caso da energia elétrica, de vez que não existe lei proibindo o cidadão de utilizar-se de gerador de captação de energia solar, caso em que poderá

prescindir do serviço prestado pela concessionária ou pelo Poder Público. Neste caso, o valor cobrado do usuário que se utiliza deste serviço será tarifa (ou preço público) e deverá observar as normas estabelecidas para as tarifas.

Impera consignar que alguns doutrinadores, como Pereira Filho (2003, p. 125), sustentam que, mesmo nestes casos, o pagamento deverá ser feito mediante taxa quando o contribuinte se utilizar do serviço prestado pelo Poder Público. Entende que se o serviço é estabelecido em lei como público e, portanto, passa a ser obrigatório seu desempenho pelo Estado ou por delegação, será regido pelo Direito Público e só poderá ser remunerado por taxa. E não precisa ser compulsório o uso pelo contribuinte; basta que seja obrigação do Estado.

Já Dallari, anteriormente citado, sustenta que se um serviço é essencial, seu uso será compulsório pelo contribuinte e que, caso seja o Poder Público quem o preste, será remunerado por taxa; se for a concessionária, o será por tarifa.

Mas esta tese não se coaduna com o princípio da estrita legalidade, o da separação dos poderes e o da segurança jurídica.

Entende ele que quem estabelece o preço é o Poder Público, quando da licitação para concessão, e que por isto o contribuinte não estará desprotegido e a Constituição Federal não terá sido desrespeitada quanto às garantias fundamentais do contribuinte.

Ocorre que o Poder Público, neste caso, é o Executivo, a quem interessa a arrecadação, e não passa pelo crivo do Poder Legislativo, representante maior do povo, competente para decidir sobre norma tributária.

2.4.2 COMPULSORIEDADE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PELO PODER PÚBLICO

O já citado posicionamento de Pereira Filho (2003, p. 120), conquanto parta de premissas diferentes das adotadas neste artigo, objetiva assegurar sempre a máxima proteção ao contribuinte, presumivelmente o lado mais fraco da relação jurídica, a saber:

[...] Portanto, jamais haverá serviço público facultativo para o Estado. O serviço que estiver previsto no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional, como próprio dos entes públicos, ser-lhes-á compulsório. O que efetivamente, pode acontecer é que o texto constitucional, em alguns casos, estabelece ao Estado a permissão para delegar a execução do serviço público a terceiros, mediante concessão ou permissão. O Estado, mesmo nesse caso, continuará responsável por preservar ou fiscalizar o adequado desempenho da atuação exercida pela empresa contratada. Não sendo a atividade pública desenvolvida a contento por uma concessionária ou permissionária, o Poder Público não ficará desincumbido do seu mister de prestá-la, sendo obrigado a levá-la a cabo, de forma eficiente.

Se um serviço é essencial, seu uso, por consequência, será compulsório. Caso contrário, poderia o contribuinte se valer de meios alternativos para seu uso ou até mesmo não utilizá-lo por sua própria conveniência particular. E se é compulsório, deve ser garantido e fiscalizado pelo Poder Público, que o prestará diretamente ou por intermédio de uma concessionária. Neste caso, a remuneração será sempre por taxa, posto que a transferência da capacidade ativa não desnatura a natureza jurídica do serviço.

2.4.3 COMPULSORIEDADE NO PAGAMENTO PELO CONTRIBUINTE

Em tópicos anteriores, foi dito que se um serviço público essencial é utilizado ou colocado à disposição de certos contribuintes, os custos desse serviço devem ser por eles arcados.

No já criticado artigo do Prof. Dallari, na afirmação de que o serviço pode ser compulsório, mas sua remuneração poderá ou não ser compulsória, ou seja, a prestação de um serviço pode ser essencial e compulsória pelo Estado, mas sua remuneração pelo

contribuinte poderá dar-se alternativamente mediante taxa (se for prestado diretamente pelo Poder Público), ou mediante tarifa (se for prestado por concessionária), a diferença reside na pessoa jurídica que presta o serviço.

Não parece acertado o posicionamento que condiciona a natureza jurídica do serviço a quem, por conveniência ou por contrato, assume o dever de prestá-lo.

Ainda sustentando a característica tributária da remuneração pelo serviço essencialmente público, tanto realizado pelo Estado quanto por quem lhe faça as vezes, existe a necessidade de ser examinado se ele é específico e divisível para ser tributado como taxa, de vez que serviços públicos existem pelos quais o Estado não cobra remuneração alguma, a exemplo da vacinação pública (que não tem caráter contínuo e atinge apenas parcela da população), serviços estes que se presumem custeados indiretamente por tributos recolhidos a título de impostos, financiados por toda sociedade e não só por aquele que recebeu diretamente o serviço.

Resta evidente neste estudo, portanto, que tarifa não pode remunerar nenhuma espécie de prestação essencial e compulsória por força de lei. (MACHADO, 2004)

E esse único requisito, o da compulsoriedade no pagamento, não pode ser isoladamente utilizado como elemento para definir a natureza do valor cobrado pelos serviços de água e esgoto, de vez que serviços outros existem que, mesmo não sendo considerados essenciais e compulsórios, mas sim de mero deleite ou recreio, de índole privada, uma vez contratados, a lei obriga seu pagamento pelo contratante, o que inviabiliza este argumento isolado como bastante para definir a natureza tributária ou tarifária de um serviço.

CONCLUSÃO

Assim, quando o Estado presta serviço público específico, divisível, essencial e compulsório, recebe taxa; quando explora atividade econômica, está sob o regime de direito privado, devendo remunerar-se por preço ou tarifa.

E quando concede um serviço público, está sob o regime de direito público, paga à empresa um preço, em decorrência do contrato administrativo regido pelo direito público; já a empresa concessionária, por realizar serviço público por intermédio da delegação da capacidade ativa, receberá do Estado, um preço (pois seu contrato visa lucro), mas só poderá cobrar do contribuinte uma taxa (pois é prestação de serviço público essencial). Como o preço é estabelecido em contrato, vincula somente os contratantes, o Poder Público e a concessionária, e não um terceiro, o contribuinte. Também por esse motivo, a empresa concessionária, para conciliar a cobrança lícita de remuneração do contribuinte e a manutenção do equilíbrio financeiro do contrato administrativo que celebrou com o Poder Público, precisará que as regras estejam expressamente previstas na lei que autorizou a concessão, o que reforça sua natureza tributária de taxa e não tarifa, que decorre simplesmente de contrato, dada sua não-compulsoriedade de prestação e fiscalização (direta ou indireta) pelo Estado e de uso pelo contribuinte.

De tudo quanto exposto, e de acordo com as premissas assentadas, conclui-se que a remuneração pelo serviço de água e esgoto somente pode ter natureza jurídica **tributária**.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- BARRETO, Aires; GIARDINO, Cléber. Serviços Públicos, intributabilidade por via de imposto – serviços de transporte urbanos e ISS. *Revista de Direito Tributário*, n.62.
- BORGES, Tarásio Campelo. *Sigilo Bancário Perante a Administração Pública Federal*. 2002. 151 f. Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade de Fortaleza, Ceará.

BRASIL. Constituição (1998), 33 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Código Tributário Nacional, 33 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

COSTA JR., Luiz Emygdio. *Manual de Direito Financeiro e Tributário*. 7 ed. atual. São Paulo: Renovar, 1991.

MACHADO, Hugo de Brito. *Custeio do Serviço Público de Uso Compulsório*. Revista Interesse Público, ano 5, nº 23, janeiro/fevereiro de 2004. Porto Alegre: Notadez.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Pública Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Doutrina e Prática das Taxas*. São Paulo: RT, 1976.

PEREIRA FILHO, Luiz Alberto. *As taxas No Sistema Tributário Brasileiro*. São Paulo: Juruá Editora, 2003.