

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

**RAFAELA ALBACH GOLDMAN**

**TAXAS E TARIFAS**

**CURITIBA  
2010**

RAFAELA ALBACH GOLDMAN

## **TAXAS e TARIFAS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná - UFPR - como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Betina Treiger Gruppenmacher

**CURITIBA  
2010**

# TERMO DE APROVAÇÃO

RAFAELA ALBACH GOLDMAN

## Taxas e Tarifas

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

---

*BETINA TREIGER GRUPENMACHER*  
Orientador

---

*EGON BOCKMANN MOREIRA*  
Primeiro Membro

---

*JOSÉ ROBERTO VIEIRA*  
Segundo Membro

Dedico este trabalho à Deus, que possibilita cada conquista que tenho em minha vida.

## **AGRADECIMENTOS**

A todos meus grandes mestres, principalmente à minha orientadora, Professora Dr. Betina Treiger Grupenmacher, pelas lições, apoio, sabedoria, paciência e principalmente por seu exemplo.

Ao Professor Dr. Egon Bockmann, pelo apoio e inspiração no desenvolvimento deste trabalho.

Aos meus pais, Luiz Goldman e Sandra Mara Albach, pelo incentivo e apoio que me deram ao longo da minha vida.

Ao meu namorado, pelo carinho e paciência.

Às amigas que sempre me incentivaram.

## RESUMO

Esta monografia tem por objeto o estudo das taxas, tarifas e preços públicos no serviço público. O conceito do que é serviço público e a sua remuneração é tema controverso e polêmico. Afinal o que é considerado serviço público depende do tempo e espaço em que este é prestado. E a remuneração deste através de taxas, tarifas ou preços públicos depende de vários fatores. Entre estes fatores, o ente que presta o serviço e o regime jurídico da prestação dos serviços públicos. Inclusive, alguns doutrinadores ainda não aceitam a remuneração através de tarifas. A escolha por este tema se justifica pela variedade de posições doutrinárias que apresenta e também pelas possibilidades de interpretação que podem ser feitas. O objetivo do presente trabalho é fazer uma breve análise do que é serviço público e a modificação que ocorreu na forma de prestação dos serviços públicos com a desestatização, para em seguida tratar sobre a remuneração, explicando brevemente as taxas, tarifas e preços públicos.

Palavras-chave: Serviço público. Desestatização. Concessão. Permissão. Remuneração. Taxas. Tarifas. Preços públicos.

## **RESUMEN**

Esta tesis tiene como objetivo el estudio de las tasas, tarifas y precios en el Servicio Público. El concepto de lo que es Servicio Público y su remuneración es un tema controvertido y polémico. Lo que es considerado servicio público, depende del tiempo y espacio en que este es prestado y la remuneración de este a través de tasas, tarifas o precios públicos depende de varios factores, entre ellos; la entidad que presta el servicio y el régimen jurídico de la prestación de los servicios públicos. Inclusive, algunos doctrinadores todavía no aceptan la remuneración a través de tarifas. La elección de este tema se justifica por la variedad de posiciones doctrinales que presenta y también por las posibilidades de interpretación que pueden ser hechas. El objetivo del presente trabajo, es el de hacer un análisis corto de lo que significa el servicio público con la privatización, para enseguida tratar sobre la remuneración, explicando brevemente las tasas, tarifas y precios públicos.

Palabras-clave: Servicio Público. Subvención. Permiso. Privatización. Remuneración. Tasas. Tarifas. Precios Públicos.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>CAPÍTULO I . SERVIÇOS PÚBLICOS</b> .....	<b>10</b>
<b>1. OS SERVIÇOS PÚBLICOS</b> .....	<b>10</b>
1.1 PROBLEMATIZAÇÃO DO TEMA .....	10
1.2 BREVE REFERÊNCIA HISTÓRICA E CONCEITOS DA DOUTRINA.....	12
1.3 ATIVIDADE ECONÔMICA E SERVIÇO PÚBLICO .....	16
1.4 CRITÉRIOS PARA CONCEITUAR SERVIÇO PÚBLICO .....	18
<b>2.DESESTATIZAÇÃO</b> .....	<b>23</b>
2.1 CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS .....	26
2.2 PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	35
<b>CAPÍTULO II. TAXAS E TARIFAS</b> .....	<b>38</b>
<b>1. TAXAS</b> .....	<b>38</b>
1.1. TRIBUTOS VINCULADOS .....	41
1.2 REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA DAS TAXAS.....	42
<b>2. ALGUMAS CARACTERÍSTICAS DAS TAXAS APRESENTADAS PELA DOUTRINA</b> .....	<b>50</b>
<b>3. TAXA PELO PODER DE POLÍCIA</b> .....	<b>52</b>
<b>4. TAXA EM RAZÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS</b> .....	<b>55</b>
<b>5. SERVIÇOS DE REGISTROS PÚBLICOS, CARTÓRIOS E NOTARIAIS</b> .....	<b>64</b>
<b>6. CRISE DO INSTITUTO DA TAXA</b> .....	<b>67</b>
<b>7. TARIFAS E PREÇOS PÚBLICOS</b> .....	<b>70</b>
7.1 PEDÁGIO .....	70
7.2 BREVE DIFERENÇA ENTRE TARIFA E PREÇO PÚBLICO .....	74
7.3 PERSPECTIVA DOUTRINÁRIA SOBRE A REMUNERAÇÃO MEDIANTE TARIFAS OU PREÇO PÚBLICO .....	79
<b>8. TARIFA E PREÇO PÚBLICO NA SUA CONFIGURAÇÃO ATUAL</b> .....	<b>81</b>
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>91</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>94</b>
<b>LEGISLAÇÃO CONSULTADA</b> .....	<b>99</b>

## INTRODUÇÃO

A proposta deste trabalho é apresentar as diferentes formas de remuneração dos serviços públicos. Porém, para entender qual a forma adequada para cada situação, é necessário adentrar ao tema dos serviços públicos.

O conceito de serviço público é um dos mais difíceis temas no estudo do direito, pois não há um conceito universal para tal. Este depende da realidade, ou seja, varia de acordo com o local e o tempo em que é prestado. O presente estudo apresenta, brevemente, diferentes perspectivas doutrinárias sobre o tema, mostrando os elementos que são utilizados pela doutrina para a definição de um serviço como público.

É apresentada a modificação do Estado e conseqüentemente da prestação dos serviços públicos, que passam por um processo de desestatização. O Estado prestador passa a desempenhar outras funções, como a fiscalizadora; a prestação dos serviços públicos é delegada ou outorgada à iniciativa privada, em muitos casos.

A delegação dos serviços a entes privados se dá através de institutos como a concessão e a permissão. O estudo dos institutos da concessão e permissão é muito importante, pois é através deles que surge a questão tarifária. A concessão é tema complexo, pelo que é preciso entendê-la dentro da realidade em que está inserida, não sendo possível interpretá-la de maneira adequada dentro de uma perspectiva estática, como será mostrado ao longo do trabalho.

Após os serviços públicos, o presente trabalho trata das taxas, o tributo, cujo estudo é considerado, por parte da doutrina, como o com mais discrepâncias e dificuldades. A regra matriz de incidência das taxas é mostrada de maneira concisa, passando por doutrinadores de renome como Geraldo Ataliba e Paulo de Barros Carvalho, entre outros.

São também mostradas características da doutrina sobre as taxas e a divisão em taxas de serviços públicos e por ato de polícia, explicando brevemente cada uma das situações, mostrando em que casos são cobradas taxas pela remuneração de serviços públicos. É ainda explicada a teoria que prega que as taxas em razão dos serviços públicos encontram-se em crise.

Em um último momento, os institutos das tarifas e preços públicos são estudados, assumindo a postura de um tema não menos complexo e polêmico que os acima citados. É apresentada uma diferenciação entre tarifa e preço público a

partir da doutrina, e, tomando por base tudo o que já foi explicado ao longo do trabalho, é buscada uma configuração atual da tarifa e preço público, como remuneração de serviços públicos prestados por particulares.

## CAPÍTULO I SERVIÇOS PÚBLICOS

### 1. OS SERVIÇOS PÚBLICOS

#### 1.1 PROBLEMATIZAÇÃO DO TEMA

O conceito do que é serviço público é controvertido na doutrina, pois os serviços públicos “são frutos do nosso tempo e espaço. Ou, melhor, são frutos dos nossos tempos e espaços”.<sup>1</sup> A adequação dos serviços públicos, portanto, é dependente “do momento e do local em que são prestados”.<sup>2</sup>

EGON BOCKMANN MOREIRA ensina com lastro em Giannini que

a qualificação de algo como serviço público deve-se sobretudo a uma consideração valorativa de prevalência: não é apenas um empreendimento fundado no Poder Público ou por ele exercido, mas sim atividade reservada ao Estado em vista das necessidades essenciais à convivência humana em determinado momento histórico<sup>3</sup>. Tais demandas coletivas são definidas ao seu tempo e exigem que o serviço seja prestado de maneira contínua, mas não imutável (afinal, a sucessão de momentos históricos traz consigo as mudanças sociais, e estas resultam na alteração das respectivas necessidades sociais).<sup>4</sup>

No passado, “nos primórdios do serviço público”, podia-se com mais facilidade identificar a oposição entre o Estado e a sociedade.<sup>5</sup> Hoje, porém, isto se modificou e, atualmente, esta oposição, além de não existir como antes, ainda faz transparecer que a transição entre público e privado está numa linha cada vez mais tênue, que em alguns casos precisa ser bem definida.

A doutrina apresenta esta problemática da determinação do significado de serviço público. Como se pode depreender da opinião de autores como CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “por singular que pareça, não obstante sua

<sup>1</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: Inteligência da lei 8.987/1995. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.33.

<sup>2</sup> *Id.*

<sup>3</sup> GIANNINI, Massimo Severo. **Il pubblico potere**: stati e amministrazioni pubbliche. Bolonha: Il Mulino, 1986. p.72-73. *Apud* MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da lei 8.987/1995. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.33.

<sup>4</sup> MOREIRA. *op. cit.* p.33.

<sup>5</sup> ARAÚJO, Sarah Linhares de. **Taxas e tarifas no serviço público**. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. p.32.

importância capital, o conteúdo de serviço público e respectiva definição nunca foram precisos e uniformes.”<sup>6</sup> No mesmo sentido é MARÇAL JUSTEN FILHO, para o qual serviço público, “trata-se de um dos mais problemáticos temas enfrentados pela Ciência do Direito Administrativo”.<sup>7</sup>

Assim, a definição de serviço público passa por várias modificações, até pela mudança das variadas formas de Estado, como do Estado Absoluto, ao de Bem Estar Social, entre outros. Atualmente, pela diminuição da prestação direta dos serviços públicos, alguns doutrinadores entendem que o próprio conceito de serviço público não existe mais<sup>8</sup>: esta perspectiva provém da ligação que os doutrinadores fazem de serviço público com a prestação direta pelo Estado.

Serviço público é um tema muito complexo que depende de muitos elementos advindos da realidade social, pelo que “não há conceito universal de Serviço Público”<sup>9</sup>, pois, pela modificação dos elementos sociais, de acordo com BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, “o conceito de serviço público varia no tempo e no espaço”.<sup>10</sup> A modificação da própria sociedade e dos modelos de Estado, e conseqüentemente dos conceitos advindos da modificação, nos dá a noção apresentada por MARÇAL JUSTEN FILHO, de que o conceito de serviço público provém do “tipo de Estado vigente no momento histórico”.<sup>11</sup>

O tema “serviço público” enfrenta “as questões mais nucleares da Política e do Direito. Trata-se de definir a função do Estado, seus limites de atuação e o âmbito reservado aos particulares”.<sup>12</sup> Cada sociedade, nas diferentes circunstâncias de sua formação e evolução, “constrói seu conceito de serviço público”,<sup>13</sup> sendo este um conceito reflexo para Marçal. Isto porque é preciso definir a forma de Estado e os valores primordiais da comunidade para entender o significado que o serviço público adquire.

<sup>6</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p.136-137.

<sup>7</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 56.

<sup>8</sup> ARAÚJO. *op. cit.* p.35.

<sup>9</sup> RODRIGUES, Carlos Roberto Martins. A crise e a evolução do conceito de serviço público. **Revista de Direito Público**, São Paulo, p. 130, 1981.

<sup>10</sup> MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de direito tributário**. Vol. V 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.525. *Apud* BRECHO, Renato Lopes. Taxa, tarifa e preço no direito público brasileiro. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 167, p. 113, Ago 2009.

<sup>11</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 54.

<sup>12</sup> *Id.*

<sup>13</sup> *Ibid.* p.58.

EROS GRAU, neste ponto, na mesma linha de raciocínio de Marçal e outros doutrinadores, ensina que “a noção de serviço público é um conceito aberto, que se completa através de dados advindos da realidade, sendo que seu significado deve ser retirado da realidade social”.<sup>14</sup>

A noção de serviço público, atualmente, é “ampliada pela própria instrumentalidade do Estado”.<sup>15</sup> As mudanças que ocorrem na sociedade, as necessidades que surgem, bem como as alterações políticas e econômicas, modificam a conformação de serviço público. Conclui-se a partir destas premissas que “as necessidades coletivas mudam, os serviços públicos mudam e seu tratamento jurídico não é uniforme no tempo”.<sup>16</sup>

Desde o século passado, o instituto do serviço público teve várias configurações; obteve enorme dilação, e passou a abranger quase todas as atividades estatais, assumindo inclusive outras atividades de natureza privada. Desta forma, “a evolução política deste século pode ser retratada através das variações do conceito de serviço público”.<sup>17</sup>

Enfim, o estudo dos serviços públicos deve ser lineado a partir dos pressupostos apresentados e em conformidade com a realidade jurídica brasileira, com suas peculiaridades e modificações que vêm ocorrendo nas mais variadas esferas.

Para ALMIRO DO COUTO E SILVA, há no Brasil “razoável equilíbrio entre o poder do Estado e as forças de mercado, compondo estável compromisso entre conceitos antigos e novas realidades econômicas e tecnológicas”,<sup>18</sup> possibilitando a compreensão de um “serviço público à brasileira”.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> GRAU, Eros Roberto. Taxa: serviço público. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 52, p. 88, 1990.

<sup>15</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p.78.

<sup>16</sup> BRECHO, Renato Lopes. Taxa, tarifa e preço no direito público brasileiro. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 167, p. 115, Ago 2009.

<sup>17</sup> JUSTEN FILHO. **Concessões...** *op. cit.* p.56.

<sup>18</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço Público ‘à brasileira’?. RDA 230/74, Rio de Janeiro, Out./Dez 2002. *Apud* MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público. Inteligência da lei 8.987/1995**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 33.

<sup>19</sup> MOREIRA. *op. cit.* p.33.

## 1.2 BREVE REFERÊNCIA HISTÓRICA E CONCEITOS DA DOCTRINA

O estudo sobre o serviço público se iniciou na França, a partir de vários teóricos, e da separação Estado – sociedade que caracterizou a Revolução Francesa. Um dos grandes nomes neste contexto é Léon Duguit, para o qual o Estado deve se legitimar para prestar os serviços públicos. Ainda para este autor, há uma separação entre Estado e sociedade muito visível, na qual o Estado deve organizar os elementos do serviço público, e ainda tratou sobre a perspectiva de que estes são um limite para o poder do Governo. Outro autor é Gaston Jèze, para o qual o Direito Público são regras atinentes ao estudo do serviço público.

RODRIGO KANAYAMA dispõe que

[...] para Duguit e Odete Medauar, o rol de serviços públicos pode ser alterado de acordo com as necessidades e de acordo com o governante. Não há, portanto, como dizer quais atividades são serviço público sem analisá-las uma a uma. Entende da mesma forma Themístocles Brandão Cavalcanti, que diz existir a relatividade do conceito de serviço público, “variável de acordo com as condições e épocas”. E Jèze, da mesma forma, reconhece a existência do serviço público de acordo com a visão dos governantes. São serviços públicos, para o autor, aqueles que servem para suprir as necessidades de interesse geral que, em determinado local e tempo, são instituídos.<sup>20</sup>

Ante o exposto, é preciso ressaltar que o conceito “serviços públicos” é plurissignificativo, e que como já explicitado encontra-se em constante alteração, a partir das mudanças das estruturas sociais.

Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, serviço público

[...] é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados, prestada pelo Estado ou quem lhe faça às vezes, sob um regime de direito público – portando consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições pessoais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios do sistema normativo.<sup>21</sup>

Ensina BETINA GRUPENMACHER que, pelas desigualdades sociais provindas do chamado Estado Liberal, “buscaram-se formas de solução para a injustiça social que com ele se instalou, surgindo então o Estado social, provedor e

<sup>20</sup> KANAYAMA, Rodrigo. A polêmica acerca do regime jurídico do serviço público. In: COSTALDELLO, Angela Cassia (org.). **Serviço Público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 199.

<sup>21</sup> MELLO Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviço públicos e administração indireta**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.01.

prestador de serviços necessários para que todos tivessem uma vida digna, ampliando-se o rol de incumbências do Poder Público”.<sup>22</sup>

Esta solução de atribuir ao Estado a prestação dos serviços essenciais, para tornar este acessível inclusive às classes sociais mais baixas, pareceu, à primeira vista, a solução ideal para resolver o problema das injustiças sociais. Porém, o que realmente ocorreu foi que na implementação dos serviços públicos,

[...] desvirtuou-se do modelo idealizado e, portanto, não atendeu a contento as necessidades dos cidadãos, pois com a sua estrutura por demais ampliada faltou ao Estado agilidade e eficiência na prestação dos serviços, que, a partir de um determinado momento, deixou de prestá-los por não dispor dos recursos e infra-estrutura para tanto.<sup>23</sup>

Desta maneira, foi necessário que a sociedade viesse a atuar conjuntamente com o Estado, pela ineficiência deste na prestação dos serviços públicos. Atualmente, segundo a perspectiva de BETINA GRUPENMACHER, “preconiza-se que o Estado deve apenas criar mecanismos reguladores da atividade do particular que desempenha atividades que na sua essência são públicas”.<sup>24</sup>

Para MARÇAL JUSTEN FILHO,

[...] serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, matérias ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.<sup>25</sup>

Na definição do autor, para a prestação de serviço público, é preciso estruturas humanas e materiais que possam ter uma execução permanente e sistemática, pois sem estas estruturas não há como prestar estes serviços. Pela natureza funcional dos serviços públicos, e pela indisponibilidade dos direitos fundamentais, geralmente ao Estado cabe a prestação dos serviços públicos, sendo que isto é uma opção. Segundo este autor, é possível a delegação destes serviços a particulares sem retirar a natureza de serviço público. Inclusive na obra do autor, há

<sup>22</sup> GRUPENMACHER, Betina Treiger. A lei complementar 116/03 e a tributação dos serviços públicos executados por particulares. In: TÔRRES, Heleno (coord.), **Serviços públicos e direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 639.

<sup>23</sup> *Id.*

<sup>24</sup> *Ibid.* p. 640.

<sup>25</sup> JUSTEN FILHO. **Curso...** *op. cit.*, p. 596.

uma tendência favorável a prestação de serviços públicos também por particulares, sendo que às atividades equivalentes as estatais prestadas por entidades não estatais “sofrerão a influência dos princípios fundamentais do serviço público”.<sup>26</sup>

O serviço público é uma atividade administrativa, que serve para “a satisfação concreta de necessidades”.<sup>27</sup> Há, ainda, serviços públicos que podem ser fruídos individualmente e outros que são fruídos coletivamente. Há uma forte tradição em classificar os serviços públicos em fruíveis *uti singuli* e *uti universi*, que influência diretamente a disciplina tributária.

A partir de ensinamentos de ROQUE ANTÔNIO CARRAZA, os serviços públicos são divididos em gerais e específicos.<sup>28</sup> Os ditos gerais, chamados também de *uti universi*, ou universais, alcançam todos os cidadãos, indistintamente, e devem ser custeados pela via dos impostos. Já os chamados serviços públicos específicos, ou singulares, ou, ainda, *uti singuli*, referem-se a pessoas determinadas, seja uma pessoa, ou ao menos um número determinável de pessoas. Estes últimos, por serem de utilização individual e mensurável, possuem o aspecto da divisibilidade, sendo possível verificar a utilização efetiva ou potencial de forma individualizada. Exemplos destes são os serviços de telefone, de transporte coletivo, de gás e de energia elétrica.

Também pelos ensinamentos de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, é possível distinguir as categorias nas quais “serviços públicos *uti singuli* são aqueles que têm por finalidade a satisfação individual e direta das necessidades dos cidadãos.”<sup>29</sup> Já os serviços *uti universi* são aqueles prestados à coletividade e usufruídos indiretamente pelos indivíduos, como o serviço de defesa contra inimigo externo, os serviços diplomáticos e o serviço de iluminação pública.

A atividade de serviços públicos se presta para satisfazer os direitos fundamentais, “entre os quais avulta a dignidade humana.”<sup>30</sup> Este esclarecimento é importante, pois as atividades que não se prestam a promover de modo direto os direitos fundamentais, para MARÇAL JUSTEN FILHO, não são serviços públicos, sendo exemplo as atividades econômicas em sentido estrito.

---

<sup>26</sup> *Id.*

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 597.

<sup>28</sup> CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 506.

<sup>29</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.111.

<sup>30</sup> JUSTEN FILHO. **Curso...** *op. cit.*, p.598.

### 1.3 ATIVIDADE ECONÔMICA E SERVIÇO PÚBLICO

Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO:

Um dos mais tradicionais problemas do direito público reside na determinação do conceito de serviço público, especialmente em face do conceito de atividade econômica. Trata-se de definir, perante o modelo constitucional, a natureza de certas atividades que se desenvolvem em setores onde é problemático distinguir o público do privado.<sup>31</sup>

WERTER FARIA explica que existem dois grupos que prestam atividade econômica: o primeiro trata das atividades industriais e comerciais competitivas ou de mercado, que se submetem as regras de concorrência próprias das empresas privadas, e o segundo, que trata sobre a prestação de serviço público.<sup>32</sup> Serviço público e atividade econômica em sentido estrito distinguem-se pelo objeto social e pelo modo de atuação que, em um caso, está vinculado à execução de um serviço público ou à exploração de um monopólio e, no outro, o regime é puramente industrial ou comercial, e atividade se exercita em regime de concorrência.

Nas palavras de EROS GRAU, é possível entender o conceito de atividade econômica:

Inexiste em um primeiro momento, oposição entre atividade econômica e serviço público; pelo contrário, na segunda expressão está subsumida a primeira [...] podemos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica. Serviço público [...] é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Não exclusivamente, note-se visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão. [...] Daí a verificação de que o gênero atividade econômica – compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica [...] A seguinte convenção, então proponho: atividade econômica em sentido amplo conota o gênero; atividade econômica em sentido estrito, a espécie.<sup>33</sup>

Atividade econômica como gênero, portanto, engloba a atividade econômica em sentido estrito e o serviço público. Desta forma, serviço público é uma espécie de atividade econômica, podendo assim ser referido como atividade econômica, não havendo nenhum equívoco em adotar este termo para definir serviço público.

<sup>31</sup> JUSTEN FILHO. **Concessões...** *op. cit.*, p. 55.

<sup>32</sup> FARIA, Weter. **Constituição econômica:** liberdade de iniciativa e de concorrência. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1990. *Apud* JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos.** São Paulo: Editora Dialética, 1997. p. 56.

<sup>33</sup> GRAU. *op. cit.* p. 87.

Atividade econômica como gênero engloba o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito, conceitos estes que podem ser diferenciados. A atividade econômica em sentido estrito é aquela que busca a exploração econômica lucrativa, através de princípios regentes da atividade empresarial: tem, geralmente, como fim último, o lucro. Seguindo o princípio do utilitarismo, visando a atingir primordialmente os interesses privados, funda-se na livre iniciativa e na livre concorrência. Ela compreende tudo que não seja constitucionalmente excluído da esfera privada.

O serviço público, por outro lado, mesmo podendo ser economicamente avaliado, se dirige ao bem comum, se sujeita a uma disciplina que busca o interesse público.

Segundo ensinamentos de GERALDO ATALIBA,

[...] a atividade que a Constituição qualifica como serviço público é originariamente pública, que se apresenta como conteúdo de uma prestação da qual advém uma utilidade ao destinatário<sup>34</sup>. Tal atividade não se confunde com produção de riqueza, com exploração de atividade econômica, que não incumbe ao estado, e que a Constituição reservou a iniciativa privada (art.173). Nesta, a remuneração é a finalidade dos agentes (necessariamente privados); na prestação de serviço público, a remuneração é por meio de seu custeio.<sup>35</sup>

Ainda de acordo com GERALDO ATALIBA, “na produção de serviço privado, o critério do prestador é o lucro que visa obter; na produção de serviço público, o critério é a satisfação de uma utilidade pública”.<sup>36</sup> Parece claro que quando GERALDO ATALIBA se refere à atividade econômica, está se referindo à atividade econômica em sentido estrito de acordo com os ensinamentos de Eros Grau.

Assim, para este autor, “a Constituição ao qualificar certas atividades como serviço público, retira-as do mercado e as confere como dever poder (Santi Romano, Celso Antônio) ao Estado. O Estado deve desempenhá-las, não para ter receita, mas para atender ao imperativo constitucional”.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> GRECO, Marco A.; SOUZA, H. Dias. **A natureza jurídica das custas judiciais**. São Paulo: OAB – SP; Resenha Tributária, 1983. p. 54. *Apud* ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.161.

<sup>35</sup> MELLO. **Prestação...** *op. cit.*, p. 161.

<sup>36</sup> ALESSI, Renato. **Le prestazione amministrative rese ai privati**. Milão: Giuffrè, 1956, p. 75. *Apud* ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p.161.

<sup>37</sup> ATALIBA, *op. cit.*, p.161.

Desta forma, pode-se fazer a diferenciação entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público pelas características de tais institutos, e também pela determinação constitucional de cada um destes.

#### 1.4 CRITÉRIOS PARA CONCEITUAR SERVIÇO PÚBLICO

RENATO LOPES BECHO, citando MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, diz que a autora aponta os serviços públicos em termos amplos (toda atuação do Poder Público), e, em conceitos restritos, que não incluem todas as atividades no sentido amplo.<sup>38</sup> Nas palavras da autora: “restritos são os conceitos que confiam o serviço público entre as atividades exercidas pela Administração Pública, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional; e, além, o consideram como uma das atividades administrativas, perfeitamente distinta do poder de polícia do Estado”.<sup>39</sup>

ROQUE CARRAZA afirma que o “que torna público um serviço não é sua natureza, nem qualquer propriedade intrínseca que possua, mas o regime jurídico a que está submetido [...] se ele for prestado por determinação constitucional ou legal, será, por sem dúvida, um serviço público, ainda, que eventualmente, não seja essencial à sobrevivência do homem”.<sup>40</sup>

MARÇAL JUSTEN FILHO apresenta três ângulos pelos quais se pode conceituar um serviço como público. O ângulo material ou objetivo, para o qual serviço público seria uma “atividade de satisfação de necessidades individuais ou transindividuais de cunho essencial”,<sup>41</sup> seria aquelas atividades essenciais a comunidade, aquelas que seriam de interesse geral. Porém, verificou-se a inadequação deste critério, pois existem alguns serviços públicos que não são essenciais ou gerais.

Deste ponto veio uma tendência em contraposição à anterior, e surgiu o ângulo formal de serviço público, em que os serviços públicos seriam aqueles que assim foram qualificados pelo ordenamento jurídico, “configura-se serviço público

---

<sup>38</sup> BECHO. *op. cit.*, p. 112.

<sup>39</sup> DI PIETRO. **Direito...** *op. Cit.*, p. 99.

<sup>40</sup> CARRAZZA. *op. cit.*, p. 504.

<sup>41</sup> JUSTEN FILHO. **Curso...** *op. cit.*, p. 600.

pela aplicação do regime de direito público.”<sup>42</sup> Esta perspectiva, porém, dá origem ao risco do legislador ter uma esfera de liberdade para transformar em serviço público aquilo que ele bem queira.

Há, ainda, o ângulo subjetivo, que concebe serviço público como uma atividade desenvolvida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes. Porém, como ressalta o próprio autor, há a impossibilidade de um conceito exaustivo. Sendo o serviço público, a prestação “aos integrantes da comunidade de utilidades materiais, realizadas sob regime de direito público”, é necessário ainda acrescentar outro critério para definição do serviço como público: a instrumentalidade do serviço para a realização dos fins da comunidade. Sob este aspecto, “definir serviço público pressupõe definir e dimensionar o Estado e valores jurídicos fundamentais. O conceito de serviço público é um conceito reflexo. Deriva do modelo constitucional assumido pela comunidade”.<sup>43</sup>

Para MARÇAL JUSTEN FILHO, o conceito formal é dependente dos outros dois ângulos, todos os serviços públicos estão submetidos a um regime de direito público, mas nem toda atividade estatal pode ser caracterizada como serviço público. Um serviço é público por ser destinado à satisfação de direitos fundamentais, e não por ser titularidade do Estado ou estar submetido ao regime de direito público, sendo as duas outras visões decorrência da existência do próprio serviço público.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO ensina que, em suas origens, os doutrinadores adotavam três critérios para definir o serviço público:

- 1) o subjetivo, que considera a pessoa jurídica prestadora da atividade: o serviço público seria aquele prestado pelo Estado; 2) o material, que considera a atividade exercida : o serviço público seria a atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas. 3) o formal, que considera o regime jurídico: o serviço público seria aquele exercido sob regime de direito público derogatório e exorbitante do Direito Comum.<sup>44</sup>

Quando as primeiras noções de serviço público surgiram, a combinação destes elementos era válida, mas a evolução da Administração Pública levou à crise da noção de serviço público, segundo alguns doutrinadores, pois houve a alteração no elemento subjetivo e no elemento formal. O elemento subjetivo foi afetado,

---

<sup>42</sup> *Id.*

<sup>43</sup> JUSTEN FILHO. **Concessões...** *op. cit.*, p. 58.

<sup>44</sup> DI PIETRO. **Direito...** *op. cit.*, p. 100.

“porque não mais se pode considerar que as pessoas jurídicas públicas são as únicas que prestam serviço público; os particulares também podem fazê-lo por delegação do Poder Público”.<sup>45</sup> E, também, o elemento formal é modificado, uma vez que nem todo serviço público é prestado sob regime exclusivamente público. O que há na realidade é uma alteração no conceito de serviço público, por estarmos diante de uma nova realidade estatal. “Logo não se deve falar em crise, mas em evolução do conceito de serviço público”<sup>46</sup>, a crise ocorre apenas na concepção clássica de serviço público.

Como explica BETINA GRUPENMACHER,

a descentralização dos serviços públicos desencadeou relações jurídicas entre o Estado e o particular que passaram a merecer detida atenção por parte da doutrina assim como da jurisprudência, já que, em alguns casos sua natureza é complexa tornando-se difícil a identificação do regime jurídico aplicável.<sup>47</sup>

Continua ainda a doutrinadora que “admitir que existem serviços cuja prestação deve ser realizada pelo Estado, implica em reconhecer que a Constituição vincula a prestação de determinadas atividades ou utilidades ao rol de incumbências estatais, reconhecendo-as como sendo de utilidade e interesse público”.<sup>48</sup>

Existem, ainda, “zonas conceituais cinzentas, onde a opção de submeter certas atividades ao regime de direito público não pode ser afirmada ou impugnada com absoluta certeza”.<sup>49</sup>

Segundo JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO,

Tem se tornado extremamente problemático caracterizar de per si, a natureza dos serviços, pelo simples exame de sua matéria, ou seja, saber se a comodidade ou utilidade prestadas a seus beneficiários ou usuários revelam caráter público ou privado. (...) Existem serviços que se situam em zona fronteiriça, onde não transparece, logo e de súbito, o interesse público dominante, podendo o governo atuar de forma complementar a iniciativa privada. Numa outra extremidade percebe-se a execução de serviços explorados comercialmente, compatíveis com a livre iniciativa particular, não sendo prejudicados pelo desempenho simultâneo ou concomitante dos entes públicos.<sup>50</sup>

<sup>45</sup> DI PIETRO. **Direito...** *op. cit.*, p. 101.

<sup>46</sup> ARAÚJO. *op. cit.*, p. 40.

<sup>47</sup> GRUPENMACHER. *op. cit.*, p.638.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 639.

<sup>49</sup> JUSTEN FILHO. **Concessões...** *op. cit.*, p. 62.

<sup>50</sup> MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Ed. Dialética, 2010. p. 56-57.

Retomando a posição adotada por MARÇAL JUSTEN FILHO, este explica que a função do serviço público é satisfazer os direitos fundamentais através do “fornecimento de utilidades necessárias”.<sup>51</sup> Ainda, o serviço público no Brasil possui a função de diminuir as desigualdades regionais inclusive: “o serviço público, no Brasil, tem de assegurar condições de progresso econômico e eliminação de desigualdades regionais”.<sup>52</sup>

Afirma a Professora BETINA GRUPENMACHER que o que atribui natureza pública “à uma prestação de serviço” não é o titular da prestação, e sim

[...] a característica de ser uma prestação que é necessária para atendimento dos direitos fundamentais do cidadão [...] o que só pode ser alcançado se o serviço for eficientemente desempenhado pelo Estado, não porque a Constituição assim determina, mas porque a sua prestação deve se dar de forma generalizada e eficiente, alcançando a sociedade como um todo.<sup>53</sup>

Há, ainda, outra divisão apresentada por EROS GRAU entre serviços públicos privativos e serviços públicos não privativos, sendo os privativos os que a prestação é exclusiva do Estado, ainda que seja admitida a possibilidade do setor privado prestá-las sob regime de concessão ou permissão (art.175 da CF). Já os não privativos se referem à atividade econômica que pode ser prestada tanto pelo Estado (como serviço público) como pelos entes privados (atividade econômica em sentido estrito). O exemplo destes serviços não privativos é o da prestação de serviços de educação e saúde.<sup>54</sup>

Assim, para EROS GRAU, o serviço público é de titularidade do Estado, porém o que pode ocorrer é ele não ser privativo, e desta maneira poder ser exercido com a participação dos entes privados, não estando no regime de concessão ou permissão, e sim na prestação de atividade econômica em sentido estrito. Porém, mesmo no serviço público não privativo, a parte que for prestada pelo “Estado será serviço público e, portanto, sujeito ao regime de Direito Público”.<sup>55</sup>

EGON BOCKMANN MOREIRA apresenta outra perspectiva sobre os serviços públicos: ensina que o artigo 175 da CF “tem como matriz a prestação de

<sup>51</sup> JUSTEN FILHO. **Curso...** *op. cit.*, p. 598.

<sup>52</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Serviço público no direito brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 7, p. 150, 2004.

<sup>53</sup> GRUPENMACHER. *op. cit.*, p. 648.

<sup>54</sup> GRAU. *op. cit.*, p. 88-89.

<sup>55</sup> ARAÚJO. *op. cit.*, p. 50.

serviços públicos na condição de incumbência do Poder Público. É dever-poder (Celso Antônio Bandeira de Mello), um poder funcional que a Constituição confia ao Estado Brasileiro, dando-lhe as alternativas de execução direta ou indireta”.<sup>56</sup> Desta forma, se determinada atividade é qualificada juridicamente como serviço público, “sua titularidade é conferida em exclusivo ao Poder Público”.<sup>57</sup>

Existem, ainda, outras classificações demonstradas por MARÇAL JUSTEN FILHO.<sup>58</sup> A primeira é em relação à competência federativa, que considera o ente federativo o que titulariza os serviços públicos, sendo os de competência comum aqueles de atribuição a todos os entes federativos, como educação e saúde, e os de competência privativa os de titularidade de determinado ente federativo. Fazer a classificação baseada nestes termos se tornou difícil, graças à evolução socioeconômica.

A segunda classificação é referente ao grau de essencialidade, sendo uma diferenciação problemática, tendo em vista que todos os serviços públicos são ao menos teoricamente essenciais. Destaca-se, apenas, a diferenciação em relação à característica da necessidade a ser atendida, em que algumas podem ter seu atendimento postergado e outras em que não é possível sua interrupção.

A última classificação trata dos serviços públicos quanto à natureza da necessidade a ser satisfeita, podendo ser social, que satisfazem necessidades de cunho social ou assistencial, como a educação e seguridade; comercial ou industrial, que envolvem o oferecimento de utilidade materiais necessárias à existência digna do indivíduo, como energia elétrica, água tratada e telecomunicações; e, ainda, culturais, como museus e teatros.

---

<sup>56</sup> MOREIRA. *op. cit.*, p. 48.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 48-49.

<sup>58</sup> JUSTEN FILHO. *op. cit.*, p. 620.

## 2. DESESTATIZAÇÃO

Há uma alteração da realidade social que se reflete no Estado e assim nos serviços públicos, que pode ser notada a partir de várias conseqüências.

EGON BOCKMANN MOREIRA explica esta realidade no contexto brasileiro,<sup>59</sup> no qual, a partir do Programa de Desestatização de empresas, bens e serviços públicos, que passou a ser promovido pelo Governo Federal em meados da década de 1990, buscou-se “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público”.<sup>60</sup> É preciso destacar que o “processo de desestatização assumiu especial envergadura com a edição da lei 8.987/1995”, a Lei Geral de Concessões.<sup>61</sup>

A reforma a qual foi submetida o Estado brasileiro influenciou muito a modificação dos serviços públicos. Antes, o Estado prestava os serviços de maneira direta; com a reforma há uma nova redefinição do Estado, passando o ente estatal a ser muito mais regulador que prestador direto dos serviços. Ocorre a substituição do Estado de Bem-Estar pelo Estado-instrumento, pois o Estado moderno é aquele que possibilita o adequado atendimento dos interesses da sociedade, e não aquele que necessariamente presta os serviços públicos de forma direta.<sup>62</sup>

Segundo MARIA SYLVIA DI PIETRO, o termo privatização pode ser geral ou mais específico, porém todas as formas que este conceito toma tem o objetivo de diminuir o tamanho do Estado e fortalecer a iniciativa privada e também os modos privados de gestão nos serviços públicos.<sup>63</sup>

Para MARÇAL JUSTEN FILHO, há uma estreita relação “entre o fenômeno da delegação do serviço público para gestão de particulares e a redução do poder

<sup>59</sup> MOREIRA. *op. cit.*, p. 19.

<sup>60</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Lei 9.491/1997 de 09 de Setembro de 1997**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, em 10 de Setembro de 1997. Art. 1º, I.

<sup>61</sup> MOREIRA. *op. cit.*, p. 20.

<sup>62</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 07.

<sup>63</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 19. *Apud* ARAÚJO, Sarah Linhares de. **Taxas e tarifas no serviço público**. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. p. 58.

de *imperium* estatal”.<sup>64</sup> O Estado, ao transferir para particulares o exercício do serviço público, tem uma espécie de diminuição de suas dimensões. Para o autor,

[...] as ideologias contemporâneas pregam a redução do aparato estatal. Comprovou-se o elevado grau de ineficiência dos serviços operados diretamente pelo Estado. Por decorrência caminha-se em direção à ampliação da colaboração entre Estado e particulares, em quase todos os setores. Alude-se a privatização, terceirização etc., para indicar esse conjunto de medidas de diminuição do tamanho do Estado. Ressalte-se que esse processo não retrata eliminação da relevância das tarefas anteriormente atribuídas ao Estado. Não se trata de negar a necessidade de realização de certas tarefas, atendimento a determinadas carências ou prestação de serviços específicos. O que se passou foi a constatação da impossibilidade de o Estado atender a todos esses encargos, de modo eficiente e satisfatório. O cerne do problema não reside na noção fins a atingir, mas na forma de sua realização. Em última análise, as atividades continuam a se claramente “públicas”, mas passam a ser desenvolvidas fora do âmbito formal do aparato estatal.<sup>65</sup>

De acordo com ensinamentos de EGON BOCKMANN MOREIRA, a transferência de empresas,<sup>66</sup> bens e serviços para os entes privados pode se dar de modo formal ou substancial. Sendo formal, a desestatização executiva ou de gestão (o Estado persiste sendo titular) ocorre no âmbito dos serviços públicos, pois “há reserva constitucional da titularidade pública” no direito brasileiro dos serviços públicos.<sup>67</sup> Desta forma,

[...] é devido à determinação constitucional que tal ordem de serviços é cometida ao Estado; e também por prescrição constitucional eles são concedíveis, permissíveis ou autorizáveis. Logo a desestatização instalada ao nível infraconstitucional não pode ser quanto a titularidade do serviço, mas deve-se circunscrever-se à sua gestão. Aqui não se pode falar em privatização substancial – matéria abrangida pelo PND, mas estranha à Lei 8.987/1995.<sup>68</sup>

Para GASPAR ARIÑO ORTIZ, “el estado productor debe ser substituido por el estado regulador”.<sup>69</sup> Assim, “o Estado tem a incumbência de assegurar a adequada prestação do serviço público – seja de forma direta (responsabilidade de

<sup>64</sup> JUSTEN FILHO. **Concessões...** *op. cit.*, p. 63.

<sup>65</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de licitações e contratos administrativos.** São Paulo: Dialética, 2000, p. 12.

<sup>66</sup> MOREIRA. *op. cit.*, p. 20.

<sup>67</sup> *Id.*

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>69</sup> ORTIZ, Gaspar Ariño. **Economia y estado:** crisis y reforma del sector público. Madrid: Marcial Pons, 1993. p. 260. *Apud* Sarah Linhares de. **Taxas e tarifas no serviço público.** 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. p. 59.

execução), seja por meio do concessionário ou permissionário (responsabilidade de garantia da prestação)".<sup>70</sup> Deste modo, engana-se quem acha que as tarefas do Estado se tornaram mais simples depois da despublicização. Afinal, "mercados liberalizados e mais fortes exigem Estados ainda mais fortes – que não só ditem as regras e os fundamentos sociais da atividade econômica, mas garantam sua efetividade".<sup>71</sup>

De acordo com PEDRO GONÇALVES, o atual Estado de Garantia foi chamado para assumir uma nova posição de *garante* na realização de dois objetivos ou interesses fundamentais,<sup>72</sup> sendo estes o correto funcionamento dos sectores e serviços privatizados e a realização dos direitos dos cidadãos, designadamente dos direitos a beneficiar, em condições acessíveis, de serviços de interesse geral.

É um fato que a privatização formal traz consigo forte carga de deveres de fiscalização, ainda mais no caso brasileiro onde os serviços públicos possuem foro constitucional. É através da regulação e fiscalização que a Administração Pública preserva a eficiente prestação dos serviços públicos; "sob este aspecto é que se pode tratar do dever administrativo de garantir o adequado fornecimento dos serviços públicos concedidos".<sup>73</sup>

O usuário do serviço público é que gera a própria existência do serviço público, pois é para atender a este que o serviço público é criado. Em sendo o usuário o foco "principal na prestação do serviço público, este deve evoluir no sentido de atender cada vez mais e de modo mais satisfatório à população. Logo, a reforma administrativa realizada principalmente no âmbito dos serviços públicos, pelo programa nacional de desestatização, deve ter como objetivo principal o aprimoramento na sua prestação".<sup>74</sup>

Para EGON BOCKMANN MOREIRA, o Estado, ao supervisionar a execução de contrato cujo objeto é a prestação de serviços públicos, está diante "de tarefa pública outorgada ao concessionário [...] cuja prestação aos usuários deve ser

---

<sup>70</sup> MOREIRA. *op. cit.*, p.170.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p.170-171.

<sup>72</sup> GONÇALVES, Pedro. Direito administrativo da regulação. In: **Regulação, electricidade e telecomunicações**: estudos de direito administrativo da regulação. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.p.9-11. *Apud* MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da lei 8.987/1995. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 172.

<sup>73</sup> MOREIRA. *op. cit.*, p. 173.

<sup>74</sup> ARAÚJO. *op. cit.*, p. 64.

garantida pelo Estado”.<sup>75</sup> A Administração precisa estimular e assegurar a boa execução destes serviços, afinal,

[...] o agente privado executará um serviço de titularidade e utilidade pública, próprio do Estado, que foi outorgado por meio de ato e contrato administrativos. Logo, o que se deve ter em mira quando se fala em fiscalização de concessões é antes a cooperação recíproca, não a interferência do Estado no setor de serviços públicos (por óbvio, ninguém se intromete no que já é seu), a fim de disciplinar e restringir a ação do concessionário. Onde esta escrito “fiscalização”, leiam-se “cooperação”, “incentivos” e “relação especial de administração”.<sup>76</sup>

MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>77</sup> explica que se caracteriza a delegação cada vez menos como exercício de autoridade e, sim, como cooperação entre entes de natureza diversa e pessoas de direito público e privado. MARIA SYLVIA DI PIETRO acredita na parceria entre ente público e privado para atingir o bem comum.<sup>78</sup>

BETINA GRUPENMACHER explica que os serviços públicos, independente de sua nova redefinição decorrente das mudanças do papel do Estado, permanecem com seu caráter público, “posto que inerente às funções intrínsecas do Estado, antecedendo lógica e cronologicamente a sua atribuição ao Poder Público pela Constituição”.<sup>79</sup>

É de suma importância a investigação do tema, pois a partir do crescente processo de desestatização dos serviços de incumbência do Poder Público e da delegação de sua prestação à iniciativa privada, “a remuneração pela sua prestação deixou de ser paga ao Estado, o que, ao menos, aparentemente, alterou a natureza do regime jurídico aplicável”,<sup>80</sup> tornando necessária a investigação sobre os princípios e regras aplicáveis neste caso.

## 2.1 CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

---

<sup>75</sup> MOREIRA. *op. cit.*, p. 179.

<sup>76</sup> *Id.*

<sup>77</sup> JUSTEN FILHO. **Concessões...** *op. cit.*, p. 63.

<sup>78</sup> DI PIETRO. **Parcerias...** *op. cit.*, *Apud.* ARAUJO. *op. cit.*, p.83.

<sup>79</sup> GRUPENMACHER. *op. cit.*, p. 659.

<sup>80</sup> *Id.*

O estudo da concessão é importante, pois através deste instituto “nasce a questão tarifária e o seu regime jurídico, no marco do qual se poderá distingui-las das taxas”.<sup>81</sup>

Das formas de delegação de serviço público, a concessão é a mais popular. Como dispõe MARÇAL JUSTEN FILHO, a concessão é uma modalidade de transferência da prestação dos serviços públicos, por meio do qual o titular da competência atribui a um terceiro o seu desempenho.<sup>82</sup>

GROTTI explica que a concessão é um instituto antigo, “por ter sido o primeiro modo de descentralização de serviços públicos”,<sup>83</sup> porém a concessão com o intuito de privatização é instituto novo.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO define a concessão como o instituto

[...] através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.<sup>84</sup>

Para EROS GRAU, na concessão há delegação, porém delegação dotada de elementos especiais, sendo uma forma de “descentralização por colaboração” na qual “pessoa privada, no sentido que estranha ao Estado, recebe a atribuição para o desempenho do serviço, sob contrato com caráter especial”.<sup>85</sup> Ainda, continua o autor, o concessionário de serviço público está sujeito a um regime específico, que pressupõe a celebração de um contrato de adesão voluntária ao contrato de concessão. Ou seja,

[...] a celebração deste contrato expressa a aceitação, pelo concessionário, de capacidade para o exercício da atividade de serviço público, capacidade que lhe é atribuída pelo poder concedente [...] verifica-se também que o concessionário é beneficiado pela estipulação legal de política tarifária. Vale dizer: à capacidade de exercício do serviço atribuída ao concessionário

<sup>81</sup> ARAUJO. *op. cit.*, p. 87.

<sup>82</sup> JUSTEN FILHO. **Concessões...** *op. cit.*, p. 65.

<sup>83</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musseti. **O serviço público e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 174. *Apud*. ARAÚJO, Sarah Linhares de. **Taxas e tarifas no serviço público**. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. p. 87.

<sup>84</sup> MELLO. **Curso...** *op. cit.*, p. 622.

<sup>85</sup> GRAU. *op. cit.*, p.93.

adere um direito a remuneração por tal exercício, em condições de equilíbrio econômico financeiro.<sup>86</sup>

A Lei Geral das concessões é a Lei 8.987/1995. Nas concessões regidas por esta lei, os ganhos têm origem primária nos pagamentos feitos pelos usuários. Como explica EGON BOCKMANN MOREIRA, “caso a equação econômico-financeira do projeto permita que dele se auferam rendimentos oriundos das tarifas pagas pelos usuários e que estes colham os benefícios proporcionais ao todo do empreendimento, está-se diante de uma concessão comum ou permissão (projetos autossustentáveis)”.<sup>87</sup> Após a edição da Lei 11.079/2004, a “alternativa para projetos não autossustentáveis são as concessões nas modalidades administrativa e patrocinada”.<sup>88</sup>

A concessão patrocinada é, segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, aquela em que a remuneração do concessionário é parcialmente custeada pelos cofres públicos.<sup>89</sup> Já a concessão administrativa é, para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “aquela em que toda a remuneração fica a cargo do parceiro público”.<sup>90</sup>

A lei das parcerias público-privadas (Lei 11.079/2004) de acordo com Egon BOOKMAN MOREIRA, trouxe solução européia para os contratos de infraestrutura e quebrou barreiras ortodoxas no relacionamento público-privado, “tudo apresentado como se os transplantes legislativos tivessem o condão de mudar as realidades históricas”.<sup>91</sup> Logo, com o passar do tempo, descobriu-se que a Lei das PPP “é ótimo diploma legal, mas, infelizmente, não faz mágicas. Prova disso é a dificuldade quanto a projetos nacionais com este formato.”<sup>92</sup>

MARÇAL JUSTEN FILHO entende que “não se deve considerar que todas as concessões devam contemplar regras similares e soluções idênticas quanto à responsabilidade do concessionário ou extensão de seus encargos”.<sup>93</sup> Como exemplo desta variedade de figuras, e da possibilidade de adoção de modelos diversos de concessão, surgiu a Lei federal n.11.079/2004, que dispõe sobre as

---

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 91-92.

<sup>87</sup> MOREIRA. *op. cit.*, p. 27.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 150.

<sup>89</sup> JUSTEN FILHO. **Curso...** *op. cit.*, p. 627.

<sup>90</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Reflexões sobre as parcerias público-privada**. Disponível em: <<http://www.azevedosette.com.br/ppp/artigos/reflexoes.html>>.

<sup>91</sup> MOREIRA. *op. cit.*, p. 13.

<sup>92</sup> *Id.*

<sup>93</sup> JUSTEN FILHO. **Curso...** *op. cit.*, p. 622.

parcerias público-privadas, que são tratadas como variações da concessão de serviços públicos.

De acordo com BETINA GRUPENMACHER, são dois os tipos de parcerias público-privadas criadas, já citadas anteriormente: a concessão patrocinada e a concessão administrativa.<sup>94</sup> As parcerias são semelhantes às concessões, porém são parcialmente subsidiadas pelo Poder Público, que se comporta como garantidor da atividade do particular. O particular arca com os custos e o Estado se compromete a garantir a liquidação da dívida a longo prazo.

Ainda, é preciso destacar que a concessão é “um instrumento de implementação de políticas públicas” sendo “um meio para realização de valores constitucionais fundamentais”.<sup>95</sup>

EGON BOCKMANN MOREIRA explica que há a

[...] impossibilidade de se lançar uma definição estática e uniforme da realidade contemporânea que atende por “concessão de serviços públicos”. A contextualização - no tempo e no espaço - é indispensável à cognição do que vem a ser, hoje, a concessão de serviço público regida pela Lei Geral de Concessões.<sup>96</sup>

Desta forma, o autor apresenta uma noção que explica a complexidade e configuração que a concessão comum possui atualmente:

A concessão comum de serviço público é a relação jurídica administrativa típica, unitária e complexa, por meio da qual o Poder Público transfere a execução de determinado serviço público ao particular selecionado em prévia licitação, que assumirá, por prazo certo e por sua conta e risco, a gestão de projeto concessionário autossustentável.<sup>97</sup>

É uma relação jurídica administrativa, porque o contrato celebrado entre a Administração e o ente privado “estabelece vínculo intersubjetivo, disciplinado pelo direito administrativo, entre o concedente e concessionário (cujos efeitos se projetam em face dos usuários), a implicar conjunto de direitos, deveres e relações especiais”.<sup>98</sup> É adotado o conceito como relação jurídica, porque o autor está interessado na dinâmica do fenômeno, na criação e aplicação da norma, e não apenas na sua descrição em sentido abstrato.

<sup>94</sup> GRUPENMACHER. *op. cit.*, p. 660.

<sup>95</sup> JUSTEN, FILHO. *Curso...* *op. cit.*, p. 623.

<sup>96</sup> MOREIRA. *op. cit.*, p. 89.

<sup>97</sup> *Id.*

<sup>98</sup> *Id.*

A relação jurídica é resultado da fusão contratual da manifestação do concedente e concessionário, “sendo que a estes sujeito de direito são atribuídas posições jurídicas contrapostas”.<sup>99</sup> O contrato administrativo, conjugado com o ato de outorga, é o fato jurídico concretizador da relação jurídica concessionária. O vínculo que se estabelece é contratual e estatutário (legal e regulamentar).

Trata-se de relação jurídica típica, porque existe sob uma espécie contratual literalmente disciplinada em lei, sendo um contrato típico para projetos autossustentáveis. Os requisitos jurídicos deste contrato são todos subservientes à tipicidade legal (partes, procedimentos, forma, autossustentabilidade).

Ao mesmo tempo, é relação administrativa unitária, porque os efeitos jurídicos que caracterizam esta relação são resultado da consolidação existencial de três fatos:

[...] é da interdependência entre o ato de outorga, o status regulamentar e contrato administrativo que exsurgem a natureza e o regime jurídicos específicos à concessão de serviço público. Estes dados definidores advêm em exclusivo da fusão e respectiva organização dos seus três elementos geradores.<sup>100</sup>

Da mesma forma, é relação administrativa complexa, porque provêm da justaposição de elementos com natureza díspar entre si, um ato administrativo de outorga, um regime estatutário exclusivo e um contrato administrativo especial. Através da fusão destes elementos que resulta a constituição da concessão de serviço público.

O ato de outorga é ato administrativo unilateral, por meio do qual o concedente dá aplicação concreta à lei e transfere a gestão de um serviço público ao concessionário, imputando a este a responsabilidade pela adequada gestão e prestação do serviço.

Para o autor, trata-se de um ato de outorga, pois não possui natureza coativa, sendo, portanto, um ato constitutivo, pois “dá existência a relação jurídica que antes não havia”,<sup>101</sup> com forte carga mandamental, haja vista que quem “aceita a outorga do serviço simultaneamente concorda em se submeter ao preceito de o

---

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 90.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 91.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 92.

executar de forma adequada – subordinando-se a uma relação administrativa especial”<sup>102</sup>.

O regime estatutário é o “plexo de normas jurídicas que estabelece um sistema de direitos e deveres de ordem pública unidos às prerrogativas administrativas e à relação administrativa especial que se põe entre o concedente e o concessionário (projetando-se na prestação do serviço)”<sup>103</sup>, composto de normas constitucionais, jurídicas e regulamentares.

A relação administrativa especial é o “vínculo normativo extraordinário que se estabelece na relação jurídica entre concedente e concessionário”<sup>104</sup>, sendo a concessão contrato administrativo com caráter especial, de acordo com o inciso I do art.175 da CF,<sup>105</sup> diferente dos contratos ordinários da Administração.

“A contratação exige licitação prévia, em cumprimento ao art.175 da CF e aos termos da Lei Geral de Concessões. Aqui será objetivamente escolhida a pessoa a quem a Administração transferirá a gestão do serviço público, que será desenvolvido por conta e risco do contratado.”<sup>106</sup>

O prazo certo é elemento indispensável, tendo em vista a contratação de um projeto a longo prazo que exige aporte significativo de recursos e projeções com termo final. “Frise-se que a leitura conjunta do edital, da proposta e do contrato consolida o esquadramento dos riscos e a equação econômico-financeira da concessão de serviço públicos”<sup>107</sup>.

Outros conceitos apresentados por EGON BOCKMANN MOREIRA são o objeto, o conteúdo e as partes, presentes nas concessões.

O objeto da concessão de serviço público é a execução da atividade substancial definida pelo ato de outorga. [...] O conteúdo do contrato de concessão é o feixe de direitos e deveres [...] constituídos pela específica relação jurídica posta entre o concedente e o concessionário, tal como estampada no regime estatutário e cláusulas contratuais.<sup>108</sup>

---

<sup>102</sup> *Ibid.* p. 93.

<sup>103</sup> *Id.*

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>105</sup> “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”. BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, em 05 de outubro de 1988.

<sup>106</sup> MOREIRA. *op. cit.*, p. 96

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 96-97.

E “em si mesmo o contrato de concessão de serviço público é a relação jurídica bilateral cujas partes são o concedente e concessionário”<sup>109</sup>, sendo que o contrato de concessão é bilateral quanto a sua formação e sujeitos integrantes e plurilateral quanto aos seus efeitos, que nascem quando da execução do contrato (para com os usuários e terceiros). Por isso, pode-se falar em efeitos *inter partes* e *extra partes* do contrato de concessão. “O feixe de direitos, deveres e obrigações contratuais projeta-se extra muros, instalando toda nova gama de direitos, deveres e obrigações a número aprioristicamente indeterminado de sujeitos”.<sup>110</sup> Assim, “não se está diante de contrato multilateral, mas sim da possibilidade de surgirem relações jurídicas multipolares, todas com lastro [...] no mesmo contrato de concessão de serviço público (ou em seus efeitos)”.<sup>111</sup> Desta forma,

[...] o contrato (bilateral) e o ato de outorga(unilateral) são reciprocamente complementares e dão origem a sem- número de potenciais relações jurídicas, que se consolidarão no exercício do projeto concessionário. Mas note-se bem que não há propriamente uma relação poligonal fechada e exauriente, mas sim uma dinâmica de relações jurídicas multilaterais a se instalar frente aos usuários reais e potenciais bem como aos terceiros à relação concessionária [...]. O asterisco, muito mais que o polígono, é a figura que mais bem representa a idéia do que efetivamente se passa nas relações jurídicas oriundas das concessões de serviço público. O que amplia a complexidade dos respectivos regimes jurídicos.<sup>112</sup>

E ainda em referência específica ao vínculo jurídico “contrato de prestação”, está-se diante de redes contratuais, em razão dos inúmeros vínculos firmados entre concessionário e usuários.<sup>113</sup> A causa econômica que une todos estes contratos, o seu eixo central está no projeto concessionário.

A relação jurídica “contrato de concessão” (concedente-concessionário) e as relações jurídicas “prestação de serviço público concedido” (concessionário-usuário), além daquelas que envolvem terceiros [...], bem como todas estas entre si, podem ser mais em examinadas à luz da “teoria das redes contratuais”<sup>114</sup>. Aqui vale o alerta de que essa rede (ou feixe) de relações jurídicas não é apenas e tão somente composta por relações de administração [...], mas também inclui relações jurídicas típicas de direito

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>113</sup> *Id.*

<sup>114</sup> Aprofundar em: LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 132-133. *Apud* MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei 8.987/1995**. Malheiros Editores, São Paulo, 2010. p. 101-102.

privado e de direito privado administrativo. O entrelaçamento de todas é que confere identidade a rede contratual.<sup>115</sup>

MARÇAL JUSTEN FILHO traz, também, outra definição sobre concessão. Para este autor, a concessão é

[...] um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume o seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento.<sup>116</sup>

Apesar de na doutrina e na jurisprudência prevalecer a opinião que a concessão é pactuada entre o poder concedente e o concessionário, MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>117</sup> defende o posicionamento de que o contrato de concessão é pactuado entre três partes: o poder concedente, a sociedade e o particular.

A concessão é um meio pelo qual se busca a soma de esforços dos particulares para o desempenho adequado e satisfatório dos serviços públicos, sendo este o objetivo comum entre Estado e concessionário. O objetivo de realizar o bem comum permite que o Estado estabeleça unilateralmente as normas que regulam o serviço público e, também, a fiscalização da prestação do serviço público desenvolvido pelo concessionário.

Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, o instituto da concessão possui diferentes aspectos, como a manutenção do serviço como público, a temporalidade da delegação e a atribuição dos riscos ao particular. Desse modo, está-se diante de um evidente regime jurídico complexo<sup>118</sup>. O serviço, assim, continua público, não há a alteração deste para o regime de direito privado, não é uma forma de desafetação do serviço, que alteraria da órbita do público para o privado.

Na concessão, o Estado continua sendo o titular do poder de prestação do serviço, sendo que apenas parcela da competência pública é dirigida ao ente privado, mas o núcleo desta continua sendo de titularidade do Estado. O Estado continua com o dever de disciplinar as condições de prestação do serviço. Desta forma, torna-se justificável o poder do Estado de intervir nas atividades de prestação

<sup>115</sup> MOREIRA. *op. cit.*, p. 102.

<sup>116</sup> JUSTEN FILHO. *Curso... op. cit.*, p. 623.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 624.

<sup>118</sup> JUSTEN FILHO. *Concessões... op. cit.*, p. 66-67.

do serviço e nas regras atinentes a esta prestação. “Existe o poder-dever de o Estado fiscalizar, regular e retomar os serviços concedidos”.<sup>119</sup>

O regime sempre terá um tempo determinado. Não há concessões eternas, sendo que o prazo determinado leva a duas conseqüências: a primeira é que, terminado o prazo da concessão, o serviço retorna ao concedente; a segunda é que a extinção antecipada da concessão, sem a culpa do concessionário, acarreta numa ampla indenização a este.

Outro aspecto da concessão já citado é que parcela dos riscos é atribuída ao particular. Mais ainda, é, inclusive, por este motivo que parcela dos lucros lhe é também atribuída, pois “seria ofensivo à ordem jurídica o modelo contratual que reservasse ao Estado o risco do prejuízo e assegurasse ao delegatário o privilégio de parte dos lucros”.<sup>120</sup> Porém, na mesma medida, é despropositado admitir que o sucesso ou insucesso do concessionário é irrelevante para o Estado, ou poder concedente, afinal, “a atuação do concessionário é instrumental para o Estado e a sociedade, na acepção de que a concessão de serviço público é o meio para melhor realizar um objetivo essencial, de importância indisponível”.<sup>121</sup> Assim, manter viável economicamente a concessão é interesse do Estado e da sociedade, não apenas do concessionário.

Através de EGON BOCKMANN MOREIRA, pode-se entender melhor esta perspectiva:

há de existir uma rede de benefícios mútuos (concedente, usuários, concessionários e terceiros), pois no setor de serviços públicos o lucro do investidor deve ser o estímulo para a melhor prestação (não um fim em si mesmo)(...) Todos devem ganhar: os três primariamente envolvidos (concedente, concessionário e usuários), bem como terceiros (os efeitos sociais externos ao projeto concessionário).<sup>122</sup>

Para o autor, a atribuição do risco do negócio ao concessionário merece reflexão mais apurada, pois se está diante da prevenção de danos que podem porventura “inviabilizar a prestação de um serviço público”.<sup>123</sup>

<sup>119</sup> JUSTEN FILHO. *Curso...* op. cit., p. 625.

<sup>120</sup> JUSTEN FILHO. *Concessões...* op. cit., p. 67.

<sup>121</sup> JUSTEN FILHO. *Curso...* op. cit., p. 623.

<sup>122</sup> MOREIRA. *op. cit.*, p.29.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 117.

## 2.2 PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

EGON BOCKMANN MOREIRA explica que “em tese, a permissão estampa ato administrativo pelo qual o Poder Público enseja que certa pessoa privada exerça, a título precário, determinado serviço público”.<sup>124</sup> Porém, esta noção funciona apenas em teoria. Na prática, a palavra permissão dá abrigo à ampla gama de vínculos jurídicos que não se exaurem no conceito tradicional. A verdadeira natureza jurídica do vínculo estabelecido entre permitente e permissionário de serviço público será revelada através do exame da situação jurídica concreta posta entre Poder Público e pessoa privada.

Há algumas características típicas da permissão, pois só a ela é passível outorga:

(i) para pessoa física; (ii) a título precário (sem indenização quando de seu rompimento); (iii) por meio de qualquer modalidade de licitação; e (iv) mediante contrato de adesão. Por isso que a oferta consignada no edital de licitação deve ser exaustiva, não se permitindo qualquer indefinição ou indeterminação do objeto e do conteúdo do futuro contrato. O contrato de permissão é inteiramente pré-constituído pela Administração.(...) Nos termos da Lei Geral de Concessões, a permissão é contrato de adesão, precedido de licitação, por meio do qual a Administração, ao mesmo tempo em que permite o exercício de determinado serviço pelo particular, regula essa atividade ao instalar certas obrigações contratuais. A proposta do particular em nada inova ou acresce, mas tão somente adere ao modelo prefixado no edital.<sup>125</sup>

Para MARÇAL JUSTEN FILHO, “a evolução jurídica conduziu a consagração do entendimento de que a outorga da permissão não é ato praticado livremente pelo Estado. (...) A escolha sujeita-se ao princípio da legalidade”.<sup>126</sup> Portanto, não se pode livremente extinguir a permissão, “assim como a delegação pressupõe lei, a extinção desta situação exige prévia autorização legislativa”<sup>127</sup>, admitindo, em determinadas situações, a retomada por autorização genérica.

A Administração Pública ainda está submetida, de acordo com o artigo 37 da Constituição, ao princípio da moralidade, que abrange a boa fé e a eficiência. A moralidade e impessoalidade, ambos previstos no artigo 87 da CF, impedem que a

<sup>124</sup> MOREIRA. *op. cit.*, p. 162.

<sup>125</sup> *Ibid.* p. 164-165.

<sup>126</sup> JUSTEN FILHO. *op. cit.*, p. 82.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 83.

Administração Pública ponha fim a permissão “através de vontade imotivada”<sup>128</sup>, devendo, ainda, ser acrescentado a este quadro o devido processo legal, previsto no artigo 5º, LV da CF.

Para EGON BOCKMANN MOREIRA,

a precariedade do título constitutivo tampouco poderia implicar desobediência ao devido processo legal para o desfazimento do contrato de adesão firmado entre permitente e permissionário. Trata-se de negócio jurídico, não de ato administrativo precário.(...) Em obediência ao art.54 da Lei 9.784/1999, a extinção do contrato antes de seu termo há de ser motivada e, a depender do caso, precedida do devido processo.(...) Na medida em que de ordinário a permissão exige a aplicação de recursos privados combinada com projeção de ganhos dela oriundos, ela requer um mínimo de estabilidade jurídica para que possa ter existência – tanto em termos do tempo necessário para o efetivo recebimento dos lucros como no que diz respeito a manutenção da tarifa.<sup>129</sup>

CAIO TÁCITO sublinhou que “em nada o sistema legal admite que as tarifas de serviços públicos sob regime de permissão não obedeçam ao mesmo regime de proporcionalidade e adequação aos custos dos serviços que regem as concessões”.<sup>130</sup> O mesmo pode ser dito quanto ao equilíbrio econômico-financeiro. O fato de o sujeito ser permissionário e assinar um documento com estrutura contratual previamente fixada pela Administração possibilita que detenha “prerrogativas assecuratórias ainda mais reforçadas (princípio da boa-fé objetiva combinado com a presunção de legitimidade do atos administrativos)”.<sup>131</sup> Para EGON BOCKMANN MOREIRA, o permissionário tem direito à indenização pelos lucros cessantes e danos emergentes que a extinção prematura gerar.

Entretanto, nem todos autores se alinham a este raciocínio. Um exemplo é MARIA SYLVIA DI PIETRO<sup>132</sup>, que defende a precariedade do instituto da permissão, sendo unilateral, discricionário e precário, um exemplo disto é a ausência de estabelecimento de prazo.

<sup>128</sup> JUSTEN FILHO. **Concessões...** *op. cit.*, p. 84.

<sup>129</sup> MOREIRA. *op. cit.*, p. 166.

<sup>130</sup> TÁCITO, Caio. Concessões de serviço de transporte aéreo – Equilíbrio financeiro (parecer), RTDP 16/68, São Paulo, Malheiros Editores, 1996. *Apud* MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei 8.987/1995**. Malheiros Editores, São Paulo, 2010, p. 166.

<sup>131</sup> MOREIRA. *op. cit.*, p. 167.

<sup>132</sup> DI PIETRO *Apud* ARAÚJO. *op. cit.*, p. 58.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO também conceitua a precariedade do instituto, e estabelece, ainda, que, caso a Administração Pública resolva por fim a concessão em qualquer tempo, não há “obrigação de indenizar o permissionário”.<sup>133</sup>

Outra perspectiva é a de MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>134</sup>, para quem a permissão é adequada a determinadas situações em que a concessão não seria compatível. Ela será utilizável quando a remuneração obtida a curto prazo é suficiente para compensar o particular. Outra característica da permissão é que não se tem investimentos de maior monta e o patrimônio do particular não é transferido para a Administração. O particular pode ser dispensado a qualquer momento, não sendo adequado receber indenização justamente por não ter realizado investimentos amortizáveis e também por não ser titular de interesses jurídicos frustrados ou lesados.

---

<sup>133</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 682.

<sup>134</sup> JUSTEN FILHO. **Concessões...** *op. cit.*, p. 88.

## CAPÍTULO II TAXAS E TARIFAS

### 1. TAXAS

Para HECTOR B. VILLEGAS,

la tasa es, probablemente, el tributo que mayores discrepancias e dificultades crea dentro Del Derecho Tributário. Una causa importante para que ello suceda, es la confusión de elementos jurídicos, políticos y económicos que emana de la falta correcta de diferenciación entre los principios del Derecho Tributário y la Ciencia de las Finanzas”.<sup>135</sup>

YOSHIKI ICHIHARA afirma “sem perigo de erro, que as questões que envolvem as taxas no sistema jurídico brasileiro, especialmente no que se refere à fixação de sua base de cálculo, são difíceis e muito controvertidas”<sup>136</sup>

BERNARDO RIBEIRO DE MORAES entende que a palavra taxa tem origem grega, da qual o latim

tomou *taxare*, equivalente a fixar, estimar ou avaliar. Taxar, pela incursão etimológica, é algo como estabelecer uma quantia que deve ser paga ao Estado. Em seu primeiro sentido, assim, a palavra taxa indica exação, imposição legal, encargo exigível dos contribuintes ou exigência tributária. A palavra inglesa *tax* exprime normalmente a idéia de imposto. Taxa também tem o significado de uma figura jurídica representativa de uma espécie típica do gênero tributo. Representa ela determinada exigência tributária específica, com características próprias e inconfundíveis. A denominação taxa indica uma das espécies tributárias fiscais.<sup>137</sup>

BERNARDO RIBEIRO DE MORAES<sup>138</sup> apresenta diversas teorias sobre as taxas, dividindo-as em teorias econômicas, financeiras, políticas e jurídicas. Porém, é preciso destacar que BERNARDO RIBEIRO DE MORAES<sup>139</sup> busca um conceito jurídico de taxa, no qual se baseia o presente trabalho, pois, do contrário, fugiria do sentido do presente estudo modificar ou dar um sentido não jurídico ao instituto das taxas.

<sup>135</sup> VILLEGAS, Hector B. Tasas e su debida diferenciación con los precios del Estado. **Revista do Direito Tributário**, São Paulo, v. 15, n. 56, p. 07, 1991.

<sup>136</sup> ICHIHARA, Yoshiaki, **Taxas no sistema tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 175.

<sup>137</sup> MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de direito tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 242.

<sup>138</sup> MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Doutrina e prática das taxas**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 37-68.

<sup>139</sup> MORAES. *op. cit.*, p. 242.

Segundo BERNARDO RIBEIRO DE MORAES<sup>140</sup>, MARIO PUGLIESE, preocupando-se com um conceito jurídico de taxa, postula uma teoria mista, que contém duas partes relevantes, sendo uma econômica e outra financeira. A parte econômica é encontrada nas necessidades públicas satisfeitas pelo tributo, sempre representadas por serviços divisíveis e individuais, enquanto que a parte jurídica é caracterizada pela causa jurídica da obrigação. Ao mesmo tempo, define a taxa como um tributo, uma prestação compulsória que é paga ao Estado pela pessoa que utilizar de maneira individual de um serviço jurídico administrativo, cuja gestão é inerente à soberania estatal.

Na teoria de ACHILLE DONATO GIANNINI há apenas fundamentos jurídicos. Giannini fundamenta a taxa apenas no poder fiscal do Estado, tendo fonte exclusiva na norma jurídica tributária. Este autor define a taxa como uma prestação pecuniária que é devida a um ente público, que tenha fundamento numa norma legal, e, na medida desta, pela realização de uma atividade do próprio ente público dirigida de modo particular ao obrigado.<sup>141</sup>

Outras teorias são apresentadas por BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, entre elas a de BENEDETO COCIVERA<sup>142</sup>, que tem uma perspectiva formalista sobre a taxa (ela se diferenciaria do imposto mais por razões formais) e a de ANTONIO BERLIRI<sup>143</sup>, para o qual a taxa seria um ônus não um tributo, relacionado a uma vantagem obtida pelo contribuinte.

Porém, a teoria que mais se alinha com a visão adotada neste trabalho é a de ALFREDO AUGUSTO BECKER, segundo o qual “a base de cálculo é o núcleo da hipótese de incidência”.<sup>144</sup> Desta forma, é a base de cálculo que define a espécie tributária em pauta, sendo aquela o seu elemento mais relevante.

Um autor que explica as diferentes formas sobre os quais a taxa pode ser estudada é EDGARD NEVES DA SILVA<sup>145</sup> que apresenta enfoques distintos, como o econômico, jurídico, político ou financeiro.

<sup>140</sup> MORAES. **Compêndio...** *op. cit.*, p. 249.

<sup>141</sup> GIANNINI, Achile Donato. **Istituzioni di diritto tributário**, XXXIII, p.60. Apud MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de direito tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 249-250.

<sup>142</sup> JARACH, Dino. **Concetto giuridico di tassa e natura del corresponsivo del servizio comunale di trasporto delle immondizie**, p.71. Apud MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de direito tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 251.

<sup>143</sup> MORAES. Doutrina... *op. cit.*, p. 45.

<sup>144</sup> BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 298.

<sup>145</sup> SILVA, Edgard Neves. Taxa de conservação de estradas municipais. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v.7, Jan./Jul., 1986

Sob o aspecto econômico, a taxa seria uma contraprestação feita pelo contribuinte “em virtude do dispendido pelo Estado para sua atividade.”<sup>146</sup> Politicamente, seria uma distribuição de custo. Nas finanças as características principais da taxa seriam a voluntariedade e a destinação do produto da arrecadação.

Sob o aspecto político, não só das taxas, mas de todos os tributos, GERALDO ATALIBA prepondera que “os tributos são instrumentos (meios) para a realização de um valor social relevantíssimo: repartir, pelos integrantes da sociedade, os custos das atividades públicas”.<sup>147</sup> O autor apresenta um diferente viés no estudo dos tributos, mostrando a finalidade que, segundo ele, os tributos têm.

BERNARDO RIBEIRO DE MORAES<sup>148</sup> explica que a taxa é um tema controverso na doutrina, sendo um dos principais motivos para tal impasse a apresentação de caracteres não jurídicos por alguns autores (provindos das ciências econômicas, das finanças, entre outros). Para este doutrinador, a taxa em seu aspecto jurídico é um tributo que deve possuir três elementos: o primeiro é possuir um pressuposto material vinculado a uma atividade do poder público, relacionada de maneira direta ao contribuinte; o segundo é ter como sujeito passivo a pessoa ligada à atividade estatal; o último é a base de cálculo ter elemento relacionado à atividade estatal. Destaca, ainda, que o conceito de taxa não é universal, e que no Brasil este é um conceito constitucional. Assim, define taxa tendo em vista seus pressupostos constitucionais como o “tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação dependente de atividade estatal específica relativa ao obrigado”.<sup>149</sup>

De acordo com JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO, “a taxa é a remuneração de uma atividade vinculada ao poder público (serviço público, específico e divisível, efetivo ou potencial, incluindo-se o concernente ao poder de polícia), regendo-se pelo princípio da retributividade”.<sup>150</sup>

---

<sup>146</sup> SILVA, Edgard Neves da. **Distinção entre taxa e preço público**. São Paulo: Tema Inédito, 1978. p. 33.

<sup>147</sup> ATALIBA, Geraldo. Pedágio federal, cadernos de direito tributário. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n.53, 1990, p. 90.

<sup>148</sup> MORAES. **Doutrina...** *op. cit.*, p. 69-77.

<sup>149</sup> MORAES. **Doutrina...** *op. cit.*, p. 81.

<sup>150</sup> MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Ed. Dialética, 2010. p. 53.

## 1.1 TRIBUTOS VINCULADOS

Segundo GERALDO ATALIBA<sup>151</sup>, o critério jurídico de classificação dos tributos está na consistência do aspecto material da hipótese de incidência. O aspecto material “contêm a designação de todos os dados de ordem objetiva, configuradores do arquétipo que ela (h.i.) consiste”,<sup>152</sup> sendo o aspecto material, segundo o autor, “a imagem abstrata de um fato jurídico”<sup>153</sup>, no caso das taxas uma atuação pública.

HECTOR B. VILLEGAS explica, “según Ataliba, que clasifica a los tributos en vinculados y no vinculados la tasa es un tributo vinculado porque su hecho gerador es una actuación estatal relativa al obligado. Recordemos que dentro de los tributos vinculados, el jurista brasileño distingue a las tasas, en las cuales la vinculación con la actuación es directa”.<sup>154</sup>

De acordo com GERALDO ATALIBA, são tributos vinculados “aqueles cuja hipótese de incidência consiste na descrição de uma atuação estatal (ou consequência desta)”.<sup>155</sup> Desta forma, se materialidade do fato descrito pela hipótese de incidência (aspecto material) for uma atividade estatal o tributo será vinculado e for um fato qualquer o tributo será não vinculado.

Para AURÉLIO PITANGA, “quando a conduta especificada em lei estiver vinculada a uma ação governamental, os tributos daí originados são designados de tributos vinculados”<sup>156</sup> e as taxas se enquadrariam nesta espécie.

MÁRCIO MAIA DE BRITTO entende que “as taxas são tributos que se caracterizam por apresentarem a sua hipótese de incidência vinculada a uma atuação do Poder Público competente para a sua instituição”.<sup>157</sup>

Segundo YOSHIKI ICHIHARA,

as taxas só poderão ser instituídas tendo como fato gerador o exercício do poder de polícia ou como decorrência da prestação de serviços públicos específicos e divisíveis. Exige como condição para ocorrência do fato

---

<sup>151</sup> ATALIBA. *op. cit.*, p. 130

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 106.

<sup>153</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>154</sup> VILLEGAS, *op. cit.*, p. 08.

<sup>155</sup> ATALIBA, *op. cit.*, p. 131.

<sup>156</sup> SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. **Caracteres distintivos da taxa e do preço público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 119.

<sup>157</sup> BRITTO, Márcio Maia de. Contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública: natureza jurídica. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.113, p. 73, 2005.

gerador, uma atuação estatal (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), razão porque o Prof. Geraldo Ataliba denominou de tributos vinculados diretamente na forma do exercício do poder de polícia ou como decorrência da prestação de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.<sup>158</sup>

## 1.2 REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA DAS TAXAS

De acordo com ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA, “criar um tributo é descrever abstratamente sua hipótese de incidência, seu sujeito ativo, seu sujeito passivo, sua base de cálculo e sua alíquota. Em suma: é editar, pormenorizadamente, a norma jurídica tributária”.<sup>159</sup>

Para AMILCAR DE ARAÚJO FALCÃO, nas taxas “o fato gerador tem que ser uma ocorrência relacionada com a utilização, provocação, ou disposição do serviço ou atividade do estado: a invocação do funcionamento da justiça, regularização de instrumentos de medição e pesagem”.<sup>160</sup>

Segundo ROQUE ANTONIO CARRAZA<sup>161</sup>, as taxas são tributos que têm por hipótese de incidência uma atuação estatal diretamente referida ao contribuinte, podendo consistir ou num serviço público ou num ato de polícia. No Brasil, ao contrário do que se dá em outros países, a utilização de bens de domínio público não é uma das hipóteses de incidência possíveis das taxas.

A hipótese de incidência é, segundo GERALDO ATALIBA, “a descrição legal de um fato”.<sup>162</sup> Para PAULO DE BARROS CARVALHO, Geraldo Ataliba “propôs a adoção de hipótese de incidência para denominar a descrição abstrata, contida na lei, e fato imponível para representar a ocorrência no mundo dos fenômenos físicos, que satisfaz os ante-supostos requeridos pela norma jurídica”.<sup>163</sup>

O sujeito ativo “é o credor da obrigação tributária. É a pessoa a quem a lei atribui a exigibilidade do tributo”.<sup>164</sup> O sujeito passivo é o devedor, também chamado

<sup>158</sup> ICHIHARA, Yoshiaki. **Taxas no sistema tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.178.

<sup>159</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de direito constitucional tributário. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.244.

<sup>160</sup> FALCÃO, Amilcar de Araújo. **Introdução ao direito tributário**. São Paulo: Edições Financeiras, 1976. p.15-21.

<sup>161</sup> CARRAZZA, op. cit., p. 504.

<sup>162</sup> ATALIBA, op. cit., p. 58.

<sup>163</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 247.

<sup>164</sup> ATALIBA, op. cit., p.86.

contribuinte, “é a pessoa que terá diminuição patrimonial, com a arrecadação do tributo”<sup>165</sup>, no caso dos tributos vinculados mais especificamente. No caso da taxa, o sujeito passivo é a pessoa que utiliza de um serviço ou o tem a disposição ou é atingida por um ato de polícia. A base de cálculo ou base imponible é a “perspectiva dimensional da hipótese de incidência”,<sup>166</sup> sendo que o “critério para medir” o fato imponible é a “descrição legal de um padrão ou unidade de referência que possibilita a quantificação da grandeza financeira do fato tributário”.<sup>167</sup> AMILCAR FALCÃO qualifica a base imponible como “verdadeira e autêntica expressão econômica da hipótese de incidência”.<sup>168</sup>

A alíquota é uma parte ou fração da base imponible. Trata-se de “um termo do mandamento da norma tributária, mandamento este que incide se e quando se consoma o fato imponible dando nascimento a obrigação tributaria concreta”.<sup>169</sup>

Segundo GERALDO ATALIBA<sup>170</sup>, nem sempre as taxas têm alíquota, pois o princípio informativo das taxas, que é o da remuneração, se apresenta de modo diverso, decorrente da CF (art. 145, II). O custo de um serviço público não geral deve ser repartido entre os usuários, na medida em que cada administrado os utiliza. No caso das taxas, que não possuem alíquota, a lei dispensa essa técnica e já estabelece o *quantum* devido antecipadamente (como nos caso de certidões). Já nos casos das taxas em que há alíquota, o critério legal de repartição é o custo dos serviços públicos, ou o custo da atividade administrativa condicional do exercício do poder de polícia.

PAULO DE BARROS CARVALHO<sup>171</sup> apresenta outra classificação, na qual o critério de hipótese ou descritor é dividido em critério material, espacial e temporal. Na hipótese (descritor), devemos encontrar um critério material (comportamento de uma pessoa) condicionado no tempo (critério temporal) e no espaço (critério espacial). Após a ocorrência da hipótese de incidência surge a relação jurídica tributária, que é representada pelo conseqüente tributário, o qual prescreve os efeitos jurídicos que o acontecimento irá propagar. O conseqüente ou prescriptor é

---

<sup>165</sup> *Ibid.*, p. 88.

<sup>166</sup> *Ibid.*, p.108.

<sup>167</sup> *Ibid.*, 109.

<sup>168</sup> FALCÃO *Apud* ATALIBA. *op. cit.*, p. 109.

<sup>169</sup> ATALIBA, *op. cit.*, p.113.

<sup>170</sup> *Ibid.*, p.117.

<sup>171</sup> CARVALHO. *op. cit.*, p. 242.

composto pelo critério pessoal, que aponta os sujeitos da relação jurídica e o critério quantitativo, que é formado pela base de cálculo e pela alíquota.

PAULO DE BARROS CARVALHO ensina que “há a subsunção quando o fato (fato jurídico tributário constituído pela linguagem prescrita pelo direito positivo) guardar absoluta identidade com o desenho normativo da hipótese (hipótese tributária)”<sup>172</sup>. Para ser fato jurídico tributário a ocorrência da vida real, que é descrita no suposto da norma individual e concreta expedida pelo órgão competente, tem de satisfazer a todos os critérios identificadores tipificados na hipótese da norma geral e abstrata.

No critério material, há referência a um comportamento de pessoas físicas ou jurídicas condicionadas por circunstâncias de tempo e espaço (critérios temporal e espacial).<sup>173</sup> Nas taxas, é necessário identificar a conduta indicada como necessária à instituição e exigência da exação nos contornos conferidos pela Constituição Federal. O núcleo, que é o critério material, é sempre formado “por um verbo, seguido de seu complemento”<sup>174</sup>. No caso das taxas, o critério material será “a utilização efetiva ou potencial do serviço público além da efetiva prestação da atividade do poder de polícia”.<sup>175</sup>

PAULO DE BARROS CARVALHO, ao explicar o critério espacial, ensina que

há regras jurídicas que trazem expressos os locais em que o fato deve ocorrer, a fim de que irradie os efeitos que lhe são característicos. Outras, porém, nada mencionam, carregando implícitos os indícios que nos permitem saber onde nasceu o laço obrigacional. É uma opção do legislador”.<sup>176</sup> De acordo com o autor há três formas compositivas de critério espacial: “a) hipótese cujo critério espacial faz menção a determinado local para ocorrência do fato típico, b) hipótese em que o critério espacial alude a áreas específicas, de tal sorte que o acontecimento apenas ocorrerá se dentro delas estiver geograficamente contido, c) hipótese de critério espacial bem genérico, onde todo e qualquer fato, que suceda sob o manto da vigência territorial da lei instituidora, estará apto a desencadear seus efeitos peculiares.”<sup>177</sup>

Para MARCOS HAILTON GOMES DE OLIVEIRA,

o critério espacial é a coordenada indicativa do local onde o fato deve ocorrer para alcançar a relevância necessária à percussão da regra de

<sup>172</sup> *Ibid.*, p.255

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 257.

<sup>174</sup> *Ibid.*, p. 258.

<sup>175</sup> ARAÚJO. *op. cit.*, p. 131.

<sup>176</sup> CARVALHO, *op. cit.*, p. 260.

<sup>177</sup> *Ibid.*, p. 262.

tributação. Ou, então, da área geográfica específica onde o fato poderá ocorrer. Por vezes, simplesmente, a norma se omite, deixando que a vigência territorial da norma criadora da taxa sirva como indicativo do critério espacial da regra matriz de incidência.<sup>178</sup>

Nesse critério, em tempo, o legislador pode, ainda, indicar outro lugar no qual ocorrerá o fato.

De acordo com SARAH LINHARES DE ARAÚJO<sup>179</sup>, o critério espacial é limitado conforme o campo de atuação da autoridade competente para instituir o serviço público. Logo, o critério espacial das taxas está ligado à regra constitucional de Direito Administrativo, pois o ente deverá possuir competência administrativa para instituir ou prestar o serviço público ou realizar a atividade de polícia.

PAULO DE BARROS CARVALHO compreende “o critério temporal da hipótese tributária como o grupo de indicações, contidas no suposto da regra e que nos oferecem elementos para saber, com exatidão, em que preciso instante acontece o fato descrito, passando a existir o liame jurídico que amarra devedor e credor, em função de um objeto – o pagamento de certa prestação pecuniária”.<sup>180</sup>

O critério temporal nas taxas para fruição de serviço público é o momento em que se considera prestado ou disponibilizado o serviço.

Para SARAH LINHARES DE ARAÚJO<sup>181</sup>, o critério temporal é a coordenada de tempo necessária para que o evento ocorra e surja a relação jurídica tributária. Destaca-se que este critério nas taxas varia muito. Um exemplo está nas taxas de polícia, como na edição de alvará de licença ou autorização, onde o legislador pode fixar o momento em que reputa ocorrido o fato imponível como qualquer deles durante o curso do procedimento.

Após o estudo do suposto, antecedente ou hipótese da regra matriz de incidência tributária, é preciso “polarizar a atenção no conseqüente da norma”<sup>182</sup>, sendo dois os critérios presentes o critério pessoal e o critério quantitativo.

O critério pessoal “é o conjunto de elementos, colhidos no prescritor da norma, e que nos aponta quem são os sujeitos da relação jurídica”, ou seja, o sujeito ativo, credor, de um lado, e o sujeito passivo, devedor, de outro. O sujeito ativo será

<sup>178</sup> OLIVEIRA, Marcos Hailton Gomes de. **Remuneração de serviços prestados e disponibilizados pelo Estado**: taxas, tarifas e preços “públicos”. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC/(SP), São Paulo, 2008.

<sup>179</sup> ARAÚJO. *op. cit.*, p. 133.

<sup>180</sup> CARVALHO. *op. cit.*, p. 264.

<sup>181</sup> ARAÚJO. *op. cit.*, p. 132.

<sup>182</sup> CARVALHO. *op. cit.*, p. 285.

o ente político competente para a prestação ou disponibilização do serviço público<sup>183</sup> ou, ainda, para prestação efetiva do poder polícia. Será, assim, o ente político dotado de competência administrativa como delineado pela Constituição Federal. O sujeito passivo é o contribuinte, que utiliza efetivamente de serviço público ou ato de polícia prestado diretamente pelo Estado, ou é submetido ao pagamento de taxa pela disponibilização do serviço público.

O critério quantitativo trata “do objeto da prestação que, no caso da regra matriz de incidência tributária que, se consubstancia na base de cálculo e na alíquota”.<sup>184</sup> O estudo da base de cálculo e da alíquota no caso das taxas é muito polêmico, tendo entendimentos variados na doutrina sobre a sua imprescindibilidade. PAULO DE BARROS CARVALHO explica que “uma das funções da base de cálculo é medir a intensidade do núcleo factual descrito pelo legislador”.<sup>185</sup>

GERALDO ATALIBA, como já referido, ensina que a base de cálculo “mede a materialidade da hipótese de incidência tributária” e que “nas taxas esta será sempre uma atuação pública”, que “refletirá uma perspectiva dimensional da atividade pública que, por ser necessariamente divisível, comportará repartição entre os usuários”. Deste modo, a “base da taxa mede uma atividade pública e a utilização que cada qual dela faz”.<sup>186</sup>

PAULO DE BARROS CARVALHO explica que “uma das funções da base de cálculo é medir a intensidade do núcleo factual descrito pelo legislador”.<sup>187</sup>

Para ROQUE ANTONIO CARRAZA<sup>188</sup>, ao criar um tributo, a pessoa política deve sempre descrever por meio de lei um fato (fato gerador in abstracto ou hipótese de incidência) a cuja realização vincula o nascimento da obrigação de pagar uma determinada quantia em dinheiro (obrigação tributária). Além disso, deve ainda descrever os critérios que permitirão fixar com exatidão a quantidade de dinheiro a pagar, após a realização do fato imponible (fato gerador in concreto). A quantificação do tributo é feita pela base de cálculo e pela alíquota que a ela é aplicada. A base de cálculo serve não só para medir o fato imponible, mas também

---

<sup>183</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 177.

<sup>184</sup> CARVALHO, *op. cit.*, p. 285.

<sup>185</sup> *Ibid.*, p. 329.

<sup>186</sup> ATALIBA, *op. cit.*, p. 92.

<sup>187</sup> CARVALHO, *op. cit.*, p. 329.

<sup>188</sup> CARRAZZA, *op. cit.*, p. 251.

para determinar a espécie do tributo que será exigido do contribuinte. Assim leciona o autor:

sempre acerca das taxas, temos que seu princípio informador, como observou Geraldo Ataliba, é o da retributividade. Melhor elucidando, o contribuinte nelas, retribui pecuniariamente o serviço público ou as diligências que levam ao de de polícia que o alcança, pagando a exação devida. Em nome da segurança jurídica não podemos aceitar que, só porque a pessoa política realizou uma atuação estatal, está autorizada a cobrar uma taxa no valor que quiser e de quem quiser. (...) Pelo contrário, só se poderá exigir a taxa daquela pessoa diretamente alcançada pela atuação estatal e desde que o tributo tenha como base de cálculo o valor da atuação.(...) Portanto, a base de cálculo das taxas só poderá dimensionar o custo do “exercício do poder de polícia” (...) ou dos “serviços públicos específicos e divisíveis”(…), sem qualquer alusão à condição do contribuinte.<sup>189</sup>

De acordo com YOSHIKI e AIRES FERNANDINO BARRETO, “a base de cálculo é sempre o valor” e conceituam como sendo “o padrão, critério ou referência para medir um fato tributário”.<sup>190</sup>

Para YOSHIKI ICHIHARA, a base de cálculo deve ser analisada

pelo crivo da materialidade, sendo a taxa uma cobrança decorrente da contraprestação de serviço público ou do exercício de poder de polícia, a referibilidade, ou nex, deve ser sempre relacionada com o custo da atuação estatal. Qualquer desvio desse princípio básico tornará a cobrança ilegal ou inconstitucional. O critério da divisibilidade, do custo da atuação geral em relação a cada um dos contribuintes individualmente, sem dúvida alguma, deve ser algo que possa medir o custo do serviço ou do exercício do poder de polícia.<sup>191</sup>

Está-se diante de um critério que não vai ao encontro dos fatos, ou seja, contrário ao custo da atuação não pode ser aceito, sendo ainda vetada a bitributação (base de cálculo que tem a mesma base dos impostos ou contribuições de melhoria).

É preciso retomar os ensinamentos de GERALDO ATALIBA para destacar alguns aspectos levantados por ele, que podem gerar confusão em seu estudo.

Este autor apresentava a regra-matriz de incidência com a “base imponible” incluída no aspecto material e acreditava ser possível existirem tributos fixos<sup>192</sup>. Posteriormente, após reflexão provocada pela doutrina de PAULO DE BARROS

<sup>189</sup> *Ibid.*, p. 521-522.

<sup>190</sup> ICHIHARA. *op. cit.*, p. 181.

<sup>191</sup> *Id.*

<sup>192</sup> ARAÚJO, *op. cit.*, p. 129-130.

CARVALHO, passou a afirmar que, “sendo a base de cálculo uma exigência constitucionalmente obrigatória, a alíquota, que com ela se conjuga, ganha, também, foros de entidade indispensável. Carece de sentido a existência isolada de uma ou de outra”.<sup>193</sup> Afirmou, ainda, o autor, que há a necessidade de previsão da base de cálculo e da alíquota, entre outros motivos, pela Constituição Federal não tolerar tributos fixos, pois estes confrontam a isonomia, “violando o equilíbrio comutativo do tributo remuneratório (taxa)”.<sup>194</sup> Contudo, posteriormente, mesmo após estas afirmações, continuou a aceitar a existência de tributos fixos<sup>195</sup>, trazendo perplexidades ao leitor.

Para MARCOS HAILTON GOMES DE OLIVEIRA<sup>196</sup>, a Constituição Federal não especifica a base de cálculo das taxas. A base de cálculo das taxas de serviço público seria o custo do serviço prestado. Entretanto, na maioria das vezes, os elementos necessários não são visíveis na legislação instituidora, pelo que o legislador muitas vezes se limita a determinar um valor fixo a ser pago pela unidade de serviço fruído ou disponibilizado. Mas pela característica retributiva da taxa, o que se deve levar em conta é exatamente o valor global do serviço a ser prestado, com sua posterior fixação em unidades de utilização. “Temos, então, que a lei instituidora do gravame é que determinará se haverá alíquota ou base de cálculo, passíveis de identificação na construção da norma padrão de incidência, ou simplesmente um valor fixo, em pecúnia ou indexado, de acordo com parâmetros estabelecidos em lei. Isso será revelado caso a caso”.<sup>197</sup>

MARCOS HAILTON DE OLIVEIRA<sup>198</sup> entende que é a hipótese mais abrangente, na qual a base de cálculo é o custo total do serviço, e a alíquota, a fração-unidade de utilização do serviço prestado ou disponibilizado. Ainda, o valor devido a título de taxas, em determinados casos, independerá da feitura de cálculos, traduzindo-se no montante previamente fixado em uma grandeza de cunho econômico, em moeda. No campo das taxas é propício que o legislador exerça o princípio da proporcionalidade no momento em que fixar o valor a ser recolhido, com

---

<sup>193</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.199. *Apud* ATALIBA, Geraldo; AIRES, Barreto. Pedágio federal. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n.46, p.94, 1982.

<sup>194</sup> ATALIBA; AIRES, *op. cit.*, p. 94.

<sup>195</sup> ATALIBA, *op. cit.*, p. 117.

<sup>196</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 181-182.

<sup>197</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 177.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 182-183.

a conjugação da base de cálculo e da alíquota. Não há, ainda para este autor, a aplicação do critério da capacidade contributiva nas taxas, pois o critério material destas não se presta a medir um fato revelador de riqueza do cidadão, mas, sim, um comportamento de utilização dos serviços públicos ou um comportamento estatal de disponibilização de um serviço público ao cidadão.

Desta forma, “seja porque há específica conjugação de ambos os elementos do critério quantitativo, seja porque na espécie não se fala da aplicação do princípio da capacidade contributiva, não há inconstitucionalidade na fixação prévia do valor em moeda como *quantum* devido a título de taxas”.<sup>199</sup>

A controvérsia sobre a base de cálculo, alíquotas, tributos fixos, se estende inclusive sobre quais princípios devem ser aplicados no caso das taxas, como se depreende da opinião de SARAH LINHARES DE ARAÚJO<sup>200</sup>, para quem os princípios da igualdade e da capacidade contributiva são aplicáveis, também, às taxas. Ainda para a jurista, a taxa, para que possa ser cobrada sem ofensa à Constituição Federal, deve conter o caráter da divisibilidade intrínseco, o que denunciaria a impossibilidade de haver taxas fixas.

PAULO DE BARROS CARVALHO afirma que os tributos fixos são inconstitucionais. Para o autor, “o meio jurídico especializado não tem se mostrado sensível à tese que adotamos, prevalecendo entre nós alguns tributos fixos, como, por exemplo, o ISS, na faixa de incidência que atinge os profissionais liberais, e grande quantidade de taxas. Vemos nisso uma inconstitucionalidade vitanda, embora os tribunais não se hajam manifestado na apreciação específica deste problema”.<sup>201</sup>

Há muita divergência a respeito do tema em questão. Na prática, existem tributos fixos, como os em razão do exercício do poder de polícia. Assim, seja qual for o entendimento adotado, a realidade fática inegável é que são instituídos tributos fixos e, por isso este motivo, são enfrentados no presente trabalho.

---

<sup>199</sup> *Idem.*

<sup>200</sup> ARAÚJO. *op. cit.*, p. 136.

<sup>201</sup> CARVALHO. *op. cit.*, p. 329.

## 2. ALGUMAS CARACTERÍSTICAS DAS TAXAS APRESENTADAS PELA DOUTRINA

De acordo com ANNA EMILIA CORDELLI ALVES,

o perfil constitucional das taxas está descrito no artigo 145, II da Constituição Federal. Pela simples leitura deste dispositivo constata-se, de pronto, que as taxas são espécies do gênero tributo, defluindo de tal consideração que também elas, como os impostos e as contribuições, estão sujeitas aos princípios constitucionais que informam a tributação, tais como o princípio da estrita legalidade, da anterioridade, da igualdade e outros(...). O caráter de prestação pecuniária, exigida compulsoriamente pelo Estado, como emanção de seu Poder Tributário, em virtude de lei, é que oferece à taxa a essência de tributo.<sup>202</sup>

Para HECTOR B. VILLEGAS, “es (...) esencial que la tasa sea creada por Ley”.<sup>203</sup> MARÇAL JUSTEN FILHO ensina, ao tratar da taxa, que, para esta, aplica-se o regime tributário e que está submetida ao princípio da estrita legalidade, consagrado pelo artigo 150, I, da CF, que “traduz-se na necessidade de todos os aspectos do tributo serem definidos por lei, eliminando-se qualquer margem de discricionariedade administrativa”.<sup>204</sup> Mais ainda, está também submetida ao princípio da anterioridade, “pelo qual nenhum tributo será exigido no mesmo exercício em que tiver sido publicada a lei que o instituiu ou aumentou(CF/88, art.150 inc.III,b)”.<sup>205</sup>

Para a instituição das taxas, há a necessidade de criação de duas leis, como explica ROQUE ANTONIO CARRAZA: “uma de natureza administrativa, regulando o exercício do poder de polícia ou a prestação do serviço público e, outra, de índole tributária, qualificando estas atuações estatais e atribuindo-lhes o efeito de, uma vez realizadas, darem nascimento, ‘in concreto’, à modalidade de tributo ora em estudo”.<sup>206</sup>

GERALDO ATALIBA concorda com este posicionamento, pois tratando das taxas a Constituição institui duas exigências: a primeira é que ou ocorra o exercício de poder de polícia ou a prestação de serviços públicos; a segunda exigência é de que tenha uma lei prevendo que estas atividades do Estado “ensejam a incidência

<sup>202</sup> ALVES, Anna Emilia Cordelli. Da contribuição para o custeio da iluminação Pública. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.97, p. 23-24, 2003.

<sup>203</sup> VILLEGAS, *op. cit.*, p. 08.

<sup>204</sup> JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 142.

<sup>205</sup> *Id.*

<sup>206</sup> CARRAZZA, *op. cit.*, p. 504.

de tributos”. Há, então, necessidade de criação de duas lei, “uma administrativa de polícia ou de serviços públicos e uma tributária, qualificando esses fatos para o efeito de fazerem nascer obrigações tributárias”.<sup>207</sup> Desta forma, “a lei de taxas superpõe-se à legislação de limitações administrativas (polícia) ou de serviços públicos (...) daí que a taxa pela disponibilidade de serviços públicos dependa da constitucionalidade da lei administrativa que lhe serve de suporte(...) Em suma: a lei tributária de taxa apoiar-se-á na lei administrativa”.<sup>208</sup>

Em concordância com o exposto, JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO explica que “as taxas remuneram os serviços públicos previstos constitucionalmente, e os prestados sob regime de direito público, observando normas e princípios tributários e administrativos”.<sup>209</sup>

Assim, se a atividade estatal situa-se no terreno específico do Estado, a receita a que ela se liga é uma taxa, pois trata de atividades privativas, próprias do Estado. O que é importante destacar é que se a lei denominou determinada receita como taxa, esta fica submetida aos princípios da legalidade e da anterioridade da lei ao exercício financeiro correspondente. O tributo, de acordo com HUGO DE BRITO MACHADO<sup>210</sup>, é por sua própria definição legal prestação pecuniária compulsória. Assim, a taxa como espécie de tributo é também compulsória, pelo que não há o que se falar em taxa facultativa.

Para surgir obrigação tributária, é necessário que ocorra o fato jurídico-tributário, tendo o contribuinte como destinatário do exercício do poder de polícia ou como beneficiário do serviço público (específico e divisível), sendo este potencialmente colocado à disposição ou realmente utilizado. Não há dúvidas quanto à natureza da taxa como tributo, sendo que o regime que deve ser aplicado é o de Direito Público, mais diretamente o de Direito Tributário. Ainda, “estão presentes como características essenciais da taxa a compulsoriedade, o fato de ser criada por lei, a sujeição ao princípio da estrita legalidade etc”.<sup>211</sup> Porém, este entendimento não é pacífico na doutrina, pelo que, posteriormente, será mostrado novamente este posicionamento conjuntamente com opinião divergente.

---

<sup>207</sup> ATALIBA, Geraldo Taxas e preços no novo texto constitucional. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 47, p. 143-144, 1989.

<sup>208</sup> ATALIBA; AIRES. *op. cit.*, p. 91.

<sup>209</sup> MELO. *Op. cit.*, p. 53.

<sup>210</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Temas de direito tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p.174-175.

<sup>211</sup> ICHIHARA. *op. cit.*, p.178.

### 3. TAXA PELO PODER DE POLÍCIA

Segundo Yoshiaki Ichihara, “quando o poder competente toma como pressuposto da instituição da taxa o exercício do poder de polícia, não resta dúvida de que o poder de polícia decorre sempre do exercício de faculdades inerentes ao Estado (no sentido amplo), tais como: fiscalizar, controlar, conceder licenças, autorizar a construção, a utilização etc”.<sup>212</sup>

Para GERALDO ATALIBA, “as taxas de polícia cabem para cobrir os custos administrativos com o exercício do poder de polícia diretamente referido a certas pessoas que o provocam, ou o exigem, em razão de sua atividade”.<sup>213</sup>

Porém, para evitar confusões, é necessário destacar que para este autor as espécies tributárias se reconhecem pela materialidade da Hipótese de Incidência e não pelo destino do dinheiro arrecadado por determinado tributo. Em suas palavras, “para saber se um tributo é ou não taxa é despiciendo o destino do dinheiro com ele arrecadado. Seja qual for haverá taxa ou outra espécie, conforme a materialidade da h.i”.<sup>214</sup>

De acordo com ensinamento de MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>215</sup>, com a evolução política, a intervenção estatal de conformação das condutas privadas deixou de ser apenas repressiva e passou a compreender imposições ordenadas a promover condutas ativas reputadas como desejáveis. O poder de polícia, segundo esse autor, é “a competência para disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade”.<sup>216</sup>

Assim, o poder de polícia é um conjunto de competências que são trazidas em atividades administrativas. A atividade de polícia busca conformar o exercício individual ou coletivo das liberdades para “permitir a satisfação de necessidades alheias”.<sup>217</sup> O poder de polícia deve sempre ser autorizado por lei, em respeito ao princípio da legalidade, sendo ilegal impor limitações ou constrangimento sem

---

<sup>212</sup> *Id.*

<sup>213</sup> ATALIBA, *op. cit.*, p. 157.

<sup>214</sup> *Ibid.*, p. 158-159.

<sup>215</sup> JUSTEN FILHO. *Curso... op. cit.*, p. 488.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 488.

<sup>217</sup> *Id.*

autorização legal. Deve ser compatível, a limitação, com os valores previstos na Constituição e nas leis, devendo também ser adequada e necessária.

A distinção entre poder de polícia e serviço público está na natureza da atividade estatal. O poder de polícia seria uma restrição à autonomia privada, enquanto que a atuação estatal estaria voltada a reprimir os excessos e desvios no exercício da autonomia privada. Por outro lado, o serviço público “consiste na satisfação de necessidades individuais e coletivas por meio do fornecimento de bens materiais e imateriais.”<sup>218</sup>

É vedada, ainda, a delegação do poder de polícia a particulares, pelo fato de o Estado Democrático de Direito deter o “monopólio estatal da violência”.<sup>219</sup> Não é possível que o Estado transfira, mesmo que provisoriamente, o poder de coerção jurídica ou física para a iniciativa privada. Desta maneira, “afigura-se inequívoca a inviabilidade de instituição de tarifa em virtude do exercício do poder de polícia”.<sup>220</sup>

Em concordância com esta perspectiva, Aurélio Pitanga Seixas Filho traz apontamentos interessantes. Para este autor,

quando o pagamento de uma taxa é conseqüência do contribuinte estar sujeito a uma ação estatal, qualificada como um exercício de seu poder de polícia, não há maiores confusões, tendo em vista que o poder de polícia é um poder próprio e inconfundível da administração pública. Já a prestação de serviço por um órgão governamental pode resultar tanto no pagamento de uma taxa como de um preço público, o que provoca incontáveis litígios, pois o regime jurídico de cada qual é substancialmente diferente.<sup>221</sup>

Para SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO, as taxas de polícia ainda não podem ser cobradas pela mera disponibilidade; as “taxas de polícia se dão pela realização de atos administrativos com base no poder geral de polícia, diretamente relacionada à pessoa do contribuinte”.<sup>222</sup> Não se trata de um benefício, o custo e o benefício são marginais, podendo até o contribuinte obter um malefício, e também a taxa não cobrir o serviço.

---

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 496.

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 502.

<sup>220</sup> JUSTEN FILHO. **Concessões...** op. cit., p.143.

<sup>221</sup> SEIXAS, *op. cit.*, p. 119.

<sup>222</sup> COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988, sistema tributário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 48.

SACHA CALMON<sup>223</sup> possui, ainda, opinião divergente. Acredita que a distinção entre taxa de polícia e taxa de serviço não possui legitimidade científica, e que o exercício de poder de polícia se exterioriza como serviço público.

JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO destaca que “a taxa de polícia pressupõe o efetivo exercício de atividades ou diligências, por parte da Administração Pública, em favor do contribuinte, removendo-lhe obstáculos jurídicos, mantendo-os, fiscalizando a licença que foi concedida, etc..”<sup>224</sup>

O exercício regular do poder de polícia “se consubstancia num documento, denominado alvará, que implica uma exceção, manutenção ou fiscalização de exceção aberta”, acentuando Régis Fernandes de Oliveira que não é o simples ato do Poder Público que enseja a cobrança da taxa de polícia, mas o desempenho efetivo da atividade dirigida ao administrado. Esta exceção só poderá ser exigida quando a pessoa política competente, atuando, “remover obstáculo criado pela norma geral, mantê-lo ou fiscalizar a autorização ou licença expedida.”<sup>225</sup>

Desta forma, o poder de polícia é uma atividade estatal, “sempre e necessariamente fundada na lei, tendente a limitar a propriedade e a liberdade.”<sup>226</sup>

A função do Estado é garantir a compatibilização do exercício da propriedade e da liberdade de todos, e para isto deve haver a legislação de polícia, pois ninguém deve causar dano às demais pessoas, ou ao interesse coletivo. “A legislação de polícia é a vastíssima legislação administrativa, que regula o normal exercício do direito de liberdade e do direito de propriedade dos cidadãos”.<sup>227</sup>

Neste ponto é preciso retomar os ensinamentos de MARÇAL JUSTEN FILHO, que apresenta outra perspectiva relacionada à finalidade última do poder de polícia. Com o emblemático caso francês de arremesso de anões<sup>228</sup>, modificou-se a instrumentalização do poder de polícia para a proteção dos direitos fundamentais, neste caso à proteção da dignidade humana. A visão clássica ditava o poder de polícia como voltado a satisfazer a manutenção da ordem pública. Porém, com as

<sup>223</sup> *Id.*

<sup>224</sup> CARRAZZA *Apud* MELO. *op. cit.*, p. 53

<sup>225</sup> *Id.*

<sup>226</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1980. p.164. ; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 675. *Apud* ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 157.

<sup>227</sup> ATALIBA. **Taxas...** *op. cit.*, p. 146.

<sup>228</sup> AJDA 1995, p.942. *Apud* JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 492. Ainda presente no site <<http://mensabrazil.mam9.com/sig-jus-forum-juridico-f3/a-dignidade-de-se-arremessar-anoes-lancer-de-nain-t35.htm>>.

alterações fáticas, segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, “a ordem pública é um valor a ser preservado como meio de promoção dos direitos fundamentais, com observância da democracia”.<sup>229</sup>

Outro ponto já tratado, que se faz necessário relembrar, é que, no que tange as taxas de polícia, é preciso ir ao encontro da lei administrativa, pois sem esta a lei tributária seria inconstitucional. Desta forma, a lei tributária deve se apoiar na lei administrativa, pois esta vai definir como deve se desenvolver o poder de polícia.<sup>230</sup>

Destarte, nas palavras de GERALDO ATALIBA, apenas a lei pode interferir nas esferas de liberdade e propriedade individuais. A lei é a fonte primordial neste caso.

Então o poder de polícia é o poder que o Estado tem de limitar a propriedade e a liberdade com dupla finalidade. A primeira finalidade do poder de polícia é permitir que todos exerçam a propriedade e a liberdade igualmente; segunda finalidade, garantir que o interesse público prevaleça sobre o interesse privado. É para isso que existe o poder de polícia e como é o poder que o Estado tem de limitar propriedade e liberdade, é um poder que só por lei o Estado pode manifestar(...) Então confirma-se – pelo princípio geral da legalidade, pela armação que se deu ao sistema de repartição dos poderes no Brasil – que é preciso haver uma lei administrativa de poder de polícia para depois vir a lei tributária.<sup>231</sup>

## 5. TAXA EM RAZÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

O conceito de serviço público varia no tempo e no espaço como já foi explicado ao longo do trabalho. E existem vários critérios para definir um serviço como público ou não, o que já foi também apresentado.

Existem dois tipos de serviços públicos que já foram tratados anteriormente: os chamados “*uti universi*” e os “*uti singuli*”. Os que interessam para a incidência das taxas são os chamados “*uti singuli*”, que se caracterizam por serem específicos e divisíveis. Nas palavras de ROQUE ANTONIO CARRAZZA,

os serviços específicos, também chamados singulares, são os prestados *uti singuli*. Referem-se a uma pessoa ou a um número de terminado (ou, pelo menos, determinável) de pessoas. São de utilização individual e mensurável. Gozam, portanto, de divisibilidade, é dizer, da possibilidade de

<sup>229</sup> JUSTEN FILHO. *Curso... op. cit.*, p. 492.

<sup>230</sup> ATALIBA. *Taxas... op. cit.*, p. 145.

<sup>231</sup> *Id.*

avaliar-se a utilização efetiva ou potencial, individualmente considerada. (...) Este, sim, podem ser custeados por meio de taxas de serviço”.<sup>232</sup>

Como explica WALTER ALEXANDRE BUSSAMARA<sup>233</sup>, tratando dos denominados serviços *uti singuli*, por serem direcionados especificamente aos cidadãos para o uso individual, torna possível medir a utilização efetiva ou potencial de cada pessoa, individualmente considerada.

Segundo RUY BARBOSA NOGUEIRA<sup>234</sup>, serviço específico para a instituição de taxa é o suscetível de utilização individual pelo contribuinte e divisível é o destacável em unidade autônoma.

De acordo com este entendimento, para EDGAR NEVES DA SILVA “taxa, como tributo que é, marcada pela coatividade” depende de uma atuação estatal especial, “mensurável, relacionada diretamente ao contribuinte. Haverá uma utilização ‘*ut singuli*’”.<sup>235</sup>

GERALDO ATALIBA dispõe que

a taxa pela disponibilidade do serviço só é exigível, quando serviço é, por lei administrativa válida (conforme a constituição), obrigatório. É o caso, p. ex., do abastecimento de água, coleta de esgoto, vacinação, identificação, (...) Em casos semelhantes, se a lei administrativa, com base na Constituição, tornar o serviço obrigatório, sua simples disponibilidade pode tornar a respectiva taxa obrigatória”.<sup>236</sup>

O serviço público no qual pode haver a remuneração mediante taxas deve ser sempre divisível e específico. Para YOSHIKI ICHIHARA, “o critério da divisibilidade, do custo da atuação geral em relação a cada um dos contribuintes individualmente, sem dúvida alguma, deve ser algo que possa medir o custo do serviço”.<sup>237</sup>

Para HECTOR B. VILLEGAS, “es absolutamente necesario que la actividad estatal a la cual se vincula el gravamen ‘Tasa’ debe ser susceptible de ser dividida

<sup>232</sup> CARRAZZA, *op. cit.*, p. 506.

<sup>233</sup> BUSSAMARA, Walter Alexandre. **Taxas: limites constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 74-75.

<sup>234</sup> NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1976. p.136.

<sup>235</sup> SILVA, Edgard Neves da. **Distinção entre taxa e preço público**. São Paulo: Tema Inédito, 1978. p. 34-35.

<sup>236</sup> ATALIBA. **Hipótese...** *op. cit.*, p. 157.

<sup>237</sup> ICHIHARA, *op. cit.*, p. 181.

en unidades de uso o consumo que puedan ser atribuibles a personas concretas determinadas”.<sup>238</sup>

BETINA GRUPENMACHER<sup>239</sup> ensina que o serviço público, sendo prestado diretamente por uma pessoa jurídica de direito público, terá a taxa como a única possibilidade de remuneração da prestação, com natureza tributária, portanto. A taxa é instituída por lei e ela só poderá ser cobrada nas condições estabelecidas no artigo 145, II, da CF, qual seja, envolvendo serviço público específico e divisível.

ANNA EMILIA CORDELLI ALVES, em concordância com esta perspectiva, explica que quando o artigo 145, II, da CF, faz referência a serviço público específico e divisível, não está prevendo que todos os serviços com estas características são públicos e serão instituídos mediante taxa. Ao contrário, está, sim, se referindo que a divisibilidade e especificidade são critérios determinantes para se poder instituir taxas. “A incoerência destas qualidades em certo serviço impede a criação de taxas”.<sup>240</sup> Assim, para determinado tributo poder ser uma taxa é necessário que apresente os dois pré requisitos do “caráter de especificidade e divisibilidade”.<sup>241</sup> Para a autora, serviço público divisível “é o serviço que é suscetível de dividir-se em prestações individualmente utilizadas. Permitindo, assim uma divisão de seu custo, determinando em que medida cada um dos usuários aproveita a atividade estatal”.<sup>242</sup>

Desta forma, apenas os serviços públicos com a especial característica “de especificidade e divisibilidade, devendo este ser entendido como aquele que pode ser prestado a uma só pessoa ou a um número determinado/determinável de pessoas”.<sup>243</sup> Como ditado por GERALDO ATALIBA, “a divisibilidade é requisito do serviço e diretriz para a modulação do tributo”.<sup>244</sup>

GERALDO ATALIBA ainda explica que apesar de, à primeira vista, parecer que a Constituição de 1988 autoriza o legislador a criar tributos não efetivamente prestados, apenas disponíveis, isto não é exato, pois a taxa por imperativo da isonomia só pode ser exigida para remunerar gasto público com atividade efetivamente desenvolvida. O que ocorre é que, ao tratar de utilização potencial ou de serviços públicos colocados à disposição do contribuinte, está se referindo que a

<sup>238</sup> VILLEGAS, *op. cit.*, p. 11.

<sup>239</sup> GRUPENMACHER; TÔRRES. *op. cit.*, p. 664.

<sup>240</sup> ALVES, *op. cit.*, p. 24.

<sup>241</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>242</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>243</sup> ALVES, *op. cit.*, p. 73.

<sup>244</sup> ATALIBA; AIRES. *op. cit.*, p. 90-91.

lei administrativa, por razões de interesse público, pode tornar obrigatório certos serviços públicos, como o de esgoto; assim, mesmo que o contribuinte não os utilize efetivamente “não o eximirá de participar de seu custeio”.<sup>245</sup> A regra é a utilização efetiva, sendo a exceção a utilização potencial.

SACHA CALMON, sobre o assunto, dispõe que “a taxa pela disponibilidade do serviço é, em verdade, anômala”.<sup>246</sup> Apenas os serviços que fossem efetivamente prestados que deveriam originar a cobrança de taxa, pelo que apenas as taxas que tivessem disposição em lei sobre a “utilização compulsória” poderiam ser cobradas pela mera disponibilidade.

Ainda, a soma dos imperativos da isonomia com a condição de divisibilidade das taxas sublinha seu caráter remuneratório, segundo GERALDO ATALIBA, acrescentando que estas devem “ser moduladas em razão da freqüência da utilização do serviço, de modo que quem não utiliza não pague, quem utiliza pouco pague pouco e quem utilize muito pague muito. Tudo na razão direta da utilização”.<sup>247</sup>

Desta forma, a lei deve estabelecer os critérios de verificação administrativa sobre o uso do serviço no que se refere a sua freqüência e intensidade. E se não respeitar este critério, a lei é inconstitucional, pois não preenche o requisito da estrita legalidade da tributação, que postula que o legislador deve esgotar a tarefa instituidora do tributo.<sup>248</sup>

Neste ponto é necessário destacar uma das diferenças entre taxa e tarifa. Como visto a remuneração a partir de serviços em potencial nas taxas possui uma aplicabilidade polêmica entre os doutrinadores, sendo possível essa exigência de remuneração apenas quando expressamente estabelecido em lei. Apesar da polêmica, o regime jurídico das taxas se caracteriza pela possibilidade da exigência do pagamento do tributo mesmo quando não se utilize efetivamente do serviço. Já no caso das tarifas, isto não é possível.

Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO “não é possível o usuário ser constrangido, contra a própria vontade, a usufruir o serviço e pagar a tarifa”<sup>249</sup>, apesar do autor admitir a existência de tarifas mínimas.<sup>250</sup>

---

<sup>245</sup> *Id.*

<sup>246</sup> COÊLHO, *op. cit.*, p. 51.

<sup>247</sup> ATALIBA; AIRES, *op. cit.*, p. 91.

<sup>248</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>249</sup> JUSTEN FILHO. *Curso... op. cit.*, p. 646.

YOSHIAKI explica que,

quando o pressuposto tomado pelo legislador é a prestação de serviço público, nem sempre este preceito aparece como unívoco, daí porque Geraldo ATALIBA e Roque Antônio CARRAZA, entendem que a remuneração do serviço público prestado só poderá ser como contrapartida da cobrança de taxa.<sup>251</sup>

Ainda, para que se enseje a criação da obrigação tributária acima referida (taxa), é necessário “a existência de uma atividade estatal hipoteticamente prevista em lei - princípio da legalidade – que, por ser vinculada à atuação do Poder Público, na conhecida classificação de Geraldo Ataliba, implique o pagamento daqueles contribuintes que dela se utilizar”.<sup>252</sup>

Desta forma, a taxa é cobrada daqueles contribuintes que de forma efetiva ou potencial venham usufruir da atividade estatal prestada.

A compulsoriedade é elemento essencial das taxas, pois existindo “um serviço público a ser prestado pelo Poder Público, descabida qualquer recusa de sua fruição pelos particulares”.<sup>253</sup> Como já dito, segundo HUGO BRITO MACHADO<sup>254</sup>, a compulsoriedade estaria sempre presente na taxa. E quando há norma proibindo o atendimento de determinada necessidade por algum meio que não seja o serviço público, a remuneração será sempre por taxa, sendo a compulsoriedade o elemento diferenciador entre taxa e preço segundo este autor.

Este entendimento está previsto na fundamentação da Súmula 545, do STF, que dispõe que, no caso de taxa, haveria o exercício de poderes de autoridade no qual o particular não teria alternativa, como pode ser lido através da própria súmula:

---

<sup>250</sup> Ao tratar sobre o tema das tarifas mínimas EGON BOCKMANN MOREIRA explica “o que se chama “tarifa mínima” diz respeito àqueles serviços cuja prestação exige pagamento básico por parte de todos os usuários, independentemente do efetivo uso do serviço”. É própria esta cobrança dos serviços que empregam uma estrutura de rede. Ainda que o usuário não consuma o serviço, pelo fato de estar ligado à rede impõe custos fixos ao sistema, pelos quais deve pagar. “Ao se cogitar do porquê das tarifas mínimas, há de se abandonar a visão individualista daquele que paga e questionar o que está por detrás dessa cobrança: o interesse coletivo definido naquele projeto concessionário (...) Afinal, a cobrança de um valor mínimo não corresponde tão somente ao custo do que é efetivamente consumido, mas sim àqueles da implantação de toda a rede necessária ao bom funcionamento do sistema de serviço público”. Este tema gera elevados debates acadêmicos. O entendimento do STJ sobre assunto se encontra na Súmula 356: “É legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa” (MOREIRA, *op. cit.*, p. 347-348).

<sup>251</sup> ICHIHARA, *op. cit.*, p. 178.

<sup>252</sup> PINTO, Tiago Carvalho. As tarifas no sistema constitucional brasileiro. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.70, p. 135, 2001.

<sup>253</sup> *Id.*

<sup>254</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Temas de direito tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p.174-176.

“Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada a prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”.

Mas nem todos os autores concordam com esta visão. De acordo com MARÇAL JUSTEN FILHO, esta orientação já perdeu todo o prestígio “como já ensinava Aliomar Baleeiro.”<sup>255</sup> Explica que o problema fundamental não está na espontaneidade do consumo do serviço, mas na sua submissão ao regime de direito público. Serviços Públicos podem ser compulsórios, respeitando os parâmetros constitucionais, mas a compulsoriedade não é elemento inerente ao conceito de serviço público, “há serviços que não são compulsórios e nem por isso deixam de ser públicos. Enfim, a compulsoriedade da fruição somente é admissível nas hipóteses de regime de direito público, mas não é da essência do conceito de serviço público”.<sup>256</sup>

De acordo com MARÇAL JUSTEN FILHO, a solução mais apropriada teria fundamento no regime jurídico das figuras, como dito acima, e “na sua compatibilidade com a satisfação dos direitos fundamentais”.<sup>257</sup>

Para HAMILTON DIAS DE SOUZA e MARCO AURÉLIO GRECO<sup>258</sup>, o critério que se deve ter por base não é saber se o pagamento é compulsório ou voluntário, mas sim se a atividade que é executada pelo Poder Público se caracteriza como um serviço público ou não.

Há, ainda, outro autor que concebe o critério da compulsoriedade por meio de outra perspectiva que não a tradicional. De acordo com RENATO LOPES BECHO<sup>259</sup>, o critério da compulsoriedade para diferenciação entre taxa e preço é aceito por Arx da Costa Tourinho, Hugo de Brito Machado, Paulo de Barros de Carvalho e Sacha Calmon. A marca disto não é a ausência de negociação, pois há contratos de direito privado, como os contratos de adesão em que também não há negociação (não há, porém, a interferência do Estado em sua fixação, como ocorre com as taxas e também com as tarifas).

<sup>255</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.330. *apud* JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Ed. Dialética, 1997. p.142.

<sup>256</sup> JUSTEN FILHO. **Concessões...** *op. cit.*, p. 142-143.

<sup>257</sup> JUSTEN FILHO. **Curso...** *op. cit.*, p. 646.

<sup>258</sup> SOUZA, Hamilton Dias de; GRECO, Marco Aurélio. **Distinção entre taxa e preço público, caderno de pesquisas tributárias** v.10. São Paulo: Ed. Resenha Tributária, 1985. p.116.

<sup>259</sup> BECHO, Renato Lopes. Taxa, tarifa e preço no direito público brasileiro. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.167, p. 112, 2009.

Segundo o voto do Ministro Moreira Alves, decidindo acerca das custas e emolumentos judiciais,

para haver preço público é necessário existir contrato, ainda que tacitamente celebrado, e o contrato, ainda quando de adesão, dá a quem pretende celebrá-lo, se aderir as condições dele, a liberdade de não contratar, atendendo à sua necessidade por outro meio lícito(...) O que não tem sentido é pretender-se a existência de contrato quando o que deve aderir não tem sequer a liberdade de não contratar, porque, licitamente, não tem meio algum para obter o resultado a que necessita(...) É até por isso que quando o Estado presta serviço que só ele pode prestar, não tendo o particular meio outro lícito de obtê-lo, não pode haver preço público porque não há contrato.<sup>260</sup>

Leciona RENATO LOPES BECHO,

em síntese onde não cabe contrato, o serviço é taxado, pois não há liberdade nem mesmo de adesão. Quando houver a possibilidade de escolha por parte do administrado, aderindo a contrato (ainda que de adesão ou contrato verbal, como no transporte público coletivo urbano) estaremos diante de preço público.<sup>261</sup>

Segundo ele, na sociedade de massa, os contratos de adesão são muito expressivos, e não perdem sua característica contratual e facultatividade da adesão. A conclusão a que o autor chega é que a compulsoriedade é “o critério de deslinde entre taxa e tarifa”.<sup>262</sup> Sempre que a contraprestação independe de utilização, trata-se de tributo, mas quando a contraprestação estiver ligada a efetiva utilização do serviço prestado pela Administração Indireta ou por contratados pela Administração (concessionários, permissionários ou autorizados), “a cobrança será de preço ou tarifa”.<sup>263</sup>

TIAGO CARVALHO PINTO entende que “nem tampouco, registra-se há espaço para opção do legislador em escolher, diante do serviço público, a cobrança de tal atividade por meio de taxa ou tarifa. É que não existe discricionariedade quando o próprio texto constitucional impõe a contraprestação fiscal por meio de taxas”.<sup>264</sup>

Para EROS GRAU<sup>265</sup>, só pode haver a remuneração mediante taxa. Este define que

<sup>260</sup> REP n. 1094-5/SP, Moreira Alves, p.569. *Apud* BECHO. Op. cit., p. 116-117.

<sup>261</sup> BECHO, *op. cit.*, p. 117.

<sup>262</sup> *Id.*

<sup>263</sup> BECHO, *op. cit.*, p. 118.

<sup>264</sup> PINTO, *op. cit.*, p. 135.

<sup>265</sup> GRAU. **Taxa...** *op. cit.*, p. 52.

tratando-se de serviços públicos compulsórios (serviços pró comunidade), a sua caracterização como tributo (taxa) resultaria inquestionável. Quando no entanto, a remuneração corresponder à prestação de serviço público facultativo (serviço pró indivíduo), resultará caracterizada como preço (tarifa). (...) Se facultativo o serviço público (energia elétrica) a remuneração conferida pelo concessionário consubstanciará preço (tarifa). Se compulsório o serviço público (água e esgotos) a remuneração auferida pelo concessionário consubstanciará taxa.<sup>266</sup>

Para EROS GRAU há efeitos inconcebíveis nesta perspectiva apresentada, pois a competência tributária, para este autor, é indelegável (art. 7º CTN). Desta forma ainda que se trate de serviço público compulsório, a remuneração por tais serviços assumiria o caráter de preço (tarifa).<sup>267</sup>

A conclusão acima exposta, segundo EROS GRAU<sup>268</sup>, é insustentável, pois há no artigo 145, II, da CF, “uma determinação impositiva” na qual “serviços públicos específicos e divisíveis devem ser remunerados através da arrecadação de taxas. (...) O art. 145, II, não descreve; prescreve que serviço público deve ser remunerado mediante a imposição de taxas”. Desse modo, perde sua importância a classificação acima apresentada entre serviços públicos compulsórios ou facultativos, tendo em vista que, sejam compulsórios ou facultativos, desde que específicos e divisíveis, devem ser “remunerados através da arrecadação de taxas(...)” assim segundo o “Direito Brasileiro, o serviço público tem de ser (dever ser) remunerado por taxa” pois a “Constituição, em sua supremacia, vincula e constrange o legislador”.

De acordo com a classificação adotada por GERALDO ATALIBA, provinda de Celso Antônio Bandeira de Mello,

para quem prestar serviço público é oferecer aos administrados utilidades materiais, divisíveis e suscetíveis de fruição, de gozo individual. Então será o Estado o encarregado de proporcionar utilidades materiais aos administrados”. Desta forma toda vez que tenha serviço público que possa ser usufruído e dividido para cada um dos administrados “de forma que dê para medir em que proporção cada um usa o serviço – aí haverá a possibilidade constitucional de exigência de taxa. Destarte, é o legislador que depois vai criar taxa ou não, mas é preciso antes que haja estas condições de direito administrativo, para que seja válida a lei de taxas. E o princípio é o mesmo: é o remuneratório. Remunera-se o custo para o Estado (...) Portanto, remunera-se ao Estado. O pagamento disso é taxa: taxa pela prestação de serviços públicos.<sup>269</sup>

---

<sup>266</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>267</sup> *Id.*

<sup>268</sup> *Id.*

<sup>269</sup> ATALIBA. **Taxas...** *op. cit.*, p. 152.

MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>270</sup> explica que Geraldo Ataliba liderou o movimento que buscava comprovar que a Constituição impunha a taxa como instrumento adequado a promover a remuneração dos serviços públicos específicos e divisíveis. Esta perspectiva de Geraldo Ataliba será abaixo melhor exposta, especialmente ao tratar da perspectiva doutrinária sobre a aplicação das tarifas ou preços públicos.

Como pode ser notado a partir dos apontamentos do próprio GERALDO ATALIBA, o legislador não é livre para remunerar serviço público por preço ou por taxa, eis que se se tratar serviço público deve ser remunerado por taxa.

Segundo ele, “a Constituição autoriza o legislador a decidir, isto sim, livremente se um serviço público será gratuito ou remunerado”.<sup>271</sup> Desta forma, o Estado pode prestar serviços públicos específicos e divisíveis de maneira gratuita, pois “a competência tributária, como se sabe, é facultativa. A opção aqui é política e pode muito bem atender a interesse coletivo e estatal, como é o caso, por exemplo, da vacinação em massa”.<sup>272</sup>

GERALDO ATALIBA ensina que se o legislador decidir ser pago o serviço específico e divisível,

só pode fazê-lo por meio de taxa. Não pode fazê-lo por meio de preço ou tarifa não tem esta liberdade. Por que afirmo isso? Em primeiro lugar porque, para mim, a Constituição é um imperativo, não é uma recomendação. A Constituição é uma lei e uma lei maior, uma lei que tem super-eficácia; em segundo lugar porque o serviço público é bem indisponível.<sup>273</sup>

De acordo com GERALDO ATALIBA, portanto,

quer a Constituição dar aos cidadãos, aos administrados, o regime tributário; toda vez que tiver que tirar dinheiro do bolso para dar ao Estado, regime tributário: lei, igualdade, generalidade, proporcionalidade, para que haja justiça de repartição do encargo com a manutenção dos serviços públicos. Portanto, o fato de interpretar desta maneira, leva ainda, à plenitude da proteção pelo regime tributário dos administrados.<sup>274</sup>

É possível perceber que Geraldo ATALIBA buscava assegurar os direitos dos cidadãos, pois o regime tributário é mais rigoroso do que o administrativo para o

<sup>270</sup> JUSTEN FILHO. **Concessões...** *op. cit.*, p. 143.

<sup>271</sup> ATALIBA. **Taxas...** *op. cit.*, p. 154.

<sup>272</sup> FERRARESI, Luis Carlos. **Taxas e tarifas na prestação de serviços públicos.** Tese - Doutorado em direito. Tema inédito, São Paulo, 2008,p.129

<sup>273</sup> ATALIBA. **Taxas...** *op. cit.*, p. 154.

<sup>274</sup> *Ibid.*, p.155.

estabelecimento da remuneração na prestação de serviços públicos. Isto pode ser notado por algumas diferenças entre as taxas e tarifas, especialmente no que tange ao regime aplicável a cada uma, em especial aos princípios e pressupostos tributários, pois para a instituição de uma taxa é necessário respeitar o regime tributário, enquanto que para instituir uma tarifa apenas o regime administrativo é relevante. Este entendimento exposto coaduna com o de MARÇAL JUSTEN FILHO, para quem, “no caso da taxa, aplica-se o regime tributário. O regime da tarifa é de direito administrativo”.<sup>275</sup>

Uma das diferenças é a aplicação do princípio da estrita legalidade nas taxas, sendo este característico do Direito Tributário. Já citado diversas vezes no presente estudo, este princípio definido no artigo 150, I, da Constituição Federal, traduz-se na “necessidade de todos os aspectos do tributo serem definidos por lei, eliminando-se a discricionariedade administrativa”.<sup>276</sup> Uma taxa de serviço apenas pode ser cobrada quando instituída por lei. A tarifa, no entanto, é fixada no regime de direito administrativo, não se sujeitando a este princípio tributário.

O princípio da anterioridade é outro que é aplicável apenas às taxas. Segundo ele, nenhum tributo pode ser instituído no mesmo exercício que for publicada a lei, conforme o artigo 150, III, b, da Constituição Federal.

Diante do exposto, portanto, quando se afasta o regime tributário, há “uma redução das garantias asseguradas ao usuário. O regime de remuneração do direito tributário é substituído por um regime com menos conteúdo garantístico”.<sup>277</sup>

## 5. SERVIÇOS DE REGISTROS PÚBLICOS, CARTÓRIOS E NOTARIAIS

Há, ainda, uma excepcionalidade de cobrança de taxas por serviços prestados por ente privado apresentada por BETINA GRUPENMACHER<sup>278</sup>. Os serviços de registros públicos, cartórios e notariais são serviços públicos executados por particulares, como preceitua o artigo 236 da Constituição Federal, segundo o

<sup>275</sup> JUSTEN FILHO. *Curso...* *op. cit.*, p. 645.

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 646.

<sup>277</sup> JUSTEN FILHO. *Concessões...* *op. cit.*, p.144.

<sup>278</sup> GRUPENMACHER. *A lei...* *op. cit.*, p. 672.

qual “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.”<sup>279</sup>

A delegação destes serviços é regida pela Lei 8.935/94, que disciplina, além daquela, o modo de execução de tais serviços.

A delegação de serviços dessa natureza depende de vários requisitos, entre eles a de habilitação em concurso público de provas e títulos (artigo 14 da Lei)<sup>280</sup>. A remuneração destes serviços é feita através dos chamados emolumentos fixados em lei (Lei 10.169/2000)<sup>281</sup>, publicada em exercício anterior ao da cobrança, e estabelecidos individualmente em relação a cada um dos serviços que forem prestados. Assim, de acordo com o que foi apresentado, há o objetivo de demonstrar que, embora os serviços notariais e de registros públicos sejam executados por particulares, caracteriza-se como prestação de serviço público desempenhada sob regime de Direito Público e submetida aos princípios norteadores do Poder Público, o que dá à remuneração cobrada a natureza de taxa.

Em concordância com esta perspectiva adotada por Betina GRUPENMACHER, encontra-se SACHA CALMON, o qual dita que

aceite-se, sem disceptação, que as custas e os emolumentos são taxas, pela prestação dos serviços públicos ora ligados à certificação dos atos e negócios ora conectados ao aparato administrativo e cartorial que serve de suporte à prestação jurisdicional. Sobremais, a maioria dos autores brasileiros, dentre eles renomados tributaristas, considera as custas,(...) como autênticas taxas.<sup>282</sup>

Para SACHA CALMON, “as custas e emolumentos se originaram para financiar o aparato judicial e notarial(...) são ainda estabelecidas em tabelas (...) e hoje, num acréscimo de segurança e legitimidade, são fixadas em lei pelos representantes do povo”.<sup>283</sup> Respeita-se, assim, o princípio da Legalidade, e, mais

<sup>279</sup> *Id.*

<sup>280</sup> “Art. 14. A delegação para o exercício da atividade notarial e de registro depende dos seguintes requisitos: I - habilitação em concurso público de provas e títulos; II - nacionalidade brasileira; III - capacidade civil; IV - quitação com as obrigações eleitorais e militares; V - diploma de bacharel em direito; VI - verificação de conduta condigna para o exercício da profissão.” BRASIL, **Lei 8.935/94**, de 18 de novembro de 1994.

<sup>281</sup> “Art. 5º Quando for o caso, o valor dos emolumentos poderá sofrer reajuste, publicando-se as respectivas tabelas, até o último dia do ano, observado o princípio da anterioridade. Art. 5º Quando for o caso, o valor dos emolumentos poderá sofrer reajuste, publicando-se as respectivas tabelas, até o último dia do ano, observado o princípio da anterioridade.” **Lei n. 10.169**, de 29 de dezembro de 2000.

<sup>282</sup> COELHO, *op. cit.*, p. 66.

<sup>283</sup> COELHO, *op. cit.*, p. 65.

ainda, o da estrita legalidade, haja vista encontrar-se dentro da esfera do Direito Tributário.

Segundo BETINA GRUPENMACHER<sup>284</sup>, pela natureza tributária da remuneração dos notários e oficiais de registros públicos, temos a excepcionalidade de um particular cobrando tributo, o que para alguns doutrinadores, entre eles Eros Grau<sup>285</sup>, tal não seria possível. Nesta hipótese, segundo a qual o particular estaria “travestido” de Estado, autoriza-se a cobrança de taxa pela prestação do serviço público, o que acarreta a consequência de ser imune a tributação por via de imposto, dada a previsão da imunidade recíproca entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Como explica HUMBERTO ÁVILA,

algumas atividades e alguns serviços são qualificados como públicos em razão da sua importância(...) Em função de razões operacionais, a realização desses serviços é transferida para determinadas entidades. Essas entidades são apenas instrumentos do poder público. É o Estado que presta o serviço por meio desses entes. Se, em razão do que foi dito, fica claro que as entidades públicas são apenas instrumentos do Estado, não resta dúvida que a imunidade recíproca também abrange estas entidades que prestam serviços em nome do Estado.<sup>286</sup>

Desta forma, não apenas o elemento material da atividade desempenhada comprova a natureza pública do serviço, mas também “a submissão da cobrança de emolumentos às limitações constitucionais ao poder de tributar”<sup>287</sup>, além da natureza pública do cargo dos notários e oficiais de registros públicos.

De acordo com JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO, os

notários, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro. (...) Os Estados e o Distrito federal possuem competência para a fixação do valor dos emolumentos relativos aos atos praticados pelos respectivos serviços notariais e de registro, devendo corresponder ao efetivo custo e à adequada remuneração dos serviços prestados.<sup>288</sup>

<sup>284</sup> GRUPENMACHER. **A lei...** *op. cit.*, p. 673.

<sup>285</sup> GRAU, *op. cit.*, p. 95.

<sup>286</sup> ÁVILA, Humberto. O imposto sobre serviços e a lei complementar n. 116/03. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. **O ISS e a LC 116**. São Paulo: Ed. Dialética, 2003. p.173. *Apud* GRUPENMACHER. **A lei...** *op. cit.*, p.674

<sup>287</sup> GRUPENMACHER. **A lei...** *op. cit.*, p. 674.

<sup>288</sup> MELO, José Eduardo Soares de. **ISS: aspectos teóricos e práticos** conforme a lei complementar n.116/2003. 3. ed. São Paulo: Editora Dialética, 2003. p.107.

Mas, mesmo que os emolumentos atribuíam aos serventuários de ofício seu suporte econômico, só podem ser remunerados mediante taxa, pela característica dos serviços, como específicos e divisíveis e principalmente por serem prestados sob regime de Direito Público, e por estar ausente a perspectiva contratual na prestação.

Diante do exposto, BETINA GRUPENMACHER conclui que os itens 21 e 21.1 da Lei Complementar 116/2003, que determinam a incidência de ISS sobre os serviços públicos, cartórios e notariais são “revestidos da mais absoluta inconstitucionalidade”<sup>289</sup>, pois não pode haver esta tributação pela imunidade recíproca disposta no artigo 150, VI, a, da Constituição Federal.

Apesar desta perspectiva apresentada pela Professora BETINA GRUPENMACHER, a qual este trabalho se filia, haja vista que o regime na prestação dos serviços é eminentemente público, o STF tem se manifestado pela cobrança de ISS sobre os serviços públicos cartorários. Como se depreende da decisão proferida pelo Min. MENEZES DIREITO, a imunidade recíproca é uma garantia ou prerrogativa imediata de entidades políticas federativas, e não de particulares que executem, com inequívoco intuito lucrativo, serviços públicos mediante concessão ou delegação, devidamente remunerados. Não há diferenciação que justifique a tributação dos serviços públicos concedidos e a não-tributação das atividades delegadas.<sup>290</sup>

## 6. CRISE DO INSTITUTO DA TAXA

FABIANO VERLI, por meio de estudos e constatações, declara que a taxa é “um instituto em crise”.<sup>291</sup> É impossível falar em extinção ou substituição total da taxa, pois existem prestações que sempre irão necessitar desta como meio de remuneração, como aquelas prestações ligadas à soberania estatal, de pura oficialidade, e aquelas apenas disponibilizadas, as quais fruindo ou não o contribuinte, com elas deve arcar. A crise pode ser sentida, inclusive, pela

---

<sup>289</sup> GRUPENMACHER, Betina Treiger. A lei complementar 116/03 e a tributação dos serviços públicos executados por particulares. In: TÔRRES, Heleno. **Serviços públicos e direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 678.

<sup>290</sup> RE 598611 / RO – RONDÔNIA, 16/04/2009. No mesmo sentido RREE nºs 515.902/MG e 555.594/MG, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 11/4/08.

<sup>291</sup> VERLI, *op. cit.*, p. 263.

bibliografia sobre as taxas, que é menos variada e mais escassa do que a dedicada a tratar dos impostos.

SACHA CALMON declara sobre o tema que “presentemente, as taxas pela prestação de serviços públicos estão em declínio, remanescendo apenas na área judiciária, cartorial e burocrática”.<sup>292</sup> Ainda, conclui que apenas as taxas de serviço poderiam ser cobradas pela mera disponibilidade, estando as taxas de polícia excluídas, podendo ser cobradas apenas quando efetivamente prestadas.

Segundo FABIANO VERLI, às taxas sempre faltaram características nítidas que a diferenciasssem de maneira clara de outros ingressos públicos decorrentes de atividade administrativa. Para ele, “as diferenças entre taxas e outras entradas, como os preços públicos, sempre foram tão tênues que parece intuitiva a tendência para confusões neste campo.”<sup>293</sup> Há dúvida sobre a identidade das taxas não apenas para os leigos, mas também para juristas. Mesmo assim, existe ainda uma acomodação quanto a isto, pois, desde que se aumente a arrecadação, não há diferença no rótulo usado para tal finalidade.

A inclusão do regime tributário é estabelecida em bases de direito público, devendo estar submetido ao princípio da legalidade, que geralmente é estrita, e ao princípio da anterioridade, destacando, também, a indisponibilidade dos direitos. Porém, verdadeiras taxas são cobradas sem base legislativa e sem observância dos princípios constitucionais tributários, enquanto que alguns preços públicos são instituídos por lei. Segundo FABIANO VERLI, o “conflito social surge em razão da ausência de lei que institua a cobrança, (...) e cada vez mais, os preços públicos se apresentam como uma espécie de salvação da ordem jurídica (mal) estabelecida uma vez que tendem a ser vistos como prestações fora do alcance das exigências da legalidade.”<sup>294</sup>

Se uma remuneração é obtida de uma prestação, com definição legal e observância aos princípios constitucionais tributários, reconhece-se uma taxa, geralmente. Em caso contrário, se os princípios não são respeitados pelo seu instituidor, sempre existe a possibilidade de considerar esta remuneração preço público. Diante desta realidade, a receita seria sempre “salva” pela sua “transformação” em preço público. Apesar de uma taxa poder existir no mundo

---

<sup>292</sup> COELHO, *op. cit.*, p. 52.

<sup>293</sup> VERLI, *op. cit.*, p. 264.

<sup>294</sup> *Ibid.*, p. 265.

jurídico como tributo sem apresentar-se de acordo com os princípios constitucionais, isto é inaceitável, e, segundo FABIANO VERLI<sup>295</sup>, talvez seja esta a causa da decadência da taxa. Trata-se da postura de ignorar a existência de um tributo em desacordo com os princípios constitucionais para o “substituir” por outro instituto, na tentativa de salvaguardar a integridade da ordem jurídica.

A idéia de preço se torna subsidiária à de taxa, e o que ocorre é a

debilitação dos controles judiciais sobre os serviços públicos e sobre as entradas tributárias já que se dificulta a tarefa de expurgar da ordem tributária as verdadeiras taxas instituídas inconstitucionalmente, pois elas assumirão a condição de preços públicos ‘transgênicos’ numa tentativa aparentemente salutar de preservação da ordem jurídica.<sup>296</sup>

Diante desta realidade, há o risco dos preços públicos se transformarem

em válvula de escape que justifique arbitrariedades e ilegalidades da Administração que parece sempre desejar distância das leis e do controle judicial. Neste ponto, como instituto, a taxa encontra-se em crise, pois sua autonomia conceitual é abalada pela superveniência de outro instituto que se reporta a idênticas prestações de serviço público e se formaliza por similares atos genéticos.<sup>297</sup>

A taxa corre o risco de perder ainda mais espaço se puder ser substituída, atendendo os mesmos fins, pelo preço público que nesta situação é uma forma idônea e isenta de inconstitucionalidades no custeio dos serviços públicos.

A taxa, para FABIANO VERLI,<sup>298</sup> tem uma tendência a se restringir progressivamente a certas atividades apenas, como a coleta de lixo, a emissão de diploma, de passaporte ou de vistorias obrigatórias. O resultado é a restrição das taxas a atividades “próprias” de Estado, como imaginava Pugliese (serviços passíveis de serem prestados apenas pelo Estado).

Acrescenta-se, ainda, de acordo com FABIANO VERLI<sup>299</sup>, que nas situações de vistorias, emissão de passaportes, etc., não há a presença de um benefício individualizado em favor do contribuinte, mas sim um dever de suportar uma atuação estatal de fiscalização e controle. Em relação a estas cobranças, as taxas não deixaram de ser o melhor instrumento de receita.

---

<sup>295</sup> VERLI, *op. cit.*, p. 267.

<sup>296</sup> *Ibid.*, p. 269.

<sup>297</sup> *Ibid.*, p. 270.

<sup>298</sup> *Ibid.*, p. 275.

<sup>299</sup> VERLI, *op. cit.*, p. 275.

## 7. TARIFAS E PREÇOS PÚBLICOS

### 7.1 PEDÁGIO

Antes do estudo das tarifas, é necessário estudar um instituto que se encontra no cerne da discussão sobre a remuneração dos serviços públicos: o pedágio. A discussão é relevante, pois, dependendo da natureza atribuída ao instituto, alguns pressupostos deverão ser respeitados para a sua instituição e, a partir daí, haverá ou não cobrança de impostos sobre a prestação desse serviço.

BERNARDO RIBEIRO DE MORAES<sup>300</sup> explica que a palavra pedágio é relacionada com a autorização que se recebe para passar por determinado caminho. A origem do vocábulo vem do “direito de por o pé” (do francês: “péage”), representando o preço que se paga para uma pessoa passar por um determinado lugar.

O pedágio tem origem no “direito de passagem” que os senhores feudais exigiam em determinadas vias. Com o passar do tempo, o pedágio se manteve, ficando ligado à circulação de pessoas e bens nas vias expressas. Desta forma, pela utilização de obras viárias com certas características especiais que facilitem o trânsito e o tráfego de veículos e pedestres, paga-se o pedágio.

Para BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, o pedágio seria uma nova espécie tributária; seria mais uma espécie de taxa, em razão do exercício do poder de polícia e pela utilização de serviços públicos. Baseia a sua visão no artigo 150, V, da CF<sup>301</sup>, no qual a Constituição, segundo ele, admitiu uma nova espécie tributária que tem por causa jurídica a utilização de vias conservadas pelo Poder Público. Desta forma, para este autor, a natureza jurídica do pedágio passou a ser tributária, devendo ser compulsória e definida em lei. E, mais ainda, o titular da competência tributária somente poderá ser o Poder Público, que não poderia delegar a terceiros esta competência.

---

<sup>300</sup> MORAES, Bernardo Ribeiro de. A transferência do “pedágio”: uma injusta e ilegítima concessão. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.12, p. 9-10, 1996.

<sup>301</sup> “Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público”. BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, em 05 de outubro de 1988.

Apesar desta perspectiva adotada pelo autor, isto não se configura na realidade, pois os serviços de pedágio são delegados ou outorgados, geralmente na figura de concessão, que será abordada a seguir no trabalho, após apresentação de mais algumas posições doutrinárias.

A posição dos que vêem no pedágio uma taxa é fundamentada pela existência de serviços prestados ao longo da via, pela existência de um serviço de transporte e, ainda, pela essencialidade deste serviço, além da falta de possibilidade de escolha por parte do administrado. JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO<sup>302</sup> dita que o pedágio só se cobra pela conservação, pelos serviços especiais fornecidos ao longo da via, jamais pelo simples uso, sendo, assim, taxa.

De acordo com FABIANO VERLI,<sup>303</sup> há problemas com este entendimento, pois o “serviço” de transporte como previsto no artigo 21, XII, da CF<sup>304</sup> de 88, pode implicar a cobrança pelo mero uso de obras públicas. O transporte rodoviário se compõe de dois elementos: o piso e o veículo. Se em relação ao veículo sempre se pode vislumbrar a prestação de serviço, no caso do piso não haverá necessariamente uma atividade correlata, mas apenas uma obra pública construída pelo Poder Público e que passa a ser financiada pelos usuários. A remuneração pelo serviço não se confunde com a amortização da estrada.

Por este motivo, JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO considera apenas os serviços prestados ao longo da estrada. Admite, porém, que de maneira indireta os valores pagos em pedágio financiam as obras. A questão da essencialidade da atividade pública não transformaria taxa em preço público, afinal podem existir serviços públicos essenciais remunerados através de preços públicos, como taxas decorrentes de serviços que não são essenciais, “como os prestados pelos museus”.<sup>305</sup> A idéia de essencialidade “é frágil o bastante para gerar confusões”. Um exemplo seria, como já dito, a taxa cobrada pelos museus, que para alguns seria um serviço essencial tendo em vista o direito fundamental à educação e à cultura, já para outros não seria essencial, como para o autor.

---

<sup>302</sup> MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de direito tributário**, p. 55. *Apud* VERLI, Fabiano. **Taxas e preços públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 255.

<sup>303</sup> VERLI, *op. cit.*, p. 255.

<sup>304</sup> Art. 21 – “Compete à União: XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros”.

<sup>305</sup> VERLI, *op. cit.*, p. 256.

Por outro lado, há os que defendem a natureza contratual do pedágio, como RICARDO LOBO TORRES<sup>306</sup>, devendo, por consequência, ser remunerado por preço público, pois seria sempre o uso de bem público e nunca de um serviço. Isto parece ser insustentável, pois não há nada que impeça a cobrança da remuneração por serviços prestados ao longo da via, como de socorro, estacionamento, telefonia, banheiros, entre muitos outros. Desta forma, todas estas comodidades poderiam ser disponibilizadas mediante o pagamento de taxas, sendo errôneo o entendimento pelo qual o pedágio nunca pode ser um tributo.

Para SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO, “o pedágio tanto pode ser preço como taxa, dependendo do regime jurídico que venha a ser adotado para instituí-lo e cobrá-lo”.<sup>307</sup> O pedágio, desta forma, será taxa ou preço público, dependendo do tipo de atividade estatal que é referida à sua cobrança. Assim, não poderá ser taxa pelo simples uso da via, pois as taxas só podem ser cobradas pela disponibilização de serviços. Poderá ser preço público apenas, pois não há obstáculo para que seja oneroso o uso de bens públicos, de acordo com o artigo 103 do CC.<sup>308</sup>

Porém, se tratar de cobrança tanto pelo uso da estrada quanto pela fruição do serviço público, mesmo que por meio de concessão de serviço precedida de obra, será viável, segundo FABIANO VERLI<sup>309</sup>, auferirem-se tanto a taxa quanto o preço: aquela se reportar ao serviço prestado ao longo da via; este, pela simples utilização da via. Não há obstáculo jurídico para isto, há apenas pouca funcionalidade administrativa gerencial. Por isso, é mais simples serem cobrados apenas preços públicos, remunerando ao mesmo tempo a utilização da via e a fruição do serviço, num único regime legal.

Para a Professora BETINA GRUPENMACHER, “sendo prestados por particulares em regime de concessão ou permissão, os serviços de exploração de rodovias e de transportes intermunicipal são serviços públicos compreendidos no conceito de atividade econômica”.<sup>310</sup>

---

<sup>306</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Direitos humanos e a tributação**: imunidades e isonomia. p. 87-88. *Apud* VERLI, Fabiano. **Taxas e preços públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 258.

<sup>307</sup> COÊLHO, *op. cit.*, p. 258.

<sup>308</sup> “Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem” Código Civil.

<sup>309</sup> VERLI, *op. cit.*, p. 261.

<sup>310</sup> GRUPENMACHER; TÔRRES, *op. cit.*, p. 667.

O serviço continua sendo público mesmo que prestado por particulares. Não é a titularidade “que determina o regime jurídico aplicável a tais serviços, especificamente no que diz respeito à incidência tributária”.<sup>311</sup> De acordo com a autora, embora sendo serviços públicos as atividades prestadas pela iniciativa privada em regime de concessão e permissão, estes são remunerados por tarifas de acordo com o artigo 175, III da CF.<sup>312</sup> O fundamento disto é que o regime jurídico aplicável à cobrança destas tarifas é o de Direito Privado, seguindo regras contratuais para o aumento ou redução destas tarifas, “não se submetendo aos princípios da legalidade e da anterioridade”.<sup>313</sup>

EGON BOCKMANN MOREIRA explica que

a concessão de serviço precedida de obra é uma das principais formas de implementação da técnica concessionária. O empresário privado executará a obra e prestará o respectivo serviço a ela vinculado – amortizando os custos e realizando os lucros por meio da rentabilidade oriunda do próprio projeto (...)a forma de remuneração é a tarifária.<sup>314</sup>

E, ainda,

há concessões que exigem processo literalmente interminável de obras. Por exemplo, são variados e complexos os trabalhos aptos a instalar e manter a vida útil de determinado trecho rodoviário. Há desde a manutenção da rodovia(...) até a reconstrução total do pavimento, passando pela conservação, recuperação, repavimentação etc. Tais circunstâncias são descritas pelo Manual de Restauração de Pavimentos Asfálticos editado pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT: “Os pavimentos são concebidos para durarem um determinado período. Durante cada um desses períodos, ou ‘ciclos de vida’, o pavimento inicia numa condição ótima até alcançar uma condição ruim”. A deterioração, comum a todas as rodovias, tem progressão que segue trajetória não linear – quanto mais o tempo passa, mais acelerada ela se torna. Apenas uma ótima política de conservação permite a manutenção e evita o mau estado. Isso demonstra que as obras num contrato de concessão de rodovias devem ser constantes”.<sup>315</sup>

Desta forma, a remuneração devida no caso de pedágios, em regime de concessão e permissão, é a tarifária, que será mais bem explicada ao tratar especificamente das tarifas e preços públicos. Porém, é necessário destacar que caso os serviços ao longo da via sejam disponibilizados diretamente pelo Poder

<sup>311</sup> *Ibid.*, p. 668.

<sup>312</sup> “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: III - política tarifária”. BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, em 05 de outubro de 1988.

<sup>313</sup> GRUPENMACHER; TÔRRES, *op. cit.*, p. 669.

<sup>314</sup> MOREIRA, *op. cit.*, p.150.

<sup>315</sup> *Ibid.*, p.152.

Público, sem o pagamento do uso da via, ou pela construção de obras, não há óbice jurídico, desde que respeitados os princípios e regras tributários para o estabelecimento de taxa.

## 7.2 BREVE DIFERENÇA ENTRE TARIFA E PREÇO PÚBLICO

É necessário fazer uma breve distinção entre tarifa e preço público, pois os institutos são usados muitas vezes como sinônimos pela doutrina.

ALINE CORREA BRAGA CAMARA DE ALMEIDA leciona que

se os elementos de distinção de taxa e tarifa já são controvertidos, problema maior ocorre entre os preços públicos e as tarifas, cuja essência em comum é a contratualidade, uma vez que não decorrem de lei estrita determinando a sua cobrança, assim como os tributos,<sup>316</sup>

Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, há a impossibilidade de se “aludir a um preço público, na medida em que preço é instituto relacionado à contratação privada. A expressão caracterizaria uma contradição em termos”.<sup>317</sup>

BERNARDO RIBEIRO DE MORAES ensina que preço, “um dos vocábulos componentes da expressão, é figura da Economia. Seu conceito acha-se ligado à idéia de venda”.<sup>318</sup> Preço, então, seria o resultado de uma venda, “representando o valor de um bem material ou imaterial que se adquire. O preço representa a relação numérica entre a moeda (real) e o bem material ou imaterial fornecido na troca”.<sup>319</sup>

Segundo KAREL ENGLIS, “preço é a relação de troca entre o bem que se adquire e o dinheiro.”<sup>320</sup> O preço expressa, desta forma, o valor do bem adquirido em moeda. Em tempo, FÁBIO NUSDEO define o preço como “o valor econômico expresso em unidades monetárias e quantificado por elas”.<sup>321</sup>

Público é o adjetivo que faz referência

<sup>316</sup> ALMEIDA, Aline Correa Braga Camara de. **As tarifas e as demais formas de remuneração dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 63.

<sup>317</sup> JUSTEN FILHO. **Concessões...** *op. cit.*, p. 142.

<sup>318</sup> MORAES, *op. cit.*, p. 08.

<sup>319</sup> *Id.*

<sup>320</sup> ENGLIS, Karel. **Introducción a la ciencia financeira**. Barcelona: Editora Labor, 1937. p. 32. *Apud* MORAES, Bernardo Ribeiro de. A transferência do “pedágio”: uma injusta e ilegítima concessão. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.12, p. 09.

<sup>321</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 50.

à natureza da entidade ou pessoa que recebe o preço. Quando o credor, na venda de bens materiais ou imateriais, acha-se ligado ao Poder Público (Estado, órgão estatal, empresa associada, concessionária ou permissionária) o preço é denominado preço público. Tal expressão representa o preço, o número de unidades monetárias que o Estado exige do adquirente pela venda de um bem material ou imaterial.<sup>322</sup>

Tarifa, embora empregada como sinônimo de preço, não traduz a mesma idéia deste. Tarifa é um termo que vem do árabe, ligado “à idéia de pauta de preços de navegação, de direitos alfandegários, que a cidade de Tarife, fundada pelos mouros, exigia dos mercadores quando por lá passavam com suas embarcações (uma espécie de tributo pedágio). Tarifa, assim, exprime a idéia de tábua, de lista ou de relação em que se fixam cotas.”<sup>323</sup>

Para ALIOMAR BALEEIRO<sup>324</sup>, a tarifa seria uma tabela de preços e não os preços em si. A Constituição institui as tarifas para remunerar os serviços públicos prestados por empresas concessionárias destes. Ou seja, tarifa representa “o preço de venda de um bem, quando exigido por empresa associada ao Estado, concessionária ou permissionária de serviços públicos”.<sup>325</sup> De acordo com HELY LOPES MEIRELES, “é um preço tabelado pela Administração.”<sup>326</sup>

De acordo com ALINE CORREA BRAGA CAMARA DE ALMEIDA, os preços poderiam sofrer alteração a qualquer tempo<sup>327</sup>, já as tarifas, ainda que não submetidas ao princípio da legalidade tributária, não podem ser estabelecidas livremente pelo Poder Público. Para instituição das tarifas, devem ser observadas as diretrizes fundadas pela lei que fixa a política tarifária, a regulamentação do setor, o edital e contrato que desenharam, específica e criteriosamente, o serviço público e sua forma de remuneração.

Sua mutabilidade é ditada pela preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão (...) A tarifa se origina a partir do momento em que é firmado um contrato de concessão, condicionada a

<sup>322</sup> MORAES, *op. cit.*, p. 09.

<sup>323</sup> *Id.*

<sup>324</sup> BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução a ciência das finanças, Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.123. *Apud* MORAES, Bernardo Ribeiro de. A transferência do “pedágio”: uma injusta e ilegítima concessão. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.12, p. 09.

<sup>325</sup> MORAES, *op. cit.*, p. 09.

<sup>326</sup> MEIRELES, Hely Lopes. Finanças municipais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 21. *Apud* MORAES, Bernardo Ribeiro de. A transferência do “pedágio”: uma injusta e ilegítima concessão. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.12, p. 09.

<sup>327</sup> BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 238-239. *Apud* ALMEIDA, Aline Correa Braga Camara. As tarifas e as demais formas de remuneração dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 64.

todos os seus termos e temperamentos. (...) Não há, realmente, qualquer liberdade do poder Público na alteração da tarifa. Seu aumento ou diminuição, de forma unilateral não pode ocorrer, eis que as cláusulas econômicas só podem ser alteradas com a concordância do concessionário (...) Há uma forte ingerência do Poder Público na fixação das tarifas, (...), mas a alteração de seus valores não esta sujeita ao seu simples alvedrio e vontade, como nos preços públicos, que comportam maior elasticidade. Assim, as tarifas não recebem um tratamento tão rigoroso como as taxas, eis que prescindem de lei, mas também não são tão livres como os preços públicos.<sup>328</sup>

Para BILAC PINTO, “o preço é uma receita pública de natureza contratual, não obrigatória, e que, como seu próprio nome indica, somente pode ser instituído como remuneração de um serviço ou de um bem vendido pelo Estado, atendida sempre a equivalência das prestações recíprocas.”<sup>329</sup> As tarifas, por sua vez, embora, em regra, só possam ser cobradas quando houver a disponibilidade do serviço, “nem sempre há conformação da prestação do serviço público à equivalência da sua remuneração. Um dos mecanismos que permite a universalização dos serviços públicos é justamente o emprego de fórmulas diferenciadas de cobrança para que a camada mais carente da população possa receber subsídios de outros usuários, que fazem parte da categoria mais abastada. A consequência lógica é que este segundo grupo arque com preço sem a exata equivalência da sua prestação.”<sup>330</sup>

Para ALINE CORREA BRAGA CAMARA DE ALMEIDA, as tarifas podem ser diferenciadas dos preços públicos porque a legislação não os trata como sinônimo, e no que se refere às tarifas:

(i) não há liberdade do Poder Público na sua fixação ou alteração; (ii) são reguladas; (iii) não há equivalência do seu pagamento em razão da prestação do serviço público; (iv) admite contornos extrafiscal; (v) não é fixada em razão do custo; (vi) aplica-se o princípio da modicidade; (vii) por esta se traduz grande parte do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.<sup>331</sup>

“Já os preços públicos são as contraprestações pagas pelos serviços pedidos ao Estado ou pelos bens por ele vendidos ou dele utilizados e constituem a sua receita originária.”<sup>332</sup> Não são regulados e nem possuem compromisso com a

<sup>328</sup> ALMEIDA, *op. cit.*, p. 65.

<sup>329</sup> PINTO, Bilac. **Estudos de direito público**. Rio de Janeiro: Forense, 1953. p. 167. *Apud* ALMEIDA, *op. cit.*, p. 65.

<sup>330</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>331</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>332</sup> DEODATO, Alberto. **Manual de ciência das finanças**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 44 *Apud* ALMEIDA, Aline Correa Braga Camara de. **As tarifas e as demais formas de remuneração**

modicidade, sendo exemplos o ingresso em estádio de futebol, em parques e teatros públicos, estacionamentos em ruas e garagens públicas, a utilização da marina, etc. Uma hipótese usual no campo das concessões de serviços públicos é o pagamento que o concessionário realiza ao Poder Concedente pela outorga da concessão.<sup>333</sup>

De acordo com BERNARDO RIBEIRO DE MORAES<sup>334</sup>, o preço público é uma receita originária, que provém do patrimônio do Estado, e, ao mesmo tempo, facultativa, pois a formação da obrigação teria origem na vontade das partes. O preço público é contraprestacional, desta maneira. Porém, o valor não caracteriza o preço público, pois este pode estar abaixo, acima ou igual ao valor real do bem vendido. O aspecto principal é a causa jurídica da obrigação, o regime jurídico do preço público é o de direito privado, o contratual.

Segundo LUIZ EMYGDIO F. DA ROSA JÚNIOR<sup>335</sup>, a diferença entre tarifa e preço público se encontra no próprio texto constitucional, já que no artigo 175, III, ao incumbir “ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão” que a lei disporá sobre a política tarifária, entende o autor que a remuneração advinda dos regimes de concessão e permissão será sempre tarifa. E as demais receitas contratuais serão preço público.

JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO<sup>336</sup> admite as tarifas como sendo a remuneração devida pelos usuários de serviços públicos, explorados por concessionários, ou permissionários, regidos pelas normas aplicáveis aos empreendimentos privados, estando previstas nos artigos 150, par. 3º e 175, parágrafo único, III, da CF. Já em relação aos preços, o autor enuncia como sendo “a remuneração contratual livremente pactuada entre as pessoas públicas (despidas de privilégios), e os usuários de serviços realizados sob regime de direito privado”<sup>337</sup>, estando previstos no artigo 150, par. 3º, da CF.

---

**dos serviços públicos.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 70.

<sup>333</sup> ALMEIDA, *op. cit.*, p. 70-71.

<sup>334</sup> MORAES, *op. cit.*, p. 09.

<sup>335</sup> ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. **Manual de direito financeiro e de direito tributário.** 19. ed. São Paulo: Renovar, 2006. p.182-183.

<sup>336</sup> MELO, José Eduardo Soares de. **ISS: aspectos teóricos e práticos.** 4. ed. São Paulo: Editora Dialética, 2005. p. 211. *Apud* GRUPENMACHER, Betina Treiger. A lei complementar 116/03 e a tributação dos serviços públicos executados por particulares. IN: TÔRRES, Heleno (coord.).

**serviços públicos e direito tributário.** São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 665.

<sup>337</sup> MELO; GRUPENMACHER, *op. cit.*, p. 665.

RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA define as tarifas como “o preço tabelado (...) tabelamento de valores; escala.”<sup>338</sup>

Na perspectiva de YOSHIKI ICHIHARA<sup>339</sup>, os preços públicos não se confundem com as tarifas, visto que representam apenas um preço fixado de maneira coercitiva pelo Estado, como ocorria no caso dos preços da gasolina, do álcool, do óleo diesel, entre outros.

Para MARCOS HAILTON GOMES DE OLIVEIRA<sup>340</sup>, os serviços públicos não podem ser remunerados por preços, além do que as tarifas não assumem juridicamente a natureza de preços. Os serviços não-públicos reservados ao Poder Público (caput do art.173 da CF) e os serviços atribuídos à esfera privada são remunerados por preços, sendo estes espécies de atividade econômica em sentido estrito. Essa atividade econômica em sentido estrito se orienta pela lógica de mercado tendo em vista a livre concorrência, com finalidade lucrativa, podendo “ser explorados, na literal dicção constitucional”.<sup>341</sup>

A diferença entre serviços não públicos atribuídos ao Poder Público e serviços atribuídos à esfera privada é que os primeiros estão, em certa medida, sob controle do Poder Público, sendo atividades econômicas submetidas à lei que disciplinar o seu exercício. Por outro lado, os serviços reservados aos particulares estão plenamente sob regime de mercado (vinculados às diretrizes do artigo 170, da CF).

Já os serviços públicos têm como fundamento ideológico e jurídico-constitucional

a realização de um valor social, para objetivar valores prestigiados pelo legislador constituinte. É evidente, outrossim, que quanto a serviços públicos indiretamente prestados, o lucro estará presente (...) Mas nunca exclusivamente. E sempre orientado por normas jurídicas que servirão de limites à pretensão lucrativa. Nesse sentido, as tarifas nunca poderão ser equiparadas a preços, porque não obedecem à lógica de mercado, mas à ditames de direito administrativo, para realizar valores constitucionalmente perseguidos.<sup>342</sup>

<sup>338</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Receitas não tributárias**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 56.

<sup>339</sup> ICHIHARA, *op. cit.*, p. 179.

<sup>340</sup> OLIVEIRA, Marcos Hailton Gomes de. Remuneração de serviços prestados e disponibilizados pelo Estado:taxas, tarifas e preços “públicos”. Dissertação: Mestrado em direito. Tema inédito. São Paulo, 2004, p. 134-136.

<sup>341</sup> *Id.*

<sup>342</sup> *Ibid.*, p. 136.

FABIANO VERLI entende que “a tarifa não é uma terceira espécie ao lado do preço público e taxas. Seria se apresentasse contornos próprios que indicassem uma essência diferente. ATALIBA faz uma distinção de base semântica: ‘tarifa’ é o mesmo que preço público; taxa não é ‘tarifa’, portanto.”<sup>343</sup>

Para EGON BOCKMANN MOREIRA, “tarifa é preço público – se, por um lado, remunera o concessionário, por outro, é administrativamente fixada. Tem muito de contraprestação ao serviço recebido e muito de preço fixado e controlado pelo Estado.”<sup>344</sup>

Apesar das diferenças apontadas entre tarifa e preço público, boa parte da doutrina não faz esta diferenciação e usa os termos como sinônimos, como já explicado e, desta forma, no presente trabalho, os termos serão usados como sinônimos.

### 7.3 PERSPECTIVA DOUTRINÁRIA SOBRE A REMUNERAÇÃO MEDIANTE TARIFAS OU PREÇO PÚBLICO

Fazer a diferenciação entre taxas, tarifas e preços privados caracteriza-se como uma das mais difíceis tarefas em Direito Tributário. Doutrinadores de renome, tais como Héctor Villegas, Aliomar Baleeiro e Sacha Calmon Navarro Cêlho assumem, abertamente, a complexidade do tema.

A dificuldade de definição toma proporções ainda maiores se analisarmos as conseqüências práticas na definição de um serviço e da sua remuneração e das conseqüentes regras que serão aplicados em cada caso.

Na doutrina, as opiniões acerca do tema se dividem. Para GERALDO ATALIBA, como já visto, a cobrança de preços públicos é inconstitucional, devendo ser exclusivamente a remuneração por meio de taxas. ROQUE ANTÔNIO CARRAZA<sup>345</sup>, por sua vez, propõe que todos os serviços públicos devem ser cobrados mediante taxa ou serem gratuitos, sendo também para este autor inconstitucional a cobrança de preços públicos. Outros autores, ainda, concordam

---

<sup>343</sup> VERLI, op. cit., p. 38-39.

<sup>344</sup> MOREIRA, op. cit., p. 335.

<sup>345</sup> CARRAZA, Roque Antônio. Curso de direito constitucional tributário. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 295-296. *Apud* MELO, José Eduardo Soares de. Curso de direito tributário. 9. ed. São Paulo: Ed. Dialética, 2010. p. 57.

com esta visão, tais como AIRES FERNANDINO BARRETO, JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO<sup>346</sup> E TIAGO CARVALHO PINTO<sup>347</sup>.

Existem, também, outras opiniões, como a de SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO, que afirma que certos serviços de uso facultativo ou de utilidades podem ter a sua remuneração através de preços. Sacha destaca que o problema entre as taxas e preços públicos

só pode ser resolvido ao lume de critérios objetivos, informados pela realidade e pelo direito posto. A realidade está em que os serviços públicos de utilidades, específicos e divisíveis, podem ser remunerados por preços (regime contratual) ou por taxas (regime de direito público). O dilema resolve-se por opção do legislador. Se escolher o regime tributário das taxas, ganha a compulsoriedade do tributo, inclusive pela mera disponibilidade do serviço, se prevista a sua utilização compulsória (CTN, art. 79, I, b), mas fica manietado pelas regras do poder de tributar. A fixação e o aumento da taxa só podem ser feitas por lei e só tem eficácia para o ano seguinte. Se escolher o regime contratual, perde a compulsoriedade da paga pela mera disponibilidade do serviço mas ganha elasticidade e imediatez na fixação das tarifas, sistema aceite previamente pelo usuário ao subscrever o contrato de adesão, liberando, assim, o controle congressual e a incidência das regras constitucionais de contenção ao poder de tributar. Ao jurista cujo objetivo primordial é o direito posto, cabe distinguir a taxa do preço exatamente pelo regime jurídico de cada qual.<sup>348</sup>

Já para LUCIANO AMARO<sup>349</sup>, dependendo do caso, o legislador pode adotar o regime das taxas ou preços públicos, e, em outros casos, só existe a opção de utilização da taxa. LUCIA FIGUEIREDO, tratando sobre serviços públicos prestados por concessionárias do Poder Público, afirma que estes “devem ser remunerados por meio de tarifas, embora haja discrepância doutrinária, principalmente entre os tributaristas.”<sup>350</sup>

RENATO LOPES BECHO faz uma distinção entre o preço, que está fora do Direito Público, praticado na nossa economia de mercado, sem a interferência do Estado, e o preço público, que é submetido aos contratos administrativos. Assim, “a negativa de existência de preços públicos é infirmada pela legislação e pela dogmática administrativistas, pois esses preços fazem parte do sistema de

<sup>346</sup> MELO, José Eduardo Soares de. Taxa e preço público, caderno de pesquisas tributárias v.10. São Paulo: Resenha Tributária, 1985. p. 201. *Apud* MELO, José Eduardo Soares de. Curso de direito tributário. 9. ed. São Paulo: Ed. Dialética, 2010. p. 56.

<sup>347</sup> PINTO, *op. cit.*, p. 138.

<sup>348</sup> COÊLHO, *op. cit.*, p.52-53.

<sup>349</sup> AMARO, Luciano, **Direito tributário brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 40-45.

<sup>350</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p.101.

concessão de serviços públicos.”<sup>351</sup> Ainda, há expressa previsão legal no parágrafo 3º, do art. 150 de cobrança de “preços ou tarifas pelo usuário”. Deste modo, segundo a perspectiva deste autor, “existem, concomitantemente, no ordenamento jurídico brasileiro, as taxas e os preços públicos a incidirem sobre serviços públicos.”<sup>352</sup>

Desta maneira, podem ser visualizadas pelo menos duas perspectivas teóricas adotadas pela doutrina: parte da doutrina acha que serviços públicos devem exclusivamente ser remunerados por taxas, por expressa determinação constitucional, tais como Geraldo Ataliba, Roque Carraza e José Eduardo Soares de Melo; outros acreditam que ambos os regimes (de taxa e de preço público) podem ser adotados dependendo das circunstâncias fáticas, tais com o Sacha Calmon, Luciano Amaro, Marçal Justen Filho, Betina Grupenmacher, Renato Lopes Becho, entre outros.

EGON BOCKMANN MOREIRA ensina que:

há algum tempo se pacificou a natureza não tributária dos pagamentos feitos pelos usuários nas concessões de serviços públicos (especialmente em casos em que a execução é atribuída a concessionário privado). No regime jurídico brasileiro trata-se de cobrança que não tem natureza tributária. Se antes havia dúvidas, estas já se dissiparam, conforme se constata na jurisprudência.<sup>353</sup>

## 8. TARIFA E PREÇO PÚBLICO NA SUA CONFIGURAÇÃO ATUAL

FABIANO VERLI<sup>354</sup> explica que a preferência pela utilização dos preços públicos não é característica apenas do Estado nos seus contornos atuais, pois, mesmo anteriormente, em um “ambiente de maciça e até sufocante presença do Estado na prestação dos serviços públicos, nunca houve uma opção clara pelo regime de cobrança de taxa, prevalecendo sempre o preço público.”<sup>355</sup> Desta forma, ainda no tempo em que o Estado assumia quase a totalidade dos serviços públicos, a taxa não se mostrava conveniente à administração dos recursos para a manutenção destes serviços, se mostrando ainda mais inadequada quando empresas privadas, muitas vezes em regime de competição, passaram a assumir a

---

<sup>351</sup> BECHO, op. cit., p. 113.

<sup>352</sup> *Ibid.*, p. 114.

<sup>353</sup> MOREIRA, op. cit., p. 334.

<sup>354</sup> VERLI, op. cit., p. 272-273.

<sup>355</sup> *Id.* p. 272.

prestação dos serviços públicos. Por esta razão, pagamos preços públicos pela maioria das comodidades que usufruímos, pois a ampliação dos deveres do Estado voltado à consecução dos fins sociais levou a disseminação como forma mais ágil e eficiente de manutenção financeira dos serviços e bens. Somado a isto, a complexidade da vida moderna levou a um aumento da função fiscalizadora do Estado.

A taxaço “normalmente se mostrou incapaz de fornecer critérios mais flexíveis de cobranço, o que não acontece com o preço público.”<sup>356</sup> E pelo efeito do pagamento do preço ser visto imediatamente pelo usuário, “o cidadão tem menos raiva de pagar um preço público do que pagar um imposto.”<sup>357</sup>

De acordo com LUIS CARLOS FERRARESI, se o Estado transfere um determinado serviço público, é porque o particular deve “apresentar melhores condições de prestação e de custos”.<sup>358</sup> E quando o Estado transfere a prestação de serviços públicos a ente privado, transfere também a relação com o usuário do serviço. Por este motivo, a lei deve dispor sobre os direitos dos usuários e a política tarifária.

O Estado, quando ele mesmo presta os serviços públicos, não pode cobrar preços sob regime contratual, pois estaria explorando atividades econômicas em sentido estrito e não prestando serviços públicos. Porém, se o serviço público é atendido por um particular, cujo objetivo é obter lucros, e se o serviço não é de fruição obrigatória, pode ser cobradas tarifas, “que são preços sob controle do Estado, mas não cobrados pelo Estado.”<sup>359</sup>

O interesse público é “atender ao usuário e não prestar o serviço, já que a Constituição autoriza a concessão e a permissão (...) o interesse público é que o serviço tenha prestação regular e continuada, seja adequado às necessidades e dispense tratamento isonômico a todos os usuários”.<sup>360</sup>

Diante disso, “na concessão ou permissão o Estado conserva a titularidade do serviço e transfere a sua execução e as relações com os usuários. Sendo prestado por concessionários ou permissionários ensejará a cobranço de tarifa, que

---

<sup>356</sup> VERLI, *op. cit.*, p. 274.

<sup>357</sup> *Id.*

<sup>358</sup> FERRARESI, *op. cit.*, p.176.

<sup>359</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>360</sup> *Id.*

além dos custos da prestação carrega também a parcela relativa ao lucro do prestador.”<sup>361</sup>

O ponto principal da diferenciação no pagamento de taxas e tarifas, segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, é que há inovações no regime jurídico aplicável no caso de serviço delegado a particulares. Como já dito, o serviço continua a ser público, “o ponto nodal reside em que o concessionário assume o serviço por conta e risco próprios (em acepção restrita), estruturando-o segundo os postulados de direito privado. Somente é possível atribuir ao particular o desempenho dos serviços por conta e risco próprios se a remuneração a ele atribuída estiver sujeita a um regime jurídico específico.”<sup>362</sup>

Desta forma, o regime jurídico da prestação dos serviços públicos delegados continua a ser público, mas o ente privado o exercita de acordo com o direito privado. O dado da lucratividade passa a ser cabível, o que não é possível no caso de atividade administrativa promovida pelo Estado.<sup>363</sup>

Os princípios aplicáveis neste caso são diferentes dos que disciplinam a atividade quando desempenhada diretamente pelo Estado. E a conclusão a que se chega é que, em caso de concessão ou permissão, que são exercidas de acordo com regras (predominantemente) privadas, são cabíveis as tarifas. Já em caso de concessão exercida de acordo com as regras de direito público, como no caso dos notários e oficiais de registro públicos retratado por BETINA GRUPENMACHER<sup>364</sup> caberia a cobrança de taxas.

De acordo com ALINE PAOLA CORREA BRAGA CAMARA DE ALMEIDA,

se de um lado o concessionário deve prestar o serviço com a adequação necessária, por outro deve ser devidamente remunerado de forma justa, se modo a permitir que o negócio seja atrativo à iniciativa privada e que ao mesmo tempo assegure segurança jurídica. Esta condição só será satisfeita se a lei estabelecer a política tarifária para cada serviço público, atentando para os aspectos específicos envolvidos em cada um deles. Não se pode esquecer que o contrato de concessão se insere em um contexto de ampla parceria entre os setores público e privado.<sup>365</sup>

EGON BOCKMANN MOREIRA explica que no caso das tarifas não se trata somente da quantificação de receita do projeto concessionário. A fixação da receita

---

<sup>361</sup> FERRARESI, *op. cit.*, p.192.

<sup>362</sup> JUSTEN FILHO. **Curso...** *op. cit.*, p. 646.

<sup>363</sup> JUSTEN FILHO. **Concessões...** *op. cit.*, p.143.

<sup>364</sup> GRUPENMACHER; TÔRRES, *op. cit.*, p.673.

<sup>365</sup> ALMEIDA, *op. cit.*, p.130.

tarifária e sua composição são assuntos típicos de políticas públicas superiores, previstas na CF e exercitadas ao nível legal e administrativo (CF, art.175, III). Assim,

a política tarifária ao interno dos serviços públicos deverá ser definida pelos entes políticos detentores da respectiva competência para a prestação do serviço(...) a tarifa representa a definição prática de determinada política pública – a ser concretizada caso a caso.<sup>366</sup>

Para ALINE PAOLA CORREA BRAGA CAMARA DE ALMEIDA,

a lei que estabelecer a política tarifária não deve ser de alcance nacional para todos os serviços públicos delegados, seja porque cabe a cada ente da Federação organizar seus próprios serviços(art.18 da CF)<sup>367</sup> seja porque cada serviço deve ser formatado de modo singular, em atendimento às suas peculiaridades.<sup>368</sup>

Como não há serviços públicos isentos de custos, o Estado deve determinar se o usuário

arcará com a remuneração principal ou total (concessões comuns), se pagará parte dela (concessões patrocinadas) ou se o valor total do serviço será custeado por meio de impostos indiretos (concessão administrativa ou prestação direta). Igualmente, cumpre estabelecer como se dará a formação e o controle do preço a ser pago. Estes são temas privativos de política pública, que desce a minúcias quando se trata da demarcação em concreto do valor das tarifas nas concessões comuns. (...) Por ser expressão real de determinada política pública, a definição da tarifa não precisa ser nem estática nem idêntica em todos os projetos concessionários. (...) Logo, haverá contratos de concessão que privilegiarão a tarifa baixa, em contraste a outros que celebrarão valor mais elevado – tudo a depender do que se pretenda.<sup>369</sup>

As políticas, mesmo que sejam variáveis e alteráveis, não trazem consigo a legitimidade de modificações unilaterais desacompanhadas da preservação, efetiva e concomitante, do equilíbrio econômico-financeiro contratual. A política pública, “desde que obediente à Constituição e às leis, pode implicar mudanças que beneficiem ou onerem os usuários do serviço – em vista da necessidade social estampada naquele serviço.”<sup>370</sup>

<sup>366</sup> MOREIRA, op. cit., p. 322.

<sup>367</sup> “Art. 18 - A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”. Constituição Federal

<sup>368</sup> ALMEIDA, Paola Correa Braga Camara de. **As tarifas e as demais formas de remuneração dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 78. *Apud* MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público. Inteligência da lei 8.987/1995**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 322.

<sup>369</sup> MOREIRA, op. cit., p. 322.

<sup>370</sup> *Ibid.*, p. 327.

Nas concessões comuns, onde o projeto é autossustentável, a tarifa há de ser a principal fonte de remuneração, amortização e lucratividade. “Em suma, ela advém da composição de ao menos cinco itens: (i) benefícios aos usuários; (ii) administração do serviço e respectivos custos operacionais; (iii) lucro do investidor; (iv) amortização dos investimentos; (v) tributos. O percentual dessas unidades variará de concessão a concessão”<sup>371</sup>.

Para BETINA GRUPENMACHER,

a tarifa, remunera, portanto os concessionários de serviço público pela atividade que desempenham e pelos riscos que assumem. Muito embora estejam sujeitos às regras do art.175 da Constituição Federal, as tarifas são estabelecidas segundo regime jurídico específico independentemente de observância de princípios como o da legalidade, da anterioridade, sendo vedada a cobrança de tarifas sem que o serviço público seja efetivamente prestado.<sup>372</sup>

De acordo com RENATO LOPES BECHO<sup>373</sup>, os preços públicos (ou tarifas) são institutos de direito público, porém não submetidos ao direito tributário e a todos os elementos que são necessários para se enquadrar dentro deste ramo jurídico, tais como o cumprimento “de um conjunto de dispositivos constitucionais”<sup>374</sup>, “os princípios constitucionais especificamente tributários (como a legalidade, a anterioridade, o não confisco etc.), o respeito às imunidades e a previsão orçamentária.”<sup>375</sup> Os preços públicos, também, são fixados legalmente pela Administração Pública em critérios constitucionais, como equilíbrio econômico financeiro do concessionário, permissionário ou autorizado a prestar serviços públicos, apesar de ter diferentes aspectos que devem ser respeitados em oposição as taxas.

Como já explicado, por ocorrer diminuição das garantias dos usuários pela modificação do regime aplicável, e ao aumento dos encargos da população “se impõe a autorização legislativa para a outorga do serviço público: representa a aquiescência da comunidade à adoção de regime jurídico não tributário para a remuneração do serviço público.”<sup>376</sup>

<sup>371</sup> *Ibid.*, p.328

<sup>372</sup> GRUPENMACHER; TÔRRES, *op. cit.*, p. 665.

<sup>373</sup> BECHO, *op. cit.*, p.109-116.

<sup>374</sup> *Ibid.*, p. 109.

<sup>375</sup> *Id.*

<sup>376</sup> JUSTEN FILHO. **Concessões...** *op. cit.*, p.144.

Apesar disso, as tarifas também são disciplinadas por princípios ainda que não sejam os mesmos que as taxas. As tarifas estão submetidas aos princípios que regem a Administração Pública. Neste sentido, os princípios da “impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência são os que vão nortear a interpretação e aplicação da política tarifária. Além disso, existem outros princípios tarifários que irão proteger o usuário do serviço público, não o deixando desamparado, diferentemente do que pensam e defendem alguns doutrinadores.”<sup>377</sup>

EGON BOCKMANN MOREIRA, seguindo o caminho de Javier de Quinto Romero, ensina que são seis os princípios a serem observados pelas tarifas:

(i) objetividade (metodologia certa para o cálculo da retribuição pelo bem/serviço ofertado, que albergue os componentes de custo necessários e não traga discriminações indevidas); (ii) transparência (metodologia pública e de livre acesso); (iii) simplicidade (informações fáceis de conhecer e controlar); (iv) previsibilidade (mínimo grau de incerteza a respeito da metodologia e sua estabilidade); (v) eficiência e suficiência econômica (a metodologia deve proporcionar uma solução ótima, que gere qualidade e acesso a preços mínimos, bem como remuneração suficiente a garantir a viabilidade econômica do projeto; (vi) eficiência alocativa (cada usuário deve arcar com os custos que lhe correspondam e cada provedor deve receber a remuneração ajustada).<sup>378</sup>

Para ALINE CORREA BRAGA CAMARA DE ALMEIDA, os princípios relativos ao serviço público decorrem do conceito jurídico indeterminado “serviço adequado” fundamentado pelo inciso IV do art. 175 da CF<sup>379</sup> e, também, pelo art. 6º da Lei 8987/95<sup>380</sup>.

O §1º, deste artigo, por sua vez, define serviço adequado como “o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”<sup>381</sup>, sendo que o alcance da aplicabilidade de cada princípio norteador deve ser

<sup>377</sup> ARAÚJO, op. cit., p.168.

<sup>378</sup> ROMERO, Javier de Quinto. Principios económicos de tarificación. In: ARIÑO ORTIZ, Gaspar (Ed.). **Precios y tarifas em sectores regulados**. Granada: Comares, 2001. p. 248-250. *Apud* MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público. Inteligência da lei 8.987/1995**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 330.

<sup>379</sup> “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: IV - a obrigação de manter serviço adequado”. BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, em 05 de outubro de 1988.

<sup>380</sup> “Art. 6º - Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. Lei 8987/95.

<sup>381</sup> ALMEIDA, op. cit., p.162-163.

estabelecido no contrato de concessão. “O contrato delimita as obrigações regulamentares dos concessionários, de modo a conferir concretude aos princípios do serviço público.”<sup>382</sup>

O Poder Público, com lastro no edital de licitação juntamente com a proposta vencedora, é quem fixa a tarifa. Nos projetos concessionários, a tarifa ótima é aquela “que simultaneamente maximiza o bem-estar social e mantém o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.”<sup>383</sup> Evidentemente, este tema

traz preocupações quanto a políticas distributivas eficientes (econômica e socialmente eficientes). Isso tanto no sentido de fixar preço viável para os serviços prestados como no de induzir os usuários a praticar o consumo socialmente ótimo (por exemplo, a impedir o desperdício de água, energia ou gás – o que acontecerá se forem gratuitos ou com preço irrisório). A tarifa não pode ter em mira apenas os benefícios gerados aos usuários e terceiros (fixação imprópria para projetos autossustentáveis), nem muito menos o lucro do empresário privado (objetivo secundário de projetos de concessão). Trata-se antes da forma pela qual podem ser implementados benefícios públicos desenvolvimentistas.<sup>384</sup>

Há dois ângulos pelos quais deve ser analisada a tarifa ótima nas concessões comuns: o primeiro é se ela permite a instalação de projeto autossustentável; o segundo, se ela é equânime, no sentido de promover a distribuição adequada dos custos e benefícios entre concessionário e usuários. As tarifas não podem nem ser muito altas, nem muito baixas. “A fixação da tarifa ótima é antes dever estatal que prerrogativa privada.”<sup>385</sup>

De acordo com MARÇAL JUSTEN FILHO, o regime das tarifas funda-se no equilíbrio econômico-financeiro. Nas palavras do autor, “esse regime jurídico específico funda-se na intangibilidade da equação econômico-financeira”.<sup>386</sup>

A variação da equação econômico-financeira é feita por meio da via administrativa e, assim, “independe de previsão em lei. Pode fazer-se a qualquer tempo e não está sujeita ao princípio da legalidade.”<sup>387</sup> Assim, o regime jurídico atribuído ao concessionário nas condições em que a remuneração é feita através de tarifa “pressupõe mutabilidade a qualquer tempo”<sup>388</sup>, sendo distinto do regime aplicável quando o Estado ele próprio presta os serviços (regime de Direito

---

<sup>382</sup> ALMEIDA, *op. cit.*, p. 163.

<sup>383</sup> MOREIRA, *op. cit.*, p. 330.

<sup>384</sup> *Ibid.*, p.331

<sup>385</sup> *Id.*

<sup>386</sup> JUSTEN FILHO. *Curso...* *op. cit.*, p. 646.

<sup>387</sup> *Ibid.*, p. 647.

<sup>388</sup> JUSTEN FILHO. *Concessões...* *op. cit.*, p. 144.

Tributário). Não é alterado o regime jurídico da prestação dos serviços públicos, o que é modificado é o “regime jurídico da sua remuneração.”<sup>389</sup> A equação econômico-financeira é intangível, sendo que, uma vez aperfeiçoada, não pode ser infringida, haja vista ser a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro um princípio regulador do contrato administrativo.

A decorrência da alteração da equação econômico-financeira do contrato administrativo é, basicamente, a recomposição de preços. Os preços previstos originalmente deverão ser alterados, de molde a permitir a manutenção da relação entre encargos e benefícios prevista na proposta aceita pela Administração Pública.<sup>390</sup>

Para ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, “ao contrário do que às vezes pode parecer, a intangibilidade é apenas da equação econômico-financeira, não das cláusulas econômico-financeiras em si, inclusive respeitantes à estrutura tarifária. Estas cláusulas podem ser alteradas, desde que o delegatário seja de alguma forma recompensado.”<sup>391</sup>

EGON BOCKMANN MOREIRA explica que “equilíbrio econômico-financeiro” significa a posição estável do projeto concessionário no que respeita à administração de seus recursos materiais (economia) e ao capital disponível para tanto (finanças). Fala-se em “equilíbrio”, porque se sabe que existirão oscilações: tanto num aspecto como noutro. Aliás, não será demais afirmar que no contrato de concessão o aspecto financeiro assume importância superlativa. “(...) fato é que mudanças ocorrem em qualquer contrato – sobretudo no de concessão de serviços públicos, qualificado por sua incompletude reforçada.”<sup>392</sup>

Cabe o alerta de JACINTHO ARRUDA CÂMARA, segundo o qual “(...) a indeterminação faz parte do conceito de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Ele não pode ser preso a fórmulas estanques, preconcebidas em análises abstratas, mesmo se feitas para a aplicação a uma dada categoria de contratos”. Caso se pretenda fazer uma análise em abstrato, “sua aplicação só pode ser descrita em termos genéricos, vagos, indeterminados: a

<sup>389</sup> JUSTEN FILHO. **Concessões...** *op. cit.*, p. 144.

<sup>390</sup> *Ibid.*, p. 148.

<sup>391</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 385. *Apud* ALMEIDA, Aline Correa Braga Camara de. **As tarifas e as demais formas de remuneração dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 179.

<sup>392</sup> MOREIRA, *op. cit.*, p. 388.

relação jurídica entre encargos e receita deve ser preservada”.<sup>393</sup> A definição só pode ocorrer em termos precisos em face de situações concretas, bem definidas,

diante de uma situação de fato, e só assim, será possível aferir se o equilíbrio original foi mantido. Mudanças relevantes cujos custos, porém sejam absorvíveis em face das peculiaridades e da dinâmica contratual não significam a quebra do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Esta só se caracterizará nas hipóteses em que for demonstrada a ruptura com o padrão contratual estabelecido inicialmente. Trata-se, portanto, de conceito vago, a ser precisado necessariamente diante de situações concretas em que o problema seja posto. (...) Há de se reconhecer que a noção de equilíbrio econômico-financeiro é, por origem (uma vez que se inspira na teoria da imprevisão) e funcionalidade, conceito vago, impreciso e indeterminado. Ele é útil justamente porque é flexível e comporta ponderações na sua aplicação. A tentativa de prendê-lo numa fórmula rígida é inviável e seria também ineficiente (caso alguém conseguisse fazê-lo).<sup>394</sup>

A perspectiva adotada neste trabalho é a de EGON BOCKMANN MOREIRA, para o qual “esta indeterminação comprova que em concreto não se trata só disso (encargos versus receitas), mas de algo que contém vários elementos, com diversas formas de inter-relação.”<sup>395</sup> Se está diante não só da igualdade quantitativa entre receitas e despesas,

mas sim da equação estabelecida entre o custo de oportunidade do capital, o investimento realizado, os fluxos de receita e despesas e respectivas projeções de longo prazo. (...) Está-se a discorrer sobre custos (de oportunidade e administrativo), riscos, investimentos, amortizações e lucros. Não se trata, portanto de singela equação com duas ou mais variáveis estáticas no tempo e no espaço.<sup>396</sup>

Há, como se vê, um núcleo contratual que se pretende imune a futuras alterações. Esse núcleo “é a equação econômico-financeira dos contratos. (...) A regulação futura é determinada em grande parte pelas opções técnicas e políticas que faz o governo que outorga as concessões, momento em que se desenha, por assim dizer, o coração do compromisso regulatório.”<sup>397</sup> Desta maneira, a execução do contrato nos termos em que foi acertado é dependente do equilíbrio econômico-financeiro. Ou seja, qualquer alteração

<sup>393</sup> CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 169-70. *Apud* MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público. Inteligência da lei 8.987/1995**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 389.

<sup>394</sup> CÂMARA, *op. cit.*, p. 170-171.

<sup>395</sup> MOREIRA, *op. cit.*, p. 389.

<sup>396</sup> *Ibid.*, p. 331.

<sup>397</sup> FARACO, Alexandre; COUTINHO, Diogo. Regulação de indústrias de rede: entre flexibilidade e estabilidade. **Revista de Economia Política**, v. 27, n.2, p. 265-266. *Apud* MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público. Inteligência da lei 8.987/1995**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 390.

deve respeito a equação econômico-financeira definida pelas condições contratuais. (...) A norma do art.10<sup>398</sup> exige apenas a observância e o atendimento às 'condições do contrato' para eclodir o dever de reequilibrá-lo. (...) Basta preservar o equilíbrio do contrato em termos objetivos.<sup>399</sup>

O artigo 10 da Lei 8.987/1995 pretende estabelecer uma relação entre as condições do contrato e o equilíbrio econômico financeiro. Desta forma, o equilíbrio econômico-financeiro deve ser preservado.

O que a Lei 8.987/1995 busca é a prestação do serviço público de maneira adequada para os usuários, sendo este o fim essencial do projeto concessionário.

---

<sup>398</sup> Lei 8987/1995 – “Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.

<sup>399</sup> MOREIRA, *op. cit.*, p. 390-391.

## CONCLUSÃO

O estudo do tema desta monografia se mostrou de grande complexidade. Desde o início, ainda no tratamento dos serviços públicos, já há polêmica, pois os serviços públicos, como os outros institutos presentes neste trabalho, não são estáticos, mas, sim, dinâmicos, dependentes dos fatores sociais e da realidade, local e espaço em que são prestados. Desta forma, é extremamente problemático definir se determinado serviço é serviço público ou não. A melhor opção parece ser, ao menos momentaneamente, a formal, segundo a qual é serviço público o que a lei define como tal.

O instituto da concessão é extremamente intrincado, uma vez que existem várias perspectivas doutrinárias sobre o tema. A definição que melhor capta a complexidade do instituto e melhor define a concessão é a do Professor Egon Bockmann Moreira<sup>400</sup>, para o qual a concessão comum de serviço público é uma relação jurídica administrativa típica, unitária e complexa, por meio da qual o Poder Público transfere a execução de determinado serviço público a ente privado selecionado em prévia licitação, que assume, por prazo certo e por sua conta e risco, a gestão de projeto concessionário autossustentável.

E é preciso destacar, em tempo, que apenas a prestação pode ser outorgada ou delegada, jamais a titularidade do serviço público, que é sempre do Estado.

As taxas são tributos que têm sua aplicação definida constitucionalmente<sup>401</sup>, e, apesar de haver posicionamentos a favor da instituição de taxas além das definidas em lei, a conclusão a que se chega é que isto seria inconstitucional e abriria uma margem de discricionariedade muito grande para a Administração, que está submetida ao princípio da legalidade, ou seja, à lei. E para instituição destes tributos deverão ser respeitadas várias prerrogativas, como a anterioridade e a, já dita, legalidade, entre outros elementos próprios do regime jurídico tributário.

---

<sup>400</sup> MOREIRA, *op. cit.*, p. 89.

<sup>401</sup> “Art. 145 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: 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 a sua disposição”.

Ainda quanto às tarifas, estas são constitucionais, com previsão expressa no texto na Constituição.<sup>402</sup> Desta forma, apesar das relevantes constatações levantadas pela doutrina contrária à remuneração através das tarifas, a conclusão a que se chega é que estas são devidas na remuneração de serviços públicos prestados por ente privado em regime predominantemente privado. Digo predominantemente privado, pois em relação ao vínculo jurídico contrato de prestação está-se diante de redes contratuais, em que esta rede de relações jurídicas não é apenas composta por relações de administração, relacionada apenas com os poderes públicos, mas também inclui relações jurídicas de direito privado e de direito privado administrativo, sendo que o entrelaçamento de todas estas relações que confere identidade à rede contratual. Sendo mais propriamente um sistema<sup>403</sup>, que está submetido não apenas ao regime privado ou público, mas a ambos e ainda ao regime privado administrativo.

Enfim, o regime a que está submetido o serviço público outorgado a ente privado é tema muito controvertido, pois alguns consideram determinado serviço público como prestado sob regime privado e outros como prestado sob regime público. A única forma de visualizar qual o regime a que está submetido o serviço público é diante da realidade fática, analisando os elementos que estão presentes na prestação do serviço em questão. Desta forma, os serviços públicos concedidos deveriam ser analisados caso a caso para a determinação de qual regime jurídico está submetido, se público ou privado, pois as conseqüências desta determinação influenciam diretamente na remuneração que deve ser cobrada, e se devem ou não incidir outros tributos sobre esta prestação.

O que se conclui com o presente trabalho é que pode haver tanto remuneração por taxa como por tarifa, dependendo de quem presta o serviço e a qual regime jurídico está submetido. Existem “zonas cinzentas” em que é difícil visualizar qual o regime jurídico que prevalece, pois atualmente a própria diferenciação entre direito público e privado não tem os mesmos contornos que antigamente.

---

<sup>402</sup> “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: III - política tarifária”. BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, em 05 de outubro de 1988.

<sup>403</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da lei 8.987/1995. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. E GRUPENMACHER, Betina Treiger. A lei complementar 116/03 e a tributação dos serviços públicos executados por particulares. In: TÓRRES, Heleno (coord.). **Serviços públicos e direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005

Assim se prestado por ente privado, através de projeto de concessão ou permissão, sob regime parcialmente privado, submetido ao equilíbrio econômico-financeiro, a remuneração deverá ser através de tarifas ou preços públicos. Por outro lado, se prestado por ente privado, porém submetido a regime de Direito Público, como a remuneração cobrada pelas atividades notariais e de registros públicos, que estão submetidas “às limitações constitucionais ao poder de tributar”<sup>404</sup>, estará se tratando de taxas. E quando a prestação do serviço público for diretamente através do Estado, estará também se tratando de taxas, que devem ser submetidas ao regime jurídico tributário e não apenas administrativo como as tarifas.

Apesar desta ser a posição adotada, as outras posições doutrinárias são extremamente relevantes, o que enriqueceu o estudo dos assuntos e a polêmica em volta destes.

---

<sup>404</sup> GRUPENMACHER; TÔRRES, *op. cit.*, p. 674.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Anna Emilia Cordelli. Da contribuição para o custeio da iluminação Pública. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.97, p. 23-24, 2003.
- ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Camara de. **As tarifas e as demais formas de remuneração dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- ARAÚJO, Sarah Linhares de. **Taxas e tarifas no serviço público**. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.
- ATALIBA, Geraldo Taxas e preços no novo texto constitucional. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 47, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Hipótese de incidência tributária**. 6<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- \_\_\_\_\_; AIRES, Barreto. Pedágio federal. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n.46, 1982.
- \_\_\_\_\_. Pedágio federal, cadernos de direito tributário. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n.53,1990.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense,1983.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 1972.
- BRECHO, Renato Lopes. Taxa, tarifa e preço no direito público brasileiro. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 167, Ago 2009.
- BRITTO, Márcio Maia de. Contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública: natureza jurídica. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.113, 2005.
- BUSSAMARA, Walter Alexandre. **Taxas: limites constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifas nas concessões**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988, sistema tributário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.111.

\_\_\_\_\_. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. **Reflexões sobre as parcerias público-privada**. Disponível em: <<http://www.azevedosette.com.br/ppp/artigos/reflexoes.html>>. Acesso em: 13 Julho. 2010.

FALCÃO, Amilcar de Araújo. **Introdução ao direito tributário**. São Paulo: Edições Financeiras, 1976.

FARIA, Weter. **Constituição econômica**: liberdade de iniciativa e de concorrência. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1990.

FERRARESI, Luis Carlos. **Taxa e Tarifa na Prestação de Serviços Públicos**. Doutorado em direito. PUC-(SP), 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 78.

GRAU, Eros Roberto. Taxa: serviço público. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 52, p. 88, 1990.

GRECO, Marco A.; SOUZA, H. Dias. **A natureza jurídica das custas judiciais**. São Paulo: OAB-SP; Resenha Tributária, 1983.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musseti. **O serviço público e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. A lei complementar 116/03 e a tributação dos serviços públicos executados por particulares. In: TÔRRES, Heleno (coord.). **Serviços públicos e direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ICHIHARA, Yoshiaki, **Taxas no sistema tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Ed. Dialética, 1997.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Comentário à Lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2000, p. 12.

\_\_\_\_\_. Serviço público no direito brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n.7 , p. 150, 2004.

KANAYAMA, Rodrigo. A polêmica acerca do regime jurídico do serviço público. In: COSTALDELLO, Angela Cassia (org.). **Serviço Público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania**. Curitiba: Juruá, 2005.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. **Temas de direito tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores , 2002.

\_\_\_\_\_. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1980.

\_\_\_\_\_. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Ed. Dialética, 2010.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de direito tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

\_\_\_\_\_. **Doutrina e prática das taxas**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

\_\_\_\_\_. A transferência do “pedágio”: uma injusta e ilegítima concessão. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.12, 1996.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei 8.987/1995**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

OLIVEIRA, Marcos Hailton Gomes de. **Remuneração de serviços prestados e disponibilizados pelo Estado: taxas, tarifas e preços “públicos”**. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –PUC(SP) , 2008.

PINTO, Tiago Carvalho. As tarifas no sistema constitucional brasileiro. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.70, 2001.

RODRIGUES, Carlos Roberto Martins. A crise e a evolução do conceito de serviço público. **Revista de Direito Público**, São Paulo, p. 130, 1981.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. **Caracteres distintivos da taxa e do preço público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público 'à brasileira'?. **Revista Brasileira de Direito**, Rio de Janeiro, Out./Dez 2002.

SILVA, Edgard Neves da. **Distinção entre taxa e preço público**. São Paulo: Tema Inédito, 1978.

\_\_\_\_\_. Taxa de conservação de estradas municipais. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v.7, Jan./Jul., 1986.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização**: privatização, concessões, terceirizações e regulação. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SOUZA, Hamilton Dias de; GRECO, Marco Aurélio. **Distinção entre taxa e preço público, caderno de pesquisas tributárias** v.10. São Paulo: Ed. Resenha Tributária, 1985.

TÁCITO, Caio. Concessões de serviço de transporte aéreo: equilíbrio financeiro (parecer). **RTDP**, São Paulo, v. 16, n. 68, 1996.

VILLEGAS, Hector B. Tasas e su debida diferenciación con los precios del Estado. **Revista do Direito Tributário**, São Paulo, v. 15, n. 56, 1991.

## LEGISLAÇÃO CONSULTADA

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

BRASIL. Lei nº 8.666/1993, de 21 de junho de 1993. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**

BRASIL, Lei 8.935/94, de 18 de novembro de 1994. **Lei que dispõe sobre Serviços Notariais e de Registro.**

BRASIL. Lei nº 8.987/1995, de 13 fevereiro de 1995. **Lei Geral de concessões.**

BRASIL.Lei nº 9.074/1995, de 7 de julho de 1995. **Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências**

BRASIL. Lei 9.491/1997, de 09 de Setembro de 1997. **Programa de Desestatização de empresas, bens e serviços públicos promovido pelo Governo Federal.**

BRASIL. Lei n. 10.169, de 29 de dezembro de 2000. **Normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.**

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União, Brasília, 11 de janeiro de 2002

BRASIL.Lei nº 11.079/2004, 30 de dezembro de 2004. **Parcerias Público Privadas**

