

SARAH MARIA LINHARES DE ARAÚJO

TAXAS E TARIFAS NO SERVIÇO PÚBLICO

**CURITIBA
2008**

SARAH MARIA LINHARES DE ARAÚJO

TAXAS E TARIFAS NO SERVIÇO PÚBLICO

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito do Estado, como parte das exigências para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. José Roberto Vieira

**CURITIBA
2008**

TERMO DE APROVAÇÃO

SARAH MARIA LINHARES DE ARAÚJO

TAXAS E TARIFAS NO SERVIÇO PÚBLICO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. José Roberto Vieira
Departamento de Direito, UFPR

Prof. Dr. Cesar Augusto Guimarães Pereira

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

Aos meus queridos pais, Lourdes e José.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela sua infinita bondade e graça.

Aos meus queridos pais, José e Lourdes, sem os quais nada disso seria possível, por toda dedicação, amor incomensurável e carinho de todos os instantes.

Ao meu amado noivo, André Massignan Berejuk, por todo o apoio e carinho nos momentos mais difíceis, tornando a vida mais doce.

Ao estimado orientador, mestre e professor, José Roberto Vieira, pelas lições, dedicação, paciência e sabedoria.

Ao eterno professor André Renato Miranda Andrade, pelas primeiras lições de Direito Tributário, por todo o incentivo ao longo dos anos e amizade.

Ao Dr. Reinaldo Chaves Rivera, pelos primeiros passos na advocacia tributária, e ao Dr. Leonardo Sperb De Paola, pelo incentivo ao estudo acadêmico.

Aos membros que compuseram a banca, em especial ao Professor Cesar Augusto Guimarães Pereira, cujas críticas construtivas enriqueceram grandemente o trabalho.

Às amigas que sempre me incentivaram, Neli Trindade da Silva de Araújo e Paula Cristina Cavalcante Pessoa.

À amiga Breezy Miyazato Vizeu Ferreira, pela amizade e ótimas recordações do longo caminho.

À amiga Rosangela Marina Luft, pelo apoio, horas de desabafos, risadas e grande amizade.

Aos colegas do mestrado, em especial, Heloísa da Silva Krol e Rafael Antonio Baldo.

Às amigas do flamenco, em especial, Paula Ferreira Gambetta, Carmen Romero, Elisângela Leite e Elisa Muccillo.

Às amigas, Cassiê Di Castro Silva Zem, Jaqueline Schwartz, Larissa Dias de Almeida e Larissa Berri, pelas ótimas recordações.

Aos colegas, Josiane Ribeiro Minardi e Jeferson Teodorovicz, entre outros que me perdoem por não estarem explicitados, mas que tenho muito carinho em meu coração.

À Célia Regina de Oliveira, pelas agradáveis conversas e pelo carinho.

Às bibliotecárias, em especial, à Rita.

À CAPES, pelo apoio financeiro.

Comece fazendo o necessário, depois o que é possível, e de repente você estará fazendo o impossível.

São Francisco de Assis

RESUMO

A remuneração nos serviços públicos sempre foi assunto que provocou e ainda causa muita divergência na doutrina, alguns estudiosos do Direito Tributário até o presente momento não aceitam a remuneração por tarifa. O objetivo da presente pesquisa é tentar solucionar a dissensão, propondo soluções para identificar corretamente quando ocorre cada tipo de remuneração. Assim, será necessário observar o instituto do serviço público, a partir de sua evolução, a fim de que se constate que já não há mais possibilidade para somente um tipo de remuneração. Como os serviços públicos são um reflexo da evolução estatal, o trabalho também analisa a evolução do Estado, principalmente, a partir de uma visão econômica, sem desconsiderar o aspecto jurídico, sendo a opção puramente metodológica. Dentro do tema, serão tratados os meios de delegação e os princípios que regem o serviço público. Em um segundo momento, é que se analisa a remuneração, tratando tanto da taxa, a partir da teoria da norma, como da tarifa, esta por uma visão do Direito Administrativo da Economia. Assim, tenta-se chegar a uma conclusão a partir de um confronto entre os dois tipos de remuneração.

ABSTRACT

The remuneration of the public services always be a subject that cause and still origin a lot of divergence in the doctrine, some studios of the Tax law until the present moment do not accept the remuneration by tariff. The purpose of the present research is to try to solve the discussion, showing solutions to identify correctly, when each type of remuneration occurs. Consequently, it will be necessary to observe the institute of the public services, from their evolution, because in that way, it will be evidence that already it does not only have more possibility for only a type of remuneration. As the public services are an effect of the State evolution, the work also analyzes the evolution of the State, for the most part, from a economic vision, without disrespecting the legal aspect, being a methodic option. Inside the subject, the ways of delegation and the principles of the public service will be study. In a second moment, the remuneration will be analyzed, from the theory of the norm to study the tax and to study the tariff, the work will show a vision of the Administrative law of the Economy. So, it is tried to arrive a conclusion from a confrontation by the two types of remuneration.

SUMÁRIO

PARTE I – DO SERVIÇO PÚBLICO

1. INTRODUÇÃO	01
2. EVOLUÇÃO DO ESTADO	
2.1. Introdução	03
2.2. O Estado na visão weberiana	04
2.3. Do Absolutismo ao Liberalismo	06
2.4. O Estado de Bem-Estar Social	12
2.5. O Neoliberalismo	19
3. O SERVIÇO PÚBLICO	
3.1. Origem do Serviço Público	31
3.2. Conceito de Serviço Público	36
3.3. Elementos do Serviço Público	40
3.4. Serviço Público “uti singuli” e “uti universi”	51
4. O NOVO PERFIL DO SERVIÇO PÚBLICO	
4.1. O processo de desestatização do Brasil e a reforma administrativa	54
4.2. O Serviço Público como atividade econômica	66
4.3. O Serviço Público como instrumento da promoção da igualdade social	73
4.4. Nova classificação do serviço público	76
5. A DELEGAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO	
5.1. Aspectos gerais	82
5.2. Concessão de serviço público	83
5.3. Permissão de serviço público	90
5.4. Autorização de serviço público	94
6. PRINCÍPIOS ATINENTES AO SERVIÇO PÚBLICO	
6.1. Generalidades	97
6.1. Princípio da Igualdade	99
6.2. Princípio da Continuidade	102
6.3. Princípio da Eficiência	105

PARTE II - DAS TAXAS E DAS TARIFAS

1. PRINCÍPIOS ATINENTES ÀS TAXAS

1.1. Aspectos gerais	111
1.2. Princípio da Legalidade Tributária	112
1.3. Princípio da Igualdade	115
1.4. Princípio da Anterioridade Tributária	122

2. AS TAXAS

2.1. Perfil constitucional das taxas	124
2.2. Síntese da regra-matriz das taxas	128

2.3. Taxas em razão do serviço público	142
2.4. Taxas em razão da atividade de polícia	145
2.5. Taxas em razão do uso: inconstitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro	148
2.6. Taxas em razão de obra pública x Contribuição de Melhoria	149
2.7. Taxas e extrafiscalidade	152
3. PRINCÍPIOS ATINENTES ÀS TARIFAS	
3.1. Modicidade tarifária	156
3.2. Igualdade tarifária	158
3.3. Certeza e razoabilidade tarifária	161
4. DAS TARIFAS	
4.1. As tarifas na Constituição Federal de 1988 e o seu regime jurídico	163
4.2. Equilíbrio econômico-financeiro e as tarifas	183
4.3. As tarifas e os direitos fundamentais	185
5. CONFRONTO ENTRE TAXAS E TARIFAS	188
6. CONCLUSÃO	198
REFERÊNCIAS	203

PARTE I – DO SERVIÇO PÚBLICO

1. INTRODUÇÃO

Estudar o tema dos “serviços públicos”, antes de tudo o mais, é adentrar ao universo do Direito Público. Seria impossível conseguir isolar a matéria exclusivamente na seara do Direito Tributário, pois o Direito é um só, sendo dividido em disciplinas apenas para tornar o estudo didático.

O tema é inicialmente interessante pela necessidade de acompanhar a evolução do Estado e verificar como ela influencia diversos campos da ciência do Direito. Veja-se que o serviço público passou de algo quase inexistente, no período do Estado Liberal, para se tornar o grande legitimador do Estado de Bem - Estar Social. No período atual, do Estado Social e Democrático de Direito, com a adoção de políticas neoliberais, confirmar-se-á que o primeiro e o segundo períodos, Estado Liberal – tese – e Estado de Bem-Estar Social – antítese – respectivamente, conduziram ao Estado do momento atual – síntese.

O trabalho examinará o tema a partir da evolução do Estado, passando do conceito clássico de serviço público até o presente estágio. Todo o caminho percorrido será absolutamente necessário para a reflexão do segundo momento, onde será considerada remuneração do serviço público, pois, de outra forma, não seria compreensível nem didática a análise específica da questão da remuneração dos serviços públicos.

A partir da estrutura do serviço público e do seu papel na sociedade, bem como do seu perfil evolutivo, é que será possível compreender e estabelecer qual caso será remunerado por taxa ou por tarifa.

Verificar-se-á ainda o papel dos serviços públicos em relação aos direitos fundamentais, o seu perfil de atividade econômica, os princípios constitucionais que o orientam, além de estudar também as suas possibilidades de delegação à iniciativa privada.

Assim, este trabalho terá um primeiro momento, dedicado ao serviço público, para, só então, cogitar-se do estudo das taxas e das tarifas.

Além do exame do seu perfil constitucional, as taxas serão analisadas, com brevidade, sob a visão da teoria da norma de incidência tributária, especialmente de sua materialidade. No âmbito das taxas, serão analisados os

princípios que a norteiam, ainda que o estudo seja conciso; verificação necessária para fazer, posteriormente, um confronto entre o seu regime jurídico e o estabelecido para as tarifas.

Examinadas as taxas, será, então, o momento de analisar as tarifas, com todo o grande debate que elas ocasionam na doutrina; inclusive com estudiosos do Direito Tributário que não aceitam a existência da tarifa para remunerar o serviço público. Considerar-se-á o seu regime jurídico, bem como os princípios que as disciplinam.

Por fim, no capítulo derradeiro, será realizado um confronto entre as taxas e as tarifas, em um paralelo comparativo, a fim de que possa ficar claro e evidente quando será aplicado cada regime e cada uma dessas figuras, no bojo de uma interpretação sistemática.

2. EVOLUÇÃO DO ESTADO

2.1. Introdução

O estudo da evolução do Estado é tema de suma relevância, quando se discorre a respeito de assuntos que envolvem o Direito Público. Entender, ainda que sumariamente, como o Estado evoluiu, reflete diretamente na compreensão do processo evolutivo da sociedade. As transformações na estrutura do Estado têm, como consequência direta, a mudança na legislação, na interpretação e na aplicação das regras.

Com tais modificações, o Direito apresenta-se como uma realidade concreta, deixando de ser um instrumento tão-somente formal e cumprindo, pois, seu papel primordial, que é regular a sociedade. A partir de uma modificação constante, o Direito acompanha de perto a evolução da coletividade e torna-se, dessa maneira, um sistema contemporâneo. Nesse sentido, EROS ROBERTO GRAU leciona claramente como o Direito evoluiu e como a sociedade influi nessa evolução:

Produto cultural, o direito é, sempre, fruto de uma determinada cultura. Por isso não pode ser concebido como um fenômeno universal e atemporal.

(....)

Em cada sociedade estatal coexistem vários modos de produção social, ainda que um deles seja característico dela. Ora, ainda que domine, nela, o 'direito pressuposto' – e desse tema adiante tratarei – do modo de produção dominante, o 'direito posto' (pelo Estado) de cada sociedade é resultante da coexistência histórica de todos esses modos de produção.¹

Visualizada a influência da sociedade na evolução do processo histórico, deve ser ressaltado que tal evolução tem, como consequência direta, uma transformação no Direito. Além da evolução histórica, a ciência do Direito sofre influência direta de várias outras ciências, tais como a Sociologia, a Filosofia e a

¹ O direito posto e o direito pressuposto, p. 20 e 21.

Economia, entre outras. PLAUTO FARACO DE AZEVEDO descreve claramente como ocorre o processo interpretativo e como ele possui relação intrínseca com o Direito:

O processo interpretativo pressupõe uma posição previamente assumida em relação ao direito e à vida, que nele vai refletir-se inelutavelmente. Por outras palavras, a questão da interpretação guarda indissociável vinculação com a idéia que se tem do direito, em certo contexto histórico-cultural, bem como do modo por que se liga essa idéia à vida, às necessidades e finalidades humanas².

Compreendida a importância do estudo da evolução do Estado e antes de adentrar nesse tema propriamente dito, traz-se mais um aspecto que deve ficar bem claro na análise da remuneração dos serviços públicos, objetivo principal do presente estudo. Estudar os serviços públicos é compreender as mudanças que ocorreram durante a evolução do Estado e verificar quais as necessidades surgidas no seio da sociedade para que ocorresse o surgimento dos referidos serviços e como eles se transformaram no decorrer dos anos.

2.2. O Estado na visão weberiana

O Estado moderno, conforme concebido na atualidade, foi visualizado pelo sociólogo MAX WEBER. Assim, para que se possam compreender as transformações ocorridas no âmbito estatal, é necessário estudar alguns conceitos e classificações formulados por esse sociólogo.

Antes de iniciar o estudo da formação do Estado Moderno, faz-se mister vislumbrar o que vem a ser o processo de desencantamento do mundo, tão difundido pelo sociólogo em questão, e como ele propiciou o desenvolvimento do capitalismo. KATIE ARGÜELLO esclarece que MAX WEBER não concebe o Iluminismo em uma visão otimista, como a maioria doutrinária, mas entende que

² **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**, p. 13.

em um mundo desencantado, ou seja, aquele que rompe com a magia, “O capitalismo encontra o seu ‘habitat’”³.

No processo de desencantamento do mundo, por haver a ruptura de fundamentação em conceitos mágicos, a ação humana passa para um estágio racional, tornando, desse modo, o pensamento racionalizado, o que representa uma importante transformação, permitindo o crescimento do capitalismo.

MAX WEBER, ao definir o Estado Moderno, teoriza que:

(...) O Estado moderno é uma associação de dominação institucional, que dentro de determinado território pretendeu com êxito monopolizar a coação física legítima como meio de dominação e reuniu para este fim, nas mãos de seus dirigentes, os meios materiais de organização, depois de desapropriar todos os funcionários estamentais autônomos que antes dispunham, por direito próprio, destes meios e de colocar-se, ele, próprio, em seu lugar, representado por dirigentes supremos.⁴

Assim, esse Estado organizado, que detém o monopólio da coerção e que possui território delimitado, é um estado previsível e assemelha-se, em vários aspectos, a uma empresa do sistema capitalista. Dada a referida semelhança e em razão da previsibilidade, organização e eficiência, próprias do Estado Moderno, é que o capitalismo se desenvolveu no Ocidente.

Além da racionalização, MAX WEBER identificava que, no Estado Moderno, existiu um processo de “decantação”, ou seja, um acúmulo dos meios de administração, comunicação, atendimento, transporte, policiamento e guerra⁵. Note-se que muitos dos institutos da decantação são os chamados “serviços públicos”, que, por sua vez, propiciaram o aparecimento do Estado Moderno.

Daí a importância do estudo da teoria weberiana no âmbito do Direito Administrativo, uma vez que o sociólogo em questão descreveu o sistema burocrático atual, que acabou influenciando os sistemas administrativos do mundo ocidental.

Outra importante teoria formulada por MAX WEBER é o estudo da dominação. O sociólogo faz uma diferenciação importante, no que concerne ao

³ O ícaro da modernidade: direito e política em Max Weber, p. 15.

⁴ Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva, p. 526.

⁵ Apud, RENÉ DREIFUSS, Política, poder, estado e força: uma leitura de Weber, p. 26.

poder e à dominação. Segundo MAX WEBER, “*‘Poder’ significa toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, seja qual for o fundamento dessa probabilidade*”.⁶ Já a dominação é “ (...) *a probabilidade de encontrar obediência para ordens específicas (ou todas) dentro de determinado grupo de pessoas*”⁷.

Conclui-se que a dominação se encontra muito relacionada à questão da legitimidade, pois ela é concebida como obediência e, conforme a teoria weberiana, a cada tipo de sociedade observa-se uma espécie de dominação diferente⁸. É claro que MAX WEBER, ao estudar a dominação, assim o faz nos moldes do tipo ideal, destacando as qualidades mais importantes.

Ao se analisarem as dominações, observa-se que cada uma varia conforme o tipo de sociedade. A dominação tradicional, por exemplo, encontra espaço em uma determinada sociedade que é diferente daquela que se adapta à dominação legal (burocrática). Logo, pode-se considerar que cada sociedade possui um tipo de dominação, influenciando diretamente o modelo estatal, pois o Estado nada mais é que uma consequência direta da sociedade.

O Estado absolutista, conforme será exposto, pautava-se em um tipo de legitimidade diferente daquela adotada no Estado Liberal. A legitimidade é importante para que o Estado seja estruturado, pois é ela que mantém a paz social e a legitimidade dos governantes em face da população.

2.3. Do Absolutismo ao Liberalismo

Quando se discorre a respeito do absolutismo, a primeira idéia que surge em mente é a do monarca, concentrando uma grande parte do poder estatal em suas mãos. O absolutismo veio em substituição à época do feudalismo e, segundo PAULO BONAVIDES, nessa transição “*O homem perdia a liberdade, mas ganhava,*

⁶ **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**, p. 33.

⁷ *Ibid*, p. 139.

⁸ “*Conforme ensina a experiência, nenhuma dominação contenta-se voluntariamente com motivos puramente materiais ou afetivos ou racionais referentes a valores, como possibilidade de sua persistência. Todas procuram despertar e cultivar a crença em sua ‘legitimidade’*” – Idem - .

em troca, a certeza da conservação.”⁹; certeza essa, que decorreu de um contrato firmado entre o homem e o Estado, fazendo surgir o Estado Moderno, o qual teve como fundamento principal a soberania.¹⁰

No que se refere ao contratualismo, PAULO BONAVIDES leciona: “O Estado manifesta-se, pois, como criação deliberada e consciente da vontade dos indivíduos que o compõem, consoante as doutrinas do contratualismo social”.¹¹

São várias as doutrinas do contratualismo social, apontadas por alguns pensadores, tais como, HOBBS, LOCKE e ROUSSEAU. Contudo, cada teórico opina a respeito do contrato social sob um ângulo diferente. THOMAS HOBBS, por exemplo, é o grande pensador do absolutismo.

Ele foi um dos seus grandes defensores, mas nem sempre agradava aos absolutistas, em razão da sua teoria política ser laica. Segundo os ensinamentos de GUILHERME MEROLLI:

Hobbes acreditava que toda a autoridade religiosa deveria ser entregue ao soberano. A Igreja e o Estado deveriam estar representados num corpo só, como forma de evitar o fomento religioso da guerra civil. Não se poderia tolerar a existência de leis religiosas acima ou ao lado das leis civis. As únicas leis que poderiam regular as condutas dos indivíduos dentro do Estado seriam as leis do soberano.¹²

No absolutismo, é possível observar-se que a legitimidade do poder ainda se encontra no modelo da dominação tradicional, segundo a visão weberiana, ou seja, na crença da santidade das ordenações¹³. Decorre desse fato o contragosto de alguns monarcas quanto à teoria de HOBBS, que, por sua vez, defendia a política laica e acabava negando a dominação tradicional. Percebe-se, desse modo, no pensamento hobbesiano, o início do processo de racionalização do mundo, com o seu desencantamento.

MAX WEBER relata, no referente ao “*conteúdo das ordens*” da dominação tradicional, que ela se encontraria “ (...) *fixada pela tradição, cuja violação*

⁹ Teoria do estado, p. 25.

¹⁰ Ibid, p. 21.

¹¹ Do estado liberal ao estado social, p.41.

¹² Interpretação do pensamento político de Thomas Hobbes, in RICARDO MARCELO FONSECA (org), Repensando a teoria do estado, p. 58.

¹³ O Ícaro..., op. cit., p. 90.

desconsiderada por parte do senhor poria em perigo a legitimidade do seu próprio domínio, que repousa exclusivamente na santidade delas” ¹⁴. Assim, no Estado Absolutista, no qual o próprio Estado se confunde em diversos momentos com a figura do monarca, a legitimidade pauta-se na crença da santidade das ordenações. Em palavras mais elucidativas, a sociedade acreditava que o monarca tinha sua legitimidade advinda da tradição – entenda-se santidade – para governar.

Ainda no que concerne a THOMAS HOBBS, GUILHERME MEROLLI resume o pensamento político do teórico contratualista em questão. Nesse sentido, cita-se:

Em Hobbes, o contratualismo manifesta-se da seguinte forma: como estado de natureza é o estado do temor entre os homens, o Estado – instituído mediante o pacto – surge como único remédio capaz de oferecer paz aos cidadãos. Somente um Estado forte, uma máquina de poder inquebrantável, pode fazer frente ao medo recíproco que impera no estado de natureza. Assim, o robustecimento do poder em Hobbes deve ser visto como o único modo de evitar o maior de todos os males: a guerra civil.¹⁵

Começa, então, o Estado Moderno, que ainda se encontra marcado por certa irracionalidade, bastando observar o fato de que a dominação continua se baseando na tradição, não havendo, desse modo, critérios racionais para a legitimidade do príncipe. A dominação tradicional, diferentemente da burocrática, não é fundamentada na racionalidade.

No decorrer histórico, o absolutismo cometeu diversos abusos contra a população, em especial em face da classe burguesa, o que ocasionou o seu declínio, até culminar na Revolução Francesa em 1789. LEO HUBERMAN figura muito bem o retrato da época: *“Foi essa classe média, a burguesia, que provocou a Revolução Francesa, e que mais lucrou com ela. A burguesia provocou a Revolução porque tinha de fazê-lo. Se não derrubasse seus opressores, teria sido esmagada”*¹⁶.

¹⁴ **Sociologia** ..., *op. cit.*, p. 131.

¹⁵ A interpretação ..., *op.cit.*, p. 62.

¹⁶ **História da riqueza do homem**, p. 148.

A Revolução Francesa nada mais foi que uma luta de classes, se tomada como referência a célebre frase de KARL MARX, de que “*A história de toda a sociedade até hoje tem sido a história das lutas de classes*”.¹⁷ Após a Revolução Francesa, o poder sai da esfera da monarquia e passa para a burguesia; observa-se a partir daí que haverá uma mudança de dominação e, portanto, de legitimidade.

A referida transferência de poder é descrita nas lições de LEO HUBERMAN: “*Depois que a Revolução acabou, foi a burguesia quem ficou com o poder político na França. O Privilégio do nascimento foi realmente derrubado, mas o privilégio do dinheiro tomou seu lugar*”.¹⁸

A teoria do contrato social de JEAN JACQUES-ROUSSEAU exerceu enorme influência para a eclosão da Revolução Francesa. Segundo o teórico, “*Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte indivisível do todo*”¹⁹. A teoria de ROUSSEAU é a da soberania popular, na qual o povo delega o seu poder a um soberano, mas ele não pode usurpar o poder que lhe foi concedido sob pena de perdê-lo.

Tal teoria foi muito importante para a aquisição de alguns direitos, tendo em vista que, pelo fato de o povo ser soberano de si mesmo, as leis seriam uma espécie de autolegislação e a legitimidade do poder baseada nesse fato, mais especificamente, na dominação legal.

Iniciou-se, então, o Liberalismo, marcado pelo regime capitalista, onde o Estado adotava o modelo de estado mínimo, não devendo intervir nos assuntos econômicos. No modelo liberal, o Estado tinha como principal função o fornecimento de segurança aos cidadãos e a elaboração das leis, em especial no que se refere à defesa da propriedade privada. A teoria de ADAM SMITH, segundo a qual o mercado era regido por certa mão invisível, dominou por muito tempo.

Conclui-se, por conseguinte, que, no Liberalismo, o Estado pauta-se na lei. Começa, portanto, a era da dominação legal, segundo a teoria weberiana na qual a

¹⁷ **Manifesto do partido comunista**, p. 68.

¹⁸ **História ...**, *op.cit.*, p. 151.

¹⁹ **O contrato social: princípios do direito político**, p. 22.

legitimidade estaria fundamentada na crença da validade de um estatuto legal²⁰. Segundo MAX WEBER, a idéia básica da referida dominação é que “(...) *qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma*”.²¹

Isso nada mais foi que um reflexo da transferência da política das mãos do monarca para a burguesia. Como esta não tinha o privilégio do nascimento, deveria encontrar outro meio para se legitimar no poder. Daí que a dominação legal, em vez da tradicional, veio atender perfeitamente aos anseios da burguesia, pois a legitimidade com base nas leis não dependia de qualquer forma de herança sangüínea.

A própria teoria de JEAN JACQUES-ROUSSEAU foi um instrumento para tal mudança de legitimidade, pois a idéia de soberania popular e autolegislação casam perfeitamente com a validade de um estatuto legal. Percebe-se daí ter, a Revolução Francesa, iniciado uma nova era, que modificou tanto a classe detentora do poder, passando ele das mãos da monarquia para a burguesia, como a forma de dominação exercida sobre a sociedade: a tradição foi substituída pela legalidade.

O capitalismo, a partir daí, encontrou terreno fértil para o seu desenvolvimento no Estado Moderno, que é marcado pela ampla racionalidade. Ele se configura como um Estado no qual a previsibilidade é possível, o que, por si só, já garante à burguesia situação favorável para o planejamento de seus negócios e acúmulo de riquezas.

Além disso, a própria burocracia constitui pré-requisito para o desenvolvimento do Estado Moderno, pois é um meio de organização racional. Segundo MAX WEBER,

A administração burocrática, pelo menos toda a administração especializada – que é característica moderna – pressupõe habitualmente um treinamento especializado e completo. Isso ocorre cada vez mais com o diretor moderno e o empregado das empresas privadas, e também com o funcionário do Estado²².

²⁰ Apud KATIE ARGÜELLO, **O ícaro** ..., *op.cit.*, p. 90.

²¹ **Sociologia** ..., *op.cit.*, p. 128.

²² **Ensaio de sociologia**, p. 231.

A burocracia, que permite uma maior previsibilidade, eficiência e planejamento, amolda-se com perfeição ao Estado Moderno e ao sistema de dominação legal, uma vez que o próprio Direito se racionaliza.

Apesar dos benefícios trazidos pelo advento do Estado Liberal, não se pode deixar de mencionar que ele também apresentava imperfeições. Veja-se, por exemplo, o fato da grande acumulação de capital nas mãos de poucos, o que acarretou o aparecimento de muitos monopólios e cartéis. Com tal acúmulo, o sistema liberal acabou entrando em contradição, pois defendia que o mercado era auto-regulável, não devendo sofrer qualquer interferência estatal para o regular.

Após certo período, o mercado não se mostrou capaz de se manter e acabou entrando em declínio, necessitando da intervenção estatal para a sua recuperação e sobrevivência.

Além disso, em virtude da grande desigualdade na distribuição de rendas, uma enorme massa de pessoas miseráveis surgiu, entre as quais se enquadrava, principalmente, o proletariado. Teve início, então, a enorme exclusão social no mundo, que trouxe, conseqüentemente, uma descrença no sistema e uma crise de legitimidade.

Juntamente com os vários ideais do liberalismo clássico, houve a crença em uma suposta igualdade, mas que, na realidade, não existiu, pois ela era apenas uma igualdade formal. PAULO BONAVIDES descreve a situação na qual viviam os trabalhadores, na época do liberalismo:

Estes morriam de fome e de opressão, ao passo que os mais respeitáveis tribunais do Ocidente assentavam as bases de toda sua jurisprudência constitucional na inocência e no lirismo daqueles formosos postulados de que 'todos os homens são iguais perante a lei (...)'²³.

Antes da 1ª Guerra Mundial, o liberalismo começou a entrar em crise e o pessimismo weberiano, de que as promessas do Iluminismo não seriam totalmente benéficas, começou a concretizar-se.

Com a eclosão da 1ª Guerra Mundial e, após alguns anos, com o advento da 2ª Guerra, o caos foi a realidade do mundo, tendo em vista que a pobreza e a

²³ **Do estado liberal**, *op. cit.*, p. 61.

desordem tomaram o cenário social. Como consequência da enorme desigualdade social, foi necessária a intervenção do Estado na economia a fim de torná-la um pouco mais igualitária e manter a sua existência. LUIZ CARLOS BRESSER PEREIRA retrata com perfeição os acontecimentos da crise do Liberalismo:

A grande crise dos anos 30 originou-se no mal funcionamento do mercado. Conforme Keynes tão bem verificou, o mercado livre levou as economias capitalistas à insuficiência crônica da demanda agregada. Em consequência entrou também em crise o Estado Liberal, dando lugar à emergência do Estado Social Burocrático: social porque assume o papel de garantir os direitos-sociais e o pleno-emprego; burocrático, porque o faz através da contratação direta de burocratas. Reconhecia-se, assim, o papel complementar do Estado no plano econômico e social.²⁴

Começa, a partir daí, a existir um novo modelo estatal.

2.4. O Estado de Bem - Estar Social

O Estado de Bem-Estar Social foi o modelo que marcou o capitalismo após a 2ª Guerra Mundial. O mundo encontrava-se numa situação caótica, o que ocasionou o abandono de algumas posturas, antes defendidas e adotadas pelo Liberalismo.

O Estado que, no Liberalismo Clássico, é conhecido como mínimo, passa nesse novo período a ser o Estado-Providência. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS chama essa segunda fase de “*capitalismo organizado*”, e ele “ (...) *baseia-se na convergência do desenvolvimento do princípio do Estado e do princípio do mercado, de forma a que os conflitos entre ambos sejam considerados provisórios, selectivos e até institucionalizados.*”²⁵

O mercado passou a ser efetivamente regulado e suas falhas foram constantemente corrigidas pela interferência estatal. Além disso, o Estado buscou maior igualdade entre os cidadãos, daí ser conhecido como Estado-Providência. Cabe esclarecer que alguns doutrinadores, como CRISTIANE DERANI, defendem a idéia de que o Estado nunca se encontrou apartado do mercado:

²⁴ A reforma do estado nos anos 90: lógica e mecanismo de controle, p. 10.

²⁵ A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência, p. 145.

A produção econômica capitalista assegura sua manutenção com a manutenção da unidade política informadora e organizadora do sistema de mercado. Livre mercado, compreendido no sentido do mercado organizado exclusivamente pelas suas leis, é incompatível com a realidade do mercado. O Estado jamais se desinteressou da economia. Bem ao contrário, ele sempre deu a ela os meios de prosperar, assegurando os serviços públicos realizados tradicionalmente por ele: justiça, educação, moeda e finanças, diplomacia e defesa, transporte e comunicações. Também forneceu, por vezes, o impulso decisivo, por seus comandos, pelas companhias que ele cria, pelas manufaturas que ele protege ou estimula.²⁶

Através do posicionamento exposto, percebe-se claramente a necessidade da presença estatal para que a economia sobreviva e prospere. No período do Estado de Bem-Estar Social, tal necessidade foi ainda maior, pois, nessa época, a idéia de “serviço público” propagou-se e infiltrou-se nas instituições jurídicas do Estado, considerando ter sido através da prestação de diversos serviços que o Estado ofereceu condições mais dignas para a população.

O serviço público acabou sendo o meio de legitimar a presença do Estado, uma vez que a população se encontrava descrente da legalidade, instrumento que legitimou o período anterior²⁷. ÉCIO OTO RAMOS DUARTE retrata historicamente o que ocorreu com o Princípio da Legalidade, aos olhos da sociedade, durante a crise do Estado Liberal:

A mudança do cenário histórico-institucional provocado pela I Guerra Mundial produziu faticamente no momento pós-guerra um sentimento de desconfiança nos postulados da neutralidade e formalidade da lei geral e abstrata, inerentes à conformação do Estado de direito legislativo, pois que estes princípios tornavam-se incapazes de acompanhar (e realizar) as pretensões e finalidades emergentes da necessária ampliação das funções do Estado advindas do ‘politeísmo dos valores’ imerso nos processos sociais.²⁸

Nota-se nitidamente, no cenário pós-guerra, que a legalidade, legitimadora do Estado Liberal, não era mais mecanismo suficiente para manter a sociedade em paz e estruturar o Estado. É claro que está em questão uma legalidade do ponto de

²⁶ **Privatização e serviços públicos: as ações do estado na produção econômica**, p. 25.

²⁷ Léon Duguit iniciou esse modo de pensar.

²⁸ **Teoria do discurso e correção normativa do direito: aproximação à metodologia discursiva do direito**, p. 33.

vista formal, que garanta a igualdade somente perante a lei, privada de qualquer conteúdo material.

Diante da ausência de igualdade material é que o serviço público, dentre outros instrumentos, entrou no seio da sociedade como meio de torná-la mais igualitária e, assim, legitimar o Estado que começava a sofrer impactos em sua estrutura.

A noção de serviço público originou-se na França entre o final do século XIX e o início do século XX²⁹. Nesse novo modelo do capitalismo, qual seja, o organizado, o serviço público passou a ser um dos institutos mais importantes para a legitimação do Estado³⁰. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS traz essa visão ao lecionar que:

Enquanto o Estado liberal se legitimou através da racionalidade jurídico-formal do seu funcionamento, o Estado-Providência procurou a sua legitimação no tipo de desenvolvimento económico e na forma de sociabilidade que julgava fomentar.³¹

MONICA SPEZIA JUSTEN, ao teorizar sobre LÉON DUGUIT, demonstra a mesma tese, no que tange à legitimidade acima referida do Estado-Providência. Nesse sentido:

Da conjugação da idéia de direito objetivo, finalidade (dever de realização da solidariedade social) e existência de governantes (níveis políticos distintos), DUGUIT extraiu sua teoria do serviço público como sistema de legitimação do Estado. Toda a atuação do Estado estaria fundada no dever de realizar a finalidade de solidariedade social.³²

O Estado, nesse caso, seria o instrumento para a realização de uma justiça social. Mediante as políticas adotadas e os serviços públicos prestados à comunidade, ela teria uma melhor distribuição de rendas e, assim, haveria maior igualdade social.

²⁹ **A noção de serviço público no direito europeu**, p. 17.

³⁰ *"El derecho público administrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos. Todo país civilizado tiene servicios públicos, y para el regular funcionamiento de estos servicios existen 'necesariamente' reglas jurídicas especiales"*. – GASTON JÈZE, **Principios generales del derecho administrativo**, p. 1-.

³¹ **A crítica** ..., *op. cit.*, p.152.

³² **A noção** ..., *op. cit.*, p. 33.

Diante da teoria da legitimação do Estado pela busca de uma justiça social, algumas dúvidas podem surgir, tais como: seria, realmente, essa mudança uma atitude em prol de uma verdadeira solidariedade social ou tão-somente uma maneira de o capitalismo manter-se?

O que torna a questão duvidosa é saber que o capitalismo é um sistema que não busca uma igualdade social, mas, contrariamente, tem a desigualdade como uma de suas molas propulsoras.

Semelhante questionamento é realizado por PAULO BONAVIDES, quando leciona que:

(...) o eixo de debate acerca do Estado social reside verdadeiramente em saber se ele é ou não perante o sistema capitalista uma forma política de conservação, transformação ou remoção do 'status quo', ou seja, de um sistema que tem por base a ordem econômica e social do próprio capitalismo.³³

Tais dúvidas podem ser solucionadas se tomada a teoria da “revolução passiva” de ANTONIO GRAMSCI como marco teórico³⁴. Ora, conforme exposto, ANTONIO GRAMSCI defende a existência de uma ideologia, chamada por ele de hegemonia, exercida pela classe dominante. Quando tal hegemonia se sente em perigo:

(...) a burguesia – através do Estado – tenta uma estratégia de revolução passiva sempre que sua hegemonia é ameaçada ou sempre que sua superestrutura política (força mais hegemonia) não consegue lidar com a necessidade de expandir as forças de produção.³⁵

Assim, o instrumento da revolução passiva nada mais é que um meio de a burguesia e de o capitalismo se manterem no poder, constituindo-se em um obstáculo ao acontecimento da chamada transformação radical. Mediante a revolução passiva, alguns benefícios são concedidos à classe dominada, causando uma ilusão de que, realmente, estão ocorrendo melhoras no sistema.

³³ **Teoria** ..., *op. cit.*, p. 292.

³⁴ A revolução passiva, também conhecida como contra-revolução, pode ser concebida como técnicas utilizadas para combater uma revolução.

³⁵ MARTIN CARNOY, **Estado e teoria política**, p.104.

Outra teoria sobre o Estado de Bem - Estar Social pode ser retirada dos ensinamentos de CLAUS OFFE:

O 'welfare state' é definido, habitualmente, como um conjunto de habilitações legais dos cidadãos para transferir pagamentos dos esquemas de seguro social compulsório para os serviços organizados do Estado (como saúde e educação), em uma grande variedade de casos definidos de necessidades e contingências.³⁶

É como se a iniciativa privada passasse a dividir os riscos do negócio com o Estado e este, por sua vez, encontrasse legitimidade não só a partir da legalidade, - como ocorria no Liberalismo -, mas por meio da economia.

ADAM PRZEWORSKY também demonstra como o Estado vai ser importante para a manutenção do capitalismo:

Alternativamente, todas as políticas públicas podem ser compreendidas e previstas em referência aos pré-requisitos de preservação da produção capitalista. A função do Estado é reproduzir o capitalismo e esse é o objetivo das políticas públicas.

(...)

Num nível geral, os analistas marxistas do capitalismo convergem para a visão de que a sobrevivência, manutenção, viabilidade ou reprodução do sistema necessitam de continuada acumulação e legitimação.

(...)

Acumulação continuada é assim a primeira condição necessária, o requerimento funcional central para a reprodução do capitalismo. Legitimidade é a segunda condição necessária, seja porque o apoio popular é exigido pelas regras da democracia ou pelo menos porque o consentimento é necessário para desarmar a onipresente ameaça revolucionária.³⁷

O Estado, em vista disso, teve um papel muito importante para a manutenção do capitalismo, pois ele não só concentrou o poder coercitivo, mas, principalmente, preservou a hegemonia burguesa, realizando, assim, um domínio de ideologia por meio da elaboração de políticas públicas. Segundo ADAM PRZEWORSKY, "(...) *quando algumas condições para a acumulação e a legitimação estão ausentes e a reprodução capitalista é ameaçada, o Estado desempenha as funções necessárias para fornecer tais condições.*"³⁸

³⁶ **Problemas estruturais do estado capitalista**, p. 374.

³⁷ **Estado e economia no capitalismo**, p. 89-90.

³⁸ *Ibid*, p. 91.

A legitimidade ocorre por um meio de dominação específica, que é a ideológica. Ela é muito mais forte e difícil de ser vencida do que a chamada dominação coercitiva, pois a última é visível aos olhos, enquanto que a ideologia é um processo muito mais complexo de ser rompido, já que é psicológico.

Dessa maneira, o Estado-Providência pode ser conhecido como nada mais nada menos que um instrumento de revolução passiva da burguesia, visto que, na realidade, manteve-a no poder, bem como manteve o sistema capitalista, sob o véu de uma melhor redistribuição de rendas. Para observar como o Estado operava nessa época, analisa-se a lição de JOSÉ EDUARDO FARIA:

(...) o Estado *Keynesiano* não se limitou a restabelecer o equilíbrio nas transferências bilaterais de recursos, pondo fim aos fatores que, acarretando transferências unilaterais, vinham submetendo o capitalismo a crises cíclicas. (...) Ao nível jurídico, essa função levou, por exemplo, à padronização das relações de trabalho. Ao nível político, ela orientou a ação governamental no sentido de identificar os focos de tensão, neutralizando-os por meio de programas de educação básica, saúde, moradia popular, previdência, treinamento profissional e salário-desemprego, para os assalariados; e de suporte financeiro e apoio tecnológico, para o empresariado (...)³⁹

Apesar de ser uma revolução passiva, depreende-se, por meio do texto ora exposto, que a ação governamental era enorme e buscava minimizar os efeitos da grande desigualdade social causada pelo liberalismo. Diante de tamanha presença do Estado, houve um enorme crescimento dos serviços públicos nessa época, o que originou, conseqüentemente, um aumento dos gastos estatais.

Para suprir esses gastos, aumentou-se a tributação e, conseqüentemente, a estrutura burocrática. Além disso, houve um fortalecimento dos sindicatos, como meio de estruturar a classe assalariada, com a introdução de vários direitos sociais. A partir da conjugação do aumento na tributação e do fortalecimento dos sindicatos houve um desestímulo da produção, o que veio a contradizer os objetivos dos capitalistas. Cabe esclarecer que o Estado de Bem-Estar Social foi mantido pelo capitalismo, uma vez que aquele necessitava de uma economia estável e produtiva, gerando receitas para suprir os seus gastos.

³⁹ O direito na economia globalizada, p. 114-115.

Não obstante algumas dificuldades, é importante deixar claro que o sistema econômico em questão pode até ter ocasionado alguns prejuízos aos capitalistas, mas a elite econômica supervalorizou os supostos prejuízos, uma vez que não tinha agora interesse na manutenção do referido modelo, pois ele já não atendia mais aos anseios vorazes do capitalismo. CLAUS OFFE retrata muito bem a ação da elite econômica: *“Una objeción concebible al argumento previo sería que las elites capitalistas y políticas conservadoras ‘exageran’ los perjuicios impuestos a ellas por los arreglos del Estado del Bienestar.”*⁴⁰

Assim, a ideologia pregada pela classe dominante é a de que, em razão dos enormes gastos, o Estado de Bem-Estar Social começou a entrar em declínio, de vez que ele já não conseguia mais arcar com todo o ônus que acabou sendo gerado pelo modelo implantado. Algumas empresas públicas foram à falência, levando algumas delas à desestatização, o que é normal para um sistema econômico⁴¹. Contudo, as elites econômicas alardearam a falência do Estado como uma matéria sensacionalista de jornal, o que passou, conseqüentemente, a permear o imaginário de toda a sociedade sobre a “falência estatal”⁴².

CLAUS OFFE retrata, em um estudo, algumas falácias que se radicaram na sociedade, demonstrando que tanto a ideologia do estatismo excessivo para a resolução dos problemas, bem como a incapacidade do governo não passam de mitos. Ocorre que, nos últimos tempos, se comparadas as duas falácias propagadas, aquela que se tem destacado é a da ineficiência do Estado. Para tanto, CLAUS OFFE conclui que:

Aparentemente, temos sido mais ameaçados pela patologia das severas deficiências estatais do que pela patologia da hipertrofia estatal, embora os liberais de mercado enfatizem a segunda. Colocando de outra forma, talvez estejamos sofrendo dos males combinados de um Estado superdimensionado com uma ‘performance’ abaixo da necessária.⁴³

⁴⁰ **Contradicciones em el estado del bienestar**, p. 139.

⁴¹ Para melhor visualizar o processo de desestatização no mundo, ler: RAQUEL DIAS SILVEIRA. Os processos privatizadores nos Estados Unidos, Europa e América Latina: tentativa de compreensão do fenômeno das privatizações como política econômica do modelo neoliberal no Brasil.

⁴² Basta observar as notícias que circularam nos jornais na década de 90 sobre a ineficiência estatal.

⁴³ A atual transição da história e algumas opções básicas para as instituições da sociedade, in LUIZ CARLOS BRESSER PEREIRA, JORGE WILHEIM, LOURDES SOLA (org.), **Sociedade e estado em transformação**, p. 135.

Desse modo, com base na ideologia de que o Estado, intervindo na economia, gerou ineficiência, no começo da década de 80, iniciou-se uma nova transformação no Estado e o modelo neoliberal começou a ser implantado. Segundo ABILI LÁZARO CASTRO DE LIMA, o neoliberalismo “*Trata-se de um movimento de reação, em âmbito teórico e político, ao Estado social, o qual implementava medidas intervencionistas na sociedade e no mercado, garantindo e tutelando os direitos sociais e o bem-estar da população.*”⁴⁴

2.5. O Neoliberalismo

Assim como os modelos antes apontados, o neoliberalismo também é uma política do capitalismo, mas possui metas, objetivos e ‘modus operandi’ diferentes dos defendidos pelo Estado de Bem-Estar Social, se realizada uma breve comparação. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS elucida que as promessas de Estado do Bem - Estar Social acabam sendo desfeitas com a nova política adotada, ou seja, deixa de haver uma distribuição de riquezas e a política democrática acaba entrando em declínio⁴⁵.

A ausência de fronteiras, marcada como um dos objetivos do neoliberalismo, pode ser considerada como uma das causas para o declínio da democracia, pois ela necessita de um espaço estatal (espaço público) para ser exercida. CLAUS OFFE descreve, no mesmo sentido, os infortúnios da experiência democrática: “*Uma explicação para essas desapontadoras experiências de transições democráticas tem, até certo ponto, a ver com o enfraquecimento do Estado nacional e de suas capacidades de governo.*”⁴⁶

Os efeitos da introdução do neoliberalismo são, segundo BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS:

⁴⁴ **Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico**, p. 157-158.

⁴⁵ **A crítica** ..., *op. cit.*, p.154.

⁴⁶ A atual transição ..., *op. cit.*, p. 123-124.

Desigualdades sociais crescentes, aumento alarmante da pobreza, aparecimento de 'Terceiros Mundos interiores', redução dos recursos e do âmbito das políticas sociais, deslegitimação ideológica do Estado facilitador, novas formas de exclusão social e de autoritarismo sob a capa de promoção de autonomia e de liberdade (...).⁴⁷

Dentre os países que adotaram políticas neoliberais, pode-se destacar a Inglaterra como o país pioneiro. RAQUEL DIAS DA SILVEIRA relata as origens do neoliberalismo como política a ser adotada pelos países, quando demonstra que:

O questionamento e o conseqüente repúdio à doutrina clássica do Estado Social tiveram início na Inglaterra, durante o governo da Primeira Ministra, Margaret Thatcher, seguidos pelos Estados Unidos, com o Presidente Ronald Reagan e, depois, pela Suécia, com Carl Bildt.

Após a adoção das referidas políticas pelos países economicamente mais fortes, foi a vez dos países subdesenvolvidos, como os da América Latina. Para exemplificar, observa-se que, na década de 90, a partir do Governo de FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, o Brasil inicia a adoção de várias medidas neoliberais, apesar de a Constituição Federal pregar a existência de um Estado Social. Com as políticas neoliberais sendo implantadas, muitos serviços públicos passaram por um amplo processo de desestatização.

Contudo, no Brasil, diferentemente do que ocorreu em países europeus, nos quais as empresas que foram desestatizadas eram as ocasionadoras de prejuízo, o processo deu-se com as empresas lucrativas, uma vez que elas seriam um maior atrativo ao capital estrangeiro. O Brasil, então, acabou cedendo amplo espaço econômico ao capital estrangeiro pelas pressões realizadas pelos países mais fortalecidos economicamente.

Tais empresas brasileiras, que foram desestatizadas, tiveram a maior parte do seu capital adquirido por empresas estrangeiras em um processo semelhante ao de colonização, pois a economia nacional passou a submeter-se mais ainda ao capital estrangeiro, deixando de possuir soberania econômica. PAULO ROBERTO FERREIRA MOTTA denuncia a gravidade da situação quando demonstra que:

⁴⁷ **A crítica** ..., *op. cit.*, p.154.

O fenômeno vivido recentemente na economia brasileira, onde os grandes investimentos ocorreram, e de resto de todas as nações periféricas, é muito mais do que um mero processo de passagem de empresas estatais para mãos privadas, se constituindo numa verdadeira transferência de soberania econômica (...) (sic).⁴⁸

A transferência de soberania econômica é algo extremamente grave e que repercute em vários campos, tais como jurídico e sociológico, entre outros. Perder a soberania é deixar de ter domínio sobre si mesmo, o que acaba tornando o Estado vulnerável e, por sua vez, acarreta uma enorme perda de direitos e liberdades, e dentre eles, o exercício da democracia.

Além disso, um Estado que não é soberano, não é democrático, pois a autonomia é um dos requisitos elementares para a democracia. CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO, ao relacionar democracia com autonomia pública, sustenta que *“Com a democracia, no entanto, também há autonomia quando o povo está submetido ao domínio do direito e do estado. Se o povo é governado pelo estado, e vontade estatal não é senão a vontade popular, o povo é governado por sua própria vontade”*.⁴⁹

Nesse quadro apresentado pela perda de soberania econômica, o governo não é mais o autogoverno, mas sim o governo do capital estrangeiro, pois sem autonomia econômica, não haverá autonomia política. Se a classe dominante passa a ser o “estrangeiro”, então, ele deterá a autonomia e o poder político. Veja-se lição de FRIEDRICH ENGELS sobre a presença do Estado:

Como o Estado nasce da necessidade de conter o antagonismo das classes, e como, ao mesmo tempo nasceu no seio do conflito entre elas, é, por regra geral, o Estado da classe mais poderosa, da classe economicamente dominante, classe que, por intermédio dele, se converte também em classe politicamente dominante e adquire novos meios para a repressão e exploração da classe oprimida”.⁵⁰

Conforme exposto anteriormente, parece haver um retrocesso na história, e países que um dia foram colonizados, tendo se libertado do poder da metrópole

⁴⁸ Direito da regulação e ideologia, **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, nº 15, p. 112.

⁴⁹ **Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**, p. 41

⁵⁰ **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**, p. 229.

após inúmeras lutas, retornam a ser colônia, ainda que de um modo subliminar, pois estão submetidos novamente ao capital estrangeiro.

Seria, então, o neoliberalismo, um neocolonialismo?

Em um primeiro momento, algumas semelhanças podem ser encontradas entre a colonização do século XVI e o neoliberalismo. Enquanto no século XVI, as grandes navegações marítimas permitiram a chegada do colonizador, na atualidade, a globalização permite o crescente desenvolvimento do neoliberalismo e a abertura de países menos desenvolvidos ao capital estrangeiro das grandes potências.

A globalização é um fenômeno complexo e, segundo JOSÉ EDUARDO FARIA, “ (...) *não é um conceito unívoco. Pelo contrário, é um conceito plurívoco, comumente associado à ênfase dada pela literatura anglo-saxônica dos anos 80 a uma nova economia política das relações internacionais*”.⁵¹ Por não haver um conceito uniforme no que tange à globalização, eis uma das grandes dificuldades para a realização de uma análise científica.

JOSÉ EDUARDO FARIA entende que a globalização “ (...) *não é um fenômeno novo*” e “*Na era moderna foi impulsionado pela interação entre a expansão da cartografia, o crescente domínio das técnicas de navegação pelos povos ibéricos e a própria evolução do conhecimento científico*”.⁵² Verifica-se, realmente, existir uma semelhança entre o colonialismo do século XVI e o processo do neoliberalismo, pois quando ocorreram as grandes navegações, elas poderiam ser consideradas como um processo de globalização.

Evidente que o processo de globalização das navegações do século XVI é muito diferente do que se presencia na atualidade. A tecnologia, que tornou possível a chamada era da sociedade de informação, proporcionou uma ligação rápida e eficaz entre os vários países do mundo, tornando as relações comerciais bem mais intensas se comparadas àquelas que ocorriam na era das navegações.

Segundo ABILI LÁZARO CASTRO DE LIMA:

⁵¹ O direito ..., *op. cit.*, p. 59.

⁵² *Ibid*, p. 60.

(...) o viés econômico será o fio condutor da globalização, eis que o seu advento gerou, em todas as suas dimensões, o fenômeno da globalização, frise-se, este compreendido como 'uma crescente interconexão' em vários níveis da vida cotidiana a diversos lugares longínquos do mundo.⁵³

A economia tornou-se globalizada e não existem mais barreiras entre os países, o que ocasionou uma perda de identidade entre tais entidades.

Além disso, a ausência de fronteiras ocasionada pela globalização é extremamente vantajosa para o neoliberalismo, que prega justamente uma mínima intervenção estatal na economia e uma política internacional de mercado. BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS retrata como ocorre essa terceira fase do capitalismo: “O princípio do mercado adquiriu pujança sem precedentes, e tanto que extravasou do econômico e procurou colonizar tanto o princípio do Estado, como o princípio da comunidade – um processo levado ao extremo pelo credo neoliberal.”⁵⁴

Ora, esse é exatamente o quadro que a globalização proporcionou, um esquecimento do que vem a ser o “Estado” por uma política que privilegie exatamente o “mercado”, esmagando a supremacia estatal e subordinando-a a questões financeiras e econômicas.

Os Estados, principalmente os que se encontram em desenvolvimento, como é o caso da realidade brasileira, são os que mais perdem soberania e supremacia estatal, pois estão cada vez mais “colonizados” pela política do neoliberalismo. O Brasil, por exemplo, acaba muitas vezes adotando políticas internacionais que são prejudiciais ao seu desenvolvimento e que não foram previamente discutidas com a sociedade, causando uma enorme agressão à democracia, que ainda se encontra em um estágio incipiente.

Tal fato ocorre, evidentemente, porque o país se encontra subordinado ao capital estrangeiro e dependente dele, não possuindo qualquer autonomia pública para discutir suas próprias políticas. Daí a importância de construir-se uma teoria que possibilite a emancipação do país em relação às amarras que impedem o seu efetivo crescimento.

⁵³ **Globalização**, *op. cit.*, p. 139.

⁵⁴ **Pela mão de alice: o social e o político na pós-modernidade**, p. 87.

Observa-se que em sendo prejudicadas a soberania e a autonomia pública, há um “efeito dominó”, ocorrendo um enfraquecimento da democracia e, conseqüentemente, a perda de direitos, o que acaba ocasionando um crescimento da desigualdade e aumentando a exclusão social.

A própria noção de Estado Democrático de Direito é abalada, causando insegurança na população. Ora, o fato vivenciado é justamente a desordem, pois a sociedade não sabe quem governa, para quem governa e que leis devem ser obedecidas.

O Estado amarrado ao Neoliberalismo, subordinado ao capital estrangeiro, deixa completamente de ter a conotação do Estado Moderno dada por MAX WEBER, pois não terá mais um território delimitado, assim como deixará de ter monopólio do poder coercitivo e do Direito. O Estado, nesse novo contexto, apresenta-se extremamente enfraquecido e não se pode mais falar na existência de um “Leviatã”.

Diante dessa descontextualização do Estado Moderno, no perfil weberiano, será que se pode pensar que o Estado se encontra numa época de pós-modernidade? Ou será que o Estado Moderno ainda continua, mas sob um outro prisma da modernidade?

Para BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS, existe uma pós-modernidade e isso fica bem claro quando o sociólogo leciona que:

(...) antes de mais, que só a partir da modernidade é possível transcender a modernidade. Se é verdade que a modernidade não pode fornecer a solução para excessos e défices que é responsável, não é menos verdade que só ela permite desejá-la. De facto, podemos encontrar na modernidade tudo o que é necessário para formular uma solução, tudo menos essa solução.⁵⁵

O referido sociólogo demonstra, então, que a partir dos erros da modernidade, poder-se-á chegar a uma pós-modernidade, cujo objetivo primordial será corrigir as falhas do período moderno.

Outro sociólogo que acredita numa pós-modernidade é KRISHAN KUMAR, descrevendo o atual quadro da sociedade pós-moderna:

⁵⁵ **A crítica** ..., *op. cit.*, p. 74-75.

A maioria dos teóricos afirma que as sociedades contemporâneas demonstram um novo ou reforçado grau de fragmentação, pluralismo e individualismo. Isso se relacionaria em parte com as mudanças ocorridas na organização do trabalho e na tecnologia, destacadas pelos teóricos pós-fordistas. Pode ser associado também ao declínio da nação-estado e das culturas nacionais dominantes. A vida política, econômica e cultural é agora muito influenciada por fatos que ocorrem no nível global. Esse fenômeno teve como um de seus efeitos, inesperadamente, a renovada importância do local e uma tendência para estimular culturas subnacionais e regionais.⁵⁶

Contudo, a aceitação de uma teoria da pós-modernidade não é unânime. Nesse sentido, o pensamento de ANTHONY GIDDENS demonstra que *“Nós não nos deslocamos para além da modernidade, porém estamos vivendo precisamente através de uma fase de sua radicalização”*.⁵⁷ Assim, esse sociólogo entende não haver ainda uma pós-modernidade, mas tão-somente um momento diferenciado, o que ele chama de “alta-modernidade”.

Pode-se concluir, então, que havendo ou não uma pós-modernidade, não existe dúvida de que o processo do Neoliberalismo e da globalização contribuíram para o declínio do Estado-Nação. Com isso, houve também uma decadência no que se refere ao antigo modelo dos serviços públicos e ao próprio conceito de Administração Pública, aquela que apresentava um perfil burocrata e, atualmente, enquadra-se num sistema gerencial.

Na atualidade, não se fala mais na prestação de serviços públicos ao cidadão, mas ao usuário, e em alguns casos utiliza-se até a expressão “cliente”, conotando, dessa maneira, uma mudança no próprio regime dos serviços, que denotava, no início, uma natureza jurídica eminentemente de Direito Público. Além disso, o vocábulo “cliente” deixa transparecer completamente a superação do princípio do Estado pelo princípio do mercado.

Assim, pelo fato de a sociedade encontrar-se em um estado de transição e alguns paradigmas ainda não estarem completamente definidos, há muita incerteza

⁵⁶ Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo, p. 132.

⁵⁷ As consequências da modernidade, p. 57.

em vários aspectos sociais, culturais e jurídicos. No que se refere aos aspectos jurídicos, o próprio regime de serviço público não é algo bem delimitado, na atualidade, o que pode ocasionar futuramente grandes prejuízos sociais.

Diante de tantas mudanças sociais, culturais, jurídicas, verifica-se que a legitimidade mais uma vez é modificada e passa, nesse novo período, a ter como enfoque a eficiência, um princípio muito mais de mercado do que político, deixando transparecer o domínio do princípio do mercado sobre o do Estado e da comunidade.

A transformação que houve no âmbito estatal foi acometida pela bandeira de que o Estado é ineficiente e, portanto, a iniciativa privada é que possui capacidade suficiente para gerir algumas atividades, conforme já foi exposto anteriormente. Mais uma vez, atente-se para o fato de que tal premissa de transformação é muito mais ideológica do que concreta.

A questão da eficiência é tão forte no âmbito estatal que, durante a Reforma Administrativa no Brasil, o princípio da eficiência foi inserido no texto constitucional, mais especificamente no artigo 37, demonstrando claramente que o referido postulado deve nortear os rumos da Administração Pública.

Assim, no modelo do Estado Neoliberal, a eficiência é a bandeira que legitima o poder e, portanto, a maioria dos atos passam a ser prestados objetivando maior produtividade. Basta observar a mudança no modelo de Estado, que se altera de burocrático para o tipo gerencial, em busca justamente de maior eficiência. No mesmo sentido, preconiza EMERSON GABARDO:

(...) o modelo racional burocrático, por excelência legitimado por 'a prioris' e procedimentos, torna-se obsoleto em comparação com a alternativa gerencial, que por não desejar ser nem liberal nem burocrática, torna-se uma 'metáfora dos resultados', ou quem sabe, um 'eufemismo'.⁵⁸

Mais uma vez, destaca-se a superação do modelo weberiano, inclusive no que tange à burocracia, pois o Neoliberalismo tem como um de seus objetivos diminuí-la ao máximo. Nesse sentido, o Neoliberalismo aponta para uma

⁵⁸ **Princípio constitucional da eficiência administrativa**, p. 14.

Administração Pública gerencial que enfoque os resultados e não o procedimento, diferentemente do que ocorre no modelo burocrático.

Começa, então, a existir uma divisão de legitimidade entre o Estado e o mercado, pois, diferentemente do que ocorria no Estado de Bem-Estar Social, a legitimidade decorrente do Estado é cada vez menor. Basta observar o que ocorre com os serviços públicos, que, no Neoliberalismo, são prestados, na maioria das vezes, pela iniciativa privada, por ser ela considerada muito mais eficiente se realizada uma comparação com o Estado.

Cabe lembrar que o Estado ainda é responsável por políticas mercantis, mas em um número bem menor do que na época do Estado de Bem-Estar Social, no qual havia uma intervenção estatal direta na economia. Assim, as questões econômicas deixam de ser tão politizadas no âmbito do Estado e tornam-se algo de dimensão internacional, ultrapassando as fronteiras do Estado-Nação.

Relativamente à eficiência, bandeira legitimadora do Neoliberalismo, deve-se ficar atento quanto à sua utilização, a fim de que o referido princípio não seja desvirtuado e se torne pretexto para a tomada de decisões que prejudiquem a sociedade. EGON BOCKMANN MOREIRA deixa claro o perigo existente:

Atente-se para o fato de que a inserção da eficiência como princípio constitucional pode causar sérias distorções, que devem ser desde logo afastadas. No setor privado 'eficiência' é a relação estrita entre objetivos lucrativos (resultados previstos) e a eficácia da atividade (excelente utilização de recursos disponíveis). O fim dessas atividades não é a estrita obediência e respeito ao cidadão.⁵⁹

Assim, pode-se observar que a eficiência, no âmbito da iniciativa privada – mercado -, é diferente da eficiência no âmbito estatal. Não se pode considerar que a eficiência, sob o enfoque da racionalidade do mercado, seria a mesma quando se observa a partir do véu da racionalidade estatal. Compartilhando o mesmo raciocínio, encontra-se CRISTIANE DERANI:

Um Estado eficiente é aquele que sabe operar suas instituições de modo a melhor atingir seus fins. Em outras palavras, o Estado é eficiente quando a administração pública é capaz de fazer uso do poder que detém para cumprir com todas as suas funções, em perfeito atendimento aos

⁵⁹ **Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/99**, p. 125.

princípios que suportam sua atividade, concretizando a finalidade máxima de generalização do bem-estar ou de distribuição eqüitativa da riqueza social por todos os integrantes da sociedade.

Este fato distancia certamente o sentido da eficiência da administração pública do sentido da eficiência econômica, que, por sua vez, terá um sentido derivado da economia neoclássica e outro diverso da economia social.⁶⁰

MARÇAL JUSTEN FILHO também alerta que eficiência econômica é diferente de eficiência administrativa:

A eficiência administrativa não é sinônimo de eficiência econômica. Numa empresa privada, a autonomia autoriza organizar os fatores da produção segundo as finalidades buscadas egoisticamente pelo empresário – o que autoriza, inclusive, a privilegiar a busca do lucro. Ao contrário, a atividade estatal deverá traduzir valores de diversa ordem, não apenas aqueles de cunho econômico.⁶¹

Fica demasiadamente claro que a eficiência no âmbito estatal é diferente da eficiência no âmbito mercadológico, não devendo portanto uma substituir a outra. Ocorre que, infelizmente, na prática, não é o que acontece. Há uma confusão e, diversas vezes, a eficiência do mercado acaba fazendo parte do dia-a-dia das decisões políticas no seio dos Estados, havendo notadamente a prevalência do mercado sobre o Estado.

Uma consequência da adoção da eficiência mercadológica ao invés da eficiência estatal – administrativa – é o enfraquecimento do próprio conceito de Estado-Nação. Sem a existência de um Estado fortalecido, cujo efeito é a ausência de fronteiras determinadas, perde-se soberania e não há como ser exercida a política no seu conceito de busca pelo bem comum.

O Estado, muitas vezes, acaba confundindo-se com o mercado, o que torna a problemática ainda maior. A eficiência no âmbito estatal deve ser voltada para o bem comum e deve sempre estar ligada aos valores fundamentais, conforme preconiza MARÇAL JUSTEN FILHO:

⁶⁰ **Privatizações ...**, *op. cit.*, p. 143.

⁶¹ **Curso de direito administrativo**, p. 85.

Quando houver incompatibilidade entre a eficiência econômica e certos valores fundamentais, deverá anotar-se a solução que preserve ao máximo todos os valores em conflito, mesmo que tal signifique uma redução da eficiência econômica.⁶²

Até o presente momento, discorreu-se sobre a evolução do Estado com enfoque na Economia. Observando o fenômeno a partir da visão jurídica, somente é possível uma privatização do Direito Público com a simultaneidade de uma publicização do Direito Privado. Apesar da mudança na estrutura do Estado, deve-se estar com a atenção voltada aos direitos fundamentais, conforme lições de MARÇAL JUSTEN FILHO:

Nunca se pode aceitar que a restrição à intervenção estatal seja orientada pura e simplesmente a assegurar a preponderância dos interesses egoísticos dos mais poderosos. Há riscos equivalentes na substituição da ineficiência estatal pela absoluta eficiência da empresa privada.⁶³

E o autor continua a afirmar:

Isso significa que o processo de privatização não pode ser compreendido como um fenômeno que se processa exclusivamente na órbita do Direito Público. Não se trata de uma circunstância atinente apenas às estruturas governamentais. O novo modelo compreende também os campos do Direito Privado. Como já se afirmou anteriormente, o processo de 'privatização do Direito Público' apenas pode ser compreendido como uma manifestação da mesma tendência que conduz à 'publicização do Direito Privado'. Há uma convergência principiológica, decorrente da exigência inafastável de que a responsabilidade social seja compartilhada tanto pelos organismos estatais como por toda a sociedade.⁶⁴

Há, então, uma conjugação de valores, a iniciativa privada caminha de mãos dadas com o Estado. Fenômeno similar é o que acontece com a situação jurídica do Estado:

Pode-se dizer que vivemos o típico 'Estado Liberal de Direito' no século XIX, quando o acento dominante na proteção dos direitos de liberdade e de propriedade implicava a conduta de abstenção do estado. Seguiu-se-lhe, já no século passado, o advento do 'Estado Social de Direito', cuja ênfase nos direitos sociais pede e exige a constante e crescente ação do estado. O primeiro teria sido o momento da 'tese', o segundo o da

⁶² *Ibid*, p. 86.

⁶³ **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**, p. 13.

⁶⁴ *Ibid*, p. 14.

'antítese'. Vivemos hoje o tempo da síntese, consubstanciado no 'Estado Democrático de Direito'.⁶⁵

Conclui-se, então, que apesar de a eficiência ser a veia legitimadora do Neoliberalismo, ela não deve estar desvirtuada de valores fundamentais e sempre atuar em prol do bem social sob pena de acarretar um retrocesso social, uma vez que o Estado de Bem-Estar Social, não obstante os problemas apresentados, foi extremamente marcado por conquista de direitos e garantias fundamentais.

Por fim, raciocínio similar deve ser aplicado aos serviços públicos, uma vez que a eficiência irá nortear a ação estatal e dos particulares que os prestam, tendo como objetivo primordial atender às necessidades coletivas. Logo, a eficiência aplicada é a do Direito Administrativo e não a mercadológica⁶⁶.

⁶⁵ JOSÉ ROBERTO VIEIRA, Legalidade tributária e medida provisória: mel e veneno, *in* OCTAVIO CAMPOS FISCHER (coord.), **Tributos e direitos fundamentais**, p. 186.

⁶⁶ Cabe salientar que o princípio da eficiência voltará a ser estudado posteriormente.

3. SERVIÇO PÚBLICO

3.1. Origem do serviço público

Atualmente, o tema “serviços públicos” continua trazendo ao debate diversas dúvidas, principalmente, em decorrência das modificações no modelo estatal e, hoje, alguns chegam até a duvidar se tal instituto ainda existe.

ODETE MEDAUAR deixa bem clara a transição atual no tema dos serviços públicos, quando expõe que:

O pesquisador, talvez, perplexo, irá defrontar-se, na bibliografia atual, com inúmeras expressões envolvendo o tema; por exemplo: serviços de interesse econômico geral, serviços de interesse geral, *public utilities*, serviços universais. E ficará com muitas dúvidas ante afirmações aqui e acolá de que o serviço público não mais existe, havendo somente atividades econômicas, não prevalecendo a titularidade estatal das atividades antes consideradas serviços públicos.⁶⁷

Conforme exposto, e a referida autora assim também afirma, o serviço público reflete a evolução do Estado⁶⁸; noção confirmada por MARÇAL JUSTEN FILHO, “ (...) o conceito de serviço público deriva do tipo de Estado vigente no momento histórico”⁶⁹. Logo, tal instituto jurídico apresenta mutações ao longo dos anos, uma vez que a sociedade é dinâmica e está em constante processo de transformação. Mas, ainda que brevemente, deve-se ter uma noção de como surgiu o serviço público a fim de que se possa compreender como ele evolui.

Com as mudanças no modelo de Estado e as suas conseqüentes transformações, a sociedade foi atingida pela modernidade e várias necessidades surgiram em decorrência das modificações. Dentre os primeiros países atingidos pela modernidade, a França pode ser considerada como o berço dos serviços públicos.

⁶⁷ Ainda existe serviço público, in HELENO TAVEIRA TÔRRES, **Serviços públicos e direito tributário**, p. 30.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ **Teoria geral das concessões de serviço público**, p. 16.

Todavia, MONICA SPEZIA JUSTEN deixa claro que a origem do instituto é ainda mais antiga, quando retrata que:

Embora o grande desenvolvimento da noção de serviço público se tenha dado na França, no período entre o final do século XIX e início do século XX, é possível buscar na Grécia antiga sua origem mais remota.⁷⁰

O conceito de serviço público começa a formar-se a partir da Revolução Francesa, pois é nesse momento histórico que começa a existir o dualismo Estado-sociedade, consoante sustenta GASPARD ARIÑO ORTIZ.⁷¹ Segundo o autor, *“En cualquier caso, lo que ahora interesa retener es que el concepto de servicio público tiene como presupuesto necesario la distinción Estado-sociedad y la separación de sus distintas esferas de actividad”*⁷².

Observa-se, então, que, nos primórdios do serviço público, era possível distinguir muito bem a oposição Estado-sociedade, realidade a qual se transforma no decorrer dos anos.

A França possui diversos teóricos voltados ao estudo dos serviços públicos e decorre de tal circunstância a grande relevância que o país possui na pesquisa do tema. Dentre os principais estudiosos da escola francesa, encontra-se LÉON DUGUIT, que defende o fato do Estado legitimar-se pela prestação dos serviços públicos, bem como que a solidariedade social seria o principal objetivo estatal quando houvesse a prestação de tais serviços⁷³.

Ainda no que concerne ao autor em questão, ele defende que os serviços públicos são elementos do Estado, devendo ser organizados pelo ente estatal, confirmando claramente a separação Estado-sociedade, iniciada na Revolução Francesa⁷⁴.

⁷⁰ **A noção de serviço** ..., *op. cit.*, p. 17.

⁷¹ **Economia y estado: crisis y reforma del sector público**, p. 277.

⁷² *Id.*

⁷³ *Apud* MONICA SPEZIA JUSTEN, **A noção de serviço** ..., *op. cit.*, p. 33.

⁷⁴ *“Então, os serviços públicos são um dos elementos do Estado (...) O Estado não é, tal como nós queríamos fazer e como nós queríamos crer, a qualquer tempo que ele esteja, é um poder que comanda, uma soberania, uma cooperação de serviços públicos organizados pelos governantes (tradução nossa)”*.

“Ainsi, les services publics sont un des elements de l’État (...) l’État n’est pas, comme on a voulu le faire et comme on a cru, quelque temps qu’il l’était, une puissance qui commande, une souveraineté;

Para além disso, LÉON DUGUIT vai defender a noção de serviço público como um limite ao poder governamental, ratificando, mais uma vez, a noção de que tal elemento seria um meio que legitima e fundamenta o Estado⁷⁵. Tal visão é muito importante no advento de Estado de Bem - Estar Social.

Ao retratar a noção de serviço, conforme a visão francesa, ODETE MEDAUAR destaca algumas características referidas a LÉON DUGUIT, demonstrando que *“Para Duguit ‘a idéia de serviço público está na obrigação que se impõe aos governantes’; ‘Se há uma ‘puissance publique’ ela é um dever, uma função, não um direito”*⁷⁶. JORGE LUIS SALOMONI caminha no mesmo sentido, quando retrata o pensamento de LÉON DUGUIT: *“El Estado está obligado a satisfacer las necesidades de los particulares y solamente después, el Estado estará legitimado para mandar”*⁷⁷.

Outro teórico francês com grande evidência é GASTON JÈZE, para quem o Direito Administrativo nada mais é que um conjunto de regras atinentes ao serviço público⁷⁸. A relevância do serviço público apresenta considerável destaque na doutrina de GASTON JÈZE, pois, para ele, o objeto do Direito Público é o serviço público. Logo, todo o estudo do Direito Público, na visão de GASTON JÈZE, fundamenta-se com base no serviço público.

Na doutrina francesa, portanto, a noção de serviço público, muitas vezes, confundia-se com o próprio conceito de Direito Público. Se observado o pensamento de GASTON JÈZE, o serviço público é o objeto do Direito Público. Já em LÉON DUGUIT, o Estado legitima-se a partir da prestação de serviços à comunidade. DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI retrata muito bem a referida identificação, quando expõe que

As teorias do serviço público desenvolvem-se no primeiro terço do século atual, com a chamada Escola do Serviço Público, chefiada por Duguit, acompanhado de perto por Jèze, Bonnard, Rolland, De Laubadère, entre

il est une cooperation des services publics organisés par des gouvernantes”. – LÉON DUGUIT, **Traité de droit constitutionnel**, p. 54 –.

⁷⁵ **Traité de droit constitutionnel**. p. 56.

⁷⁶ **Ainda existe serviço ...**, *op. cit.*, p. 31.

⁷⁷ Teoria y práctica de los servicios públicos em Argentina. La cuestión central del rol del Estado, *in* JORGE SALOMONI, **Teoría General de los Servicios Públicos**, p. 148-149.

⁷⁸ **Principios generales ...**, *op. cit.*, p. 1.

outros, e foram tão amplas que algumas delas abrangiam todas as atividades do Estado.⁷⁹

Quando a autora se refere ao primeiro terço do século XX, observa-se claramente que a referência é ao período em que se consubstancia o modelo do Estado de Bem-Estar Social, momento em que a população clamava por maior assistência do Estado diante das enormes dificuldades da época.

Ao se analisar a Escola francesa do serviço público, percebe-se que nem todos os teóricos franceses concebiam o serviço público como elemento legitimador ou fundador do Estado. É o que retrata DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI: *“Sabe-se, entretanto, que Hauriou, diferentemente de Duguit, preferia caracterizar o Estado pelo poder público e não pelo serviço público (...)”*⁸⁰. Na mesma perspectiva histórica, encontra-se, entre nós, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁸¹.

Para verificar a diferença da doutrina de MAURICE HAURIOU em relação à de DUGUIT, basta observar o conceito de Direito Administrativo dado por MAURICE HAURIOU⁸². Por meio do conceito, nota-se claramente a importância que o autor dá ao poder público, tomando-o como o marco inicial para o estudo dos temas que envolvem o Direito Administrativo, dentro dos quais, encontra-se o serviço público.

⁷⁹ Teoria dos serviços públicos e sua transformação, in CARLOS ARI SUNDFELD (coord.), **Direito administrativo econômico**, p. 41-42.

⁸⁰ **O serviço público e a constituição brasileira de 1988**, p. 39.

⁸¹ *“Vale observar, de passagem, que a despeito da influência exercida sobre o espírito dos estudiosos na França em nenhum momento conseguiu reunir a simpatia da unanimidade dos autores. Figuras das mais ilustres sempre lhe opuseram restrições. Hauriou nunca aceitou a tese de que se tratasse da noção única, fundamental, do direito administrativo. Berthélemy e seu discípulo Rivero, ainda mais hostis e fiéis à escola tradicional, também não lhe deram guarida calorosa, preferindo conservar a noção de ‘puissance publique’, como idéia básica, unificadora do direito administrativo (sic)”*. - **Natureza e regime jurídico das autarquias**, p. 137 -.

⁸² *“O Direito Administrativo é a esfera da atividade jurídica do poder executivo em que tanto se exercem as administrações públicas com o fim de assegurar a ordem e o poder da utilidade pública – para a aplicação das leis, da polícia e a gestão dos serviços públicos.*

Deste modo, a base do Direito Administrativo é a atividade do poder público, não é como se pretendia o serviço público (tradução nossa)”.

“Le droit administratif est la sphere d’activité juridique du pouvoir exécutif en tant qu’exercé par des administrations publiques dans le but d’assurer l’ordre et de pouvoir l’utilité publique – par l’application des lois, par la police et par la gestion des services publics.

Ainsi la base du droit administratif c’est l’activité de la puissance publique; c’est n’est pas, comme on l’a prétendu, le service public”. –Maurice Hauriou, **Notes d’arrêts sur décisions du conseil d’état et du tribunal des conflits**, p. 1-.

Assim, o Direito Público francês, em sua grande maioria, pauta-se na noção de serviço público como pedra angular, sendo que há algumas diferenças entre os doutrinadores apresentados⁸³. A noção de serviço público, no direito francês, teve grande parte do seu desenvolvimento no Conselho de Estado, órgão ao qual GASTON JÈZE atribui grande mérito no desenvolvimento de temas do Direito Público: *“Todo el mérito pertenece al Consejo de Estado francés, a su ciencia jurídica, a su agilidad, a su espíritu realista e positivo”*⁸⁴; opinião acompanhada por LÉON DUGUIT⁸⁵.

O Conselho de Estado francês surgiu em decorrência da necessidade de aplicação das regras de Direito Administrativo aos cidadãos franceses, e foi nesse órgão que se formou a noção de serviço público sob o ângulo clássico. O chamado acórdão Blanco é considerado como um marco na elaboração do conceito de serviço público⁸⁶.

É manifesto que o conceito passou por numerosas transformações com as diversas mudanças no modelo de Estado. Um dos fatores que influenciou a mudança no conceito é a sensível diminuição da prestação direta dos serviços públicos pelo ente estatal, levando muitos doutrinadores a entenderem que já não existe mais o conceito de serviço público. Tal conclusão decorre da ligação que tais doutrinadores fazem de serviço público com a prestação realizada diretamente pelo Estado.

Para que se possa compreender melhor o referido instituto jurídico, deve-se conceituá-lo, a fim de expor, posteriormente, suas principais características.

⁸³ “A doutrina clássica sobre o serviço público surgiu na França, e foi lentamente elaborada a partir da jurisprudência do Conselho do Estado, recolhida e sistematizada pelos juristas em um trabalho de síntese que permitiu estabelecer uma construção unitária do direito administrativo, concebido como o direito dos serviços públicos administrativos.

A noção de serviço público aparece como tal na jurisprudência administrativa, mas é sobretudo retomada por Duguit na sua construção ideológica de uma Teoria do Estado e pela Escola do Serviço Público, em uma construção científica do direito administrativo”. - DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI, **O serviço público** ..., op. cit., p. 26 -.

⁸⁴ **Princípios generales** ..., op. cit., p. XXVII-XXVIII.

⁸⁵ **Traité de** ..., op. cit., p. 65-66.

⁸⁶ “O ‘acórdão blanco’ é, para muitos, um ponto de partida para se tomar o estudo do tema da noção de serviço público. Tratou-se de um julgado do Tribunal de Conflitos francês, de 8 de fevereiro de 1873, que tinha por objeto decidir a jurisdição competente para uma ação de responsabilidade pelos danos físicos causados a uma menina, resultantes de acidente entre vagões que circulavam nas instalações da manufatura de tabacos de Bordeaux, uma atividade comercial desempenhada pela municipalidade”. - MONICA SPEZIA JUSTEN, **A noção de serviço público** ..., op. cit., p. 22-23 -.

3.2. Conceito de Serviço Público

Diante das diversas mudanças que transformaram o serviço público, será possível estabelecer um conceito fechado para essa noção?

Antes de considerar a possibilidade de existir ou não um conceito, cabe esclarecer, conforme ensinamento de JOSÉ ROBERTO VIEIRA, que, quando o cientista do Direito conceitua algo, ele está desenhando uma idéia mais abrangente, com um alcance mais largo, sem a existência de um grande detalhamento. Diferentemente, é o que ocorre com o trabalho da definição, que implica uma noção bem mais específica e precisa, exigindo uma tarefa mais minuciosa por parte do cientista do Direito⁸⁷. No mesmo sentido, caminha EROS ROBERTO GRAU⁸⁸.

Deduz-se, então, que, no atual estágio de estudos, serviço público é conceito. Alguns doutrinadores conceituam serviço público a partir da sua estrutura e do seu funcionamento, o que pode trazer problemas, no futuro, uma vez que em decorrência das modificações, por conseguinte, haverá também transformações no que se refere à estrutura e ao funcionamento do instituto em estudo, o que acabará abalando o conceito já formulado a partir de premissas tão facilmente alteráveis.

Além disso, pela sua abrangência, própria de alguns conceitos, observa-se a polissemia do conceito de serviço público, fato muito bem destacado por JOANA PAULA BATISTA:

De início, constatamos que a expressão serviço público é plurissignificativa. Pode denotar diferentes realidades, conforme a

⁸⁷ Medidas provisórias tributárias e segurança jurídica: a insólita opção estatal pelo “viver perigosamente, in AIRES FERNANDINO BARRETO *et al*, **Segurança jurídica na tributação e estado de direito**, p. 329-330.

⁸⁸ “Os conceitos jurídicos – vimos – são expressados através de ‘termos’: o ‘termo’ é o signo do conceito.

Ora, porque esses termos são colhidos numa linguagem natural, que é virtualmente ambígua e imprecisa, inúmeras vezes textos normativos operam a enunciação estipulativa de conceitos, ou seja, ‘definem’ os seus respectivos termos. O que se tem referido por ‘conceito estipulativo ou legal’ corresponde, em regra, a uma ‘definição’, que o texto normativo contempla visando a superar a ambigüidade ou imprecisão do termo de certo conceito.

A ‘definição jurídica’, pois – ‘Para os efeitos desta lei entende-se por (...) -, é a explicação do ‘termo’ do conceito e não deve ser confundida com o conceito jurídico”. - **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**, 2005, p. 230 - .

situação analisada. Sendo assim, a primeira dificuldade no tratamento da matéria está em definir a abrangência semântica do termo 'serviço público'.⁸⁹

Outro autor que compartilha da dificuldade de encontrar um significado unívoco, no que concerne ao serviço público, é CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: *"Por singular que pareça, não obstante sua importância capital, o conteúdo de serviço público e respectiva definição nunca foram precisos e uniformes"*⁹⁰. Cabe destacar que o autor se refere à definição, algo que ainda está por vir. Vale lembrar que o presente trabalho entende que serviço público é conceito consoante demonstrado.

Em decorrência da polissemia da expressão e da própria relação que possui o serviço público com as mudanças estatais, o conceito do instituto em questão é algo em constante mutação. Daí a importância de analisar as principais características que estão presentes no instituto para que se possa identificar se se está tratando de serviço público ou não, uma vez que não é possível formular um conceito fechado.

Além disso, a partir da Constituição Federal não se encontra uma definição precisa do que seja serviço público, dificultando, assim, o estudo do cientista do Direito, que necessita de uma análise sintática, semântica e pragmática do texto constitucional a fim de que possa retirar as principais características do denominado serviço público.

Não obstante a Constituição Federal não delimitar, necessariamente, o que é serviço público, a noção do referido instituto é retirada da Carta Magna. CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA alerta no sentido de que *"A lei não poderá qualificar como serviço público aquilo que a Constituição determinou que seja privado. Não poderá frustrar a noção de serviço público pressuposta pela Constituição"*⁹¹. Na mesma linha, EROS ROBERTO GRAU: *" (...) basta a mera leitura do texto*

⁸⁹ **Remuneração dos serviços públicos**, p. 16.

⁹⁰ **Natureza e regime jurídico das autarquias**, p. 136-137.

⁹¹ **Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos**, p. 248.

*constitucional para identificarmos determinadas atividades concernentes a 'serviços públicos por definição constitucional'*⁹².

Eis, então, o papel da doutrina, que vem a auxiliar o estudo da Ciência do Direito, trazendo conceitos para situar o serviço público no âmbito do Estado e esclarecendo o papel do referido tema no âmbito da sociedade.

Dentre os vários conceitos doutrinários, aquele fornecido por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO é considerado como clássico e muito citado na doutrina brasileira:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - , instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.⁹³

Depreende-se, por meio da leitura do referido doutrinador, que serviço público seria aquele submetido ao regime de Direito Público. No conceito clássico de serviço público, ele deveria reunir três elementos necessariamente e, nesse sentido, para ilustrar melhor quais são os componentes, transcreve-se lição de DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI:

Os doutrinadores praticamente são concordes em afirmar que a definição clássica de serviço público reunia três elementos, embora se desse maior ou menor ênfase ora a um, ora a outro, dentre eles, quais sejam:

- 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.⁹⁴

Trazendo o tema para a atualidade, caso tente-se identificar o serviço público a partir dos três elementos fornecidos pela doutrina clássica, grandes conflitos começam a surgir, pois, em diversos momentos, pode-se deparar com uma atividade que é serviço público, mas que não é prestada diretamente pelo

⁹² **A ordem econômica na constituição de 1988**, p. 109.

⁹³ **Curso de direito administrativo**, p. 600.

⁹⁴ Teoria dos ..., *op. cit.*, p. 42.

Estado, por exemplo. Nesse caso, descarta-se o elemento subjetivo, que faria parte da concepção clássica de serviço público, mas que não se encontra sempre presente no conceito de serviço público atual.

Há uma crise, então, no conceito de serviço público ?

Para que se possa verificar se há uma crise ou não, deve ser, primeiramente, realizada uma divisão doutrinária entre os doutrinadores clássicos e não clássicos. A partir dos doutrinadores clássicos, observa-se que eles estabelecem uma identidade entre o serviço público e a prestação direta pelo Estado. Nesse sentido, quando o serviço público não for prestado diretamente pelo Estado, estar-se-á diante de outro instituto que não é serviço público, pois o elemento subjetivo necessário para a formação do serviço não estaria presente.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO esclarece:

Um autor francês – Louis Corail – elaborou tese de doutoramento sobre esse tema, entendendo que os três elementos normalmente considerados pela doutrina para conceituar serviço público não são essenciais, porque às vezes falta um dos elementos e até mesmo dois.⁹⁵

A visão do referido autor pode ser considerada como um novo olhar sobre o serviço público.

Diante das mutações na estrutura e no funcionamento do Estado, conseqüentemente, transformações ocorreram no serviço público. Os três elementos fornecidos pela doutrina clássica do serviço público podem não estar presentes simultaneamente diante da nova realidade estatal, o que não descaracteriza o serviço prestado como público⁹⁶.

Assim, observa-se que é em decorrência das mutações que o conceito de serviço público se transformou. Logo, não se deve falar em crise, mas em evolução

⁹⁵ **Direito administrativo**, p. 97.

⁹⁶ “No quadro do Estado liberal, as três noções coincidem na maior parte das vezes: as actividades de interesse geral eram regidas por órgãos públicos, sob o regime derogatório do direito comum. Hoje em dia esta coincidência é muito menos freqüente. Existem necessidades de interesse geral que a autoridade decide satisfatoriamente, mas que nem por isso confia a órgãos públicos. Era isto e acontecia na ‘concessão de serviço público’ (sic)”. – JEAN RIVERO, **Direito administrativo**, p. 492 -.

do conceito de serviço público⁹⁷. DINORÁ ADELAIDE MUSSETTI GROTTI, primeiramente, apresenta a suposta crise, mas posteriormente acaba por demonstrar que não é uma crise, mas uma evolução, e que crise, realmente, só existe na concepção clássica de serviço público⁹⁸.

Consoante apresentado, boa parte da Escola Francesa de Serviço Público legitimava o Estado por meio da prestação dos serviços públicos. Assim, quando o Estado deixa de prestar diretamente os serviços, fato ocorrido após o processo de desestatização, haveria, então, a existência de uma crise.

Conclui-se, dessa forma, que a chamada crise somente irá existir se tomada a Escola Francesa de Serviço Público como referencial teórico, uma vez que se adotado outro marco, como por exemplo o próprio elemento material do serviço público, concluir-se-á que não há crise, mas evolução.

3.3. Elementos do serviço público

Para melhor compreensão do tema, inicia-se o estudo detalhado dos elementos que compõem o serviço público, valendo o esclarecimento de que, algumas vezes, nem todos estão presentes simultaneamente para que o serviço seja considerado como público.

Os elementos, então, dividem-se em: material, formal e subjetivo. No que se refere ao elemento material, o serviço público tem como objetivo a satisfação de necessidades coletivas. Ele é o que persiste com maior intensidade, na atualidade, se comparado aos demais.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO esclarece como o serviço público pode ser vislumbrado através do seu elemento material ou objetivo:

Pode-se, em conclusão, firmar que, na acepção objetiva, o serviço público se define em razão da 'natureza da atividade ou tarefa'. É o fato de corresponder a uma necessidade de interesse geral, é a circunstância de se impor como uma exigência da coletividade, cuja satisfação incumbe ao

⁹⁷ Posteriormente, será apresentada a teoria de THOMAS S. KUHN, momento em que se perceberá a crise na mudança de paradigmas.

⁹⁸ **O serviço público** ..., *op. cit.*, p. 53-61.

Poder Público prover, ainda que não o faça diretamente, o elemento que se encontra por detrás de todas (*sic*) as noções objetivas de serviço público.⁹⁹

A conclusão fornecida por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, quanto ao elemento material do serviço público, é de suma importância para a compreensão do instituto na atualidade. Apesar das mudanças estruturais na organização do Estado, a satisfação de necessidades coletivas ainda é função do Poder Público. Caso o Estado não desempenhe diretamente tais atividades, delegando-as à iniciativa privada, elas não deixarão, em momento algum, de ser configuradas como serviços públicos, pois visam a satisfazer o interesse social.

Ao vislumbrar o serviço público como atividade de interesse público, deve-se tomar o devido cuidado quanto a generalizar a questão, a fim de que não haja a completa identidade entre interesse social e serviço público. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO atenta para o fato e esclarece: *“Daí ser correta a afirmação de que todo serviço público visa atender a necessidades públicas, mas nem toda atividade de interesse público é serviço público.”*¹⁰⁰

O interesse público será, dessa forma, requisito do serviço público, mas não sinônimo do mesmo. Com a devida precaução, enfatiza-se que o serviço público vem em atendimento às necessidades públicas. Ainda que se tenha o serviço público como atividade econômica, tese que será apresentada posteriormente, ele não deixará de ter como objetivo a satisfação das necessidades da coletividade, continuando a estar presente, portanto, o elemento material.

Tratando-se, conseqüentemente, de serviço público, as referidas atividades, prestadas ou não pelo Poder Público, serão regidas pelos princípios atinentes ao serviço público, o que já demonstra uma diferenciação de atividades desenvolvidas pela iniciativa privada e que não se transmudam em serviço público.

JEAN RIVERO destaca que o serviço público é criado para a satisfação do interesse geral e que, sem a intervenção de uma pessoa pública, a necessidade da coletividade poderia estar comprometida¹⁰¹. Evidente que há atividades privadas

⁹⁹ **Natureza** ..., *op. cit.*, p. 153-154.

¹⁰⁰ **Direito** ..., *op. cit.*, p. 100.

¹⁰¹ **Direito administrativo**, p. 494.

que possuem o interesse de satisfazer necessidades coletivas, mas o fim último das referidas atividades será a sua satisfação individual.

Logo, quando observado o objetivo da materialidade do serviço público, leva-se em consideração a situação hipotética de não existir o referido serviço. Se a sociedade estiver sendo prejudicada por falta de prestação do serviço ou se ela, também, encontrar-se em prejuízo por prestação inadequada, dever-se-á analisar se o serviço é de competência do Estado ou da iniciativa privada. Caso o serviço seja de competência do Estado, ainda que prestado de modo insuficiente pela iniciativa privada ou pelo Estado, estar-se-á diante de casos de serviço público.

Na atualidade, destaca-se o elemento material como aquele que possui maior força em virtude da sua importante função social. Na esteira dos conceitos formulados pela doutrina, examina-se aquele fornecido por MARÇAL JUSTEN FILHO, que deixa muito claro como objetivo primordial do serviço público a satisfação das necessidades coletivas e, para além disso, o doutrinador também destaca o contentamento das necessidades individuais. A fim de que se possa melhor compreender o assunto, transcreve-se o conceito:

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público¹⁰².

Quando se discorre sobre a satisfação de necessidades coletivas, observa-se claramente a vinculação que existe entre serviços públicos e direitos fundamentais. Ora, se o serviço público vem atender a necessidades coletivas e possui como um de seus objetivos a melhoria na qualidade de vida dos administrados, conseqüentemente, vincula-se aos direitos fundamentais. Daí já decorre mais uma delimitação no elemento material atinente ao serviço público: a satisfação de direitos fundamentais.

MARÇAL JUSTEN FILHO leciona como ocorre a ligação entre serviço público e direitos fundamentais:

¹⁰² Curso de direito administrativo, p. 478.

A atividade de serviço público é um instrumento de satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais, entre os quais avulta a dignidade humana. O serviço público existe porque os direitos fundamentais não podem deixar de ser satisfeitos.

Isso não significa afirmar que o único modo de satisfazer os direitos humanos seja o serviço público, nem que este seja a única atividade estatal norteadas pela supremacia dos direitos fundamentais.¹⁰³

Ainda que o Direito passe por transformações e apresente mudanças em seus institutos, ele não pode retroceder, o que é de suma relevância para a sociedade. Desse modo, quando a população consegue atingir certos direitos que a ela são benéficos, tais conquistas não podem ser desnaturadas, sob pena de haver um retrocesso social.

Assim, no que toca ao tema “serviços públicos”, se eles forem percebidos como direitos fundamentais do usuário, nesse caso, mais especificamente como direitos do administrado, isso significa que eles não devem ser esquecidos ou tidos como inexistentes justamente por se tratar de uma garantia que foi conquistada.

Não obstante o instituto tenha passado por transformações ao longo dos anos, na sua essencialidade, ele continua a ser um direito fundamental do indivíduo, ainda que se apresente de outro modo. Daí decorre que o critério material apresenta-se como o mais relevante, na atualidade, tendo em vista que ele está relacionado diretamente com os direitos e garantias dos cidadãos.

Por meio dos serviços públicos, a sociedade torna-se mais igualitária e, em países como o Brasil, é por meio da sua prestação que se pode obter uma vida mais digna, trazendo, nesse aspecto, a idéia de justiça distributiva de JOHN RAWLS¹⁰⁴; idéia essa à qual se filia CRISTIANE DERANI, quando preconiza:

A atribuição de poder ao ente estatal se justifica pela busca de “justiça distributiva”. Pela atribuição de determinados poderes e funções ao Estado, a sociedade pretende obter uma organização e uma atividade que busquem distribuir a riqueza social, a fim de que se alcance a generalização do bem-estar. É a finalidade da sociedade que determina a finalidade do poder público.¹⁰⁵

¹⁰³ *Ibid*, p. 480.

¹⁰⁴ **Justiça como equidade: uma reformulação**, p. 54-112.

¹⁰⁵ **Privatizações ...**, *op. cit.*, p. 137.

A partir da prestação de determinados serviços, como saneamento, educação, entre outros, os cidadãos começam a ter uma melhoria na sua qualidade de vida, o que torna a sociedade mais equilibrada e justa e menos desigual. Os benefícios conseguidos a partir dessa igualdade são numerosos, inclusive para a consciência política da sociedade, já que a política não pode ser exercida ante uma sociedade na qual a população não possui o mínimo vital.

RICARDO LOBO TORRES tece preciosa lição sobre o mínimo existencial:

Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.¹⁰⁶

Sem igualdade, sem que haja uma redistribuição das riquezas, a sociedade não consegue atingir o desenvolvimento; mas os serviços públicos, quando bem prestados, atendendo aos direitos fundamentais, tornam a sociedade mais equilibrada, resgatando, novamente, a idéia de mínimo vital. Dentre os vários serviços públicos existentes, destaca-se a educação como sendo o serviço conscientizador da população.

Além disso, o Brasil é um país de dimensão continental, o que provoca grandes desigualdades regionais. Por meio da prestação de serviços públicos e do progresso advindo dessa atitude, é possível a diminuição das desigualdades, opinião defendida por MARÇAL JUSTEN FILHO: *“O serviço público, no Brasil, tem de assegurar condições de progresso econômico e eliminação de desigualdades regionais, respeitando os limites constitucionais para a intervenção estatal no domínio econômico”*¹⁰⁷.

Daí a importância do estudo e do resgate principalmente da materialidade que atinge o tema, pois ainda que o instituto tenha passado por modificações na sua estrutura e funcionamento, a essência continua sendo a mesma, que é a

¹⁰⁶ A cidadania multidimensional na era dos direitos, in RICARDO LOBO TORRES (org.), **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 267.

¹⁰⁷ Serviço público no direito brasileiro, **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, p. 150.

satisfação de necessidades coletivas. MARÇAL JUSTEN FILHO sintetiza tal idéia, quando afirma que:

Um serviço é público porque se destina à satisfação de direitos fundamentais e não por ser de titularidade estatal, nem por ser desenvolvido sob regime de direito público. Essas duas são conseqüências da existência de um serviço público.¹⁰⁸

Apesar da importância do aspecto material, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO destaca que *“Outro aspecto é o fato de não ser suficiente o ‘objetivo de interesse público’ para caracterizar o serviço público, pois é necessário que a ‘lei’ atribua esse objetivo ao Estado”*¹⁰⁹. Retira-se, então, um critério de legalidade no serviço público¹¹⁰; uma vez que, no âmbito do Direito Público, vige o princípio da legalidade em sentido amplo¹¹¹.

Não obstante o serviço público ser submetido a uma concepção legal, não significa que qualquer serviço que esteja enquadrado em um regime jurídico de Direito Público, assim será. O presente trabalho filia-se à corrente essencialista, que entende, como nas palavras de DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTI:

(...) se a lei submeter uma atividade ao regime de serviço público, mas essa atividade não tiver uma ‘finalidade pública’ ou, na condição de atividade econômica, for tida como entregue à atuação prioritária do particular, não passa a ter natureza de serviço público.¹¹²

Há, então, um núcleo essencial no conceito de serviço público, que é a finalidade pública, o agir em prol do interesse coletivo. Segundo JUAREZ FREITAS, adepto também da corrente essencialista, *“A essencialidade vincula, pois, o serviço e as pessoas que o prestam ao comando do princípio da preponderância teleológica do interesse público, que deve reger as relações da Administração”* e continua a afirmar que *“(...) ao realçar materialmente a sua*

¹⁰⁸ **Curso** ..., *op. cit.*, p. 482.

¹⁰⁹ **Direito** ..., *op. cit.*, p. 100.

¹¹⁰ “Até esse ponto, o da criação do serviço, está-se diante de atuação legislativa. A falta de disciplina normativa configura omissão legislativa. Por outro lado, a organização do serviço é problema administrativo, não legislativo”. – CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA, **Usuários** ..., *op. cit.*, p. 257 – .

¹¹¹ **Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação**, p.

¹¹² **A constituição** ..., *op. cit.*, p. 104.

essencialidade, quer pensar o Estado para além dos excessivos jogos históricos de interesses ”.¹¹³

Delineado o aspecto material, cabe destacar que outro elemento, componente também do conceito clássico de serviço público e importante para a identificação do instituto, é estar sob a sujeição do regime de Direito Público¹¹⁴. Tal elemento, que estuda o regime sob que se encontra o serviço público, é conhecido, na doutrina, como formal. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO entende que “O segundo elemento, ‘formal’, isto é a submissão a um regime de Direito Público, o regime jurídico-administrativo, é que confere caráter jurídico à noção de serviço público. Sua importância, pois, é decisiva”.¹¹⁵

Apesar de o serviço público estar submetido a um regime jurídico de Direito Público, existem diversas outras situações que estão submetidas ao mesmo regime e não podem ser caracterizadas como serviços públicos. Daí, decorre que tentar identificar o serviço público somente a partir do seu regime é um risco, pois nem tudo que está sujeito ao Direito Público é serviço público. Aliás, CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA atenta para esse fato: “No Brasil, nunca se reconduziu à noção de serviço público a integralidade das atividades do Estado”¹¹⁶. Mais uma vez, deve-se estar atento à questão da generalidade. JOANA PAULA BATISTA ajuda a esclarecer:

Assumindo uma postura não essencialista, vemos que a existência de determinada realidade não corresponde necessariamente ao regime jurídico tal ou qual, ou às regras a que a sua prestação irá submeter-se, mesmo porque o regime jurídico será definido por lei, é externo e não intrínseco a essa realidade.

Primeiro há que se definir a natureza do instituto, depois se verifica o regime jurídico em que a que irá se submeter. Só aí, veremos se se trata, ou não, de serviço público.¹¹⁷

¹¹³ *Ibid*, p. 34.

¹¹⁴ “O direito público não é o direito do Estado, aplicável exclusivamente às relações das quais participem as entidades governamentais. Também, o direito privado não é o conjunto de normas incidentes apenas e sempre nos vínculos travados entre os particulares. O público é o direito das atividades estatais, enquanto o privado é o direito das atividades dos particulares.” – CARLOS ARI SUNDZFELD, **Fundamentos de direito público**, p. 76 –.

¹¹⁵ **Curso** ..., *op. cit.*, p. 604.

¹¹⁶ **Usuários** ..., *op. cit.*, p. 02.

¹¹⁷ **Remuneração** ..., *op. cit.*, p. 29.

Além disso, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO demonstra claramente que o serviço público, no que atine ao elemento formal, pode apresentar regime jurídico total ou parcialmente público, e afirma que *“Para determinados tipos de serviços (não comerciais ou industriais) o regime jurídico é de direito público (...)”*,¹¹⁸ e diferencia: *“Quando, porém, se trata de serviços comerciais e industriais, o seu regime é o de direito comum (civil e comercial), derogado, ora mais ora menos, pelo direito público”*¹¹⁹.

Conclui-se, então, que os serviços públicos podem até apresentar parcialmente o regime jurídico de Direito Privado, mas tal fato não os descaracteriza como serviço público. CRISTIANE DERANI apresenta posição sensata quanto à característica em tela, e demonstra adotar

(...) a posição de que não existe uma atividade que seria em si, de natureza pública ou de natureza privada. Se se procura identificar a prestação de serviço público pelo regime jurídico sob o qual ela é assegurada, com a afirmação de que serviço público é o que dispõe a lei, engajando-se num raciocínio circular de que cabe à lei dispor sobre o que seja serviço público, privilegiam-se os meios em detrimento dos fins.¹²⁰

Alguns doutrinadores, como MARIA JOÃO ESTORNINHO, entendem que a utilização de institutos de Direito Privado na Administração Pública caracterizaria uma certa “fuga para o Direito Privado” e conclui:

Pode dizer-se que, na passagem do Estado Social para o Estado Pós-Social, a dualidade da ‘personalidades’ da Administração Pública agrava-se, devido à generalização da actividade administrativa jurídico-privada e, sobretudo, devido aos fenómenos de ‘fuga para o Direito Privado’.¹²¹

Outros doutrinadores, como JAIME RODRIGUEZ-ARAÑA, demonstram que tal transformação, qual seja, a utilização de institutos de Direito Privado, deve-se às mudanças no âmbito do Estado e à introdução da eficiência no âmbito da

¹¹⁸ **Direito** ..., *op. cit.*, p. 99.

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ **Privatizações** ..., *op. cit.*, p. 63.

¹²¹ **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração publica**, p. 79.

Administração Pública¹²². Contudo, essa modificação não significa propriamente uma fuga para o Direito Privado, tendo em vista que, na atualidade, é a Constituição, lei maior de um Estado, que rege a sociedade. Nesse sentido, o referido doutrinador acaba concluindo que

En efecto, la realidad nos está mostrando hasta qué punto hoy emerge con fuerza un nuevo Derecho Administrativo como Derecho del poder para la libertad. Sólo con situarnos en el mundo del denominado del servicio público, comprobamos el alcance y la dimensión de la eclosión de una nueva regulación de corte administrativa que surge por la necesidad de preservar y asegurar el interés general en entornos abiertos a la libertad, antaño objeto de monopolio.¹²³

Não obstante serem utilizados alguns elementos do regime jurídico de Direito Privado no serviço público, em certos casos, o regime predominantemente será o de Direito Público. Se não houver a identificação jurídica do regime, pode haver uma confusão futura, quando for relacionado o serviço público com a atividade econômica. Cada um dos dois elementos atua em seara particular; a própria Constituição Federal delimita a área de atuação do serviço público e da atividade econômica, utilizando critérios de regime jurídico para diferenciá-los; daí a importância da juridicização do tema. JOANA PAULA BATISTA alerta que “*Importa dizer, se o serviço público é materialmente uma atividade econômica, juridicamente, não o é*”¹²⁴. O próprio EROS ROBERTO GRAU, autor que identifica o serviço público como atividade econômica, distingue os regimes: “ (...) *poderemos também afirmar que o ‘serviço público’ está para o setor público assim como a ‘atividade econômica’ está para o setor privado*”¹²⁵.

Assim, o regime jurídico é elemento importante para que se possa reconhecer se se está tratando de serviço público ou não, uma vez que tão-somente a materialidade do instituto pode levar a futuros equívocos.

¹²² La vuelta al derecho administrativo (a vueltas com lo privado y lo público), **A & C – Revista de direito administrativo e constitucional**, nº 20, p. 23-31.

¹²³ *Ibid*, p. 37.

¹²⁴ **Remuneração** ..., *op. cit.*, p. 20.

¹²⁵ Constituição e serviço público, *in* Eros Roberto Grau, Willis Santiago Guerra Filho (orgs), **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**, p. 250.

Por fim, deve-se estudar o aspecto subjetivo, no tocante ao serviço público. Diante das transformações ocorridas no âmbito do Estado, o referido aspecto, qual seja, o subjetivo, é o que passou por maiores mudanças. Ora, o Estado diminuiu a prestação direta dos serviços públicos nos últimos anos, sensivelmente, delegando tal tarefa à iniciativa privada.

Acontece que a titularidade do serviço continua a ser do Estado, pois nas lições de JOANA PAULA BATISTA, percebe-se que “*A indelegabilidade está ligada à titularidade, mas não necessariamente ao exercício da atividade*”¹²⁶. Nesse sentido, o Estado não pode delegar à iniciativa privada a titularidade do serviço público, mas delegar, em contrapartida, a execução, a prestação do serviço em questão.

Na opinião de MARÇAL JUSTEN FILHO, a titularidade dos serviços públicos pertenceria ao Estado em razão do fato de o instituto vir a satisfazer direitos fundamentais, que são, por sua vez, indisponíveis¹²⁷. Logo, a titularidade estatal seria uma decorrência lógica.

Há, ainda, que se observar a classificação realizada por EROS ROBERTO GRAU, de serviços públicos privativos e não-privativos, importante para a compreensão de alguns temas que serão tratados futuramente:

A esta altura cumpre distinguirmos os ‘serviços públicos privativos’ dos ‘serviços públicos não-privativos’. Entre os primeiros aqueles cuja prestação é privativa do Estado (União, Estado-membro ou município), ainda que admitida a possibilidade de entidades do setor privado desenvolvê-los, apenas e tão-somente, contudo, em regime de concessão ou permissão (artigo 175 da Constituição de 1988). Entre os restantes – ‘serviços públicos não-privativos’ aqueles que têm por substrato atividade econômica que tanto pode ser desenvolvida pelo Estado, enquanto ‘serviço público’, quanto pelo setor privado, caracterizando-se tal desenvolvimento, então, como modalidade de ‘atividade econômica em sentido estrito’.¹²⁸

Das lições de EROS ROBERTO GRAU, conclui-se que o serviço público é da titularidade do Estado. O que pode acontecer é ele não ser privativo e, se realizado pela participação da iniciativa privada, não necessitará estar no regime de

¹²⁶ Remuneração ..., *op. cit.*, p. 25.

¹²⁷ Serviço público ..., *op. cit.*, p. 144.

¹²⁸ Constituição ..., *op. cit.*, p. 252.

concessão ou permissão: estar-se-á diante de outro tipo de prestação que é a atividade econômica em sentido estrito¹²⁹. Contudo, ressalte-se que, mesmo no serviço público não-privativo, a parte do serviço prestada pelo Estado será serviço público e, portanto, sujeito ao regime de Direito Público¹³⁰.

Em posição similar, encontra-se MARÇAL JUSTEN FILHO, que também admite a existência de uma mesma atividade tanto como serviço público quanto como atividade econômica em sentido estrito:

O Estado é obrigado a promover a estruturação de um sistema de serviço público de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica. Mas, uma vez existindo essa estrutura de serviço público, é cabível o aproveitamento de situações marginais sob o regime de Direito privado, como atividade econômica em sentido estrito.¹³¹

Ocorre que alguns doutrinadores, tais como CARLOS ARI SUNDFELD, não aceitam a divisão entre serviços públicos privativos e não-privativos, entendendo que no caso da sua existência entre Estado e iniciativa privada, trata-se de *serviços sociais*¹³²; sendo que “O Estado é obrigado a prestá-los (CF, arts. 196 a 205), mas são livres à iniciativa privada (CF, arts. 199, ‘caput’, e 209). Os particulares os desenvolvem como agentes econômicos, não como delegatários de serviço estatal (sic)”¹³³.

A referida classificação voltará a ser lembrada quando estudada a questão do serviço público como atividade econômica.

¹²⁹ Opinião similar é a de ALMIRO DO COUTO SILVA: “O Estado não se apresenta, nesses casos, como o titular exclusivo dos serviços. É o que ocorre com o ensino e com a saúde. Quando prestadas pelo Estado ou executadas por delegação estatal elas se inserem no âmbito do conceito de serviço público. Se ausente qualquer laço com o Estado, elas são geralmente tidas e consideradas como atividades ou serviços puramente privados”. – Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira?”, **Revista de direito administrativo**, n. 230, p. 46 – .

¹³⁰ “Existem diversas outras classificações, como a dos serviços públicos próprios e impróprios. Os primeiros são aqueles cuja titularidade pertence ao Estado, os segundos a titularidade é dparticular”. – DINORÁ ADELAIDE MUSSETTI GROTTI, **O serviço público** ..., op. cit., p. 121 –.

¹³¹ Serviço público ..., op. cit., p. 144.

¹³² “Serviços sociais – São, à semelhança dos serviços públicos, atividades cuja realização gera utilidades ou comodidades que os particulares fruem direta ou individualmente. No entanto, diferenciam-se daqueles por não serem de titularidade estatal”. – CARLOS ARI SUNDFELD, **Fundamentos** ..., op.cit., p. 83-84 –.

¹³³ *Ibid*, p. 78.

3.4. Serviço público “*uti singuli*” e “*uti universi*”

Outra classificação que será importante no estudo do tema das taxas e das tarifas é a divisão, realizada pela doutrina, no âmbito dos serviços públicos, entre *uti universi* e *uti singuli*. A relevância da classificação ocorre principalmente quando for realizado o estudo no que atine à remuneração dos serviços públicos.

DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI classifica e esclarece o que vêm a ser as categorias de serviços *uti universi* e *uti singuli*, respectivamente:

(...) a primeira, consiste na atividade dirigida a produzir uma utilidade genérica aos cidadãos ‘*uti universi*’, sem a possibilidade de distinguir a medida de utilidade que cada um usufrui; a segunda, consiste na atividade dirigida a produzir atividades específicas a determinados cidadãos que se valem do serviço posto à disposição de todos, ou seja, atividade que se traduz em vantagem usufruída pelos cidadãos ‘*uti singuli*’.¹³⁴

A partir da classificação realizada, infere-se que o serviço público *uti universi* é aquele colocado à disposição da comunidade em geral, não podendo ser dividido e, portanto, não é possível a realização do cômputo individual usufruído por parte de cada usuário. Quanto ao serviço *uti singuli* é o que permite uma divisão específica na prestação, importante para o sistema remuneratório do serviço público. ROQUE ANTONIO CARRAZZA demonstra quão importante é, para o sistema tributário, tal divisão, a começar pelos serviços indivisíveis:

Os serviços públicos gerais, ditos também ‘universais’, são prestados ‘*uti universi*’, isto é, indistintamente a todos os cidadãos. (...) Todos eles não podem ser custeados, no Brasil, por meio de taxas, mas sim, das receitas gerais do Estado, representadas, basicamente, pelos impostos (...).¹³⁵

Depois o autor menciona, então, os serviços cuja divisão é perfeitamente possível de ser realizada:

Já, os serviços públicos específicos, também chamados ‘singulares’, são os prestados ‘*uti singuli*’. Referem-se a uma pessoa ou a um número determinado (ou, pelo menos, determinável) de pessoas. São de

¹³⁴ O serviço público, *op. cit.*, p. 109.

¹³⁵ Curso de direito tributário constitucional, p. 501-502.

utilização individual e mensurável. Gozam, portanto, de 'divisibilidade' (...).¹³⁶

Das lições de ROQUE ANTONIO CARRAZZA, conclui-se que serviço *uti singuli* possui outras denominações, como serviços públicos “específicos ou singulares”. Já os chamados *uti universi* também podem ser reconhecidos pela terminologia serviços públicos “gerais ou universais”.

Cabe registrar que alguns autores não enxergam as diferenças meramente no campo da remuneração, mas no próprio regime jurídico do serviço público. É o caso, por exemplo, de CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA, cuja opinião é apresentada no seguinte sentido:

Para a caracterização de um serviço público, exigir-se-ia a possibilidade de 'fruição singular' do serviço. Com isso, a categoria – tradicionalmente reconhecida – dos chamados serviços 'uti universi' passa a configurar serviço público apenas em um sentido amplo, não sendo submetida às construções teóricas e ao regime próprio do serviço público em si.¹³⁷

O referido autor possui uma concepção de serviço público com o foco voltado unicamente para o usuário, daí entender que, quando não é possível particularizar cada indivíduo, fica difícil construir algumas teorias, que apenas serão aplicadas na hipótese do serviço *uti singuli*; e vai concluir que é “ (...) *uma opção baseada na identificação da peculiaridade do serviço público a partir de sua vinculação a um destinatário*”¹³⁸.

Com base na individualização do usuário, na prestação de serviços públicos, nasce uma relação jurídica que CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA irá denominar de complexa; o autor descreve que “*O usuário integra uma relação jurídica e é o titular do direito subjetivo (público) à prestação do serviço*”¹³⁹. Observa-se, então, que o usuário, por ser titular de um direito subjetivo, pode exigir a prestação de um determinado serviço público.

Ainda no campo da classificação de serviço público, encontra-se a categorização de MARÇAL JUSTEN FILHO, que distingue no sentido do serviço

¹³⁶ *Ibid*, p. 502.

¹³⁷ **Usuários** ..., *op. cit.*, p. 03.

¹³⁸ *Ibid*, p. 25.

¹³⁹ *Ibid*, p. 79.

público satisfazer os interesses individuais e transindividuais da sociedade. O autor esclarece:

Reputa-se que existem serviços públicos fruíveis individualmente e outros cuja fruição se faz coletivamente. Varrer as ruas é um serviço público, que não é fruível individualmente. Já o fornecimento doméstico de energia elétrica é um serviço público que atende interesses difusos, coletivos e individuais.¹⁴⁰

A classificação vinculada aos direitos fundamentais, realizada por MARÇAL JUSTEN FILHO, está diretamente relacionada à classificação tradicional do serviço público em *uti singuli* e *uti universi*, pois tem como requisito classificatório a fruição individual ou coletiva.

Por fim, a classificação *uti singuli* e *uti universi* pode ser observada sob o enfoque da fruição direta ou indireta, conforme a análise realizada por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO: “*Serviços públicos ‘uti singuli’ são aqueles que têm por finalidade a satisfação ‘individual’ e ‘direta’ das necessidades dos cidadãos*”; enquanto que

Os serviços ‘uti universi’ são prestados à coletividade, mas usufruídos apenas ‘indiretamente’ pelos indivíduos. É o caso dos serviços de defesa do país contra o inimigo externo, dos serviços diplomáticos, dos serviços administrativos prestados internamente pela Administração, dos trabalhos de pesquisa científica, de iluminação pública, de saneamento¹⁴¹.

A referida classificação será retomada, quando for analisada a remuneração do serviço público.

¹⁴⁰ Serviço público ..., *op. cit.*, p. 145.

¹⁴¹ **Direito** ..., *op. cit.*, p. 104 e 105.

4. O NOVO PERFIL DO SERVIÇO PÚBLICO

4.1. O processo de desestatização no Brasil e a reforma administrativa

Um dos grandes fatores que influenciaram a transformação dos serviços públicos foi o processo de reforma ao qual foi submetido o Estado brasileiro. Segundo LUIZ CARLOS BRESSER PEREIRA, quando se discorre a respeito de reforma do Estado, tenha-se em mente quatro problemas fundamentais, que devem ser diferenciados:

(a) um problema econômico-político – a delimitação do tamanho do Estado; (b) um outro também econômico-político, mas que merece tratamento especial – a redefinição do papel regulador do Estado; (c) um econômico-administrativo – a recuperação da governança ou capacidade financeira e administrativa de implementar as decisões políticas tomadas pelo governo; e (d) um político – o aumento da governabilidade ou capacidade política do governo de intermediar interesses, garantir legitimidade e governar. Na delimitação do tamanho do Estado estão envolvidas as idéias de privatização, ‘publicização’ e terceirização¹⁴².

São as chamadas idéias de privatização, publicização e terceirização que vão atingir os serviços públicos, considerando que, antes da reforma, o Estado prestava os referidos serviços de modo direto, atuando como um Estado empresário. A partir da reforma, há uma redefinição do Estado, no seu tamanho, porque ele deixa de ser o ente que presta diretamente os serviços, passando para um viés muito mais econômico-político, como, por exemplo, o de regulador¹⁴³. Na esteira das reformas, ensina LUIZ CARLOS BRESSER PEREIRA, *“Que reformar o Estado significa, antes de mais nada definir o seu papel, deixando para o setor*

¹⁴² **A reforma do estado ...**, *op. cit.*, p. 7.

¹⁴³ “Os programas de desestatização, capitaneados pelas privatizações e concessões e liquidações de empresas, buscam corrigir tais distorções, repensando o papel do Estado e sua estrutura. Assume, ainda, especial relevância a função de fomento, pelo qual o Estado incentiva o particular a desenvolver razões de interesse público ao invés dele próprio incorporar estruturas à Administração para empreendê-las. É a substituição do Estado do Bem-Estar pelo Estado-instrumento; afinal, o Estado moderno é aquele que viabiliza o adequado atendimento dos interesses da sociedade, mas não aquele que, necessariamente, os presta diretamente”. – MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, **Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação**, p. 07 – .

privado e para o setor público não-estatal as atividades que não lhe são específicas”¹⁴⁴.

Assim, nessa redefinição do papel do Estado é que a privatização toma forma e impulso, pois, conforme visto no primeiro capítulo do presente trabalho, houve uma crise no Estado de Bem-Estar Social, o que acabou clamando por um novo modelo econômico¹⁴⁵. Não obstante a crise tenha sido supervalorizada pelos detentores de capital, ela, infelizmente, existiu, ainda que em menor grau do que anunciada à população.

Entretanto, a partir dessa transformação do Estado, que acarretou a delegação de alguns serviços públicos à iniciativa privada, a população apresentava um certo receio em relação a essa mudança estrutural, muito bem destacado por PAULO RABELLO DE CASTRO: *“Quando se fala em reengenharia do Estado no campo social há um justificável temor de que a proposta seja, simplesmente, a de o poder público abandonar esses serviços à sua própria sorte”*¹⁴⁶. A despeito da apreensão destacada pelo autor, ele fornece a solução no sentido de que:

Longe de afastar o Estado do processo, o que cumpre rediscutir é o ‘dilema da provisão parcimoniosa’, isto é, porque o Estado não consegue induzir os atores do processo e economizar recursos escassos! O objetivo da reengenharia é buscar meios de induzir à atuação parcimoniosa dos atores envolvidos na provisão social; em outras palavras, introduzir ‘elementos de mercado’ que colaborem eficazmente com a auto-regulação dos sistemas de provisão social, ainda que a fonte de recursos continue sendo por distribuição geral do Estado.¹⁴⁷

A reengenharia deve, também, ocorrer no sentido de harmonizar o Estado e a sociedade civil¹⁴⁸; pois, das preciosas lições de MARÇAL JUSTEN FILHO, resgata-se que:

¹⁴⁴ **A reforma do estado** ..., *op. cit.*, p. 22.

¹⁴⁵ *“Tudo indica, portanto, que a ‘hipercompetitividade’ dos tempos atuais desemprega a noção de Estado-empresário, ou seja, o produtor direto dos bens e serviços, para reempregá-lo como ‘agente indutor de competitividade’*”. PAULO RABELLO DE CASTRO, *A reengenharia do estado brasileiro: rumo ao sociocapitalismo*, in ÊRNANI RODRIGUES LOPES *et all.*, **A reengenharia do estado brasileiro**, p. 53 -.

¹⁴⁶ *Ibid*, p. 54.

¹⁴⁷ *Ibid*, p. 53-54.

¹⁴⁸ Alguns autores utilizam a expressão reengenharia do Estado no sentido de não haver tão somente uma redução do tamanho do Estado, “ (...) *mas, principalmente, de um redimensionamento*

As conquistas obtidas pelo Estado do Bem-Estar Social não são superadas ou rejeitadas, mas se integram e se amoldam em uma organização sociopolítica caracterizada pela conjugação de esforços entre Estado e sociedade.¹⁴⁹

O objetivo do presente trabalho é retomar a importância do elemento estatal, ainda que ele atue em um âmbito diferente daquele exercido no Estado de Bem-Estar Social. Pode até ser um Estado com menor atuação, mas será um Estado mais presente e eficaz, devendo ser destacada a eficiência social e não a mercadológica – entenda-se econômica – . Assim, não se deve concluir no sentido de que há uma diminuição do Estado, mas ser prenunciada uma passagem para outro modelo, com um diferente âmbito de atuação, como, por exemplo, a mudança do Estado, do foco de empresário para o de regulador. Acrescente-se, ainda, que o novo Estado atuará no sentido de se harmonizar com a sociedade.

OSVALDO SUNKEL alerta exatamente no mesmo sentido:

O grande desafio está em recuperar o papel central do Estado e da política como mecanismos para a promoção de intervenções inovadoras na esfera pública, de modo a estabelecer um novo equilíbrio pelo qual um Estado mais enxuto e forte e um mercado maior e mais bem regulado se complementem reciprocamente no contexto da globalização.¹⁵⁰

Esse é, realmente, o grande desafio, pois o fenômeno da globalização envolve, como consequência direta, o enfraquecimento do conceito de Estado-Nação. Além disso, a globalização acontece em conjunto com a adoção de políticas neoliberais, que possuem como um de seus objetivos primordiais a privatização dos serviços públicos.

Com a privatização dos serviços públicos, há uma melhoria na prestação do serviço para apenas uma parte da população. Daí a importância de encontrar mecanismos para que os serviços públicos sejam atendidos com pretensão de universalidade, visto que, conforme demonstra OSVALDO SUNKEL, “(...) a

do Estado à luz de suas novas funções numa sociedade moderna”. – MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, **Desestatização** ..., *op. cit.*, p. 131 – .

¹⁴⁹ **O direito das agências**, *op. cit.*, p. 14.

¹⁵⁰ Globalização, neoliberalismo e reforma do estado, *in* LUIZ CARLOS BRESSER PEREIRA, JORGE WILHEIM, LOURDES SOLA (org.), **Sociedade e estado** ..., *op. cit.*, p. 178.

*reconstrução do Estado do Bem-Estar é inconcebível*¹⁵¹. Tal preocupação é demonstrada por DIOGO ROSENTHAL COUTINHO:

Mais investimentos em infra-estrutura não são, assim, garantia de que haverá ganhos compartilhados com os cidadãos hoje alijados das redes de serviço público. Em se tratando de universalização do acesso ao serviço público, para que se verifique aumento efetivo do bem-estar, desde a perspectiva distributiva, há que se promover, de forma pró-ativa, a inclusão de novos usuários às redes de saneamento básico, energia, telefonia e gás.¹⁵²

Um dos mecanismos vai ser, justamente, a aplicação de determinados princípios como os da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, além da utilização de algumas políticas tarifárias que permitam um maior acesso aos serviços públicos. MARÇAL JUSTEN FILHO realiza estudo, demonstrando que o Estado é instrumento para a dignidade social; ocorre que tal princípio não ficará tão-somente adstrito ao âmbito do elemento estatal, devendo haver uma cooperação mútua com a sociedade:

(...) o Estado é instrumento para a promoção da dignidade da pessoa humana. Mas não se adota a crença de que o Estado seja suficiente para realizar todas as tarefas necessárias à consecução dos valores fundamentais. Os valores fundamentais devem ser buscados através da atuação do Estado, da sociedade civil e do cidadão.¹⁵³

Retornando, então, à privatização, fenômeno que é o grande agente transformador dos serviços públicos, quando se discorre a respeito do tema, pode-se pensar na desestatização como sinônimo. Contudo, MARCOS JORDÃO TEIXEIRA DO AMARAL FILHO esclarece que:

O termo desestatização, como se vê, tem um significado mais amplo do que desregulamentação (*de-regulation*) e do que privatização. A desestatização constitui uma política ampla voltada para a efetiva redução do papel do Estado na vida social e econômica.

¹⁵¹ *Ibid*, p. 191.

¹⁵² A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa de regulação, in CALIXTO SALOMÃO FILHO (coord.), **Regulação e desenvolvimento**, p. 67.

¹⁵³ **O direito das agências** ..., *op. cit.*, p. 11.

Seu processo, quase sempre, veio aliado a forte movimento pela democratização da vida política.¹⁵⁴

Segundo a visão do citado doutrinador, a desestatização seria um processo que abrangeria a privatização, sendo esta uma mera conseqüência daquela, o que fica bastante elucidado quando MARCOS JORDÃO TEIXEIRA DO AMARAL FILHO preconiza que “*O processo de privatização surge como principal desdobramento da desestatização*”¹⁵⁵.

No âmbito do Brasil, a privatização, segundo DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI, possui um sentido ampliado, o que se pode conferir por meio de suas lições:

No direito brasileiro a idéia de privatização, tomada no seu sentido amplo, abrange todas as medidas tomadas com o fim de reduzir a presença do Estado, compreendendo: a) a desmonopolização de atividades econômicas; b) a concessão de serviços públicos, com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada e não mais à empresa estatal, c) a terceirização, mediante a qual a Administração Pública busca a parceria com o setor privado, através de acordos de variados tipos; d) a desregulação, com a diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico; e) a desestatização ou desnacionalização, com a venda de empresas estatais ao setor privado.¹⁵⁶

E para CRISTIANE DERANI: “*Dá-se o nome de privatização à transferência de um serviço realizado pelo poder público para o poder privado e também à transferência da propriedade de bens de produção públicos para o agente econômico privado*”¹⁵⁷.

Assim, o termo “privatização” pode assumir tanto um caráter mais geral, como um caráter mais particular, o que é confirmado por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

Trata-se, na realidade, de um conceito ou de um processo em aberto, que pode assumir diferentes formas, todas amoldando-se ao objetivo de reduzir o tamanho do Estado e fortalecer a iniciativa privada e os modos privados de gestão do serviço público.¹⁵⁸

¹⁵⁴ **Privatização no estado contemporâneo**, p. 45.

¹⁵⁵ *Ibid*, p. 46.

¹⁵⁶ **O serviço público ...**, *op. cit.*, p. 150.

¹⁵⁷ **Privatização...**, *op. cit.*, p. 110.

¹⁵⁸ **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas**, p. 19.

A partir do termo “desestatização” e do seu processo, pode-se observar a desconfiança que a sociedade começa a apresentar em relação ao Estado, ao longo dos últimos anos. Nesse sentido, GASPAR ARIÑO ORTIZ verifica: “*La desconfianza generalizada hacia 'lo público' ha llevado a una revisión de los modos de gestión de los servicios; se busca un reequilibrio entre público e privado, entre el Estado y la Sociedad*”¹⁵⁹.

Com tais modificações, o Estado muda o seu foco de legitimidade, uma vez que, no Estado de Bem-Estar Social, tinha-se como enfoque a necessidade e, conseqüentemente, a prestação de serviços, sendo essa atuação que o legitimava¹⁶⁰. No modelo neoliberal, a eficiência passa a ser a grande legitimadora das atividades, decorrendo dela a desconfiança a respeito do Estado, pois o discurso neoliberal alardeava a suposta ineficiência do Estado, retirando, assim, de seu âmbito a legitimidade, outrora admitida, de prestador. Conseqüência direta da mudança da legitimidade é o fato destacado por GASPAR ARIÑO ORTIZ: “*El Estado productor debe ser sustituido por el Estado regulador*”¹⁶¹.

No que concerne especificamente à legitimidade, JOSÉ EDUARDO FARIA defende que a manutenção de programas de bem-estar acrescenta muito pouco no que toca à legitimidade, mas o autor parece entrar em contradição, porquanto, posteriormente entende que, caso os referidos programas deixem de ser prestados à população, haveria uma grande quebra na legitimidade¹⁶². Daí concluir-se ser a prestação de serviços um instrumento de legitimidade.

Diante da desestatização, há uma mudança estrutural e funcional no seio do Estado, que passa a dividir a legitimidade com a sociedade civil, não podendo ser esquecido o fato de que tal transformação possui como um dos objetivos,

¹⁵⁹ **Economia** ..., *op. cit.*, p. 260.

¹⁶⁰ “Esta é então, a teoria *Offe-Habermas* do Estado no capitalismo tardio: como o mercado não é uma instituição que se auto-reproduza perpetuamente, em razão de sua vulnerabilidade à monopolização e à desmercantilização, o Estado deve substituir o mercado na função de alocar recursos para usos produtivos e de distribuir renda. A função do Estado é promover a acumulação enquanto mantém a legitimação e toda política deve ser vista como um esforço para implementar tais objetivos”. – ADAM PRZEWORSKY, **Estado e economia no capitalismo**, p. 98 – .

¹⁶¹ **Economia** ..., *op. cit.*, p. 260.

¹⁶² **O direito** ..., *op. cit.*, p. 120.

dentre outros, reduzir o custo estatal, mais especificamente a tributação¹⁶³. Além de reduzir a tributação, DIOGO ROSENTHAL COUTINHO esclarece que um dos objetivos também será o investimento da iniciativa privada no setor de infraestrutura, diminuindo, em contrapartida, o custo estatal nesse âmbito:

A reforma regulatória brasileira da década de 90, prevendo um programa de privatizações de empresas estatais prestadoras de serviço público em larga escala como forma de equacionar a crescente deterioração das finanças públicas, transferiu à iniciativa privada, dentre outras coisas, o encargo principal de realizar investimentos em infra-estrutura.¹⁶⁴

Daí o choque direto que haverá nos serviços públicos, pois eles eram basicamente custeados por meio da tributação, antes da reforma administrativa que marcou o Brasil em meados dos anos 90. Posteriormente, com a adoção de políticas neoliberais e a possível redução da carga tributária, a iniciativa privada terá maior liberdade financeira para investir nos serviços de infra-estrutura.

Para alguns autores, como PAULO RABELLO DE CASTRO, essa transformação na prestação dos serviços públicos nada mais é que uma aplicação direta do princípio da subsidiariedade, com “ (...) a remoção do Estado de sua antiga e pesada tarefa ‘providencial’ de atender de modo direto e universal, com custos crescentes de informação e controle sobre suas máquinas de prestação de serviços”¹⁶⁵. O autor, contudo, vai deixar claro em sua explicação que, apesar do Estado não ser mais providencial, ele não deixará de ser responsável na ampla área social¹⁶⁶.

¹⁶³ “Nesses dias, em que se afirma a redução das dimensões do Estado, a sociedade se depara com um impasse. A atribuição de incontáveis funções à estrutura estatal produzia não apenas a redução da autonomia privada, mas também da responsabilidade moral do indivíduo. É que a visão ampliada das funções do Estado gerava concepções paternalistas que desoneravam os indivíduos. Significava a irrelevância do particular para promover o princípio da dignidade da pessoa humana e os demais valores fundamentais. Aludir à solidariedade humana tornou-se quase despropositado, em face da ilusão de que algum órgão estatal se encarregaria de atender às necessidades alheias. Sob um certo ângulo, a afirmação de um Estado do Bem-Estar Social trazia consigo uma grande comodidade filosófica: a transplantação da responsabilidade social do indivíduo para o Estado”. – MARÇAL JUSTEN FILHO, **O direito das agências** ..., op. cit., p.11 – .

¹⁶⁴ A universalização ..., op. cit., p. 70-71.

¹⁶⁵ A reengenharia ..., op. cit., p. 66.

¹⁶⁶ “Essas iniciativas concedentes – se bem entendidas – não afastam o poder público da missão de orquestrar o desenvolvimento. Muito pelo contrário. Extingue-se o Estado-providencial mas não se elimina o múnus público na ampla área social. Mas com duas vantagens principais: a primeira diz respeito ao impacto sobre a relação capital-produto. Ao se eliminar o dilema do uso parcimonioso de

Não se pode deixar de destacar que a referida transformação nada mais é que um reflexo das influências da economia globalizada, que, nas lições de JOSÉ EDUARDO FARIA, tem como objetivo a

(...) retomada dos fluxos privados de acumulação de capital e é progressivamente marcada pela desregulação dos mercados, pela 'financeirização' do capital, pela extinção dos monopólios estatais, pela privatização de empresas públicas, pela desterritorialização da produção e por uma nova divisão social do trabalho.¹⁶⁷

A transformação havida, principalmente, no âmbito dos serviços públicos, ocorreu em virtude de uma crise fiscal, conforme já mencionado, e JOSÉ EDUARDO FARIA destaca:

Essa crise se torna particularmente visível no momento em que as despesas sociais destinadas a legitimar um modo específico de produção, mediante a busca da harmonia social e de lealdade às regras do jogo econômico, em troca de programas de bem-estar nas áreas da saúde, transporte, previdência, saneamento básico, moradia e educação, passam a crescer mais rapidamente que os meios de financiá-las.¹⁶⁸

Apesar da diminuição do Estado, não se pode defender a ausência do elemento estatal, pois é certo que o capitalismo somente se desenvolveu a partir do apoio estatal¹⁶⁹. Nesse sentido, CRISTIANE DERANI demonstra com acuidade:

A história de formação do capitalismo inicia-se pelo fortalecimento do poder de Estado. O nascimento do Estado absoluto de poder centralizado coincide com o desenvolvimento da economia liberal. Poder político centralizado e poder de decisão de investimento individualizado são duas faces de uma sociedade que passa a se aglutinar em torno da produção econômica.¹⁷⁰

recursos, o impacto positivo que se alcança na relação capital/produto, por reduzi-la, gera na sociedade a capacidade de produzir mais, com menos recursos empregados. Ou seja, gerar mais produção por unidade de capital". – PAULO RABELLO DE CASTRO, *A reengenharia ...*, op. cit., p. 67 – .

¹⁶⁷ **O direito** ..., op. cit., p. 111.

¹⁶⁸ *Ibid*, p. 119.

¹⁶⁹ Veja-se em seara tributária, pois um dos fundamentos para a adoção de políticas neoliberais foi a chamada crise fiscal. Há alguma adoção de políticas neoliberais, mas a arrecadação no Brasil é cada vez maior, basta observar os dados. Para se ter noção, acesse o site: www.receita.fazenda.gov.br

¹⁷⁰ **Privatização** ..., op. cit., p. 25.

Assim, se for defendida a ideologia de desaparecimento total do Estado, o próprio capitalismo estará comprometido. Daí a importância de manter-se um Estado forte, ainda que com uma atuação reduzida, e eis o grande desafio a ser enfrentado, pois, segundo GILBERTO DUPAS,

Um novo pacto para o desenvolvimento exigirá uma profunda reflexão sobre a natureza das novas relações entre o Estado, a sociedade civil e o setor privado, bem como a disposição dessas sociedades em eleger prioridades que poderão, por vezes, conflitar com o primado absoluto do mercado.¹⁷¹

A questão do desenvolvimento é complexa, devendo ser estudada e planejada com cuidado. FÁBIO NUSDEO descreve que:

Há ainda a considerar que os processos de desenvolvimento não se produzem sem gerar uma série de custos sociais e, ademais, nem sempre trazem consigo uma melhora palpável dos índices de bem-estar e, muito menos, asseguram uma distribuição mais eqüitativa da renda, de sorte a estender a parcelas crescentes da população os benefícios decorrentes do progresso.¹⁷²

O desenvolvimento, então, deve ser planejado a fim de que não origine injustiças sociais.

Por essa razão, ao se realizar um planejamento deve-se ter em mente a possibilidade de efetividade dos planos, pois, tomando como exemplo as idéias neoliberais de livre mercado e concorrência perfeita, que acarretam a diminuição substancial da presença estatal, observa-se que tal ideologia neoliberal não é factível e FRANZ JOSEF HINKELAMMERT demonstra a imperfeição da teoria:

Na concorrência perfeita, ninguém concorre. O processo social da concorrência mercantil pressupõe que a concorrência 'não' seja perfeita. Se a concorrência fosse perfeita, não haveria razão para concorrer. Hayek teria que discutir a partir desse resultado o caráter da concorrência perfeita como conceito limite não-empírico, cuja importância é categorial e não empírica.¹⁷³

¹⁷¹ A lógica econômica global e a revisão do welfare state: a urgência de um novo pacto, in LUIZ CARLOS BRESSER PEREIRA, JORGE WILHEIM, LOURDES SOLA (org.), **Sociedade e estado...**, *op. cit.*, p. 178.

¹⁷² Desenvolvimento econômico – Um retrospecto e algumas perspectivas, in CALIXTO SALOMÃO FILHO (coord.), **Regulação ...**, *op. cit.*, p. 67.

¹⁷³ **Crítica à razão utópica**, p. 54.

CRISTIANE DERANI também fornece valiosa contribuição para demonstrar a não exeqüibilidade da teoria de supressão da existência estatal, ao relacionar a necessidade da presença do Estado para a sobrevivência da teoria da liberdade contratual:

A tese segundo a qual a esfera econômica funciona por si mesma, quando se permite que os indivíduos contratem livremente entre si, e que tem como pressuposto uma origem natural do mercado, pressupõe também uma ordem contratual política, um Estado cuja missão é a preservação do indivíduo e de sua liberdade, que, para este fim, lançaram meios mais ou menos intervencionistas nas relações econômicas privadas.¹⁷⁴

Uma liberdade restrita ao âmbito do mercado, sem abranger outras esferas, pode apresentar conseqüências danosas às conquistas sociais. Mais uma vez, FRANZ JOSEF HINKELAMMERT, com sua visão crítica, alerta para o perigo existente:

Liberdade 'é' mercado. E não pode haver intervenção estatal no mercado em nome da liberdade. Liberdade é a submissão do homem às leis de mercado, não se reconhecendo nenhum direito humano que não derive de posição no mercado. 'Os direitos humanos se esgotam no direito de propriedade'.¹⁷⁵

Ora, restringir os direitos humanos aos direitos de propriedade seria um retrocesso social, pois é fato notório que a sociedade necessita de direitos de segunda, terceira e quarta geração para que haja uma liberdade material e não adstrita ao campo da formalidade.

Vale esclarecer que a presença de um Estado forte não significa um Estado opressor, até porque o Direito que disciplina a atuação estatal, o Administrativo, passa por diversas mutações, tornando-se um ramo do Direito cada vez mais atuante em prol do administrado. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO tece valiosas considerações sobre o novo perfil da Administração Pública:

¹⁷⁴ **Privatização** ..., *op. cit.*, p. 25.

¹⁷⁵ **Crítica** ..., *op. cit.*, p. 77.

Com as profundas mudanças da sociedade contemporânea a demandar transformações do Estado, levando-o abandonar a postura imperial monopolista do interesse público para tornar-se um 'instrumento da sociedade', a 'administração pública' passou a ser vista como um serviço prestado ao público que, por isso, sob vários aspectos, necessita de toda cooperação e colaboração possíveis para poder ser mais barata e eficiente, além de, naturalmente, mais legítima.¹⁷⁶

Esse novo perfil da Administração Pública vai refletir diretamente na prestação de serviços públicos, pois, segundo DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO “ (...) *‘é preciso mudar a mentalidade do público usuário’, para que este se convença de que ele é, afinal, a razão de existirem serviços públicos (...)*”¹⁷⁷. No mesmo sentido, encontra-se CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA que realizou um estudo sobre serviços públicos, tendo como foco principal o usuário¹⁷⁸.

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.

Eis um dos caminhos a serem tomados, nesse âmbito de transformação no rol dos serviços públicos, visto que, conforme demonstrado, o grande desafio tende a ser o encontro de soluções factíveis para a melhoria do serviço e o atendimento das necessidades da população.

Vislumbrado um dos meios para solucionar os problemas advindos da privatização dos serviços públicos, deve-se ter ciência de que, no percurso histórico econômico, após a adoção das políticas neoliberais pelos países economicamente mais fortes, foi a vez dos países em desenvolvimento, como os situados na América Latina.

Para exemplificar, observa-se que na década de 90, a partir do Governo de FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, o Brasil inicia a adoção de várias medidas neoliberais, apesar de a Constituição Federal pregar a existência de um Estado

¹⁷⁶ Mutações do direito administrativo, in DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, **Mutações do direito administrativo**, p. 16.

¹⁷⁷ *Ibid*, p. 34.

¹⁷⁸ **Usuários** ..., *op. cit.*, p. 2-6

Social. Conforme verificado, com as políticas neoliberais sendo implantadas, muitos serviços públicos passaram por um amplo processo de desestatização.

Contudo, no Brasil, pelo já exposto, diferentemente do que ocorreu em países europeus, nos quais as empresas que foram desestatizadas eram as ocasionadoras de prejuízo, o processo deu-se com as empresas lucrativas, em razão das pressões do capital estrangeiro.

Assim, a partir da ciência, mesmo que breve, do que significa o neoliberalismo e os efeitos que tal prática econômica pode causar, devem-se buscar soluções para que o Estado, ainda que menos intervencionista, mantenha políticas públicas que tornem a sociedade mais igualitária. Para tal aprimoramento, é necessária a realização de um planejamento de políticas públicas, colocando metas como a promoção da solidariedade social. É claro que, conforme elucida FRANZ JOSEF HINKELAMMERT:

(...) embora não se possa realizar um planejamento 'de tudo', pode-se fazer o planejamento mais eficiente possível. Ou seja, os falseadores transcendentais, em sua forma afirmativa, abrem possibilidades tecnológicas para o futuro, que, sem tais horizontes, não poderiam ser vistas.¹⁷⁹

Dessa maneira, como os serviços públicos podem ser considerados como um instrumento de promoção de solidariedade social, metas devem ser estabelecidas para o seu aprimoramento e utilizadas como meio de planejamento, pois, novamente, da doutrina de FRANZ JOSEF HINKELAMMERT, retira-se que *“Sempre existe uma meta além daquilo que já se alcançou. Assim, a partir dessa forma afirmativa aparecem os progressos infinitos baseados no princípio das metas*

¹⁷⁹ **Crítica** ..., *op.cit.*, p. 214. Falseador transcendental pode ser retirado a partir do termo de conceito transcendental, aquele é um imaginário do que pode vir a ser, mas que não chegará a ser, pois é algo falso, ou seja que não é verdadeiro, enquanto este em um exemplo concreto no Neoliberalismo é: “ (...) o pensamento neoliberal repousa precisamente sobre essa confusão. Ele sustenta tal tendência empírica ao conceito limite e transcendental. Embora Hayek perceba esse caráter do conceito limite da concorrência perfeita, não se dá conta desse caráter do conceito. É somente por isso que ele pode continuar sustentando a tendência empírica ao equilíbrio, cuja impossibilidade, o reconhecimento do equilíbrio e da concorrência como conceito transcendental teria demonstrado — **Crítica** ..., *op. cit.*, p. 56. Assim, o falseador transcendental é algo que existe no imaginário como uma meta a vir a ser atingida, que deve transcender, mas que não será efetivamente, tendo em vista que é apenas ilusória, mas que serve para impulsionar processos sociais.

*implicadas nos falseadores transcendentais*¹⁸⁰. Daí a importância de encontrar mecanismos para que os serviços públicos sejam universalizados, o que é um falseador transcendental em um primeiro momento, mas que será utilizado como uma meta para o seu aprimoramento.

4.2. Serviço público como atividade econômica

Uma visão contemporânea de serviço público é interpretá-lo, em alguns casos, como uma espécie de atividade econômica, conforme destaca DINORÁ ADELAIDE MUSSETTI GROTTI¹⁸¹:

As expressões 'serviço público' e 'atividade econômica' são designativas de conceitos vagos, um tanto imprecisos. A distinção entre essas duas categorias é clássica, e foi recentemente retomada diante das privatizações efetuadas pelo Governo.¹⁸²

Antes de adentrar-se na classificação de serviço público como atividade econômica, deve-se ter em mente que alguns bens, objetos de prestação de serviço público, são fontes esgotáveis na natureza. EROS ROBERTO GRAU, ao definir o que vem a ser a prestação de serviço público, sublinha tal consideração de um modo bem evidente:

A prestação de 'serviço público' está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o 'serviço público' é um tipo de 'atividade econômica'.¹⁸³

No mesmo sentido, encontra-se MARÇAL JUSTEN FILHO: *“Em primeiro lugar, a prestação de serviços públicos pressupõe a utilização de recursos limitados*

¹⁸⁰ *Ibid*, p. 214.

¹⁸¹ Nem todos os serviços públicos possuem um caráter econômico, basta lembrar o serviço eleitoral. É claro que o presente trabalho trata de taxas e tarifas no serviço público, então, o foco de estudo será o serviço que tenha uma configuração econômica. Mais adiante, serão analisados melhor serviços sem perfil empresarial e que são remunerados por meio de taxas.

¹⁸² **O serviço** ..., *op. cit.*, p. 133.

¹⁸³ **A ordem** ..., *op. cit.*, p. 94.

*para satisfação de necessidades entre si excludentes. Isso envolve a utilização de recursos econômicos*¹⁸⁴.

Quando se menciona algo que é fonte de recursos escassos, então, está-se diante de algo que será objeto de atividade econômica. No entanto, não deve ser tomado serviço público como sinônimo de atividade econômica, uma vez que se trata de institutos jurídicos diferentes. JOANA PAULA BATISTA DE LIMA esmiuça tal diferença:

Do ponto de vista formal, ou melhor, juridicamente temos que serviço público e atividade econômica são realidades distintas. A própria Constituição Federal aparta essas realidades, apontando regras específicas para o regime jurídico dos serviços públicos e para o da exploração de atividades econômicas.¹⁸⁵

Na continuação do raciocínio, a autora conclui que a seara da atividade econômica é própria dos particulares, enquanto que a do serviço público é do Estado, pois ainda que ele seja delegado à iniciativa privada, a titularidade continua sendo estatal¹⁸⁶.

Similar entendimento é propugnado por EROS ROBERTO GRAU: “ (...) o ‘serviço público’ está para o setor público assim como a ‘atividade econômica’ está para o direito privado”¹⁸⁷. Dando continuidade ao estudo, completa o autor:

(i) Ao afirmar que ‘serviço público’ é tipo de ‘atividade econômica’, a ela atribui a significação do gênero no qual se inclui a ‘espécie’, ‘serviço público’.

(ii) Ao afirmar que o ‘serviço público’ está para o setor público assim como a ‘atividade econômica’ está para o setor privado, a ela atribui a significação de ‘espécie’.

Daí a verificação de que o gênero – ‘atividade econômica’ – compreende duas ‘espécies’: o ‘serviço público’ e a ‘atividade econômica’.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Serviço público..., *op. cit.*, p. 149.

¹⁸⁵ **Remuneração** ..., *op. cit.*, p. 19.

¹⁸⁶ Diferentemente, ocorre no âmbito do direito europeu no que concerne ao serviço de interesse geral, no qual a titularidade não é estatal. A referida situação é apontada por CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA: “A noção de serviço de interesse geral no direito comunitário é ‘objetiva’. Vincula-se ao objeto da prestação, não ao sujeito que titulariza o serviço. O serviço de interesse geral não é, necessariamente, titularizado pelo Estado”. – **Usuários** ..., *op.cit.*, p. 169 – .

¹⁸⁷ **A ordem** ..., *op. cit.*, p. 250.

¹⁸⁸ Constituição ..., *op. cit.*, p. 250-251.

Daí EROS ROBERTO GRAU menciona que a expressão atuação estatal significa ação do Estado, que pode ser em área de titularidade própria, caso dos serviços públicos, ou em campo do setor privado, melhor especificando, atuação no campo da atividade econômica em sentido estrito. Já o vocábulo intervenção demonstra o sentido do Estado atuando em área do setor privado, ou seja, o campo da atividade econômica em sentido estrito¹⁸⁹.

Por estar atuando em área de titularidade alheia, demonstra PAULO MODESTO, no que se refere à atuação das empresas privadas no âmbito de atuação própria do poder público,

As empresas privadas somente podem atuar na esfera dos serviços públicos como 'delegadas do Estado', sujeitas às cláusulas de contratos de 'concessão' e 'permissão de serviço', à observância dos direitos dos usuários, à política tarifária e à obrigação de manter serviço adequado.¹⁹⁰

Diferentemente ocorreria caso os particulares estivessem atuando em área de atividade econômica em sentido estrito, que nesse caso é de titularidade própria.

Evidente que a visão de serviço público como atividade econômica não é aceita por toda a doutrina brasileira e, para exemplificar uma opinião divergente, cita-se ODETE MEDAUAR:

A nosso ver não parece adequado ao ordenamento brasileiro considerar o serviço público como atividade econômica. De um lado tem-se o art. 175 da Constituição Federal, que, de modo claro, atribui o serviço público ao Poder Público, podendo ser realizado pelo setor privado mediante concessão ou permissão. Vê-se que a Constituição Federal fixou um vínculo de presença do Poder Público na atividade qualificada como serviço público – presença, esta, que pode ser forte ou fraca, mas que não pode ser abolida.¹⁹¹

A visão da autora enxerga que atividade econômica está unicamente voltada ao âmbito privado. Diferentemente, é a linha adotada pelo presente trabalho, que se filia à doutrina de EROS ROBERTO GRAU e entende atividade

¹⁸⁹ **A ordem** ..., *op.cit.*, p. 85.

¹⁹⁰ Reforma do estado e formas de prestação de serviços, in CARLOS ARI SUNDFELD, **Parcerias público-privadas**, p. 437.

¹⁹¹ Nova crise do serviço público?, in EROS ROBERTO GRAU, SÉRGIO SÉRVULO CUNHA, **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**, p. 536-537.

econômica como gênero, do qual se desdobram o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito.

O Estado pode exercer atividade econômica. A etimologia da palavra economia demonstra que ela é a ciência que estuda a produção, distribuição e consumo das riquezas¹⁹². Ora, tal estudo não é realizado exclusivamente pela iniciativa privada, mas o próprio ente estatal, na administração de seus recursos, deve realizá-lo de modo inteligente a fim de não acarretar sérios prejuízos, que refletirão em toda a sociedade.

Outra autora que também está na mesma linha de raciocínio de EROS ROBERTO GRAU é CRISTIANE DERANI. Contudo, existem algumas diferenças na doutrina da autora se realizado um breve comparativo com a de EROS ROBERTO GRAU¹⁹³. Ela considera, por exemplo, que tanto o serviço público como a atividade econômica em sentido estrito atuam em favor do interesse coletivo; já EROS ROBERTO GRAU distingue muito bem o conceito de interesse coletivo, que está voltado para a atividade econômica em sentido estrito, da expressão interesse social, que está relacionada ao serviço público¹⁹⁴. Todavia, nos pontos de convergência, vale demonstrar a opinião de CRISTIANE DERANI:

(...) há atividades econômicas em que nem a origem do capital está no mercado e nem o produto ofertado submete-se às leis de preferência e dos preços. São atividades destinadas a toda a população (serviços universais), cujo fornecimento deve permanecer constante (serviços permanentes), e a remuneração é calculada para a manutenção do serviço e não segundo o aumento da vantagem do investidor – permitindo-se subvenções e subsídios cruzados (tarifas). São os serviços públicos.¹⁹⁵

Para além disso, a Constituição Federal prevê um título que se chama “Da Ordem Econômica e Financeira”, e, no próprio artigo 174, demonstra que o Estado

¹⁹² Cf. ECONOMIA s.f. (Do gr. *oikonomia*, economia, pelo lat. *oeconomia*.) 1. Conjunto de atividades de uma coletividade humana relativas à produção, distribuição e consumo dos bens. - 2. Gestão onde a despesa é bem proporcionada, ou reduzida, onde se evitam despesas supérfluas. - 3. O que se poupa, que se evita gastar. - 4. Organização cujo objetivo é diminuir despesas ou a adaptação perfeita ao objetivo visado. - 5. Organização das partes de um conjunto, de um sistema; estrutura. - 6. *P. ext.* O funcionamento de um sistema, a troca de fluxos num sistema. - Grande dicionário larousse cultural da língua portuguesa. Nova Cultural, 1999, p. 339.

¹⁹³ **Privatização** ..., *op. cit.*, p. 55 e 61.

¹⁹⁴ **A ordem** ..., *op. cit.*, p. 113.

¹⁹⁵ **Privatização** ..., *op. cit.*, p. 59.

é o agente normativo e regulador da atividade econômica, sendo que tal planejamento será determinante para o setor público. Quando o legislador constituinte discorreu sobre agente regulador de atividade econômica determinante para o setor público, previu, portanto, atuação estatal em atividade econômica.

Entretanto, apesar de o serviço público se enquadrar como atividade econômica, a dicotomia serviço público e atividade econômica continua a existir, o que repercute efeitos diretos no âmbito do serviço público, conforme destaca UBIRAJARA CUSTÓDIO FILHO:

De um lado, atribuir à atividade natureza jurídica de serviço público produz três principais consequências jurídicas: um, cria ao Estado o dever de oferecer tal serviço à comunidade de modo permanente, regular e a custo acessível (módico); dois, submete tal atividade ao regime jurídico administrativo (exorbitante, de exercício de autoridade, em que há superioridade de uma parte em relação a outra), em vez do regime privado; três, restringe o acesso da iniciativa privada à exploração econômica de tal serviço, condicionando-o à outorga estatal (concessão e permissão).¹⁹⁶

Outro aspecto que deve ficar claro na identificação dos serviços públicos é a questão do elemento subjetivo, pois, conforme demonstra EROS ROBERTO GRAU, existem atividades econômicas que são exercidas em regime de monopólio pela União Federal e não se trata de serviço público¹⁹⁷. É o caso, por exemplo, do monopólio de petróleo e gás natural.

Conforme foi observado, no capítulo dois do presente trabalho, o conceito de serviço público passou por uma evolução e um dos critérios que mais sofreu modificações foi o critério subjetivo.

Assim, EROS ROBERTO GRAU identifica o serviço público como sendo dever do Estado e instrumento necessário para realizar a coesão social¹⁹⁸. Logo, observa-se que o autor, que classifica o serviço público como espécie da atividade econômica, identifica-o, basicamente, a partir do elemento material.

¹⁹⁶ Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no direito brasileiro, **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, n. 15, p. 198.

¹⁹⁷ **A ordem** ..., *op. cit.*, p. 111-112.

¹⁹⁸ *Ibid*, p. 113-114.

Desse modo, pode-se concluir, em um primeiro momento, que identificar o serviço público como atividade econômica não desrespeita qualquer direito ou garantia fundamental.

Dando continuidade ao pensamento de EROS ROBERTO GRAU, outro critério que permite a diferenciação entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito é distinguir interesse social e interesse coletivo¹⁹⁹. A atividade econômica em sentido estrito atende ao interesse coletivo, nos moldes do artigo 173 da Constituição Federal, enquanto que o interesse social está diretamente relacionado ao serviço público.

Quando o Estado intervém em seara que pertence primordialmente a particulares, tal fato decorre de dois preceitos: quando for necessário aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme disciplina o texto constitucional²⁰⁰. No âmbito do serviço público, não se encontram tais requisitos, pois o Estado atua em seara própria e, para além disso, tem o dever de prestar o serviço público à comunidade. CRISTIANE DERANI, em estudo realizado no que toca à atividade de intervenção do Estado, elucida:

Quando conflitos advêm das relações econômicas e a desintegração pode ser provocada pelas relações econômicas conflituosas, o Estado assume essas atividades, tendo em vista garantir a coesão da sociedade pela estabilização da produção. Esta assunção pode ser pelo fechamento de um determinado ramo de mercado (monopólio legal) ou em forma concorrencial com os agentes privados. Assim, surge o serviço que só pode ser definido em razão do interesse coletivo: 'o serviço de interesse coletivo'²⁰¹.

Percebe-se, então, que o Estado está, realmente, intervindo, pois só é chamado em casos extremos, quando atua em área que pertence à iniciativa privada. A partir daí, frise-se, mais uma vez, que a presença tão-somente do elemento estatal na atuação de um determinado serviço não é fator suficiente para caracterizá-lo como público ou não.

¹⁹⁹ *Ibid*, p. 118.

²⁰⁰ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

²⁰¹ **Privatização** ..., *op. cit.*, p. 52.

Outra diferença presente entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito é que o lucro, no serviço público, conforme destaca CRISTIANE DERANI, deve ser revertido para a produção e continuidade do serviço²⁰². O Estado atua de modo preventivo, a fim de que as prestadoras de serviço público não maximizem o lucro e prestem serviço adequado à sociedade. Há um forte fator de regulação por parte do ente estatal.

Diferentemente, é o que ocorre na iniciativa privada, pois, por mais que haja previsão de função social da empresa, não é o que acontece na prática, pois as empresas buscam uma eficiência econômica. A eficiência, ver-se-á adiante, no âmbito do setor público, é diferente, pois não se trata de algo ligado exclusivamente à economia. MARÇAL JUSTEN FILHO acaba por retratar a possibilidade de lucro, mas desde que atenda ao interesse social:

O prestador de serviço privado estrutura sua operação econômica com finalidade diversa da satisfação de interesse público. Ele busca o maior lucro possível, tendo em vista os princípios da atividade econômica em sentido estrito (CF/88, art. 170). Já o prestador de serviço público desempenha atividade disciplinada pelos princípios de direito público e apenas pode intentar a satisfação egoística de lucro na medida em que se realiza o interesse público.²⁰³

O que se deve concluir, ao relacionar serviço público com atividade econômica, saliente-se mais uma vez, é que tal relacionamento não significa desrespeito a direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. No mesmo sentido, encontra-se a visão de CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA, quando observa que o legislador infraconstitucional, ao normatizar os serviços públicos, não pode desrespeitar os direitos e garantias fundamentais: *“Ao estabelecer a competência do Poder Público para a exploração de tais atividades econômicas (em sentido amplo), a Constituição faz presumir sua vinculação total ou parcial aos direitos e valores fundamentais”*²⁰⁴. Observe-se que, quando o autor cita atividades econômicas (em sentido amplo), está se referindo também aos serviços públicos.

O estudo do serviço público como uma espécie de atividade econômica propicia o raciocínio de que ele pode ser delegado à iniciativa privada, nos moldes

²⁰² *Ibid*, p. 73.

²⁰³ **Teoria geral das concessões de serviço público**, p. 558.

²⁰⁴ **Usuários ...**, *op.cit.*, p. 252.

preconizados por MARÇAL JUSTEN FILHO: “*Todos os serviços públicos que puderem ser organizados segundo padrões de estrita racionalidade econômica deverão ser remetidos à iniciativa privada*”²⁰⁵. A referida idéia será de suma importância quando for realizada a distinção entre os meios de remuneração do serviço público.

4.3. Serviço público como instrumento de promoção da igualdade social

Estudar o serviço público é encontrar soluções para que a sociedade viva com dignidade e atenda, assim, ao princípio da dignidade da pessoa humana. O serviço público é um instrumento que concede dignidade às pessoas, pois, através da sua prestação, existe uma melhoria visível na qualidade de vida da sociedade. MARÇAL JUSTEN FILHO exprime sua opinião em igual sentido:

A atividade de serviço público é um instrumento de satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais, entre os quais avulta a dignidade humana. O serviço público existe porque os direitos fundamentais não podem deixar de ser satisfeitos.²⁰⁶

Em tempos modernos, não se concebe viver dignamente sem saneamento básico, sem energia elétrica, sem transporte coletivo, sem serviços de telefonia, entre outros serviços que fazem parte do rol chamado de serviços públicos. A partir da função que possui o serviço público é que se concebe a importância de estudar e encontrar soluções para maior eficácia desse instrumento.

Os serviços públicos encontram-se intimamente relacionados aos direitos fundamentais, não só aos direitos fundamentais de segunda geração, mas, também, aos de primeira geração, uma vez que não há como ser livre e igual sem a prestação de serviços públicos, segundo defende, coerentemente, CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA²⁰⁷.

²⁰⁵ **O direito das agências** ..., *op. cit.*, p. 24.

²⁰⁶ Serviço público ..., *op.cit.*, p. 146.

²⁰⁷ **Usuários** ..., *op. cit.*, p. 270-272.

O acesso aos serviços públicos, conforme elucida CRISTIANE DERANI, autora que também faz alusão aos serviços públicos relacionados com direitos fundamentais, é de essencial importância: “*O acesso aos serviços públicos é indispensável para assegurar a cada cidadão a realização efetiva de seus direitos, em termos de mobilidade, informação ou inserção social*”²⁰⁸. Portanto, o primeiro ponto a ser garantido ao usuário de serviço público é o seu acesso, pois sem o devido acesso o serviço público pode até existir, mas não se torna algo suscetível de exeqüibilidade.

Quando se fala em acesso, está-se relacionando-o à promoção da igualdade social e ressalte-se que ela é material, pois, conforme CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA, os serviços públicos são instrumentos que possibilitam a realização desse princípio constitucional materialmente:

As condições de acesso têm direta ligação com o princípio da igualdade. Por meio dessas condições é que se calibra a realização da igualdade ‘perante’ o serviço público (acesso não discriminatório). Também interferem na realização da igualdade ‘no’ serviço público (discriminação das situações diferenciadas) e da igualdade ‘pelo’ ou ‘por meio’ do serviço público (busca da igualdade real), embora esses outros aspectos relacionem-se também com os momentos anteriores ao da organização.²⁰⁹

O acesso ao serviço público será instrumentalizado mediante a adoção de políticas públicas, como a tarifa módica, a tarifa social, entre outros instrumentos que são de notável importância para o maior atendimento à população.

Conforme já foi demonstrado no presente trabalho, estudar os serviços públicos é encontrar-se intimamente relacionado ao momento pelo qual passa a concepção de Estado e o seu modelo econômico. O Brasil é um Estado de Direito, no qual vige a Constituição Federal de 1988 que, segundo EROS ROBERTO GRAU:

(...) projeta um Estado desenvolvido e forte, o quão necessário seja para que os fundamentos afirmados no seu art. 1º e os objetivos definidos no

²⁰⁸ **Privatização** ..., *op. cit.*, p.69.

²⁰⁹ **Usuários** ..., *op. cit.*, p. 257.

seu art. 3º venham a ser plenamente realizados, garantido-se tenha por fim, a ordem econômica, assegurar a todos existência digna.²¹⁰

O autor continua a explicação afirmando que um dos objetivos do Estado é justamente manter a coesão social, meta que será atingida pela promoção de serviços públicos, além da utilização, por exemplo, de políticas públicas.

Desde que se está a discorrer sobre coesão social, na visão de CRISTIANE DERANI, a coesão nada mais é que a solidariedade social²¹¹. Observado, então, o significado de coesão social, chave para a compreensão da solidariedade social e um dos objetivos a ser concretizado pelo serviço público, vale retratar o pensamento de CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA, com o intuito de tornar o tema mais esclarecedor:

A idéia de serviço público relaciona-se diretamente com a de solidariedade social. Alude-se, especialmente, no direito europeu, ao serviço público como instrumento para a construção da coesão social e territorial. Vincula-se o serviço público à realização material da dignidade da pessoa humana. Atribui-se ao serviço público o caráter de garantia constitucional material de direitos fundamentais, de modo que a sua supressão equivaleria a tornar materialmente inexistentes esses direitos.²¹²

Conclui-se, então, que os serviços públicos tornam a sociedade mais coesa e a solidariedade social mais presente no dia-a-dia da comunidade. Assim, tal instrumento deverá ser fortemente defendido, uma vez que é por meio do seu acesso a ele e à sua ampliação que se conseguirá uma sociedade mais justa e materialmente igual. Cabe, ainda, deixar evidente que, mesmo o serviço público visto como uma atividade econômica, tal classificação não diminui ou modifica em nada a sua função de atender às necessidades sociais e à promoção dos direitos humanos fundamentais.

²¹⁰ **A ordem** ..., *op. cit.*, p. 116.

²¹¹ **Privatização** ..., *op. cit.*, p.50.

²¹² **Usuários** ..., *op. cit.*, p. 7-8.

4.4. Nova classificação do serviço público

Até o presente momento já foi estudado o serviço público sob o enfoque de vários aspectos. Neste tópico, será necessário considerar uma nova classificação dos serviços públicos, sendo que tal estudo em nada influenciará o seu papel desenvolvido na sociedade, que é atender aos anseios sociais e promover a igualdade social. Seja o serviço público vislumbrado em uma visão clássica ou contemporânea, o que muda é a sua estrutura e a remuneração, mas não os objetivos a serem alcançados, como a concretização dos direitos fundamentais.

A despeito de algumas classificações já demonstradas, como por exemplo, serviços públicos privativos e não-privativos - classificação de EROS ROBERTO GRAU -, e serviços públicos “uti singuli” e “uti universi”, existem outras classificações, que serão tratadas rapidamente.

Há, por exemplo, uma classificação, na qual o serviço público possui como marco referencial a necessidade a ser satisfeita. Tal classificação é demonstrada por MARÇAL JUSTEN FILHO:

(...)
 ‘sociais’: aqueles que satisfazem necessidades de cunho social ou assistencial, tal como educação, a assistência, a segurança;
 ‘comerciais e industriais’: aqueles que envolvem o oferecimento de utilidades materiais necessárias à sobrevivência digna do indivíduo, tal como a água tratada, a energia elétrica, as telecomunicações;
 ‘culturais’: os que satisfazem necessidades culturais, envolvendo o desenvolvimento da capacidade artística e o próprio lazer, tais como museus, cinema, teatro.²¹³

Outra classificação existente é a dos serviços públicos em próprios e impróprios, teoria com base em ARNALDO DE VALLES e explicada por RAFAEL BIELSA:

Para Arnaldo De Valles, diz Bielsa, ‘serviços públicos próprios são os que o Estado presta ou deve prestar, diretamente, ou por concessionário’. Já os impróprios têm em comum com os próprios ‘o satisfazer de forma mais ou menos contínua necessidades coletivas, mas não é o Estado que os presta nem os concede, tão só os regulamenta. Entre esses serviços

²¹³ Curso ..., *op. cit.*, p. 499.

estão não poucos dos chamados de interesse público ou de necessidade pública.²¹⁴

Observadas tais classificações, propõe-se uma nova classificação, com fundamento na evolução do serviço público, o que não significa negar as demonstradas anteriormente.

Na sociedade, conforme a teoria de THOMAS S. KUHN, há uma mudança de paradigmas de tempos em tempos. Quando o antigo paradigma entra em crise e não consegue mais ser suficiente para explicar a maioria das questões, começa, então, a emergir um novo paradigma. É o que ocorre com a classificação, ou melhor, com o conceito de serviço público, que passa por mudanças em decorrência da evolução do Estado, e, portanto, necessita de uma nova visão²¹⁵. Segundo THOMAS S. KUHN:

A emergência de novas teorias é geralmente precedida por um período de insegurança profissional pronunciada, pois exige a destruição em larga escala de paradigmas e grandes alterações nos problemas e técnicas da ciência normal. Como seria de esperar, essa insegurança é gerada pelo fracasso constante dos quebra-cabeças da ciência normal em produzir os resultados esperados. O fracasso das regras existentes é o prelúdio para uma busca de novas regras²¹⁶.

Assim, a presente classificação será necessária, quando se estudar, posteriormente, se o serviço público é remunerado por taxa ou tarifa. É certo que o regime jurídico do serviço público é de Direito Administrativo. Ocorre que modificações existirão, dependendo da remuneração. Para ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO,

O que há de certo é que o regime jurídico administrativo faz exsurgir emanações decorrentes da preponderância do interesse público configuradoras de prerrogativas que a doutrina acostumou-se a denominar como exorbitantes do direito comum (*sic*).²¹⁷

²¹⁴ *Apud* DINORÁ ADELAIDE MUNETTI GROTTI, **O serviço público** ..., *op. cit.*, p. 117.

²¹⁵ É em razão disso que não se fala em crise no conceito de serviço público. A crise pode até existir, mas somente em relação ao primeiro paradigma – conceito clássico de serviço público –, pois ele será substituído por outro.

²¹⁶ **A estrutura das revoluções científicas**, p. 95.

²¹⁷ A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público, *in* **Anais do seminário jurídico: concessões de serviços públicos**, p. 55-56.

O que se deve concluir é que o serviço público estará sempre, independentemente da classificação, voltado ao interesse público.

No caso de ser remunerado por taxa, o serviço público, além de se submeter ao regime jurídico administrativo, terá reflexos do regime jurídico de Direito Tributário, pois ao instituir uma taxa deverá, por exemplo, aplicar os princípios específicos do sistema; enquanto que, se o serviço for remunerado por tarifa, o regime será o de Direito Administrativo com um viés econômico.

Nesse sentido, fala-se, então, num serviço público *lato sensu*, que seria o gênero a abranger as espécies do serviço público clássico e do serviço público contemporâneo. Esses são as espécies e, conseqüentemente, os chamados serviço público *stricto sensu*.

O serviço público *lato sensu* está diretamente relacionado ao bem-estar social, à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e à realização da solidariedade social, daí decorrendo uma conclusão lógica de que suas espécies também estarão em consonância com tais valores constitucionais.

O serviço público clássico é aquele prestado direta ou indiretamente pelo Estado, ou poderá em casos excepcionais ser prestado pela iniciativa privada, mas quando esta o fizer, receberá a capacidade tributária ativa. O serviço público clássico conserva o perfil do serviço público como atividade econômica, mas **não** contém o aspecto empresarial, daí, que a sua remuneração ocorre por meio de taxa ou, em algumas vez, não há remuneração, mas apenas é computado os custos da atividade, como ocorre no serviço público eleitoral, onde o Estado arcar com os custos, há toda uma estimativa e efetivamente um custo para a elaboração das eleições, mas tais despesas não são repassadas diretamente para a população, tendo em vista que são custeadas por receitas diretas ou indiretas.

Assim sendo, o serviço público clássico é aquele que predominava no modelo do Estado de Bem-Estar Social, mas que continua a existir em algumas situações.

Já o serviço público contemporâneo pode ser prestado pela iniciativa privada ou pelo Estado²¹⁸. No caso da prestação pelo Estado, isso irá ocorrer quando o serviço for prestado por meio de empresa pública ou sociedade de economia mista, como espécie de **atividade empresarial**, só que adstrita ao regime jurídico de Direito Público. Não se deve confundir a característica “empresarial”, presente na classificação do serviço público contemporâneo, com a atividade econômica em sentido estrito. Esta, quando é prestada pela iniciativa privada, não necessita de autorização do Poder Público, diferentemente do serviço público contemporâneo. A iniciativa privada, quando presta tal serviço, atuará sob o regime de concessão ou permissão, e, conforme vislumbrado anteriormente, ainda que o serviço seja prestado pela iniciativa privada, ele não deixará de ter titularidade estatal.

O fato de ter um cunho empresarial e ser remunerado por tarifa não desconstituirá a função do serviço público de concretizar os direitos humanos fundamentais, pois não se está no campo da atividade econômica em sentido estrito. Ora, o lucro existente nessa espécie de atividade estará voltado para o interesse público, levando em conta a existência de fiscalização severa por parte do poder público. FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO entende que

(...) a existência de alguma margem de lucro (dentro dos parâmetros razoáveis predados pelo dever da modicidade tarifária – cf. art. 6º, § 1º, da Lei n. 8.987/95) embutida no valor da remuneração do concessionário privado não implica em afastar o caráter público e necessariamente universalizante da prestação de serviço (sic).²¹⁹

Contudo, não se pode olvidar que “*É da essência da concessão de serviço público a obtenção do lucro pelo concessionário*”, conforme demonstra MARÇAL JUSTEN FILHO²²⁰.

²¹⁸ Apesar de ser marcado pela concessão à iniciativa privada, demonstrar-se-á, posteriormente, que a concessão é instituto antigo. Contudo, a concessão como medida para as privatizações é fenômeno contemporâneo.

²¹⁹ Concessão de serviço público sem ônus para o usuário, in LUIZ GUILHERME COSTA WAGNER JÚNIOR (coord.), **Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari**, p. 340.

²²⁰ **Teoria geral ...**, op. cit., p. 13.

O regime jurídico, conforme exposto, em ambas as classificações mencionadas do serviço público, será de Direito Administrativo. Ocorre que, quando a remuneração vier mediante tarifas, caso do serviço público contemporâneo, alguns reflexos do Direito Econômico irão existir, passando a predominar, então, o regime de Direito Administrativo Econômico ou da Economia. EGON BOCKMANN MOREIRA traz excelente lição ao explicar o que seria o Direito Administrativo da Economia:

Não se poder ler o Direito Administrativo da Economia à luz do Direito Privado e muito menos submetido apenas à lógica econômica. O principal reside em uma disciplina jurídica emanada sob a forma de normas de Direito Público. O Direito Administrativo da Economia é uma espécie subordinada ao gênero Direito Administrativo, e, ao mesmo tempo, é uma parcela especial do próprio Direito Econômico interno. É uma manifestação peculiar de ambas as disciplinas que vem assumindo foros de autonomia em sua própria zona de incidência (mas não independência). O Direito Econômico e o Direito Administrativo da Economia não se desenvolvem em círculos concêntricos, mas possuem uma zona de intersecção mútua.

O qualificativo da 'Economia' quer significar o setor cognitivo por onde se desdobra a incidência de uma parcela das normas típicas Direito Administrativo. Nesse sentido, o Direito Administrativo da Economia fixa a organização e as finalidades da ação da Administração Pública com a repercussão no domínio econômico, bem como o que diz respeito às relações jurídicas entre esta e as pessoas privadas enquanto exercentes de atividade econômicas em sentido estrito. Trata-se do exercício da 'função administrativo-econômica' do Estado.²²¹

O próprio conceito de política tarifária, presente nos casos de concessão e permissão de serviço público, além da atuação do Estado por meio de sociedades de economia mista e de empresas públicas, já traz a idéia de um planejamento econômico por parte do setor público. Apesar de a iniciativa privada estar prestando o serviço em alguns casos, sabe-se que o regime jurídico será o de Direito Público, no qual conseqüentemente prevalecerá o interesse público e o objetivo deverá ser a promoção da igualdade social.

No caso da prestação por meio do Estado, mediante sociedade de economia mista ou empresa pública, alude-se à delegação do serviço público e não

²²¹ Os limites à competência normativa das agências reguladoras, in ALEXANDRE DOS SANTOS ARAGÃO (coord.), **O poder normativo das agências reguladoras**, p. 182.

à concessão, opinião defendida por EROS ROBERTO GRAU e corrente à qual se filia o presente trabalho²²².

A partir de tais situações, que passaram a ser muito presentes após o processo de privatização, é que se trata, então, da ampla atuação do Direito Econômico. Ele terá pontos de convergência com o Direito Administrativo no que toca ao regime jurídico dos serviços públicos, mas neste tipo de atuação do Estado deve ficar claro que o regime predominante será o de Direito Administrativo e não o de Direito Econômico.

É de fundamental importância uma primeira noção de diferença entre o regime de Direito Administrativo - presente no serviço público clássico e contemporâneo - e o de Direito Administrativo Econômico - presente no serviço público contemporâneo - , pois, futuramente, ver-se-á que é possível tanto a remuneração por meio de taxas, como por meio de tarifas, no âmbito do serviço público. A norma que trata da remuneração não é a mesma norma que disciplina o serviço público.

Assim, o serviço, em momento algum, deixará de ser público; o que diferenciá-lo de outro é, justamente, o regime aplicado a cada um, o que envolve diretamente a atuação de princípios diferentes para cada espécie. Além disso, conclui-se que, em ambas as espécies, estará presente a fundamentação na dignidade da pessoa humana e a promoção da solidariedade social, ainda que o mesmo fim seja buscado por caminhos diferentes.

²²² **A ordem** ..., *op. cit.*, p. 128 e no mesmo sentido, encontra-se ROQUE ANTONIO CARRAZA: *"Em suma, a empresa estatal delegatária de serviço público juridicamente é Administração Pública, 'faz' administração pública e 'tem atributos' (positivos ou negativos) da Administração Pública."* - **A imunidade tributária das empresas estatais delegatárias de serviços públicos**, p. 51 - e JOSÉ AFONSO DA SILVA: *"O modo de gestão desses serviços públicos, entre outros, não só de competência da União, mas também dos Estados, Distrito Federal e Municípios, entra no regime de discricionariedade organizativa, ou seja, cabe à Administração escolher se o faz diretamente, ou por delegação a uma empresa estatal (pública ou de economia mista), ou por concessão (autorização ou permissão) a uma empresa privada"*. - **Curso de direito constitucional positivo**, p. 780 -.

5. A DELEGAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

5.1. Aspectos gerais

A eficiência, consoante visualizado anteriormente, é o princípio que veio a legitimar a reforma da Administração Pública no Brasil; e foi também o referido postulado que forneceu um amplo suporte ao processo de privatização no âmbito dos serviços públicos. Deve-se ter em mente que o foco do presente estudo é a questão atinente aos serviços públicos, portanto, o processo de privatização, como vislumbrado, possui ampla relação com o tema em tela²²³.

Não se pode confundir que pelo fato de o serviço ter sido delegado à iniciativa privada, ele tenha perdido sua finalidade principal que é produzir a satisfação de necessidades coletivas e individuais. O serviço continua sendo público, uma vez que ele deve atender aos interesses coletivos; o que mudou foi a sua forma de execução²²⁴.

Daí que se refere, hoje, a uma transferência de responsabilidades, pois, antes, somente o Estado tinha o dever de se preocupar com a questão social do serviço público. Na atualidade, por exemplo, no que diz respeito às concessionárias e permissionárias de serviço públicos, elas devem oferecer um serviço adequado à população, nos termos do artigo 6º, § 1º, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995²²⁵.

²²³ “ (...) desde o início dos anos 1980, há uma intensa divulgação pública quanto à ‘reinvenção’ do governo dos EUA – com a retirada absoluta do Estado do cenário produtivo e uma atenuação da regulação pública da economia. Isso deu margem a uma série mundial de privatizações, desregulações e liberalizações econômicas – que teve início na Inglaterra, alastrou-se pela Europa e atingiu a América Latina nos anos 1990 (com efeitos especiais no Brasil e na Argentina) (*sic*)”. – EGON BOCKMAN MOREIRA, O direito administrativo contemporâneo ..., *op. cit.*, p. 269 – .

²²⁴ “O Poder Público deve concentrar-se no planejamento e no controle da atividade, delegando a particulares, por meio de concessões e permissões previamente licitadas, a execução do serviço e obtenção da respectiva remuneração pela cobrança de tarifas módicas; (...)”. – MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, **Desestatização** ..., *op. cit.*, p. 132 – .

²²⁵ “ Art.6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço público 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.”

Serviço adequado acaba se apresentando intimamente relacionado com a função social na prestação, uma vez que basta observar a questão da modicidade das tarifas, que é uma forma de redistribuição de riquezas. O usuário que não apresenta condições de arcar com o custo do serviço, deverá ter um tratamento diferenciado, se comparado àquele que possui mais riquezas. Tal matéria será estudada em momento oportuno.

A partir da modicidade das tarifas, que é um exemplo concreto, observa-se claramente a repartição da legitimidade entre Estado e sociedade civil, no que toca à função social, uma vez que, no modelo do Estado de Bem-Estar Social, o ente estatal era praticamente o único responsável pela gestão social.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO defende o posicionamento de que haja uma parceria entre o público e o privado com vistas a atingir o bem comum: *“De conformidade com essa idéia, quando se diz que o fim do Estado é a busca do bem comum, tem-se que entender que ele deve assegurar as condições para que os próprios particulares atinjam o bem comum”*²²⁶.

Desse modo, os instrumentos de delegação de serviço público devem, antes de tudo, ter como meta principal a realização do bem comum, fundamentado no interesse coletivo e na solidariedade.

Antes de se iniciar o estudo das modalidades de delegação de serviço público, é necessário ter em mente o significado do instituto. Assim, retira-se da doutrina de CARLOS ARI SUNDFELD o seguinte conceito:

A delegação é ato administrativo pelo qual a Administração transfere transitoriamente a particular o exercício do direito à exploração do serviço público. O Poder Público trespassa apenas o exercício da atividade, mantendo sua titularidade (sic).²²⁷

5.2. Concessão de serviço público

A concessão de serviço público é uma das modalidades mais conhecidas no campo da delegação. DINORÁ ADELAIDE MUSSETTI GROTTI alerta para o fato de que *“O instituto da concessão é velho, por ter sido o primeiro modo de*

²²⁶ **Parcerias na administração pública** ..., *op. cit.*, p. 27.

²²⁷ **Fundamentos** ..., *op. cit.*, p. 83.

*descentralização de serviços públicos. Mas, a concessão com objeto de privatizar é nova*²²⁸; opinião também compartilhada por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO²²⁹. Observa-se que o instituto da concessão já foi utilizado em vários países, antes do processo de privatização²³⁰.

Não há um conceito predeterminado para o referido instituto, sendo que o artigo 2º, II, da Lei nº 8.987/1995, define-o como sendo:

(...) a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Para JUAREZ FREITAS:

A concessão em pauta pode ser definida como delegação da prestação de serviço público – encetada pela entidade estatal (União, Estados, Distrito Federal ou Município) em cuja competência se encontra o aludido serviço –, por meio de contrato administrativo, bilateral e oneroso, precedido de licitação nas modalidades de concorrência e leilão, a pessoa jurídica ou consórcio de empresa capazes de assumir, por prazo determinado e por sua conta e risco, em harmonia com as exigências e princípios regentes da Administração Pública, inclusive o da economicidade.²³¹

Frise-se, no conceito, ora mencionado, a questão da conta e risco, na concessão de serviço público, por parte do concessionário, demonstrando, mais uma vez, a repartição de legitimidade entre o Poder Público e a iniciativa privada²³². O risco admitido pelo particular, se realizada uma comparação, é bem maior nos casos de concessão do que naqueles de realização somente de contrato

²²⁸ **O serviço** ..., *op. cit.*, p. 174.

²²⁹ **Parcerias** ..., *op.cit.*, p. 70.

²³⁰ Veja-se: SALOMONI, Jorge. *Teoría y práctica de los servicios públicos en Argentina*. La cuestión central del rol del Estado. In: _____. **Teoría General de los Servicios Públicos**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004 e no Brasil, ALMIRO DO COUTO E SILVA retrata que a concessão foi utilizada como mola propulsora da rede ferroviária brasileira -- Privatização no Brasil ...”, p. 51 – .

²³¹ **Estudos de direito administrativo**, p. 39.

²³² MARÇAL JUSTEN FILHO também demonstra a questão do risco como sendo de suma relevância para a caracterização do regime de concessão do serviço público: “É essencial, para existência de concessão, que o prestador de serviços assuma os riscos do resultado no desempenho do serviço público, segundo os princípios da atividade econômica”. – Algumas considerações acerca da concessão de serviço público, in CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (org.), **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional**, p. 471 – .

administrativo. Conseqüentemente, também haverá maior liberdade por parte do concessionário do que por parte do contratado administrativo. Tais características de diferenciação entre os dois institutos jurídicos, quais sejam, os da concessão e do contrato administrativo, são destacadas por FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES²³³.

Deve-se destacar, ainda, que, existindo uma delegação na prestação do serviço, ele não deixa de ser público, o que é de suma relevância para a concretização de seus fins. MARÇAL JUSTEN FILHO, de modo claro, entende que a concessão não afeta a natureza do serviço:

A concessão não produz modificação do regime jurídico que preside a prestação do serviço público. Não acarreta transformação do serviço em privado. A outorga da concessão não representa modalidade de desafetação do serviço, retirando-o da órbita pública e inserindo-o no campo do direito privado.²³⁴

Tal aspecto não pode ser esquecido, pois o serviço não deixa de ser público, de vez que esse é o objetivo material do serviço, devendo atender à população na satisfação de suas necessidades; o que ocorre, na realidade, é ele passar tão-somente a ser prestado pela iniciativa privada, no caso da concessão. Contudo, no processo de concessão é preciso haver um aumento da regulamentação e do aparelhamento do Estado, conforme alerta CRISTIANE DERANI, a fim de que não haja “ (...) a *substituição do interesse público pelo interesse privado e a eficiência do setor público se torna eficiência privada de alocação e aumento do rendimento*”²³⁵.

Já foi alertado no presente trabalho que, apesar do processo de privatização, – que é inclusive uma imposição constitucional, nas palavras de DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI,²³⁶ – não necessariamente haverá um

²³³ Concessão ..., *op. cit.*, p. 344-345.

²³⁴ **Teoria** ..., *op. cit.*, p. 55.

²³⁵ **Privatização** ..., *op. cit.*, p.94.

²³⁶ “O mais importante é ter presente que a privatização, no campo da atividade econômica não é um mero mecanismo de obtenção de receitas ou de combate à ineficiência do Estado em certos setores onde sua atuação foi predatória: é uma imposição constitucional, já que os limites de intervenção do Estado estão traçados na Lei Maior, fora dos quais privilegia-se a livre iniciativa”. – DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI, O regime jurídico das empresas estatais, in LUIZ

enfraquecimento do Estado. Diante das mudanças estruturais, o Estado passa a atuar em outro posicionamento, com a conseqüente utilização de outros instrumentos – veja-se o aumento de regulamentação com as agências reguladoras – o que não significa a entrega de sua soberania à iniciativa privada, tampouco o esquecimento de atingir o bem comum.

A partir da leitura do artigo 175 da Constituição Federal, pode-se entender que a concessão é um termo muito abrangente, mas MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO alerta:

No que diz respeito especificamente ao artigo 175, cabe observar que, não obstante a abrangência do preceito nele contido, dando a impressão de que qualquer serviço público pode ser objeto de concessão, na realidade isso não ocorre. Isto porque, sendo a concessão, por sua própria natureza, uma forma de gestão de serviço público remunerada pelo próprio usuário ou com receitas decorrentes da exploração do próprio serviço, só é possível cogitar de sua utilização quando se tratar de serviço prestado a terceiros (usuários) e que admita uma exploração comercial, ou seja, a possibilidade de produção de renda em favor do concessionário. Faltando um desses elementos, não se poderá falar em concessão de serviço público.

Por isso mesmo, os serviços públicos comerciais e industriais do Estado são os que se prestam à exploração mediante concessão e permissão.²³⁷

Caso reste qualquer dúvida, basta lembrar o serviço eleitoral, que é serviço público, mas não é comercial, tampouco industrial, não podendo ser objeto de concessão. Portanto, nem todos os serviços públicos podem ser passíveis de concessão, raciocínio que é partilhado por FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, para quem:

Remarco apenas que existem – e a Constituição dá respaldo para isso – hipóteses de serviço público utilizadas como sinônimo de função pública que, malgrado oferecerem utilidade ou comodidade ao administrado, não podem por seus próprios requisitos intrínsecos, ser tratadas como atividade econômica (atividade passível de exploração econômica).²³⁸

Assim, observa-se que o serviço público *uti universi* – opinião defendida por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO – também não é objeto de concessão e

GUILHERME COSTA WAGNER JÚNIOR (coord.), **Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari**, p. 178 – .

²³⁷ **Parcerias** ..., *op. cit.*, p. 71.

²³⁸ **Concessão** ..., *op. cit.*, p. 332-333.

será posteriormente sublinhado que a divisibilidade também é característica das tarifas²³⁹. Cabe destacar que, apesar de alguns serviços públicos terem um viés econômico, classificando-se, portanto, na doutrina já apresentada de EROS ROBERTO GRAU, serviço público como atividade econômica, ele não possui como última finalidade unicamente a obtenção de lucro, uma vez que sua prioridade máxima deve ser a busca do bem comum e do próprio interesse social, concretizando a solidariedade social²⁴⁰.

Esses conceitos, como a realização do bem comum, podem parecer vagos, mas, a partir do momento, em que se observa a cobrança de tarifas módicas para a população mais necessitada, concretiza-se, então, o princípio da solidariedade social. Além disso, MARÇAL JUSTEN FILHO, mais uma vez, relaciona a integração entre Estado e sociedade civil: “A boa-fé se retrata, na concessão, como cooperação leal entre Estado e particular para a realização do interesse comum: a prestação adequada e satisfatória do serviço público, por meio de uma tarifa módica (sic)”²⁴¹. Ainda no que concerne à modicidade tarifária, cabe trazer a explicação de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

As tarifas devem ser ‘módicas’ (conforme prevê o § 1º do art. 6º), isto é, acessíveis aos usuários, de modo a não onerá-los excessivamente, pois o serviço público, por definição, corresponde à satisfação de uma necessidade ou conveniência básica dos membros da Sociedade. Este empenho de modicidade está expressado na previsão de fontes alternativas de receita para o concessionário, já dantes mencionadas e cujo fito explícito é o de favorecer tal resultado (art. 11).²⁴²

O estudo da concessão é importante para a presente matéria em análise, pois a partir dele nasce a questão tarifária e o seu regime jurídico, no marco da qual se poderá distingui-las das taxas. JOANA PAULA BASTISTA observa que,

²³⁹ **Parcerias** ..., *op. cit.*, p. 47.

²⁴⁰ “Note-se, pois, que o Poder Público, em regra, não investe recursos nem pessoal; todo investimento é feito pelo concessionário, que coloca, também seus bens, empregados e tecnologia à disposição da coletividade, cabendo-lhe, via de consequência, o lucro (até porque o Estado não nasce para auferir lucro e sim para atender ao bem-estar geral”. – MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, **Desestatização** ..., *op. cit.*, p. 136 – . Ora, na prestação de serviço público pela iniciativa privada, o lucro é mera consequência, pois se está diante de atividade que pertence ao Poder Público, logo, o objetivo maior, conforme destacado no trecho acima é o bem-estar geral.

²⁴¹ **Teoria** ..., *op. cit.*, p. 60.

²⁴² **Curso** ..., *op. cit.*, p. 661.

Entrando em jogo a concessão do serviço público, nasce o poder tarifário da Administração, que lhe possibilita fixar tarifas, segundo os termos estabelecidos na proposta da licitação da concessão do serviço, garantindo-se ao concessionário o equilíbrio inicialmente contratado com o poder concedente.²⁴³

Outro fator que caracteriza a concessão é a temporalidade na delegação, já que, se assim não fosse, o serviço deixaria de ser público e passaria a ser privado, fato demonstrado por MARÇAL JUSTEN FILHO:

Não se admitem concessões eternas nem renúncia ao poder de retomar o serviço. Isso corresponderia ou à transformação do serviço em privado (o que descaracterizaria uma concessão) ou à alienação de competências públicas (ato juridicamente inexistente).²⁴⁴

Assim sendo, quando, em licitação pública, o proponente ganhar, será realizado um contrato administrativo que fixará o período em que a pessoa jurídica de Direito Privado será responsável pela concessão.

É claro que, se houver algum problema durante o contrato, o Poder Público poderá retomar a concessão. MARÇAL JUSTEN FILHO justifica que: “ (...) a *fixação de prazo não se constitui em obstáculo à retomada antecipada do serviço, fundada em razões de conveniência e interesse público, independentemente da prática do ato ilícito do concessionário*”²⁴⁵.

No mesmo sentido leciona CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, ao elucidar que

O Estado dispõe, com plena liberdade e do modo que entender mais conveniente para o interesse público, sobre a parte regulamentar do serviço e está peiado no que concerne ao elemento verdadeiramente contratual, que é o equilíbrio econômico-financeiro.²⁴⁶

Um exemplo de retomada da concessão é a encampação prevista no artigo 35, II, da Lei nº 8.987/1995 e que, segundo definição do artigo 37 da referida lei, “*Considera-se (...) a retomada do serviço pelo poder concedente durante o*

²⁴³ **Remuneração** ..., *op. cit.*, p. 72.

²⁴⁴ Algumas considerações ..., *op. cit.*, p. 472.

²⁴⁵ **Teoria** ..., *op. cit.*, p. 56.

²⁴⁶ **Curso** ..., *op. cit.*, p. 643.

prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior”.

Ainda no que concerne ao procedimento de concessão, para que ela se realize é necessária a existência de lei que assim autorize, em virtude do Princípio da Legalidade, ainda mais quando se fala na Administração Pública, na qual se está diante de um caso de princípio da legalidade em sentido amplo ²⁴⁷. O Poder Público deve agir em conformidade com a lei.

A concessão será precedida de licitação, que se sujeitará à legislação própria, qual seja, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e que poderá utilizar como critério de desempate a preferência à empresa brasileira. Após a licitação, a empresa vencedora realizará um contrato administrativo com o Poder Público, nos termos do artigo 23 e seguintes da Lei nº 8.987/1995.

Conforme exposto anteriormente, o serviço não deixa de ser público e tal fato pode ser claramente vislumbrado a partir dos encargos do poder concedente, ou seja, do Poder Público. Nesse sentido, observa-se, a partir do artigo 29 da Lei nº 8.987/1995, que cabe ao Estado regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação; aplicar as penalidades regulamentares e contratuais; intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos na Lei e na forma prevista no contrato; homologar reajustes e proceder à revisão de tarifas na forma da Lei, das normas pertinentes e do contrato, entre várias outras disposições que demonstram claramente a titularidade estatal.

Ao final da concessão, prevê-se reversão de alguns bens, sendo que o edital da licitação realizada para efetivar o contrato de concessão já define anteriormente quais bens serão objeto de reversão. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO define e esclarece o porquê da reversão:

Como é possível aplicar o mesmo instituto à permissão de serviço público, pode-se ampliar o conceito dizendo-se que reversão é a passagem ao poder público dos bens do concessionário ou permissionário aplicados ao serviço, uma vez extinta a concessão ou permissão.

Seu fundamento é, mais uma vez, o princípio da continuidade do serviço público. Encerrada a concessão ou a permissão, aqueles bens

²⁴⁷ ALBERTO XAVIER, **Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação**.

necessários à prestação do serviço, em regra, só interessam a quem vai dar continuidade à prestação do serviço.²⁴⁸

Conclui-se, portanto, que o princípio da continuidade do serviço público é o fundamento para a realização da reversão, a fim de que, como o próprio nome principiológico denota, não haja interrupção do serviço em tela e, dessa maneira, a sua prestação atenda às necessidades da população.

O instituto da concessão foi exposto de um modo sucinto, com a intenção de que o leitor possa compreendê-lo quando for realizado o estudo relativo às tarifas. Passa-se, então, a outro instituto de delegação de serviço público que é a permissão.

5.3. Permissão de serviço público

Após a análise da concessão, fica mais fácil o estudo da permissão, que é outra modalidade de delegação de serviço público. A permissão também possui previsão legal no artigo 175 da Constituição Federal e na Lei nº 8.987/1995. Segundo a referida lei, em seu artigo 40:

A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Pode-se concluir, apressadamente, ao analisar a definição legal que a permissão se apresenta como um procedimento precário e, portanto, muito mais informal e discricionário, no que se refere à delegação de serviço público, do que o instituto da concessão. Decorre desse fato, quase sempre, a realização de um estudo mais aprofundado da doutrina, no que se refere à concessão e, conseqüentemente, é concedida menor importância à permissão, o que não é uma postura correta.

²⁴⁸ **Parcerias na administração pública ...**, *op. cit.*, p. 89.

Contudo, apesar de uma suposta informalidade, tal fato não significa que a permissão não esteja permeada de direitos e obrigações. MARÇAL JUSTEN FILHO justifica a ausência de informalidade, ou melhor, de discricionariedade, na permissão, em virtude da obrigatoriedade da licitação:

A submissão da outorga da permissão à prévia licitação impede manter-se a afirmação de que o ato teria natureza discricionária. Ou, mais precisamente, a natureza da outorga da permissão é exatamente idêntica à de todos os contratos administrativos precedidos de licitação. Há tanta discricionariedade na outorga da permissão quanto existe na outorga da concessão. Logo, o regime jurídico aplicável é idêntico ao da concessão. É aquele imposto pelo Estado Democrático de Direito.²⁴⁹

No entanto, nem todos os doutrinadores apresentam a mesma linha de raciocínio desse mestre acima exposto. Um exemplo, é MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, que defende a precariedade no instituto da permissão; para tanto, basta observar a comparação realizada por ela entre os institutos em estudo:

A forma pela qual a permissão se distingue da concessão sempre esteve em sua diversa natureza: enquanto a concessão é contrato e, portanto, instituto que assegura maior estabilidade ao concessionário, em função do estabelecimento de direitos e deveres recíprocos, especialmente, decorrentes do estabelecimento de um prazo, a permissão é ato unilateral, discricionário e precário, não envolvendo, por isso mesmo, qualquer direito do particular contra a Administração Pública.²⁵⁰

Para a doutrinadora, ora referida, a precariedade da permissão está no aspecto do estabelecimento de prazo, que existe na concessão, mas não está presente na permissão²⁵¹. Quanto à revogação, defende a autora, que ambos os institutos estão sujeitos à precariedade do ato. No mesmo sentido, assevera CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ao demonstrar que:

Certamente em consideração a tal uso, 'que lhe é o conatural', a quase-totalidade da doutrina brasileira, tradicionalmente, qualifica a permissão de serviço público como ato unilateral e precário pelo qual a Administração Pública outorga a alguém o direito de prestá-lo.²⁵²

²⁴⁹ Teoria ..., *op. cit.*, p. 108.

²⁵⁰ Parcerias na administração pública ..., *op. cit.*, p. 129.

²⁵¹ *Ibid*, p. 130.

²⁵² Curso ..., *op. cit.*, p. 681.

E para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO a precariedade está caracterizada pelo ato da Administração Pública realizar alterações ou encerrar a permissão a qualquer momento, “(...) *sem a obrigação de indenizar o permissionário*”²⁵³. Ora, observa-se, assim, que a precariedade se pode apresentar de vários modos: para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, seria a questão do prazo; já para CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, configura-se na ausência de indenização.

Em uma visão intermediária, situa-se HELY LOPES MEIRELLES:

A permissão é, em princípio, discricionária e precária, mas admite condições e prazos para a exploração do serviço, a fim de garantir rentabilidade e assegurar a recuperação do investimento do permissionário visando a atrair a iniciativa privada.²⁵⁴

Não obstante tais opiniões, MARÇAL JUSTEN FILHO, em contraposição à maioria doutrinária, entende que:

A existência de prazo determinado para a concessão nunca significou impossibilidade de extinção a qualquer tempo, por motivo de interesse público. Tanto quanto a permissão, a concessão sempre admitiu extinção antecipada. O prazo determinado não garantia o concessionário contra a possibilidade de extinção a qualquer tempo.

(...)

A diferença entre permissão e concessão, no tópico da indenização, decorre da amplitude e extensão do serviço delegado e dos encargos das partes. Como se verá no item abaixo, não se admite permissão abrangendo investimentos cuja amortização exija atuação de longo prazo. Logo, a possibilidade de revogação da permissão a qualquer tempo, sem gerar direito à indenização, deriva da ausência de comprometimento patrimonial do permissionário. Não tem direito a perdas e danos porque não as sofre. E não as sofre porque a natureza da permissão exclui situações que as possam gerar.

(...)

A revogabilidade a qualquer tempo da permissão não significa ausência de uma relação entre vantagens e encargos. A garantia constitucional à intangibilidade da equação econômico-financeira – tema ao qual se voltará em capítulo abaixo – abrange inclusive a permissão.²⁵⁵

²⁵³ *Ibid*, p. 682.

²⁵⁴ **Direito administrativo brasileiro**, p. 373

²⁵⁵ **Teoria ...**, *op. cit.*, p. 112-113.

Assim, o referido jurista entende que o prazo determinado e a própria indenização não são demonstrativos da precariedade do instituto da permissão, além de defender a observância do equilíbrio econômico-financeiro na modalidade de delegação em foco, o que é de suma importância para o tópico da indenização.

Para MARÇAL JUSTEN FILHO, pois, a diferença entre concessão e permissão reside na própria finalidade de cada uma: “ (...) o Estado não tem livre escolha para optar entre concessão e permissão, especificamente porque a atividade precária desta pode ser incompatível com a atividade objeto do contrato” e, além disso, ele entende que “Concessão e permissão não são institutos equivalentes ou de conteúdos idênticos, ainda que as diferenças tradicionalmente apontadas venham sendo alteradas ou suprimidas pela evolução jurídica”²⁵⁶.

Esse estudioso, que se apresenta contrário à maioria doutrinária, consegue enxergar o instituto da concessão mais além, pois não o vislumbra apenas estruturalmente, como o faz a maioria dos juristas, mas consegue dar um passo adiante, porque, também o observa no que atine à sua funcionalidade, podendo compreender que a permissão atende muito mais adequadamente a determinadas situações do que a concessão e vice-versa.

Dessa forma, por não serem equivalentes, os institutos não podem ser comparados em igualdade de condições; seria como, por exemplo, comparar um carro e um avião, dois meios de transporte, em diferentes situações, mas cada um atendendo à sua finalidade da melhor maneira possível. Pense-se na situação de ir ao trabalho a uma distância de dois quilômetros, o carro é mais compatível; já no caso de uma viagem longa, o avião atenderia melhor ao usuário. Do mesmo modo, procede-se com os institutos de delegação de serviços público em estudo.

Outro doutrinador que diverge da maioria doutrinária é ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO por entender que a permissão possui natureza contratual, diferentemente do que prega a maioria dos especialistas, e por tal característica nega a precariedade na permissão, pois contrato, segundo o doutrinador, não se revoga, mas se rescinde.²⁵⁷

²⁵⁶ *Ibid*, p. 113 -114.

²⁵⁷ A natureza contratual ..., *op. cit.*, p. 56 e 63.

5.4. Autorização de serviço público

A autorização não possui previsão no artigo 175 da Constituição Federal, mas está prevista no artigo 21, XII, da Carta Magna, podendo ser concebida como mais uma modalidade de delegação de serviço público²⁵⁸. HELY LOPES MEIRELLES define a autorização tendo como pressupostos os serviços:

Serviços autorizados são aqueles que o Poder Público, por ato unilateral, precário e discricionário, consente na sua execução por particular para atender a interesses coletivos instáveis ou emergência transitória. Fora destes casos, para não fraudar o princípio da licitação, a delegação deve ser feita mediante permissão ou concessão.²⁵⁹

Observa-se, então, que a autorização é o procedimento mais informal para a delegação de serviço público, uma vez que não necessita da existência de uma licitação prévia. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO concebe a autorização administrativa de três modos; em um primeiro momento seria:

(...) o ato unilateral e discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade material ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos. Trata-se da autorização como ato praticado no exercício do poder de polícia.²⁶⁰

Já em um segundo momento, a doutrinadora entende a autorização como “(...) ato unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público faculta ao particular o uso privativo de bem público, a título precário. Trata-se de autorização de uso”²⁶¹. Por fim, em um terceiro momento, “A autorização é o ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega a particular a exploração de serviço público, a título precário. Trata-se de autorização de serviço público”²⁶².

Para que se possa compreender melhor o instituto da autorização, busca-se a sua origem nas lições de DINORÁ ADELAIDE MUSSETI GROTTI:

²⁵⁸ “Art. 21. Compete à União:

(...)

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão”.

²⁵⁹ **Direito administrativo** ..., op. cit., p. 375-376.

²⁶⁰ **Parcerias na administração pública** ..., op. cit., p. 132.

²⁶¹ *Ibid*, p. 133.

²⁶² *Id*.

A divulgação internacional das propostas de privatização chega ao Brasil: as empresas estatais viram particulares; o regime de exploração dos serviços públicos sofre “sucessivos choques de alta tensão”, admitindo-se a exploração em regime privado, por meio de autorizações, não mais pelas clássicas concessões, introduzindo-se a gradativa competição entre prestadores, por diversos mecanismos, sujeitando-se tanto a regimes de regulação como às regras nacionais de defesa da concorrência.²⁶³

Retornando à visão de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, para ela, a autorização pode ser utilizada tanto no que concerne à atividade econômica em sentido estrito como no que atine ao serviço público. Todavia, tal posicionamento não é unanimidade, e, mais uma vez, MARÇAL JUSTEN FILHO discorda de parte da doutrina, e apresenta raciocínio divergente, entendendo que a autorização não é instrumento de delegação de serviço público, mas que seria exclusivamente para a utilização de atividade econômica em sentido estrito.

A fim de que se possa resumir melhor o pensamento do autor, transcrevem-se as seguintes lições:

Enfim, concedem-se serviços públicos; autorizam-se serviços privados.
(...)

Ora, concessão e permissão produzem encargos para os delegatários de serviços públicos e, por contrapartida, também geram direitos. A autorização produz pequenos encargos para a Administração na exata medida em que gera restritos deveres para os particulares. E é assim porque, de regra, as atividades sobre as quais versa não se constituem em serviço público. Por isso, não terá qualquer efeito a palavra “autorização” quando se verificar que se versa sobre serviço público e adota regime característico de concessão ou permissão.²⁶⁴

Pelo histórico referido por DINORÁ ADELAIDE MUSSETI GROTTI, é razoável concluir que a autorização é reflexo do processo de privatização e que acaba, inclusive, propiciando maior concorrência, encontrando-se, desse modo, no âmbito do regime privado. ALMIRO DO COUTO SILVA explica que a autorização é um instrumento para delegar a gestão de serviços públicos, que nasceu a partir da onda de privatizações²⁶⁵.

²⁶³ **O serviço público** ..., *op. cit.*, p. 156.

²⁶⁴ **Teoria** ..., *op. cit.*, p. 130.

²⁶⁵ **Privatização no Brasil** ..., *op. cit.*, p. 55.

Observa-se que o posicionamento de MARÇAL JUSTEN FILHO revela certa coerência e lógica. Todavia, o presente trabalho filia-se à corrente majoritária, pois entende ser possível autorizar serviço público, sem perda, em momento algum, de sua finalidade primordial: promover a coesão social e solidariedade, ainda que seja explorado sob o regime de Direito Privado.

6. PRINCÍPIOS ATINENTES AO SERVIÇO PÚBLICO

6.1. Generalidades

Em primeiro lugar, cabe fazer um breve esclarecimento a respeito da importância dos princípios no ordenamento jurídico. Eles sofreram algumas transformações quanto ao seu critério de valoração ao longo dos anos, tendo em vista que, à luz do direito natural, eram efetivamente considerados, enquanto que no positivismo estiveram abaixo das regras na escala de valoração²⁶⁶.

Na esteira da evolução dos princípios, após algumas modificações, eles tomaram um vulto de grande importância para o ordenamento jurídico, na atualidade, tendo em vista que são as vigas mestras do chamado edifício jurídico e sem as quais não haveria modo de mantê-lo erguido²⁶⁷. Tal é um, dentre os vários sentidos semânticos, atribuído à expressão e será o que o presente trabalho irá se filiar.

JOSÉ ROBERTO VIEIRA demonstra com acuidade que a expressão princípios constitucionais contém uma gama de sentidos, sendo larga a diversidade semântica da palavra “princípios”²⁶⁸.

Ademais, vale frisar que os princípios estão inseridos no ordenamento jurídico, apresentando, assim, várias funções. Eles oferecem como um de seus papéis primordiais o da interpretação do texto positivado. Para além disso, os princípios, segundo RONALD DWORKIN, quando entram em contradição são

²⁶⁶ “No que se refere ao jusnaturalismo, é de se preservar a importância que tal escola dispensa aos princípios jurídicos, mas não a ponto de serem considerados como verdades imutáveis, como dogmas; ao contrário como institutos ‘em integração’ (...) (...) Do pensamento positivista, extrai-se, como fator a ser considerado e mantido, a possibilidade de seu ingresso na órbita jurídica positiva, o que faz com que sejam trabalhados não mais da forma como se faz pelo prisma do Direito Natural; verdades absolutas imutáveis e inacessíveis à crítica. Contudo, nesta corrente, não são reconhecidos como Direito, pois o papel a eles destinado (visto que ainda são considerados, nesta perspectiva, apenas como princípios gerais do Direito), demonstra inferioridade hierárquica frente às regras, o que implica a sua quase inutilidade jurídica (...)”. – MARCO ANTONIO LIMA BERBERI, **Os princípios na teoria do direito**, p. 66-67 – .

²⁶⁷ ROQUE ANTONIO CARRAZZA opina no mesmo sentido: “Por igual modo, em qualquer Ciência, ‘princípio’ é começo, alicerce, ponto de partida. Pressupõe, sempre, a figura de um patamar privilegiado, que torna mais fácil a compreensão ou a demonstração de algo. Nesta medida, é, ainda, a ‘pedra angular’ de qualquer sistema”. – **Curso ...**, op. cit., p. 37 – .

²⁶⁸ Bocage e o terrorismo constitucional das medidas provisórias tributárias: a emenda pior que o soneto, in ROBERTO FERRAZ, **Princípios e limites da tributação**, p. 685-688.

aplicados pelo método da ponderação, enquanto que “*As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada*”, apresentando assim maior maleabilidade²⁶⁹.

Os princípios são os elementos nucleares na interpretação constitucional, possuindo, conforme mencionado, uma importância relevante, confirmada pela explicação de EROS ROBERTO GRAU:

Complexidade e gravidade da interpretação constitucional, no entanto, maiores se tornam em razão da circunstância de, além de os princípios serem tomados como critério dominante para ela – a interpretação –, comporem-se também como objeto da interpretação.²⁷⁰

Os princípios estão presentes no próprio texto constitucional e, além disso, devem direcionar também a interpretação das outras regras e dos próprios princípios. O tema do serviço público envolve, necessariamente, o texto constitucional, e, conseqüentemente, está relacionado com alguns princípios. Outro fator importante, no que tange aos serviços públicos, é que eles estão relacionados aos direitos fundamentais e, segundo ROBERT ALEX Y, quando se estudam temas adstritos aos direitos fundamentais, torna-se essencial o estudo dos princípios²⁷¹.

Um jurista que trouxe grande contribuição ao estudo dos princípios é HUMBERTO ÁVILA, ensinando que:

Demonstrar-se-á, de um lado, que os princípios não apenas explicitam valores, mas indiretamente, estabelecem espécies precisas de comportamentos; e, de outro, que a instituição de condutas pelas regras também pode ser objeto de ponderação, embora o comportamento preliminarmente previsto dependa do preenchimento de algumas condições para ser superado.²⁷²

O jurista trouxe a idéia de postulado e ele define que: “*As regras, a seu turno, são normas imediatamente descritivas de comportamento devido ou*

²⁶⁹ Levando os direitos a sério, p. 39.

²⁷⁰ A ordem ..., op. cit., p. 152.

²⁷¹ Teoria de los derechos fundamentales, p. 81. EROS ROBERTO GRAU descreve a visão de princípios sob o perfil de ROBERT ALEX Y: “Logo, os ‘princípios’ são ‘mandamentos de otimização’, cuja principal característica está no fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus e de a medida devida de seu cumprimento não depender exclusivamente das possibilidades materiais, mas também das possibilidades jurídicas”. – Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito – .

²⁷² Teoria dos princípios, p. 17.

*atributivas de poder. Distintamente, os postulados não descrevem comportamentos, mas estruturam a aplicação de normas que o fazem.”*²⁷³

O objetivo do presente trabalho é relacionar o serviço público com a sua remuneração; logo, os princípios serão estudados de um modo breve, o que não significa que eles desfrutem de uma menor relevância no ordenamento jurídico. Ao contrário, os princípios é que dão embasamento aos temas constitucionais, são mandatos de otimização do sistema²⁷⁴.

Mais um esclarecimento deve ser realizado, antes de adentrar no estudo dos princípios eleitos por este trabalho, no que se refere ao estudo do serviço público, uma vez que nem todos serão apresentados, em razão de escolhas realizadas. Tais escolhas são feitas pela doutrina. Veja-se, por exemplo, CRISTIANE DERANI, que elege como objetivos, - que nada mais são do que princípios - , do serviço público em sentido estrito: “ (...) ‘*continuidade*’ do serviço efetivo no tempo, ‘*universalidade*’ geográfica na prestação (atender a todos em qualquer parte da sociedade); ‘*equidade*’ no tratamento dos usuários, compatível com as imposições financeiras, econômicas e sociais”²⁷⁵. Seja o serviço público remunerado por meio de tarifa ou taxa, em ambos os casos será observado o regime jurídico de Direito Administrativo e subsidiariamente, nas tarifas, o Direito Administrativo Econômico . O mesmo fato ocorre em relação aos princípios, pois eles irão reger o gênero serviço público, seja este prestado diretamente pelo Estado ou pela iniciativa privada²⁷⁶.

6.2. Princípio da igualdade

A igualdade é um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro, sendo importante não só no que atine aos serviços públicos, mas em todas as disciplinas jurídicas. JOSÉ ROBERTO VIEIRA relata de modo sábio:

²⁷³ *Ibid*, p. 89.

²⁷⁴ *Ibid*, p. 113.

²⁷⁵ **Privatizações** ..., *op. cit.*, p. 67.

²⁷⁶ MARÇAL JUSTEN FILHO também defende o mesmo posicionamento: “O Estado tem o dever de assegurar que as necessidades individuais e coletivas continuem a ser satisfeitas, depois de produzida a privatização. A empresa privada que assumir a atividade correspondente ao serviço público, ainda que o faça sob o regime de Direito Privado, terá o dever de fazê-lo em termos universais, com observância dos princípios da igualdade, da continuidade e da modicidade das tarifas”. - **Teoria** ..., *op. cit.*, p. 65 -.

E Francisco Campos afirmava que, se há uma norma constitucional que nós devamos eleger como a mais relevante de todo texto da Lei Mãe – é ela que está em jogo na questão da extrafiscalidade – é a norma da igualdade. Souto Maior Borges, recuperando hoje o raciocínio de Francisco Campos, assevera que esse é o protoprincípio da nossa Constituição. É pouco dizermos que a Igualdade ‘está’ na Constituição Brasileira: na verdade, diz mestre Souto – e isso confere a exata medida à importância da discussão acerca da extrafiscalidade – a Igualdade ‘é’ a Constituição Brasileira.²⁷⁷

O princípio da igualdade terá alguns reflexos, e, a partir dele, nascerão outros princípios. MARÇAL JUSTEN FILHO demonstra que:

A igualdade envolve o tratamento não discriminatório e universal para todos os usuários. Não se pode restringir o acesso aos benefícios do serviço público para os sujeitos que se encontrem em igualdades de condições.²⁷⁸

Ressalte-se bem a questão dos sujeitos que se encontrem em igualdades de condições, pois é certo que há situações de possível tratamento diferenciado²⁷⁹.

Uma decorrência do princípio da igualdade é a generalidade que, segundo DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI, é “ (...) a possibilidade de que o serviço possa ser exigido e usado por todos”²⁸⁰. Logo, a igualdade, assim como a continuidade, que será analisada posteriormente, vem a atender à função social e traz coesão à sociedade, pois, de nada adiantaria a oferta de serviços públicos se eles não pudessem ser utilizados por toda a sociedade.

É manifesto que algumas vezes, como já destacado, o serviço será usufruído em uma situação diferenciada. Por exemplo, a cobrança de tarifas sociais demonstra um tratamento diferenciado, mas que é permitido em razão de se estar objetivando valores consubstanciados na Constituição Federal, como a busca da redução das desigualdades sociais.

A igualdade, devido à sua grande importância, possui alguns desdobramentos, que, na visão de MARÇAL JUSTEN FILHO, são a universalidade

²⁷⁷ Tributos Federais, XVII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, **Revista de Direito Tributário**, n. 91, p. 80.

²⁷⁸ **Teoria** ..., *op. cit.*, p. 31.

²⁷⁹ Cf. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**.

²⁸⁰ **O serviço público** ..., *op. cit.*, p. 288.

e a neutralidade²⁸¹. Para o autor, “A universalidade significa que o serviço público deve ser prestado em benefício de todos os sujeitos que se encontrem em situação equivalente, de modo indeterminado”²⁸². JOANA PAULA BATISTA defende que a generalidade e a universalidade seriam sinônimos e que o princípio estaria presente tanto nos serviços de saúde, quanto nos de educação, entre outros²⁸³.

Quanto à neutralidade, na visão de MARÇAL JUSTEN FILHO, seria o fato de:

(...) vedar a prestação do serviço a qualquer circunstância individual incompatível com o postulado da isonomia. Assim, não é possível produzir privilégios fundados em sexo, raça, credo religioso ou local de domicílio, exceto quando tais circunstâncias refletirem valores distintos, que demandem diferenciação.²⁸⁴

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO já enxerga o princípio da igualdade com um enfoque voltado para a neutralidade, conforme o conceito dado pela autora: “Pelo ‘princípio da igualdade dos usuários’ perante o serviço público, desde que a pessoa satisfaça as condições legais, ela faz jus à prestação do serviço, sem qualquer distinção de caráter pessoal”²⁸⁵.

Consoante já relatado, é possível o tratamento diferenciado perante algumas situações, sem que haja um desrespeito ao princípio da igualdade, desde que sejam observadas as lições de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

(...) haja correlação lógica entre o critério desigualador e a igualdade de tratamento. Contudo, ainda se requer mais, para lisura jurídica das desequiparações. Sobre existir nexos lógicos, é mister que este retrate concretamente um bem – e não um desvalor - absorvido no sistema normativo constitucional.²⁸⁶

O tratamento diferenciado vem, então, a concretizar valores constitucionais, assim, toda a relação de desequiparação que seja realizada deve estar em conformidade com o texto constitucional. MARÇAL JUSTEN FILHO faz a

²⁸¹ Serviço público ..., *op. cit.*, p. 157.

²⁸² *Id.*

²⁸³ Remuneração ..., *op. cit.*, p. 42-43.

²⁸⁴ Serviço público ..., *op. cit.*, p. 157.

²⁸⁵ Direito ..., *op. cit.*, p. 102.

²⁸⁶ Conteúdo ..., *op. cit.*, p. 42.

correlação do tratamento diferenciado na aplicação das tarifas, o que traz a concretização, para o autor, do princípio da isonomia²⁸⁷.

O fato de o serviço ser delegado à iniciativa privada não descaracteriza o princípio em questão, que deve ser observado tanto pelo Poder Público como pelo particular, opinião que já foi expressa no presente trabalho e que não deve ser esquecida sob pena de os serviços públicos não promoverem um de seus principais objetivos que é a coesão social.²⁸⁸

Por meio dos princípios, conclui-se mais uma vez que a delegação da prestação dos serviços públicos à iniciativa privada não fere qualquer direito ou garantia constitucional, pois os serviços continuam a atender à sua função social. Contudo, cabe ao Estado, titular que é do serviço público, exercer o controle jurisdicional sobre a efetivação do princípio da igualdade e seus desdobramentos.

6.3. Princípio da continuidade

O princípio da continuidade deve ser entendido no aspecto de como o serviço público deve ser prestado e é conhecido como uma de suas leis, criadas por ROLLAND, que considera o princípio em questão o mais importante dentre os relativos ao serviço público²⁸⁹. Logo, grande parte da filosofia do serviço público encontra-se presente nesse princípio²⁹⁰.

²⁸⁷ “A outorga de benefícios tarifários, mediante compensações provenientes dos cofres públicos, pode decorrer da necessidade de assegurar aos usuários tratamentos diversos, na medida em que se diferenciam. A padronização da tarifa para todos os usuários pode configurar infração ao dever estatal de assegurar a discriminação compatível com situações peculiares e distintas”. – MARÇAL JUSTEN FILHO, **Teoria** ..., op. cit., p. 92 -.

²⁸⁸ “Sendo parte do regime jurídico constitucional dos serviços públicos, este princípio deve ser observado tanto pelos seus titulares por determinação constitucional expressa, quanto pelo legislador quando da criação dos novos serviços públicos.

Além disso, como assume nítida conotação garantística aos usuários serve de fundamento ao controle social e jurisdicional dos serviços públicos”. – JOANA PAULA BATISTA, **Remuneração** ..., op. cit., p. 43 -.

²⁸⁹ Apud, ALMIRO DO COUTO SILVA, Privatização no Brasil ..., op.cit., p. 63.

²⁹⁰ É a lição retirada da obra de EROS ROBERTO GRAU: “Boa parte da filosofia do serviço público encontra inspiração no princípio da continuidade do serviço público. Aliás, a idéia de continuidade é inerente, mesmo no Medievo, ao empreendimento de atividades que assumissem a configuração de que modernamente denominamos ‘serviço público’. Uma ordenança de Charles IX, rei de França, de 1560, estabelecia que aos titulares de direitos de pedágio (*droits de Peage*) incumbia a conservação em boa e devida reparação (=em bom estado) das pontes, caminhos e passagens;

Como o próprio nome denota, a continuidade significa que o serviço público deve ser prestado sem interrupção em face da importância que o instituto possui em face da sociedade. Várias são as definições encontradas na doutrina para o princípio da continuidade do serviço público. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, por exemplo, entende que “ (...) *significa ser impossível a interrupção do serviço, por iniciativa do concessionário a não ser em hipóteses estritas previstas em lei e no contrato*”²⁹¹; MARÇAL JUSTEN FILHO caminha no mesmo sentido, respaldando-se no porquê da não interrupção, e afirma que “*A continuidade significa a impossibilidade de interrupção da prestação do serviço, eis que se presume que as utilidades prestadas são essenciais e indispensáveis à sobrevivência ou à normalidade da vida*”²⁹².

Se o serviço sofre interrupção, ele deixa de atender à sua finalidade primordial que é satisfazer às necessidades coletivas. A interrupção somente será permitida em situações excepcionais, que deverão ser analisadas cuidadosamente caso a caso. A impossibilidade de suspensão do serviço público e a responsabilização civil do prestador do serviço são consequências jurídicas do princípio da continuidade, segundo MARÇAL JUSTEN FILHO²⁹³.

Para além disso, MARÇAL JUSTEN FILHO relaciona o princípio da continuidade com a atividade de polícia exercido pelo Estado, e leciona que “*A continuidade do serviço público também justifica a utilização do poder de coação estatal, para assegurar a suspensão dos obstáculos a tanto ou para produzir medidas necessárias a manter a atividade em funcionamento*”, em brilhante conclusão²⁹⁴. Ora, a partir de tal ligação, percebe-se mais uma vez que, apesar de o serviço ter a sua prestação delegada à iniciativa privada, ele continua a ser público, inclusive no que toca à sua fiscalização.

isso não sendo feito, o produto das receitas do pedágio seria tomado pelos agentes do Reino ('Procureurs') e aplicado à reparação e conservação devidas”. – **A ordem** ..., *op. cit.*, p. 121-122 – .

²⁹¹ **Parcerias na administração pública** ..., *op. cit.*, p. 78.

²⁹² **Teoria** ..., *op. cit.*, p. 31.

²⁹³ Serviço público ..., *op. cit.*, p. 156.

²⁹⁴ *Ibid*, pp. 156-157.

No entanto, como fica o inadimplemento do usuário em face da continuidade do serviço público? DINORÁ ADELAIDE MUSSETTI GROTTI responde a tal questionamento com base em precedentes judiciais:

A jurisprudência tem-se mostrado dividida diante da inadimplência dos usuários, ora dando pela impossibilidade de interrupção dos serviços públicos como forma de compelir o usuário ao cumprimento de obrigações, inclusive as relativas ao pagamento de dívidas em atraso, ora entendendo defensável a suspensão de tais fornecimentos.²⁹⁵

Uma conclusão quanto ao inadimplemento do usuário somente poderá ser retirada a partir do caso concreto, pois cada situação apresenta suas peculiaridades. Ora, sabe-se que há serviços públicos que são mais essenciais que outros e, também, há usuários que necessitam de um atendimento, ainda que se encontre em situação de inadimplência²⁹⁶.

²⁹⁵ **O serviço público** ..., *op. cit.*, p. 270.

²⁹⁶ ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ANÁLISE DE QUESTÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INADIMPLEMENTO. DÉBITOS ANTIGOS E JÁ CONSOLIDADOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. É vedado o reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula 7 desta Corte. 2. A Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, prevê, nos incisos I e II do § 3º do art. 6º, duas hipóteses em que é legítima sua interrupção, em situação de emergência ou após prévio aviso: (a) por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; (b) por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade. 3. Todavia, quando se tratar de cobrança de débitos antigos e consolidados, essa Corte firmou o entendimento de que é indevido o corte de energia elétrica, devendo os mencionados débitos serem cobrados pelas vias ordinárias de cobrança. 4. Recurso especial a que se nega provimento. (Superior Tribunal de Justiça; REsp 706043 / RS RECURSO ESPECIAL 2004/0168369-5; Relator: Ministro Teori Albino Zavascki; Órgão Julgador: Primeira Turma; Data do Julgamento: 06.12.2007) <Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 18.02.2008.>

ADMINISTRATIVO – SERVIÇO DE TELEFONIA – FALTA DE PAGAMENTO – BLOQUEIO PARCIAL DAS LINHAS DA PREFEITURA – MUNICÍPIO COMO CONSUMIDOR.

1. A relação jurídica, na hipótese de serviço público prestado por concessionária, tem natureza de Direito Privado, pois o pagamento é feito sob a modalidade de tarifa, que não se classifica como taxa.
2. Nas condições indicadas, o pagamento é contra prestação, aplicável o CDC, e o serviço pode ser interrompido em caso de inadimplemento, desde que antecedido por aviso.
3. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da isonomia e ocasiona o enriquecimento sem causa de uma das partes, repudiado pelo Direito (interpretação conjunta dos arts. 42 e 71 do CDC).
4. Quando o consumidor é pessoa jurídica de direito público, a mesma regra deve lhe ser estendida, com a preservação apenas das unidades públicas cuja paralisação é inadmissível.

Considerada, brevemente, a questão do inadimplemento, não se pode deixar de lembrar que o princípio da continuidade possui uma função social, como bem destaca ALMIRO DO COUTO E SILVA:

Os deveres ou obrigações de universalização e de continuidade dos serviços são impostos pelo Estado ao seu prestador na intenção de assim procurar atingir, da forma mais ampla possível, a coesão social e do território, de sorte a assegurar que grupos de pessoas ou partes do território não fiquem excluídos dos serviços, cujo acesso deverá ser facilitado pelos níveis módicos ou razoáveis dos preços cobrados.²⁹⁷

A continuidade visa a promover a coesão social e assim tornar o serviço público efetivamente factível, porquanto o princípio, segundo EROS ROBERTO GRAU:

(...) expressa-se como exigência de funcionamento regular do serviço, sem qualquer interrupção (...) E assim é porque serviço público é atividade indispensável à consecução da coesão social e sua noção há de ser construída sobre as idéias de coesão e de interdependência social.²⁹⁸

6.4. Princípio da eficiência

Por fim, o último princípio a ser objeto de estudo é o da eficiência. Tal princípio foi introduzido expressamente no texto constitucional com a Emenda Constitucional nº 19 de 1998, que, além de incluir o novo princípio, modificou a estrutura da Administração Pública no Brasil²⁹⁹. Contudo, deve-se ter ciência de

5. Recurso especial provido.
(Superior Tribunal de Justiça; REsp 742640 / MG
RECURSO ESPECIAL
2005/0061866-8; Relatora: Ministra Eliana Calmon; Órgão Julgador: Primeira Turma; Data do Julgamento: 06.09.2007)

²⁹⁷ Privatização no Brasil ..., *op. cit.*, p. 65.

²⁹⁸ **A ordem** ..., *op. cit.*, p. 122-123.

²⁹⁹ “Não basta, hoje, ao Direito, que a ação administrativa do Estado ‘exista’, seja ‘válida’ e ‘eficaz’. A simples busca da ‘produção de efeitos’, ou seja, pretender-se apenas a ‘eficácia’ da ação, já era insuficiente para a Sociologia do Direito. Agora passou a sê-lo também para o Direito Administrativo. Acrescentou-se, aos quatro princípios constitucionais da administração pública, um quinto, o da ‘eficiência’, que, doutrinariamente, no plano do Direito Público, poderá ir até bem mais além, para

que, antes da Emenda Constitucional referida, já havia uma idéia implícita de eficiência no ordenamento pátrio e a aquela se encontrava no princípio da moralidade³⁰⁰. Logo, antes de iniciar o estudo do princípio, deve-se ter em mente, conforme ensinamento de EMERSON GABARDO que,

No Brasil, a eficiência, mais que um princípio de Direito Administrativo, é um princípio de Direito Constitucional, condicionante de toda atividade administrativa do Estado, inclusive a enquadrada como da ordem econômica (constitucional ou não).³⁰¹

O princípio, por ser de ordem constitucional, possui toda uma importância frente ao ordenamento jurídico brasileiro.

Na origem do princípio, no direito brasileiro, observa-se a influência do utilitarismo norte-americano na importação do referido princípio³⁰². Consoante informa ALMIRO DO COUTO E SILVA; que também destaca o fato de o Direito Administrativo brasileiro tê-lo adotado, ainda, a partir das instituições típicas do Direito Administrativo estadunidense, as agências reguladoras³⁰³.

A eficiência está relacionada à economia e é utilizada, no âmbito da reforma administrativa, como uma “ (...) idéia de ‘modernização da gestão do Estado’”; e, para tanto, ela “ (...) está intimamente ligada à necessidade de maior

nortear, acolá da ação administrativa, também a produção legislativa e a interpretação judiciária, temas de grande interesse na atualidade.

Nessa linha, tornou-se constitucionalmente exigível a ‘eficiência’ do setor público, em sua atuação como gestor de interesses da sociedade, elevando-a a ‘direito difuso da cidadania’ (...). - DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Mutações ..., op. cit., p. 32 -.

³⁰⁰ CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO ensina que: “Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da ‘boa administração’” – **Curso** ..., p. 104- e o princípio da boa administração exposto por HELY LOPES MEIRELLES, citando FRANCO SOBRINHO, está intimamente relacionado ao da moralidade: “A moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito do ‘bom administrador’, que, no dizer autorizado de Franco Sobrinho, ‘é aquele que, usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum’” – **Direito administrativo** ..., p. 84 – .

³⁰¹ **Princípio constitucional** ..., op. cit., p. 18.

³⁰² O utilitarismo é uma corrente filosófica, estritamente ligada à economia, baseada no princípio da utilidade, que tem como principais filósofos JEREMY BENTHAM e JOHN STUART MILL. Para JEREMY BENTHAM: “O princípio da utilidade reconhece esta sujeição e a coloca como fundamento desse sistema, cujo objetivo consiste em construir o edifício da felicidade através da razão e da lei” – **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**, p. 09 – .

³⁰³ Privatização no Brasil ..., op. cit., p. 56. E o autor expressa claramente que: “Dessa aproximação resultou, entre outras coisas, a introdução, no nosso complexo normativo, não só de princípios extraídos do utilitarismo norte-americano, como o da eficiência, (...)” – *Idem*.

eficiência e atendimento às expectativas da sociedade”, conforme o pensamento de MARCOS JURUENA VILELLA SOUTO³⁰⁴. É a eficiência que vai fundamentar a passagem de uma Administração Pública do modelo burocrático para o modelo gerencial, que foca a obtenção de resultados e não mais a utilização de procedimentos³⁰⁵.

Estar relacionado às expectativas da sociedade é de suma importância para que esse princípio não ganhe ares tão-somente de eficiência econômica, pois se assim fosse, não atingiria a sua função social. Deve-se observar a distinção entre eficiência alocativa e eficiência distributiva, que é realizada por DIOGO ROSENTHAL COUTINHO:

Com base na distinção entre eficiência alocativa e eficiência distributiva, busca-se apontar os dilemas e desafios que enfrenta a regulação que se pretenda atenta não somente à dimensão do bem-estar agregado da coletividade (eficiência alocativa), mas também à forma com se distribuem os ganhos e benefícios, decorrentes do aumento do bem-estar geral, entre os destinatários dos serviços públicos regulados (eficiência distributiva).³⁰⁶

A idéia de eficiência distributiva não estaria relacionada à de igualdade distributiva? Sim, pode-se observar, por meio da doutrina de MARCIANO SEABRA DE GODOI, que, ao estudar RONALD DWORKIN, dispõe que esse filósofo ao examinar a igualdade distributiva, elegeria alguns critérios para que houvesse a distribuição de riquezas e recursos de modo a tornar a sociedade mais igualitária³⁰⁷. Confirma-se, então, que a eficiência distributiva é sinônimo da

³⁰⁴ **Desestatização: privatização** ..., *op. cit.*, p. 131.

³⁰⁵ Crítica realizada por EMERSON GABARDO, no que toca a este tema, é procedente e, portanto, merece ser transcrita: “A deturpação decorrente da formação de um ‘estamento burocrático’, completamente afastado do modelo burocrático, propiciou o nascimento de um preconceito em relação ao próprio modelo; o preconceito tornou-se resistência; a resistência tornou-se crítica; a crítica mera negação. Sendo assim, ao invés de medidas tendentes a realinhar o regime a fim de aproximá-lo do ideal, tornou-se corrente a busca por desburocratização. Por este motivo é que o termo, de expressão da racionalidade impessoal característica do Estado Moderno, acabou por conotar um sistema lento, precário, inflexível e dispendioso; em suma: ineficiente”. – **Princípio constitucional** ..., *op. cit.*, p. 44 –.

³⁰⁶ A universalização ..., *op. cit.*, p. 65.

³⁰⁷ “Antes de passar ao exame das duas grandes concepções discutidas por Dworkin nos referidos artigos, deve-se esclarecer que sua teoria diz respeito a somente uma esfera de igualdade, a igualdade distributiva (‘distributional equality’), enquanto a esfera de igualdade política não é abrangida por suas especulações, conforme o próprio autor reconhece. Ao estudar a igualdade distributiva, Dworkin tem em mente eleger um critério ou alguns critérios para a distribuição de

igualdade distributiva, relacionando-se, assim, o princípio da eficiência com o da igualdade.

Contudo, o vocábulo eficiência deve ser ainda analisado de um modo mais aprofundado para melhor compreender sua função no âmbito da Administração Pública. Tal estudo é realizado por CRISTIANE DERANI:

Eficiência, quando atributivo de um objeto, é adjetivo que qualifica o funcionamento, ou seja, o movimento – o modo como aquele objeto se movimenta para atingir determinados fins. Assim, para classificar um objeto como eficiente tem de se conhecer o objeto, bem como seu movimento e os fins objetivados.³⁰⁸

É a partir do referido sentido do que é a eficiência, que será possível entender o funcionamento do princípio na Administração, consoante ensinamento de CRISTIANE DERANI:

Uma administração eficiente tem um sentido próprio que precisa ser investigado, a partir do conhecimento do objeto (administração pública), sua finalidade (interesse público - justiça distributiva), e seu modo de operar (preenchimento dos princípios normativos e das regras que lhe são diretamente atribuídas).³⁰⁹

Logo, a eficiência na Administração deve atender ao interesse público, favorecendo a coesão social.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO relaciona a eficiência diretamente aos interesses dos usuários de serviços públicos: “A *eficiência da administração pública – a necessidade de restringir custos e aumentar a qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário – torna-se então essencial*”³¹⁰. Daí que se fosse objetivada somente a redução de custos, sem a contrapartida da satisfação da sociedade, nos serviços públicos, tal situação encontraria o caos como sinônimo.

Opinião similar é apresentada por DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI:

dinheiro, ativos e outros recursos entre os indivíduos, de modo que a que o princípio de tratar os indivíduos como iguais seja cumprido ou concretizado da melhor forma. Na questão da igualdade distributiva, deve-se pois concluir qual esquema de distribuição de dinheiro, ativos e recursos trata realmente os cidadãos como iguais (sic)”. – Justiça, igualdade e direito tributário, p. 86 – .

³⁰⁸ **Privatizações** ..., *op. cit.*, p. 142.

³⁰⁹ *Id.*

³¹⁰ **Parcerias na administração pública** ..., *op. cit.*, p. 42.

A eficiência diz respeito ao cumprimento das finalidades do serviço público, de molde a satisfazer necessidades dos usuários, do modo menos oneroso possível, extraindo-se dos recursos nele empregados a maior qualidade na sua prestação.³¹¹

Um serviço bem prestado, que satisfaça o usuário, preenchendo os padrões de qualidade e sendo cobrada uma tarifa módica, é um serviço prestado de modo eficiente.

Outra visão do princípio da eficiência, além de reduzir custos e buscar uma satisfação coletiva, é o enfoque apresentado por MARÇAL JUSTEN FILHO no sentido de quanto mais eficiente o serviço, mais se amplia a competição econômica, com a conseqüente limitação do poder econômico daquele que presta o serviço público³¹². Com mais agentes fornecendo o mesmo serviço, no mercado, há uma redução no preço das tarifas, tornando-as mais competitivas³¹³.

Assim, a eficiência deve ser buscada tanto no perfil econômico, quanto no enfoque social, pois se o serviço público é prestado de modo eficiente, ele deve ter como objetivo reduzir o custo do serviço e atender à população do modo que traga a maior satisfação possível.

³¹¹ **O serviço público** ..., *op. cit.*, p. 299.

³¹² Serviço público ..., *op. cit.*, p. 165.

³¹³ É necessário fazer referência à teoria neoclássica do poder econômico nos mercados, que é muito bem delineada por CALIXTO SALOMÃO FILHO: " (...) a principal forma de manifestação do poder econômico nos mercados está na faculdade (poder) de aumentar preços através da redução da oferta do bem ou serviço. A tal ponto que – retomando o que foi dito na introdução a esse capítulo – o poder no mercado vem definido como o poder de aumentar preços". – **Direito concorrencial: as estruturas**, p. 82 – .

PARTE II - DAS TAXAS E DAS TARIFAS

1. PRINCÍPIOS ATINENTES ÀS TAXAS

1.1. Aspectos gerais

As taxas são tributos e, portanto, ensejam a relação jurídica tributária. Conseqüentemente, serão regidas pelos princípios que compõem o sistema constitucional tributário, fato destacado na doutrina, entre tantos outros, por BERNARDO RIBEIRO DE MORAES: “*Sendo espécie tributária, possuindo as características essenciais de seu gênero, a taxa não pode deixar de estar sujeita a certos princípios constitucionais relativos a todo e qualquer tributo*”³¹⁴.

Cabe lembrar que nem todos os princípios tributários serão objeto de estudo na presente pesquisa, mas unicamente aqueles que foram eleitos em razão da sua maior relevância. Por fim, recorde-se que, na primeira parte do presente trabalho, foi destacada a importância dos princípios no ordenamento jurídico, devendo aquelas reflexões ser reaproveitadas aqui, neste tópico também.

1.2. Princípio da Legalidade Tributária

A Constituição Federal de 1988 traz o Princípio da Legalidade em diversos momentos, e no que se refere à legalidade no âmbito do Direito Tributário, determina claramente que não é permitido exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça, traçando especificamente uma garantia do cidadão.

O referido princípio possui sua origem na Inglaterra, presente nessa sociedade antes mesmo da proclamação da Magna Carta, contrariando o que admite a doutrina majoritária. A grande contribuição trazida por esse documento foi tornar a legalidade um princípio geral e abstrato, retirando o caráter contratual antes existente. VICTOR UCKMAR traz importante subsídio histórico para a origem do referido princípio:

³¹⁴ Doutrina e prática ..., op. cit., p. 263.

Geralmente imputa-se à 'Magna Charta' a primeira afirmação do princípio de que nenhuma prestação pecuniária pode ser imposta, se não por deliberação dos órgãos legislativos. Porém, a origem se encontra em época anterior: por exemplo, na Inglaterra, o Rei, que já percebia impostos e obtinha subsídios pelo direito consuetudinário, exigia dos vassallos, para fazer frente a despesas extraordinárias, pagamentos em direito e estes podiam – embora fosse praticamente impossível – impugná-los.³¹⁵

A legalidade passou por diversas mudanças, ao longo dos anos, acompanhando a evolução do Estado, assim como ocorreu com os serviços públicos, como anteriormente demonstrado. Na época do Estado Liberal, o princípio tinha uma essência estritamente formalista, deixando de lado o aspecto material. Ocorre que, a partir das transformações e das necessidades sociais, o referido princípio passa a apresentar uma exigência de materialidade em seu conteúdo.

Em seara de Direito Público, a legalidade se apresenta como uma relação de conformidade e não de simples compatibilidade com a lei, é a chamada legalidade em sentido amplo³¹⁶. Outro aspecto da legalidade que não pode deixar de ser olvidado é vislumbrá-la como uma realização da República.

JOSÉ ROBERTO VIEIRA ensina: *“Dessarte, pode-se inferir que ‘caracterizam a República: a representatividade’, decorrente da eletividade, ‘a transitoriedade’ e ‘a responsabilidade’”*³¹⁷. O fato da representatividade ser uma das características da República está intimamente relacionada à legalidade, pois é por meio de lei, que os representantes políticos atuam e, nesse sentido, o jurista paranaense leciona:

Ora, é no procedimento legislativo, nos atos da produção legislativa que, indiscutivelmente, se surpreende a realização por excelência dessa

³¹⁵ **Princípios comuns de direito constitucional tributário**, p. 9.

³¹⁶ *“A visão restritiva do Princípio da Legalidade (relação de compatibilidade) consubstancia, na doutrina alemã, o que se denomina ‘Princípio da Preeminência da Lei’, enquanto a visão ampliativa (relação de conformidade) identifica-se com o ‘Princípio da Reserva da Lei’, como notícia Alberto Xavier. Por seu turno, Renato Alessi, o respeitado publicista italiano, refere-se ao ângulo restritivo (relação de compatibilidade) como o ‘sentido negativo do Princípio da Legalidade’, e como ‘sentido positivo do princípio’ ao ângulo ampliativo (relação de conformidade)”*. – JOSÉ ROBERTO VIEIRA, Fundamentos Republicano-Democráticos da Legalidade Tributária: Óbvios ululantes e não ululantes, in MELISSA FOLMANN (coord.), **Tributação e direitos fundamentais: propostas de efetividade**, p. 195-196.

³¹⁷ *Ibid*, p. 203.

dimensão participativa popular. Eis que, nessa porção mínima da noção conceptual de Democracia, identifica-se uma indefectível 'conexão com o Princípio da Legalidade'; e evidente que, se não o bastante para o desabrochar democrático em sua plenitude, mais do que o suficiente para reconhecer-lhe u'a manifestação efetivamente substancial.³¹⁸

No âmbito do Direito Tributário, como o princípio em questão corresponde a um caráter de legalidade em sentido estrito, haverá o risco latente de que tal requisito não seja atendido e, assim, prejudicá-lo, ou seja, como é destacado por ALBERTO XAVIER:

O princípio da reserva de lei, na acepção mais ampla que comporta, exprime – já o vimos – a necessidade de que toda a conduta da Administração tenha o seu fundamento positivo na lei, ou, por outras palavras, que a lei seja o pressuposto necessário e indispensável de toda a atividade administrativa.³¹⁹

A legalidade é uma das garantias mais importantes na vida dos cidadãos, o que fica claro com as lições de JOSÉ ROBERTO VIEIRA:

De um ângulo mais largo, 'a legalidade tributária', como um corolário da legalidade genérica, 'encontra-se irrecusavelmente entre os direitos e garantias fundamentais' (Constituição, artigo 5º, II). Já de um prisma mais estreito, ela tem 'um lugar privilegiado assegurado entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão-contribuinte' (Constituição, artigo 150, I).³²⁰

Portanto, o seu desrespeito prejudica um direito fundamental do cidadão com toda uma sólida construção, já que ela é a realizadora da idéia de autotributação.

A introdução da materialidade no Princípio da Legalidade não abre qualquer margem para que a garantia seja desrespeitada, mas, ao contrário, reforça ainda mais o caráter de obrigatoriedade do princípio, uma vez que o torna muito mais robusto e substancial.

Observados os aspectos históricos e sociais do princípio em questão, retorna-se ao estudo da legalidade no âmbito da taxa, sendo que:

³¹⁸ *Ibid*, p. 208.

³¹⁹ **Os princípios da legalidade** ..., *op. cit.*, p. 17.

³²⁰ Legalidade tributária e medida provisória ..., *op. cit.*, p. 179

(...) como tributo, deve ser instituída por lei, instrumento de atuação do Estado. Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Com a obrigação tributária se dá o mesmo, devendo o cidadão pagar taxa somente quando a lei assim o determine.³²¹

FABIANO VERLI faz elucidações ao Princípio da Legalidade, no que toca às taxas, mais especificamente, ao serviço público: *“Os serviços públicos, como parte fundamental da Administração, submetem-se aos princípios constitucionais a ela atinentes, principalmente ao relativo à legalidade e ao da eficiência”*³²². Observa-se, a partir do comentário do autor, que a legalidade já está presente no próprio conceito de serviço público. No que se refere às taxas, deve-se entender que a Legalidade Tributária também é princípio obrigatório.

O princípio da Legalidade Tributária será concretizado quando o ente político exercer a competência tributária. E ela é exercida por meio da edição de leis, pois a competência tributária nada mais é que uma competência legislativa³²³. Ao exercê-la, os entes políticos devem observar os limites constitucionais, limitações essas mencionadas por CRISTIANE MENDONÇA:

Vimos também que a Lei Constitucional estabelece, num só tempo, a faculdade para os entes políticos tributarem; os órgãos habilitados a exercerem tal ‘mister’ e os sujeitos que são obrigados a respeitar o exercício da tributação; e os limites formais e materiais que modelam a competência legislativo-tributária.³²⁴

Assim, conforme leciona ROQUE ANTONIO CARRAZZA: *“ (...) ‘criar’ um tributo é descrever abstratamente sua hipótese de incidência, seu sujeito ativo, sua base de cálculo e sua alíquota. Em suma: é editar, pormenorizadamente, a ‘norma jurídica tributária’*”³²⁵.

O Princípio da Legalidade possui grande importância em matéria tributária, pois o Direito Tributário atua na esfera da liberdade e da patrimonialidade. Logo, o Princípio da Legalidade nada mais é que *“ (...) um limite intransponível à atuação*

³²¹ **Doutrina e prática** ..., *op. cit.*, p. 90.

³²² **Taxas** ..., *op. cit.*, p. 174.

³²³ *“A competência para criar tributos é privativa do legislador, onde, como no Brasil, vige o princípio da legalidade (art. 150, I)”* – GERALDO ATALIBA, **Hipótese** ..., *op. cit.*, p. 66 – .

³²⁴ **Competência tributária**, p. 259.

³²⁵ **Curso** ..., *op. cit.*, p. 243.

do *Fisco*³²⁶. Ele é o princípio que vai conceder maior segurança jurídica aos contribuintes, pois atua na esfera da certeza e da previsibilidade da ação estatal.

No caso das taxas, pode-se concluir que a legalidade está presente em dois momentos: o primeiro é a edição da lei que regula a competência administrativa, seja do serviço público, seja como atividade de polícia, sendo o segundo, justamente, a edição da lei tributária, estabelecendo a norma jurídica tributária de incidência.

Assim, o legislador, quando instituir a taxa, deverá descrever a regra-matriz de incidência do tributo em questão, com a observância de todos os critérios da sua hipótese: material, espacial e temporal. Assim como, deverá, necessariamente, prescrever o conseqüente normativo, explicitando, os sujeitos da relação jurídica tributária, bem como a base de cálculo e alíquota.³²⁷

Além dos elementos da regra-matriz de incidência, conforme leciona BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, as infrações, penalidades e isenções, também, devem estar presentes na lei³²⁸; e conclui o autor:

A lei da taxa deve, enfim, obedecer ao art. 97 do Código Tributário Nacional, que dispõe sobre a matéria privativa da lei tributária. Trata-se de uma conseqüência imediata da lei anterior. Afirmar que não pode existir tributo sem lei significa que só a lei tributária estabelece a obrigação respectiva, e, assim, os elementos essenciais da taxa.³²⁹

O princípio em questão deverá ser observado e respeitado com o intuito de não ofender à Constituição num dos direitos fundamentais dos cidadãos.

1.3. Princípio da Igualdade

Outro princípio de grande importância, que também pertence ao sistema constitucional tributário, é o Princípio da Igualdade. Ele está previsto no artigo 5º,

³²⁶ *Ibid*, p. 242.

³²⁷ “*Todos os critérios das regras-matrizes das taxas, por conseguinte, deverão, inexoravelmente, estar explicitados em lei. Até mesmo a criação do serviço público, que compõe o critério material das regras-matrizes das taxas, deve ser levado a efeito por lei administrativa, sendo vedada a sua instituição por instrumento que não se consubstancie em lei. Havendo previsão legal, o veículo normativo presume-se válido, até que o aplicador do direito venha a fulminá-lo, o que acarretará a sua extirpação do sistema jurídico, por absoluta incompatibilidade*”. – LUIZ ALBERTO PEREIRA, **As taxas** ..., *op. cit.*, p. 51 – .

³²⁸ **Doutrina e prática** ..., *op. cit.*, p. 265.

³²⁹ *Id.*

caput, da Constituição Federal, quando proclama que “ *Todos são iguais perante a lei (...)*”, e, mais especificamente, no que tange ao Direito Tributário, no artigo 150, II, quando dispõe que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e Municípios “*instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente (...)*”.

Segundo ROQUE ANTONIO CARRAZZA e GERALDO ATALIBA, o Princípio da Igualdade, ou isonomia, é derivado do Princípio Republicano³³⁰. Alguns doutrinadores e, entre eles, AMÉRICO LOURENÇO MASSET LACOMBE colocam o Princípio da Igualdade como a pedra angular do sistema constitucional, além de elevá-lo ao fundamento máximo do regime democrático³³¹.

No âmbito do Direito Tributário, o Princípio da Igualdade, consoante demonstrado, exige que todos os contribuintes, ou melhor, todos os sujeitos passivos das relações jurídicas tributárias recebam tratamento igualitário. Todavia, quando se fala em tratamento igualitário está se a reivindicar uma igualdade formal ou material ?

A igualdade formal, qual seja, a igualdade “*de iure*”, prevista no Estado de Direito, é aquela prevista na lei e que marcou profundamente o modelo de Estado Liberal. Já a igualdade material, ou, de fato, é aquela que trata os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na proporção de suas desigualdades, e está presente no Estado Social³³². MARCIANO SEABRA DE GODOI defende que:

A igualdade deve ser vista como um só princípio constitucional, para cuja compreensão – certamente complexa- concorrem tanto a noção de ‘igualdade de iure’ quanto a noção de ‘igualdade de fato’, não como noções contraditórias e conflitantes, mas como noções complementares e cada uma ligada a momentos de justiça diferentes.³³³

Assim, quando se observa a referência constitucional ao Princípio da Igualdade no Direito Tributário, intui-se que nada mais é que uma conjugação da igualdade de fato e de direito.

³³⁰ Curso ..., *op. cit.*, p. 77 e República e constituição, p. 159.

³³¹ Princípios constitucionais, p. 16.

³³² Para maior aprofundamento, vide obra de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: **Conteúdo jurídico da igualdade**.

³³³ Justiça, ..., *op. cit.*, p. 160.

Por fim, é mediante o Princípio da Igualdade que será possível a realização da justiça social e, posteriormente, da democracia, uma vez que esta necessita também de uma igualdade material para que se concretize.

Um princípio decorrente da igualdade e que apresenta grande importância em nosso ordenamento jurídico, é o Princípio da Capacidade Contributiva. Ele também possui previsão constitucional³³⁴. Segundo ALFREDO AUGUSTO BECKER, capacidade contributiva significa “*possibilidade de suportar o ônus tributário*”, e é decorrência da justiça distributiva³³⁵.

A Constituição Federal discorre sobre a capacidade contributiva em relação aos impostos. E quanto às taxas, será que é possível, então, exigí-la?

Antes de se questionar sobre a aplicabilidade ou não da capacidade contributiva às taxas, deve ser entendida o conceito de capacidade contributiva. Nesse sentido, traz-se lição de ALEXSANDER ROBERTO ALVES VALADÃO:

De nossa parte, consideramos mais adequada a corrente doutrinária que distingue capacidade econômica e capacidade contributiva, tratando-os como conceitos diversos mas não contrapostos, sendo que este tem como pressuposto necessário aquele.

Com efeito, só terá capacidade econômica aquele que possuir certo patrimônio ou renda. Todavia, pode ser que o aludido patrimônio ou renda não seja expressão da capacidade contributiva, eis que destinado apenas à satisfação das necessidades básicas do contribuinte. Em sendo assim, será insuficiente, nessa medida, para suportar a incidência do gravame tributário. Trata-se do respeito ao mínimo vital ou mínimo existencial, cujos contornos são estabelecidos à luz dos direitos fundamentais, e que consiste na proteção do patrimônio voltado inteiramente à manutenção do seu titular e de sua família.³³⁶

Observado, então, o que é a capacidade contributiva, faz-se necessária a diferença entre capacidade contributiva objetiva e subjetiva. Para ROQUE ANTONIO CARRAZZA, a capacidade contributiva é objetiva – absoluta –,

³³⁴ Constituição Federal

Art. 145. (...)

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

³³⁵ Teoria geral ..., op. cit., p. 481.

³³⁶ Capacidade contributiva e taxa, p. 11.

observando as manifestações objetivas de riqueza³³⁷. Já para outros doutrinadores, como SACHA CALMON NAVARRO COELHO e MARCIANO SEABRA DE GODOI, ela é subjetiva – relativa –, ou seja, conforme ensina REGINA HELENA COSTA: “ (...) *reporta-se a um sujeito individualmente considerado*”³³⁸.

ALEXSANDER ROBERTO ALVES VALADÃO faz brilhante distinção entre capacidade contributiva absoluta e relativa com base na teoria da norma:

Nessa linha, portanto, pode-se afirmar que o enquanto o princípio da capacidade contributiva absoluta informa a hipótese da norma tributária, o princípio da capacidade contributiva relativa atua sobre o mandamento da norma tributária, atuando, nessa medida, o seu aspecto quantitativo e pessoal, uma vez que escolhe os sujeitos passivos exteriorizadores de capacidade ou de incapacidade contributiva, bem como, determina valores como tarifas sociais ou não, a serem pagos por eles.³³⁹

Logo, a capacidade contributiva absoluta é aquela que está relacionada diretamente aos fatos-signos presuntivos de riqueza, sem considerar o sujeito passivo da relação jurídica tributária, aplicando-se muito bem aos impostos. Já a capacidade relativa considera o sujeito passivo da relação jurídica tributária, podendo, nesse caso, ser exigida em tributos vinculados, como é o caso da taxa, que não possuem fatos-signos presuntivos de riquezas decorrentes de atividades civis e comerciais, mas sim administrativas.

Alguns doutrinadores julgam que a capacidade contributiva somente se aplica aos impostos, não se estendendo às taxas, tampouco às contribuições de melhoria. SACHA CALMON NAVARRO COELHO explicita tal divisão: “*Quanto ao princípio da capacidade contributiva a doutrina está dividida*”³⁴⁰.

REGINA HELENA COSTA, por exemplo, entende que a capacidade contributiva não se estende às taxas e defende que a igualdade é aplicada de modo diferente no que concerne aos impostos e às taxas, ao demonstrar que “*A igualdade no tocante aos impostos traduz-se, entre outras manifestações, no respeito ao postulado da capacidade contributiva, enquanto nas taxas a mesma*

³³⁷ Curso ..., *op.cit.*, p. 88.

³³⁸ Princípio da capacidade contributiva, p. 27.

³³⁹ Capacidade contributiva ..., *op. cit.*, p. 205.

³⁴⁰ Serviços públicos ..., *op.cit.*, p. 241.

revela-se no princípio da retributividade, como mencionado”.³⁴¹ WALTER ALEXANDRE BUSSAMARA, no mesmo sentido da doutrinadora, compreende que a capacidade contributiva não se aplica às taxas, acrescentando apenas a possível aplicação da capacidade contributiva subjetiva, mas alerta que a retributividade é que deverá orientar a igualdade nas taxas:

Podemos, portanto, fechar esse primeiro raciocínio, no sentido de que o princípio da capacidade contributiva não ‘orienta’ a tributação por meio de taxas, já que para estas a igualdade tributária se perfaz por meio do princípio informador que lhe é próprio – qual seja, o da retributividade.

(...)

Nada obsta, entretanto, a que a real capacidade econômica do administrado (capacidade contributiva subjetiva) possa ser considerada para efeitos de tributação por meio de taxas. Trata-se, agora, de uma questão político-social, mais a ver com a vontade do próprio Poder Público, que em nada orienta essa atividade, já que em matéria de taxas a isonomia tributária se resolve por meio da aplicação do princípio que lhe é informador, qual seja, a retributividade, restando alheia a qualquer interferência em termos de capacidade contributiva.³⁴²

Conforme demonstrado anteriormente, a doutrina encontra-se dividida, e alguns doutrinadores concebem a aplicabilidade da capacidade contributiva, sob o aspecto subjetivo, às taxas. LUIZ ALBERTO PEREIRA FILHO, por exemplo, relaciona a capacidade contributiva nas taxas com o Princípio do Não-Confisco: *“Contudo, temos de admitir a aplicabilidade do princípio da capacidade contributiva, se considerarmos que o referido princípio experimenta uma outra acepção, que se consubstancia no seu entrelaçamento com o não-confisco”*³⁴³.

A opinião de LUIZ ALBERTO PEREIRA FILHO não é isolada. Entre outros doutrinadores, por exemplo, MARCIANO SEABRA DE GODOI também admite a aplicação da capacidade contributiva às taxas e demonstra que medidas

³⁴¹ “Sustentar a observância do princípio da capacidade contributiva nas taxas é não atentar para a natureza dessas imposições tributárias. Significando uma contraprestação pela atuação do Poder Público, diretamente referida ao contribuinte, não se pode erigir nas taxas, como critério informador desses tributos, uma circunstância absolutamente alheia a atuação estatal. Vale dizer, se, com a taxa, se pretende remunerar a atuação estatal, essa remuneração deve reportar-se ao custo da mesma, e não à capacidade contributiva do sujeito passivo, irrelevante para a hipótese de incidência ou para a graduação da taxa (sic)”. – REGINA HELENA COSTA, **Princípio da capacidade** ..., *op.cit.*, p. 57 – .

³⁴² **Taxas – limites** ..., *op. cit.*, p. 149-150.

³⁴³ **As taxas** ..., *op. cit.*, p. 56.

exonerativas, como isenções, seriam uma instrumentalização do princípio³⁴⁴. SACHA CALMON NAVARA COÊLHO também confirma a aplicação da capacidade contributiva aos tributos vinculados, defendendo que medidas exonerativas e o não-confisco nada mais são que a concretização do princípio em debate³⁴⁵. REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA também é adepto da capacidade contributiva nas taxas e fundamenta:

Ao contrário, tendo em vista as fortes desigualdades sociais e o desequilíbrio profundo que assola a sociedade brasileira, nada mais justo (este é o ideal de justiça), que o Poder Público leve em conta tal situação para fixar os lindes da exigência tributária, ainda que em se cuidando da cobrança da modalidade de taxa.³⁴⁶

ALCIDES JORGE COSTA também é defensor da capacidade contributiva no âmbito das taxas: “A taxa, como tributo que é, pode e deve adequar-se à capacidade contributiva do contribuinte e pode ser utilizada como instrumento de política tributária (...)”³⁴⁷. Além disso, a doutrina estrangeira entende a capacidade contributiva como uma questão de justiça tributária e, portanto, ela deve ser aplicada às taxas:

Pero, además, se plantea la cuestión de si la cuota puede regularse en función de la mayor o menor capacidad contributiva del obligado, caso que también ocurre en el servicio de justicia. La doctrina nacional y argentina es favorable a tenerla en cuenta, porque si bien es cierto que su campo de acción natural es el impuesto, nada impide que se aplique a los demás tributos, posición que compartimos siempre que se respete el límite global de las necesidades del servicio y que la cuantía individual no constituya una exacción arbitraria, totalmente alejada de las características del servicio prestado (...)³⁴⁸

Na visão acima exposta, a capacidade contributiva seria um limite para a cobrança da taxa, que não poderia ultrapassar as necessidades do serviço; além disso, quando o texto se refere à capacidade contributiva do obrigado, fica bem demonstrado que se está tratando da capacidade contributiva subjetiva. O presente

³⁴⁴ **Justiça**, ..., *op.cit.*, p. 204.

³⁴⁵ Serviços públicos ..., *op.cit.*, p. 241-242.

³⁴⁶ **Taxas de** ..., *op.cit.*, p. 67-68.

³⁴⁷ Taxa e preço público, in IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (coord.), **Taxa e preço público**, p.

6.

³⁴⁸ RAMÓN VALDES COSTA, **Curso de derecho tributario**, p. 175.

trabalho filia-se à segunda corrente, por entender que a capacidade contributiva é decorrência da igualdade, logo, deve ser aplicada também nos tributos vinculados, ainda que de modo diferente do previsto nos impostos, adotando-se a capacidade contributiva subjetiva.

Como decorre do Princípio da Igualdade, a capacidade contributiva também está relacionada ao Princípio Republicano e ela se expressa através da capacidade econômica do indivíduo a ser tributado, ou seja, nas taxas trata-se da capacidade contributiva subjetiva ou relativa³⁴⁹.

Pode-se concluir ainda que outro princípio, também decorrente da capacidade contributiva, é o do Não-Confisco, assim como o da proteção ao Mínimo Vital. Nesse sentido, leciona FERNANDO LEMME WEISS:

O princípio da capacidade contributiva é constitucionalmente delimitado pelos conceitos de 'mínimo vital' e 'não-confiscatoriedade', que se complementam e servem tanto a limitar a tributação sobre quem pouco tem disponível quanto o exagero sobre possuidores de farta capacidade contributiva.³⁵⁰

Logo, o Estado não pode expropriar bens privados sem indenização, tanto no que se refere às pessoas físicas como às pessoas jurídicas. No que tange à atividade empresarial, por exemplo, o Estado deve primar pela valorização do Princípio da Livre Iniciativa. Quanto à pessoa física, em outro exemplo, o Estado não pode tributar, mediante imposto sobre a renda, alguém que tenha como rendimentos um salário mínimo, pois estaria adentrando na esfera do mínimo vital. No caso das taxas, caso a tributação por meio delas inviabilize a atividade empresarial, por exemplo, tal tributação teria um efeito confiscatório.

³⁴⁹ "Ao consagrar objetivos fundamentais da República relacionados com a redução de desigualdades sociais e regionais e com a erradicação da pobreza (art. 3º), a Constituição Federal impõe ao Poder Público a construção de um sistema baseado na prestação efetiva de utilidades aos administrados, assegurando uma igualação material essencial para o exercício da cidadania e o aproveitamento adequado de oportunidades, mediante recursos obtidos através de impostos exigidos segundo a capacidade de contribuir de cada qual e de tributos vinculados (ou tarifas, no caso de serviços delegados) exigidos daqueles a que se refere determinada atuação administrativa. Esse sistema tem necessariamente, pela sua própria definição constitucional, caráter redistributivo." – CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA, **Usuários ...**, op.cit., p. 318-319 – .

³⁵⁰ **Justiça tributária: um enfoque sobre as renúncias fiscais e a reforma tributária de 2003/2004 e os códigos de defesa dos contribuintes (ES, IT, SP, MG e o projeto brasileiro)**, p. 51.

Portanto, o que se pode observar é que a capacidade contributiva, no direito brasileiro, é limitada pelo conceito de mínimo vital e, mediante a aplicabilidade deste princípio, é possível a realização de justiça tributária.

1.4. Princípio da Anterioridade Tributária

Outro princípio constitucional tributário marcante no sistema é o da Anterioridade Tributária³⁵¹. Antes de iniciar a exposição sobre o princípio da anterioridade, vale destacar que o Princípio da Anualidade não está mais presente no ordenamento jurídico brasileiro. A anualidade exige, por sua vez, que haja autorização na lei do orçamento – conhecida como lei anual - para que o tributo seja, então, exigido.³⁵²

O Princípio da Anterioridade, juntamente como o da Legalidade, Irretroatividade e Universalidade da Jurisdição são instrumentos que preservam a segurança jurídica³⁵³. Por meio do princípio em questão, a lei que institui ou aumenta tributo deve ser do exercício anterior ao do acontecimento dos fatos jurídicos tributários, fornecendo, assim, ao sujeito passivo, segurança e

³⁵¹ “Art. 150. (...) é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III- cobrar tributos:

(...)

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; ”

³⁵² “Ainda remanesce o hábito de mencionar-se o princípio da anualidade, no lugar de anterioridade, o que, a bem do rigor, substancia erro vitando. Aquele primeiro (anualidade) não mais existe no direito positivo brasileiro, de tal sorte que uma lei instituidora ou majoradora de tributos pode ser aplicada no ano seguinte, a despeito de não haver específica autorização orçamentária”. - PAULO DE BARROS CARVALHO, *Curso ...*, op. cit., p. 155 -.

³⁵³ “Pelo exame dos dispositivos que garantem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade chega-se ao princípio da segurança jurídica”. – HUMBERTO ÁVILA, **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, p. 23 – e confira texto de JOSÉ ROBERTO VIEIRA no que atine à noção conceptual de segurança jurídica, “Medidas Provisórias Tributárias e Seguranças Jurídica: a insólita opção estatal pelo ‘viver perigosamente’”, in EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI (coord.), **Segurança jurídica na tributação e estado de direito**. Em tal texto, o jurista, descreve claramente todos os princípios que norteiam a segurança jurídica e concede destaque ao Princípio da Legalidade.

tranquilidade para que possa organizar suas finanças. ROQUE ANTONIO CARRAZZA explica que:

De fato, o princípio da anterioridade veicula idéia de que deve ser suprimida a tributação de surpresa (que afronta a segurança jurídica dos contribuintes). Ele impede que, da noite para o dia, alguém seja colhido por nova exigência fiscal. É ele, ainda, que exige que o contribuinte se depare com regras tributárias claras, estáveis e seguras. E, mais do que isso: que tenha conhecimento antecipado dos tributos que lhe serão exigidos ao longo do exercício financeiro, justamente para que possa planejar, com tranquilidade, sua vida econômica.³⁵⁴

Para que o princípio fique didaticamente compreensível, observe o exemplo: a lei que aumente a base de cálculo de uma taxa publicada no ano de 2007, somente passará a ter eficácia no ano de 2008, ou seja, no próximo exercício financeiro, que no Brasil coincide com o calendário civil. Assim, o contribuinte poderá programar melhor sua atividade financeira.

A cobrança de tributo, instituído ou aumentado num exercício, somente é permitida no exercício financeiro seguinte, a fim de que o contribuinte tenha um prazo maior para organizar-se. Ocorre que o princípio sofria uma perda da sua eficácia ao longo do ano, especialmente diante das providências nos últimos dias do exercício; assim, com o intuito de tornar a eficácia do princípio maior e, conseqüentemente, primar pela segurança jurídica, a Emenda Constitucional nº 42, de 31 de dezembro de 2003, acrescentou a alínea “c” ao artigo 150, III e trouxe, para tanto, a anterioridade nonagesimal.

Logo, além do aguardo do exercício financeiro seguinte, dever-se-á esperar 90 dias, a chamada anterioridade nonagesimal, para que haja a cobrança do tributo instituído ou majorado. Tal anterioridade é um acréscimo aos direitos e garantias dos cidadãos, o que legitima a sua introdução por meio de emenda constitucional. Portanto, se uma lei que cria ou aumenta uma taxa for publicada no mês de dezembro, a referida lei não terá eficácia em janeiro do próximo ano, mas deverá aguardar um prazo de noventa dias para adquiri-la.

³⁵⁴ Curso ..., *op.cit.*, p. 187.

2. AS TAXAS

2.1. Perfil constitucional das taxas

A taxa é uma das três espécies tributárias na teoria tripartida da classificação dos tributos.³⁵⁵ Ela não se confunde com o imposto em nenhuma das diversas teorias a respeito da classificação dos tributos³⁵⁶. EDGARD NEVES DA SILVA, em ensinamento a respeito das taxas, observa que o referido tributo pode ser estudado sob diversos ângulos:

Com enfoques distintos – econômico, jurídico, político e financeiro – várias teorias procuram explicar a taxa. Para a economia, a taxa funda-se em uma contraprestação feita pelo contribuinte, em razão das despesas efetuadas pelo Estado para sua atividade. Politicamente, explica-se a taxa como distribuição de custo e como interesse público conexo com o privado. Já para as finanças, a taxa caracteriza-se pela voluntariedade e destinação do produto da arrecadação.³⁵⁷

Contudo, o presente trabalho volta-se para a dimensão jurídica. Nesse sentido, a presente pesquisa fará um estudo da sua regra-matriz de incidência, a fim de que haja uma melhor compreensão, realizando, portanto, um exame estritamente jurídico. É claro que, em um momento ou outro, pode sofrer influências de outros ramos da ciência, já que uma ciência pura do Direito é praticamente impossível.

Todavia, o estudo terá início a partir da Constituição Federal, tendo em vista que estudar Direito Tributário, no Brasil, é estudar Direito Constitucional. A

³⁵⁵ Há diversas teorias a respeito da classificação dos tributos. ALFREDO AUGUSTO BECKER e PONTES DE MIRANDA classificam os tributos em duas espécies: imposto e taxa. Já a teoria tripartida apresenta variantes; PAULO DE BARROS CARVALHO, ROQUE ANTONIO CARRAZZA e SACHA CALMON NAVARRO COELHO classificam os tributos em impostos, taxas e contribuição de melhoria. Em contrapartida, GERALDO ATALIBA filia-se à corrente tripartida, mas em outra vertente, classificando os tributos em imposto, taxa e contribuições especiais. Por fim, existem, ainda, uma classificação quadripartida e uma quinqüipartida.

³⁵⁶ “O nome ‘imposto’ e ‘taxa’, empregados para designar receitas tributárias mais ou menos bem caracterizadas e distintas, entram para o direito constitucional tributário brasileiro positivo com a Constituição de 24. 2. 1891”. – FLÁVIO BAUER NOVELLI, Taxa – apontamentos sobre o seu conceito jurídico, **Revista de direito tributário**, n. 59, p. 95 - .

³⁵⁷ Taxa de conservação de estradas municipais, **Revista de direito tributário**, p. 211.

Constituição Federal, segundo JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES e JOSÉ ROBERTO VIEIRA, em opinião isolada, em breve comparação com o defendido pela maioria doutrinária, entende ser na Lei Maior que é iniciado o processo de criação de tributos, pois o núcleo da regra-matriz de incidência dos tributos está desenhada no texto constitucional³⁵⁸. O presente trabalho filia-se a tal idéia, pois a considera mais adequada logicamente. Não obstante o papel da Constituição para o Direito Tributário, é claro que ao legislador infraconstitucional cabe importante tarefa, pois será este que irá legislar, detalhando a regra-matriz de incidência do tributo. Contudo, o legislador deverá seguir os parâmetros constitucionais, pois o Direito Tributário brasileiro é eminentemente constitucional³⁵⁹.

Como o processo de criação dos tributos inicia-se na Constituição Federal, então, o estudo atinente às taxas principiará pela análise do texto constitucional, que dispõe, em seu artigo 145, II, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir, “*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*”. Para melhor ilustração da matéria, traz-se uma definição doutrinária de taxa a partir da Constituição Federal, assim, RUBENS MIRANDA DE CARVALHO entende que:

Partindo da norma fundamental, define-se taxa como o tributo instituível pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, vinculado às atividades estatais caracterizadas pelo exercício do poder de polícia em face dos administrados e pela existência de serviços públicos específicos e divisíveis, que sejam prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.³⁶⁰

³⁵⁸ “Diante da atribuição constitucional de competência tributária, já dispomos de norma que desenha o perfil mínimo de um tributo, outorgando-lhe, no menor grau possível, uma inquestionável identidade. Impensável ignorar a existência de tal norma, aliás, de eficácia plena na classificação de Maria Helena Diniz, ou de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata na classificação, na proposta já clássica de José Afonso da Silva. Ora, se ‘tributo é norma’, como já reconhecemos em companhia de larga e respeitável doutrina, perante tal norma constitucional, é inevitável concluir: ‘a constituição criou o tributo’”. – JOSÉ ROBERTO VIEIRA, E, afinal, a constituição cria tributos, in HELENO TAVEIRA TÔRRES (coord.), **Teoria geral da obrigação tributária: estudos em homenagem ao professor José Souto Maior Borges**, p. 639 – .

³⁵⁹ JOSÉ ROBERTO VIEIRA, em texto sobre a noção de sistema no Direito, demonstra a característica da unidade do sistema a partir da Constituição: “Tal unidade é conferida ao Direito, no plano da positividade, pela ‘Constituição’, fundamento de todas as regras que se distribuem pelos degraus inferiores da hierarquia normativa”. – A noção de sistema no direito, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, vol. 33, p. 62 – .

³⁶⁰ **Contribuição de melhoria e taxas no direito brasileiro**, p. 117.

Logo, pode-se concluir, a partir do texto transcrito e da própria doutrina, que, “*Nos dias de hoje, no Brasil, o conceito de taxa é constitucional*”³⁶¹. Com fundamento no conceito, observa-se que as taxas poderão ser instituídas em três situações, ou em razão da atividade de polícia, que não é tema da presente pesquisa, ou devido à utilização efetiva de serviços públicos ou em razão da utilização potencial de tais serviços para a população³⁶². Em todos os casos de serviço público, a materialidade do tributo deve conter as características da especificidade e da divisibilidade³⁶³.

No que tange à especificidade e divisibilidade, cabe trazer importante reflexão de FABIANO VERLI:

Como visto, a especificidade não induz a divisibilidade. O fato de um importante serviço como o prestado pelas forças armadas ser específico, atendendo a um fim específico da comunidade, não implica que será também divisível, como, de fato não é.³⁶⁴

A divisibilidade é diferente da especificidade, apesar de serem características essenciais para a remuneração do serviço público por meio de taxa.

Há dois tipos de serviços públicos, conforme delineado na primeira parte do presente trabalho: os gerais e indivisíveis e os específicos e divisíveis. Os serviços gerais e indivisíveis, também conhecidos como *uti universi*, apresentam as seguintes características, segundo WALTER ALEXANDRE BUSSAMARA, “ (...) *por serem genéricos, justamente, esses serviços acabam por atingir toda uma coletividade, num todo considerada*”³⁶⁵.

³⁶¹ Doutrina e prática das taxas, p.77.

³⁶² Segundo WALTER ALEXANDRE BUSSAMARA, “‘Taxa’, por conseguinte, é a espécie de tributo que tem no aspecto material de sua hipótese de incidência uma determinada atividade desenvolvida pelo Estado, por imperativo legal, direta ou imediatamente referida ao contribuinte, seu sujeito passivo”. – **Taxas – limites constitucionais**, p. 27 –.

³⁶³ “Conforme a regra-matriz desse tributo, como já vimos em tópico anterior, o Estado apenas poderá colocar como pressuposto de uma ação instituidora de taxa ou a prestação ou a disponibilização de um serviço público, que seja, ainda, específico e divisível, ou o exercício efetivo do poder de polícia, desde que, veremos, atinjam de forma direta o administrado (sic)”. - *Ibid*, p. 58-

³⁶⁴ **Taxas e preços públicos**, p. 105-106.

³⁶⁵ **Taxas – limites** ..., *op. cit.*, p. 73.

Assim, tal espécie de serviço público, qual seja, o geral e indivisível, não pode ser considerado como possibilidade para a imposição de taxas e esse assunto já foi muito discutido na doutrina e, inclusive, com grande repercussão nos tribunais³⁶⁶. Tais serviços serão custeados pelo Estado por meio de receitas gerais, como a dos impostos³⁶⁷.

A outra espécie de serviço público é o caso do serviço específico e divisível, o chamado *uti singuli*. Consoante a lição de WALTER ALEXANDRE BUSSAMARA:

Como esses serviços são direcionados especificamente aos cidadãos, para uso individual, podem ser mensurados conforme seu respectivo uso, ou seja, torna-se possível medir a utilização efetiva ou potencial, de cada pessoa, individualmente considerada (...).³⁶⁸

Nesse sentido, as taxas em razão de serviço público somente podem ser exigidas quando ele for específico e divisível. Em uma definição clara e precisa, ROQUE ANTONIO CARRAZZA conceitua:

(...) a taxa é uma obrigação 'ex lege' que nasce da realização de uma atividade estatal relacionada, de modo específico, ao contribuinte, embora muitas vezes por ele não requerida ou, até mesmo, sendo para ele desvantajosa.³⁶⁹

³⁶⁶ EMENTA: TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. ILEGALIDADE DA TAXA DE COLETA DE LIXO E LIMPEZA PÚBLICA. ART. 145, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "*Tributo vinculado não apenas à coleta de lixo domiciliar, mas também à limpeza de logradouros públicos, hipótese em que os serviços são executados em benefício da população em geral (uti universi), sem possibilidade de individualização dos respectivos usuários e, conseqüentemente, da referibilidade a contribuintes determinados, não se prestando para custeio mediante taxa. Impossibilidade, no caso, de separação das duas parcelas. Agravo regimental improvido.*"

(STF. AI-AgR 245539 / RJ - RIO DE JANEIRO. Relator: Min. Ilmar Galvão. Julgamento: 14. 12. 1999). Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> > Acesso em: 10/09/2007.

³⁶⁷ "*Examinando, pois, o fenômeno, inicialmente sob o ponto de vista 'econômico-financeiro', pode-se dizer que a técnica do 'imposto' é em regra empregada quando há que repartir coativamente o custo dos denominados 'serviços indivisíveis': de ordinário, aqueles serviços (essenciais à existência do Estado enquanto tal) prestados 'uti universi' (...).*" - FLÁVIO BAUER NOVELLI, **Taxa** ..., *op.cit.*, p. 99 -.

³⁶⁸ **Taxas – limites** ..., *op. cit.*, p. 74-75.

³⁶⁹ **Curso** ..., *op. cit.*, p. 499.

Ao analisar o conceito formulado por ROQUE ANTONIO CARRAZZA, percebe-se que a taxa é um tributo vinculado e que, segundo GERALDO ATALIBA, *“Definem-se tributos vinculados como aqueles cujo aspecto material da h.i. consiste numa atuação estatal”*³⁷⁰. Logo, a materialidade da hipótese de incidência da taxa encontra-se diretamente relacionada a uma atuação estatal, seja mediante a prestação de um serviço público ou por meio da atividade de polícia, como explicita BERNARDO RIBEIRO DE MORAES:

Trata-se de um tributo delimitado constitucionalmente, com campo de incidência ligado ao exercício do poder de polícia por parte do Poder Público ou à utilização por parte do contribuinte, de serviços públicos específicos e divisíveis. A taxa somente pode ser exigida das pessoas que se acham vinculadas a uma atividade especial, dirigida ao contribuinte. Seu fato gerador somente pode ser desenhado constitucionalmente.³⁷¹

Observados, então, os parâmetros iniciais das taxas, presentes na Constituição Federal, passa-se ao estudo da sua regra-matriz de incidência, pois, conforme exposto anteriormente, o presente estudo encontra-se voltado aos aspectos jurídicos da taxa.

2.2. Síntese da regra-matriz das taxas

Conforme exposto, a taxa, diferentemente dos impostos, terá o critério material da hipótese de incidência vinculado à atividade estatal. Por isso, GERALDO ATALIBA define que *“A hipótese de incidência da taxa é uma atuação estatal diretamente (imediatamente) referida ao obrigado (pessoa que vai ser posta como sujeito passivo da relação obrigacional que tem a taxa por objeto)”*³⁷².

No que se refere às taxas, ROQUE ANTONIO CARRAZZA destaca: *“Notamos que o serviço público que rende ensejo à criação da taxa de serviço não precisa, necessariamente, ser usufruído pelo contribuinte. Não. Basta que ‘exista’ e seja posto à sua disposição”*³⁷³. Ou seja, quando a taxa for decorrente de serviço

³⁷⁰ **Hipótese de incidência tributária**, p. 146.

³⁷¹ **Doutrina e prática** ..., *op. cit.*, p.37.

³⁷² **Hipótese** ..., *op. cit.*, p. 147.

³⁷³ **Curso** ..., *op. cit.*, p. 505.

público é necessário tão-somente a utilização potencial, conforme deixa expresso o texto constitucional.

Dentro do conceito de utilização potencial, percebe-se a utilização compulsória, que decorre do interesse da coletividade no que se refere ao serviço público que possui a referida característica. A utilização compulsória é somente no sentido do Direito Tributário, qual seja, ainda que o sujeito passivo não queira pagar a taxa em razão do serviço público de utilização potencial, porque não o utilizou, ele o deverá fazer, pois há previsão constitucional que fundamenta a referida exigência, baseando-se no interesse da coletividade.

Apesar dos louváveis ensinamentos de GERALDO ATALIBA, o presente trabalho, no que se refere à regra-matriz de incidência dos tributos, filia-se à corrente doutrinária de PAULO DE BARROS CARVALHO. Este autor divide os critérios da hipótese tributária em critério material, conhecido como “ (...) *núcleo, pois é o dado central que o legislador passa a condicionar, quando faz menção aos demais critérios*”, critério espacial e critério temporal³⁷⁴.

O critério material, núcleo da hipótese de incidência, “ (...) *será formado, invariavelmente, por um verbo, seguido de seu complemento*”³⁷⁵. Já “ (...) *o critério espacial encerra os elementos que nos permitirão reconhecer a circunstância de lugar que limita, no espaço, a ocorrência daquele evento*”³⁷⁶; e, por fim, o critério temporal limita o acontecimento no tempo.

Quando a hipótese de incidência se concretiza, surge a relação jurídica tributária, representada, abstratamente, pelo conseqüente tributário, composto, por sua vez, pelo critério quantitativo e pelo critério pessoal. Conforme os ensinamentos de PAULO DE BARROS CARVALHO, “*O critério pessoal é o conjunto de elementos, colhidos no ‘prescritor’ da norma, e que nos aponta quem são os sujeitos da relação jurídica (...)*”³⁷⁷. Nesse sentido, o critério pessoal é formado pelos sujeitos ativo e passivo.

³⁷⁴ **Teoria da norma tributária**, p. 124.

³⁷⁵ *Ibid*, p. 125.

³⁷⁶ *Ibid*, p. 130.

³⁷⁷ **Curso de direito tributário**, p. 278.

No que se refere ao critério quantitativo, ele é formado pela base de cálculo e pela alíquota. GERALDO ATALIBA qualifica a base de cálculo como base impositiva, demonstrando que ela “ (...) *é uma perspectiva dimensível do aspecto material da h.i. que a lei qualifica, com a finalidade de fixar critério para determinação, em cada obrigação tributária concreta, do ‘quantum debetur’*”³⁷⁸. Cabe esclarecer que o presente trabalho aceita a existência de uma correlação entre critério material e base de cálculo, mas isso não justifica o posicionamento da base de cálculo no antecedente, ela deverá ficar no conseqüente normativo³⁷⁹.

Juntamente com a base de cálculo será conjugada a alíquota, que, segundo o autor “ (...) *é uma ordem de grandeza exterior, que o legislador estabelece normativamente e que, combinada com a base impositiva, permite determinar o ‘quantum’ do objeto da obrigação tributária*”³⁸⁰.

É por meio da base de cálculo que haverá a confirmação do critério material da hipótese de incidência tributária. PAULO DE BARROS CARVALHO leciona que a base de cálculo “ (...) *tem a virtude de confirmar, infirmar ou afirmar o critério material expresso na composição do suposto normativo*”³⁸¹. Logo, a base de cálculo tem uma importante função na identificação da natureza jurídica do tributo, o que não é diferente no que concerne às taxas.

É mediante o binômio “hipótese de incidência e base de cálculo”, que se torna possível a identificação da natureza jurídica do tributo e a primeira verificação da sua constitucionalidade, além do que, consoante elucidado por PAULO DE BARROS CARVALHO, “ (...) *havendo desencontro entre os termos do binômio (hipótese de incidência e base de cálculo), a base é que prevalece*”³⁸².

³⁷⁸ **Hipótese** ..., *op. cit.*, p. 108.

³⁷⁹ GERALDO ATALIBA apresentava a regra-matriz de incidência com a “base impositiva” incluída no aspecto material e afirmava a possibilidade de existirem tributos fixos. Posteriormente, após reflexão provocada pela doutrina de PAULO DE BARROS CARVALHO, passou a afirmar que: “*Todo tributo tem base de cálculo, por exigência constitucional (sublinhada por Paulo de Barros Carvalho, ao demonstrar a inconstitucionalidade dos chamados tributos fixos (...))*” – *Ibid*, p. 108 –. Contudo, posteriormente, apesar da afirmativa realizada, GERALDO ATALIBA continuou a aceitar a existência de tributos fixos, trazendo confusão ao leitor: “*Muitas taxas não têm alíquota*” – *Ibid*, p. 117 –.

³⁸⁰ *Ibid*, p. 116.

³⁸¹ **Curso** ..., *op. cit.*, p. 324.

³⁸² *Ibid*, p. 328.

Ainda no que toca ao critério quantitativo, a Constituição Federal reconhece a importância da base de cálculo e deixa claro o fato de a taxa ser tributo vinculado, quando esclarece, em seu artigo 145, § 2º, que “As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos”; e a doutrina leciona que “Qualquer taxa com base de cálculo idêntica à do imposto não seria taxa, mas, sim, adicional do próprio imposto”³⁸³. Tal conclusão é lógica, pois, conforme vislumbrado anteriormente, a taxa é tributo vinculado a uma atividade estatal, enquanto que o imposto é tributo não-vinculado. Por tal diferenciação, percebe-se que a base de cálculo das taxas será representada por valores decorrentes de atividades estatais, que serão, por sua vez, fatos jurídicos administrativos. Já os impostos contêm valores representados por atividades civis ou comerciais, sendo, conseqüentemente, fatos jurídicos civis ou comerciais dos contribuintes.

Ainda no que concerne à atividade estatal, conforme lições de RUBENS MIRANDA DE CARVALHO, a referida atividade “ (...) deverá estar diretamente relacionada com o contribuinte da referida taxa”³⁸⁴. Logo, o sujeito passivo da relação jurídica tributária estará imediatamente vinculado à atividade estatal.

Observadas, ainda que rapidamente, as principais características da teoria da norma, vale realizar uma aplicação prática de tais elementos no tocante às taxas.

O critério material da taxa será a utilização efetiva ou potencial do serviço público, além da efetiva prestação da atividade do poder de polícia. LUIZ ALBERTO PEREIRA FILHO considera o seguinte:

Em verdade, trata-se de três critérios materiais, e não dois. A nosso ver, são critérios materiais das taxas: i) utilizar serviço público, específico e divisível; ii) pôr à disposição do sujeito passivo serviço público, específico e divisível; e iii) exercer poder de polícia.³⁸⁵

Já o critério temporal pode variar segundo a vontade do legislador. PAULO DE BARROS CARVALHO explicita melhor a afirmativa:

³⁸³ Doutrina e prática ..., *op. cit.*, p. 250.

³⁸⁴ Contribuição de melhoria ..., *op. cit.*, p. 124.

³⁸⁵ As taxas no sistema tributário brasileiro, p. 61.

A eleição do momento adequado para a realização do fato jurídico tributário se faz no plano das elaborações legislativas. É aquela entidade que designamos, por um processo de abstração lógica, de critério temporal da hipótese, isto é, o conjunto de elementos que nos habilitam a identificar a condição que atua sobre determinado evento, subordinando-o no tempo.³⁸⁶

O critério temporal é a coordenada de tempo necessária para que o evento ocorra e surja, então, a relação jurídica tributária. No caso das taxas, o critério temporal varia enormemente; por exemplo, *“Nas taxas de polícia, como a edição de alvará de licença ou autorização (...) o legislador pode fixar o momento em que se reputa ocorrido o fato imponível como qualquer deles durante o curso do procedimento”*³⁸⁷. Contudo, o critério temporal eleito pelo legislador nunca poderá ser anterior ao momento da incidência da norma.

Já no caso da taxa que tem como critério material a prestação efetiva ou potencial do serviço, o critério temporal será um pouco diferente, conforme demonstrado por LUIZ ALBERTO PEREIRA FILHO: *“Na taxa que é suscetível à cobrança pela utilização ‘efetiva’ do serviço, o critério temporal é o instante do uso (...)”*,³⁸⁸ e complementa que, *“Na taxa pela disponibilidade do serviço público, específico e divisível, o critério temporal é o momento em que este é colocado à disposição do cidadão”*³⁸⁹. Verifica-se, então, que o critério temporal apresenta variações no que concerne à taxa, podendo ser qualquer fase do procedimento da atividade do poder de polícia ou o momento em que é utilizado o serviço ou quando este é colocado à disposição.

Quanto ao critério espacial, ele também apresenta variações e assim como o temporal é uma opção do legislador. PAULO DE BARROS CARVALHO classifica de três modos o critério espacial:

- a) hipótese cujo critério espacial faz menção a determinado local para a 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;

³⁸⁶ **Curso ...**, *op. cit.*, p.261-262.

³⁸⁷ RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, **Taxas de polícia**, p.61.

³⁸⁸ **As taxas ...**, *op. cit.*, p. 87.

³⁸⁹ *Id.*

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.³⁹⁰

Atente-se, ainda, para a ressalva realizada por JOSÉ ROBERTO VIEIRA: *“Alguns estudiosos menos atentos superpõem este critério ao recorte geográfico do âmbito de validade e eficácia da lei tributária”*³⁹¹.

No âmbito das taxas, “ (...) o critério espacial é limitado pelo campo de atuação da autoridade competente para instituir o serviço público”³⁹². Logo, o critério espacial das taxas estará intimamente relacionado à regra constitucional de Direito Administrativo, pois o ente deverá possuir competência administrativa para instituir e prestar o serviço público ou realizar a atividade de polícia.

Ultrapassados os critérios da hipótese de incidência, passa-se, então, ao estudo do conseqüente tributário a começar pelo critério quantitativo. No que se refere à base de cálculo, ela segundo CRISTINA LINO MOREIRA “ (...) é, pois, a parcela de todo um procedimento estatal que se destacou direcionalmente ao sujeito passivo”,³⁹³ e, conforme destaca RUBENS MIRANDA DE CARVALHO, “ (...) a adoção, para a taxa de uma base de cálculo não relacionada com a atividade estatal, torna-a ilegal”³⁹⁴. ALFREDO AUGUSTO BECKER esclarece que, “Em se tratando de taxa, unicamente o valor do ‘serviço’ estatal ou ‘coisa’ estatal poderá ser tomado como a ‘base de cálculo’ que, depois de convertida em cifra pelo ‘método da conversão’, sofrerá a aplicação da ‘alíquota’ da taxa”.³⁹⁵ Raciocínio similar ao de ROQUE ANTONIO CARRAZZA: “ (...) só poderá exigir a taxa ‘daquela’ pessoa diretamente alcançada pela atuação estatal e desde que o tributo tenha por ‘base de cálculo’ o custo da atuação”³⁹⁶. A importância da base de cálculo começa, na doutrina brasileira, a partir de ALFREDO AUGUSTO BECKER.

³⁹⁰ Curso ..., op. cit., p. 255.

³⁹¹ A regra-matriz de incidência do IPI: texto e contexto, p. 63.

³⁹² As taxas ..., op. cit., p. 87-88.

³⁹³ Tributabilidade do serviço público, p. 54.

³⁹⁴ Contribuição de melhoria ..., op. cit., p. 188.

³⁹⁵ Teoria geral do direito tributário, p. 383.

³⁹⁶ Curso ..., op. cit., p. 515.

Assim, observa-se que há um notável relacionamento entre a base de cálculo e o fato do serviço público, critério material da taxa, necessitar da característica da especificidade e divisibilidade. LUIZ ALBERTO PEREIRA FILHO explica de modo didático tal relação, o que é importante para a teoria da norma no que se refere à taxa:

Será divisível o serviço que, em virtude de ser *passível* de utilização, individualmente, por cada usuário, puder ter aferida a medida mínima do custo que a atuação estatal representar para a pessoa pública, em relação a cada sujeito passivo. Assim, é correto asseverar que a *divisibilidade* se constitui em um desdobramento da *especificidade*, isto é, se o serviço é específico (são identificáveis os sujeitos passivos), então será possível também a individualização do custo do serviço público, em função de cada contribuinte.

A divisibilidade do serviço está, estreitamente, ligada ao dimensionamento do critério quantitativo das taxas.

Se é assim, o serviço público será divisível se a base de cálculo da taxa puder representar o valor mínimo do custo individualizado do serviço público.³⁹⁷

Apesar da base de cálculo representar o custo individualizado do serviço público, deve-se atentar para o fato de que não há um caráter de contraprestação nas taxas. Tal ressalva é feita por GERALDO ATALIBA:

O conceito jurídico de taxa é muito singelo. Não o integram a idéia de remuneração, contrapartida, benefício, proporcionalidade ou divisibilidade do serviço a que eventualmente corresponda.³⁹⁸

RUBENS MIRANDA DE CARVALHO, negando o caráter de contraprestação das taxas, explica ainda de modo mais evidente o porquê de tal negativa:

Ao contrário do que afirmam alguns autores, o que há nas taxas não é contraprestação, mas sim uma relação indispensável entre a existência ou a prática de uma atividade estatal dirigida especificamente ao contribuinte e a prestação a que este fica obrigado, o valor que este paga. Uma relação de causa e efeito, mas nada tendo a ver com a idéia jurídica de contraprestação.

³⁹⁷ As taxas e os preços no ordenamento jurídico brasileiro, in EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI (coord.), **Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho**, p. 66.

³⁹⁸ **Apontamentos de ciência das finanças, direito financeiro e tributário**. p. 205.

(...)

A contraprestação pressupõe consenso e bilateralidade, o que nunca existe no campo do direito tributário em que a regra é a da unilateralidade do seu estabelecimento e da sua cobrança nas diversas espécies de tributos, onde não existe lugar para o sinalagma erroneamente sugerido, clara ou elipticamente em várias decisões trazidas à colação.³⁹⁹

A relação jurídica tributária é *ex lege*, decorrente da lei, não havendo consensualidade, mas sim compulsoriedade, o que já desmistifica o suposto caráter contraprestacional das taxas⁴⁰⁰. É próprio da relação jurídica tributária a compulsoriedade. O princípio remuneratório está presente nas taxas, o que não significa que haja uma contraprestação, visto que se trata de relação jurídica *ex lege*⁴⁰¹. Observa-se o significado do vocábulo “contraprestação” a partir DE PLÁCIDO E SILVA:

Na terminologia jurídica, entende-se como ‘contraprestação a prestação’ que pode ser exigida do credor pelo devedor, antes que cumpra a sua ‘obrigação’.

É, assim, uma prestação opondo-se a outra prestação, com força para diminuir o valor da prestação exigível pelo credor ou para impedir o cumprimento desta, enquanto o credor também não a cumpre (*sic*)⁴⁰².

Contudo, apesar de o presente trabalho filiar-se à idéia acima referida, ela não é unanimidade doutrinária. PAULO DE BARROS CARVALHO, por exemplo, defende que: “*Em qualquer das hipóteses previstas para a instituição de taxas – prestação de serviço público ou exercício do poder de polícia – o caráter sinalagmático deste tributo haverá de mostrar-se à evidência ...*”⁴⁰³.

³⁹⁹ **Contribuição de melhoria** ..., *op. cit.*, p. 173-174.

⁴⁰⁰ No mesmo sentido, encontra-se AURÉLIO PITANGA SEIXAS FILHO: “*Portanto, o dever de pagar uma taxa independe de qualquer necessidade de ‘remunerar’ o serviço público que está sendo prestado, bem como é irrelevante considerá-lo uma ‘contraprestação’ em relação a benefícios ou vantagens que possam ser auferidos, já que sua causa, suficiente e necessária, é a pura e simples ocorrência do seu ‘fato gerador’, isto é, a utilização do serviço público*”. – **Taxa: doutrina, prática e jurisprudência: de acordo com a constituição de 1988**, p. 04 – .

⁴⁰¹ “*E o princípio é o mesmo: é o remuneratório. Remunera-se o custo para o Estado, de fazer aquilo, de produzir aquele litro de água e entregá-la na casa de fulano; de produzir aquele quilowatt; de transportar uma carta; de transporte coletivo, ou de transportar um defunto no serviço funerário, de fornecer um documento cuja produção custou ‘X’ ao Estado, não é só o custo do xérox, há também o custo de funcionamento daquela máquina administrativa para produzir um determinado documento, etc. Portanto, remunera-se o Estado. O pagamento disso é taxa: taxa pela prestação de serviços públicos.*” – GERALDO ATALIBA, *Taxas e preços no novo texto constitucional*, **Revista de direito tributário**, n. 47, p. 152 – .

⁴⁰² **Vocabulário jurídico**, p. 429.

⁴⁰³ **Curso** ..., *op. cit.*, p. 40.

Ainda no que diz respeito à base de cálculo, LUIZ ALBERTO PEREIRA FILHO teoriza sobre a possibilidade de a taxa ser um tributo fixo:

Melhor dizendo, o valor eleito pelo legislador, como mensurador do critério material das taxas 'fixas', que equivale ao próprio critério quantitativo da regra-matriz – deve refletir o efetivo custo da atuação estatal, confirmando o critério material da taxa.⁴⁰⁴

Tal posicionamento não parece ser o mais adequado, pois a idéia de tributo fixo traz conseqüentemente vertida a idéia de desrespeito ao princípio da igualdade e da capacidade contributiva, que já foram objetos de estudo.

Além disso, a taxa, para ser cobrada sem ofensa à Constituição Federal, deve conter o caráter da divisibilidade intrínseco, o que já denuncia a impossibilidade de ser fixa.⁴⁰⁵ Por razão lógica, algo que é divisível, tem como marco inicial para a divisão um todo, demonstrando que as partes podem variar no processo divisório e não necessitam ser divididas da mesma forma, podendo uma delas ser maior que a outra, o que em nada modificará o marco inicial, já que o todo continuará a ser igual. Logo, quando se fala em divisibilidade do serviço, como característica necessária para a tributação por meio de taxa, esse fator se encontra intimamente relacionado ao critério quantitativo da taxa, que é representado pela base de cálculo e alíquota⁴⁰⁶.

Quanto à alíquota, elemento que também integra o critério quantitativo da consequência tributária das taxas, segundo alguns doutrinadores, não é fator presente nas taxas, sendo, por exemplo, a opinião de GERALDO ATALIBA: *“Muitas taxas não têm alíquota. A lei, nesses casos, dispensa essa técnica e já estabelece*

⁴⁰⁴ **As taxas ...**, op. cit., p. 105.

⁴⁰⁵ PAULO DE BARROS CARVALHO em comentário sobre os tributos fixos: *“O meio jurídico não se tem 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 tributaristas não se hajam manifestado na apreciação específica desse problema”*. – **Curso ...**, op. cit., p. 322 – .

⁴⁰⁶ *“A divisibilidade – exigida constitucionalmente (art. 145, II) – permite ao legislador tributário estabelecer unidades de utilização, para medir o consumo de cada contribuinte, permitindo, assim, a constitucionalmente desejada repartição do custo total da manutenção do serviço por todos os usuários.”* – GERALDO ATALIBA, **Hipótese ...**, op. cit., p. 152 – .

o 'quantum' devido, antecipadamente (pedágio, certidões, etc.)⁴⁰⁷ e de WALTER ALEXANDRE BUSSAMARA:

Desta feita, sendo a base de cálculo uma perspectiva dimensível da materialidade da hipótese de incidência de um tributo – vale dizer, uma medida sua, que será traduzida, nesta modalidade de tributo 'taxa', pelo custo da atuação estatal -, acaba representando o próprio valor da taxa, esgotando nesse momento, sua quantificação. Daí entendermos não se pode falar em alíquota para esse tributo (*sic*).⁴⁰⁸

Pelo fato de não poder ser admitida a possibilidade de imputação de uma taxa fixa à população - ela pode até existir, mas será maculada pela inconstitucionalidade - é que se entende ser a alíquota um elemento fundamental, necessário e que deverá estar inevitavelmente presente no critério quantitativo da taxa. JOSÉ ROBERTO VIEIRA, em estudo sobre a regra-matriz do IPI, demonstra a presença fundamental da alíquota na quantificação do tributo, sendo inclusive essa uma exigência constitucional; traz-se, então, as lições que devem ser aplicadas também às taxas:

Se as funções mensuradoras e comparativas da base de cálculo consistem em ofício de que se deve desincumbir sozinha, outro é o papel que lhe cabe na tarefa aritmética de determinação da dívida tributária, função dita objetiva, e que a base de cálculo não pode isoladamente levar a cabo, senão congregando-se à alíquota. E essa 'conotação de necessária, aqui exibida pela alíquota', ganha ares de grande amplitude perante o fato de que a base de cálculo, para a qual é imprescindível a cooperação da alíquota, constitui exigência constitucional irrefragável.⁴⁰⁹

Assim, para que uma taxa seja protegida sob o véu da constitucionalidade, no seu critério quantitativo é imprescindível haver base de cálculo e alíquota.

Para que uma taxa seja cobrada adequadamente do sujeito passivo, aquele que utiliza o serviço, há a necessidade de uma lei que discipline as futuras condutas estatais, exigência que fica esclarecida pela lição de WALTER ALEXANDRE BUSSAMARA:

(...) para que uma determinada taxa possa ser cobrada corretamente – será necessário que tais atuações estatais previstas anteriormente em lei,

⁴⁰⁷ *Ibid*, p. 117.

⁴⁰⁸ **Taxas – limites** ..., *op. cit.*, p. 136.

⁴⁰⁹ **A regra-matriz** ..., *op. cit.*, p. 125.

condicionando-se, por sua vez, a atividade tributante do Estado a uma dupla edição normativa.

Em outras palavras, as pessoas políticas tributariamente competentes deverão, por meio de uma primeira lei, de natureza administrativa, disciplinar não só a prestação do serviço como, também, o exercício do poder de polícia.

Somente depois de exercer essa competência administrativa, porém, com base, agora, em uma segunda lei, de índole tributária, é que poderá o Estado cobrar a referida taxa tendo em vista aquelas suas respectivas atuações, se e quando verificadas, concretamente, no mundo em que vivemos, e que ensejam ao administrado diretamente alcançando a obrigação de pagar essa espécie tributária.⁴¹⁰

Registrando-se a necessidade de uma lei administrativa que discipline a prestação do serviço público, pode-se questionar quanto à competência tributária das taxas, se ela é comum ou privativa.

Consoante a doutrina de ROQUE ANTONIO CARRAZZA, esse jurista descreve em sua obra, que a doutrina tradicional considera a competência tributária, no que atine às taxas, como sendo comum, tendo em vista que tanto à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é facultado instituir esse tributo⁴¹¹. Contudo, o referido doutrinador alerta para o fato de que somente a pessoa política que possui a competência administrativa poderá instituir o tributo em estudo:

(...) taxas e contribuições de melhoria só podem ser criadas pela pessoa política que: a) possuir *competência administrativa* para realizar a *atuação estatal* (que deve consistir, no caso das *taxas*, na prestação de um *serviço público* ou no *exercício do poder de polícia*, e, no caso da *contribuição de melhoria*, na realização de uma *obra pública*, que valoriza os imóveis a ela adjacentes); e b) tiver regulado, por meio de lei, tal atuação.⁴¹²

Tal raciocínio também é defendido por WALTER ALEXANDRE BUSSAMARA⁴¹³; e deve ser compreendido de maneira clara, pois a taxa acaba

⁴¹⁰ **Taxas – limites** ..., *op. cit.*, p. 38-39.

⁴¹¹ JOSÉ AFONSO DA SILVA diferencia as competências em dois grandes grupos: “ (1) ‘competência material’, que pode ser: (a) ‘exclusiva’ (art. 21); e (b) ‘comum, cumulatividade e paralela’ (art. 23); (2) ‘competência legislativa’, que pode ser: (a) ‘exclusiva’ (art. 25, §§1º e 2º); (b) ‘privativa’ (art. 22); (c) ‘concorrente’ (art. 24); (d) ‘suplementar’ (art. 24, § 2º)”. - **Curso de direito constitucional positivo**, p. 482 -.

⁴¹² **Curso** ..., *op. cit.*, p. 612.

⁴¹³ “Em outras palavras, as pessoas políticas tributariamente competentes deverão, por meio de uma primeira lei, de natureza administrativa, disciplinar não só a prestação do serviço público como, também, o exercício do poder de polícia.

sendo um tributo diferente dos impostos, em razão das duas normas que deverão ser editadas para que ela possa ser cobrada de maneira legítima e atender, assim, ao Princípio da Legalidade.

Analisando-se a existência de duas relações jurídicas, quais sejam, a decorrente da competência tributária e a da competência administrativa, observa-se, então, que tal entendimento é de suma importância para não deixar margem de dúvida, posteriormente, quanto à remuneração mediante tarifa. Ora, se há dois momentos, um pertencente à seara do Direito Administrativo e outro à do Direito Tributário, conclui-se que o momento que vai determinar se a atividade exercida é um serviço público será o da competência administrativa e não o da competência tributária. Esta somente se utilizará da materialidade do serviço público para dar nascimento à hipótese de incidência das taxas, naquele caso, sendo, portanto, a segunda norma pertinente à relação jurídica tributária.

Quando se nega o caráter contraprestacional das taxas, utiliza-se, também, de tal argumento para compreender que o serviço é público em razão de sua competência administrativa e não por originar o nascimento de uma taxa. CÉSAR A. GUIMARÃES PEREIRA explica melhor tal raciocínio:

Não é possível reputar que o dever de recolher a 'taxa' integre a relação jurídica do serviço público como contraprestação do serviço. Não há comutatividade entre o dever de recolher a taxa e o dever de prestar o serviço público. Ambos são deveres 'ex lege'. Um não é 'causa jurídica' do outro. Isso impede que sejam considerados como integrantes de uma só relação jurídica.⁴¹⁴

Assim, fica nítido que o serviço público não existe em razão da presença da relação jurídica tributária, que dá ensejo à taxa. O tributo taxa, bem como o serviço público, são deveres decorrentes da lei. Logo, o serviço público continua a subsistir mesmo sem a existência da taxa. Argumenta AURÉLIO PITANGA SEIXAS FILHO: *"Assim, não parece necessário, nem obrigatório, existir um nexo causal*

Somente depois de exercer essa competência administrativa, porém, com base, agora, em uma segunda lei, de índole tributária, é que poderá o Estado cobrar a referida taxa tendo em vista aquelas suas respectivas atuações, se e quando verificadas, concretamente, no mundo em que vivemos, e que ensejam ao administrado diretamente alcançado a obrigação de pagar essa espécie tributária". – WALTER ALEXANDRE BUSSAMARA, **Taxas – limites** ..., *op. cit.*, p.39 – .

⁴¹⁴ **Usuários** ..., *op. cit.*, p. 81.

*entre serviço público (ou inerente às funções do Estado) e o regime jurídico tributário da taxa*⁴¹⁵.

O fato de a Constituição Federal prever o nascimento da taxa em face da prestação de serviço público, não exclui a possibilidade de tal serviço ser remunerado por meio de tarifa. Ora, o próprio texto constitucional supõe a delegação do serviço público⁴¹⁶; sem falar em delegação da capacidade tributária ativa⁴¹⁷. É indubitável haver casos em que o serviço público sofre um processo de delegação no qual é acompanhado pela delegação da capacidade tributária ativa⁴¹⁸.

Outro detalhe a ser destacado é que o texto deixa expressa a política tarifária e discorre sobre o direito dos usuários, não utilizando, para tanto, o vocábulo contribuinte, deixando transparente que o serviço é público em razão do regime da competência administrativa.

Negar a remuneração por tarifa é negar as mudanças que ocorreram no âmbito do serviço ao longo dos anos; é não considerar a reforma administrativa, é recusar, por fim, o texto constitucional. Assim, o presente trabalho, em oposição à grande maioria dos tributaristas, entende que o serviço público pode ser remunerado por meio de tarifa, idéia que será melhor analisada posteriormente⁴¹⁹.

⁴¹⁵ **Taxa: doutrina, prática e jurisprudência**, p. 13.

⁴¹⁶ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

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

II- os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado”.

⁴¹⁷ “*Resulta daí que só depois de exercida, mediante lei federal, a norma jurídica do imposto é que a transferência pode operar-se. O que se vai transferir, porém, não é mais competência tributária, isto é, aptidão para instituir o tributo, por intermédio de lei, mas a mera ‘capacidade tributária ativa’, vale dizer, o direito subjetivo à percepção do tributo, o que consubstancia realidade jurídica polarmente diversa (sic).*” – ROQUE ANTONIO CARRAZZA, **Curso** ..., op. cit., p. 621 – .

⁴¹⁸ “*Todas as espécies impositivas são instrumentos idôneos da ‘parafiscalidade’ Quer exações vinculadas (taxas e contribuições de melhoria), quer as não-vinculadas (impostos). O ‘pedágio’ pago ao DERSA, pelos veículos que transitam por estradas sob a administração dessa entidade, por exemplo, tem natureza jurídica de taxa, ocorrendo o mesmo com a contribuição previdenciária que se reclama do empregado.*” – PAULO DE BARROS CARVALHO, **Curso** ..., op. cit., p. 231 – .

⁴¹⁹ DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI expõe o pensamento de alguns tributaristas: “*Para alguns tributaristas a remuneração do serviço público, ainda que prestado por concessionária, é*

Diferentemente ocorre com a atividade de polícia, para o qual neste caso, não há previsão constitucional para que ela seja delegada à iniciativa privada, constituindo-se, portanto, em atividade exclusiva do Estado⁴²⁰.

Sabe-se muito bem que o serviço, ao ser delegado à iniciativa privada, não deixará de ser público em momento algum; a prestação pelo particular não desnatura o serviço, sendo que ele, diferentemente da relação jurídica tributária, integrará, portanto, uma relação jurídica de Direito Administrativo Econômico.

Retornando, então, ao tema da relação jurídica tributária, ela é formada por um sujeito ativo, possuidor de um direito subjetivo, e por um sujeito passivo, que deverá realizar um dever jurídico, convergindo para um único ponto que será o objeto da prestação, nesse caso, o pagamento de uma taxa. Diante do que já foi exposto, sabe-se que, no caso da taxa, o sujeito ativo poderá ser qualquer um dos entes da Federação ou alguém que detenha a capacidade tributária ativa⁴²¹.

Já o sujeito passivo será o indivíduo que está vinculado à atividade estatal, de vez que se trata de um tributo vinculado. É nesse sentido que BERNARDO RIBEIRO DE MORAES se posiciona:

A taxa deve ser exigida somente das pessoas que estejam em relação pessoal e direta com a atividade estatal que lhe dá origem. Exigida indistintamente de todos, mesmo das pessoas que não recebem a atividade estatal, desnatura-se como taxa. Passa a ser imposto. Vejamos, agora, as pessoas que podem figurar no pólo negativo da relação jurídica tributária relativa a taxas. São pessoas que tenham relação direta e pessoal com a atividade estatal que lhes é dirigida, seja em decorrência do poder de polícia, seja em decorrência de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ou postos à disposição.⁴²²

'taxa', espécie de tributo, e não 'tarifa', realizável pelo preço público'. – O serviço público ..., op. cit., p. 226 – .

⁴²⁰ *"Com tais ressalvas, correto asseverar que é indelegável o 'poder de polícia administrativa', intrinsecamente considerado, na estatalidade que o justifica". – JUAREZ FREITAS, Poder de polícia administrativa e o primado dos direitos fundamentais, in LUIZ GUILHERME COSTA WAGNER JÚNIOR (coord.), **Direito público: estudos** ..., op. cit., p. 412 – .*

⁴²¹ *"Para que uma pessoa política se qualifique como sujeito ativo de uma determinada taxa, quer correspondente a serviço, quer ao exercício do poder de polícia, será indispensável que ele exerça direta ou indiretamente, a atividade, não sendo admissível, por exemplo, que um Município cobre taxa por um serviço prestado pelo Estado, ou vice-versa, ainda que a isso erradamente autorizado, visto que tal proceder se chocaria com o princípio da indelegabilidade da competência tributária. " – RUBENS MIRANDA CARVALHO, **Contribuição de melhoria** ..., op. cit., p. 127 – .*

⁴²² **Doutrina e prática** ..., op. cit., p. 219.

O sujeito passivo das taxas, portanto, deverá estar diretamente relacionado à atividade estatal. No entanto, conforme lições de REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *“O sujeito passivo da obrigação tributária pode ser o ‘contribuinte’ ou aquele que tem relação pessoal e direta com a situação que consubstancia o fato impositivo e o ‘responsável’, a quem a lei atribui a condição de contribuinte.”*⁴²³ Assim, verifica-se, ainda que brevemente, as principais características da regematrix das taxas.

2.3. Taxas em razão do serviço público

De modo já referido as taxas possuem duas materialidades - serviço público ou atividade de polícia –, que ocasionam três hipóteses de incidência: prestação efetiva do serviço público, prestação potencial do serviço público e exercício da atividade de polícia. A primeira materialidade a ser estudada, tema do presente trabalho, é a da prestação do serviço público. No decorrer do trabalho, observou-se que o conceito de serviço público está relacionado ao atendimento das necessidades da coletividade e que ele passou por numerosas transformações ao longo dos anos, pois *“ (...) o conceito de serviço público varia no tempo e no espaço, sujeito que se acha a conveniências políticas ou a tendências de ordem social e econômica”*⁴²⁴.

Antes de entrar no exame das taxas em razão de serviço, cabe trazer conceito fornecido por WALTER ALEXANDRE BUSSAMARA:

‘Taxa de serviço’ é a modalidade de tributo que tem como materialidade de sua hipótese de incidência uma atuação estatal que consiste na prestação ou disponibilização (em certos casos, como veremos) de um ‘serviço público’, específico e divisível, imediata ou diretamente referida a alguém.⁴²⁵

Logo, conforme lição de BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, *“ (...) a causa jurídica das taxas de serviços está na atividade estatal dirigida ao*

⁴²³ **Taxas de polícia** ..., *op. cit.*, p. 59.

⁴²⁴ **Doutrina e prática** ..., *op. cit.*, p. 175-176.

⁴²⁵ **Taxas – limites** ..., *op. cit.*, p.58.

*contribuinte, correspondente à utilização, por este, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis*⁴²⁶. Na tributação por taxas, somente é causa de materialidade o serviço público específico e divisível.

Alguns doutrinadores defendem que o serviço público de fruição obrigatória deve ser tributado, exclusivamente, mediante taxa, não existindo, para tanto, nesse caso, a possibilidade de remuneração em razão de tarifa⁴²⁷. Essa tese passa por diversos questionamentos, pois o que seria um serviço público de fruição obrigatória? Este deve ser esboçado a partir da função individual ou coletiva?

CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA pensa:

Pode afirmar-se, então, que a qualificação da remuneração do concessionário como tarifa não tem nenhum vínculo com a eventual compulsoriedade na utilização dos serviços que ensejam a sua cobrança. Os deveres de utilizar o serviço e de pagar a tarifa correspondente são distintos e dissociados entre si.⁴²⁸

Já foi demonstrada, anteriormente, a existência de duas relações jurídicas independentes, quando ocorre o fato correspondente à hipótese de incidência da taxa, e surgem as relações jurídicas administrativa e tributária.

Uma característica marcante das taxas em razão do serviço público é que podem ser cobradas por estarem, simplesmente, à disposição do usuário, ainda que não haja a utilização efetiva do serviço, apenas potencial⁴²⁹. Contudo, o serviço público tem que existir, pois, conforme lição de BERNARDO RIBEIRO DE MOARES, “ (...) a taxa não pode ser devida por serviços futuros. A existência do serviço público é indispensável para legitimar a taxa”⁴³⁰.

Diferente é o que ocorre em outros países, onde a mera disponibilidade não é hipótese para o nascimento da taxa. JOSÉ LUÍS SHAW, em estudo sobre

⁴²⁶ **Doutrina e prática** ..., *op. cit.*, p. 175.

⁴²⁷ “1) Quando o serviço público for de utilização compulsória pelo usuário, haja ou não alternativa, pois, mesmo que o contribuinte prefira outra opção, deverá pagar a taxa pela potencialidade do serviço público ‘mensurável’”. – AURÉLIO PITANGA SEIXAS FILHO, **Taxa** ..., *op. cit.*, p. 22 – .

⁴²⁸ **Usuários** ..., *op. cit.*, p. 357.

⁴²⁹ “O motivo mais forte para a adoção da cobrança pelo uso potencial é o interesse público, que, muitas vezes, acaba sendo atendido somente por meio da imposição que, por sua vez, induz os administrados ao seu uso, já que, de todo modo, terão os ônus da exação”. – FABIANO VERLI, **Taxas**..., *op. cit.*, p. 93 – .

⁴³⁰ **Doutrina e prática** ..., *op. cit.*, p. 184.

taxas, preços e impostos, cita o caso do direito argentino: *“La doctrina argentina se ha pronunciado por la necesidad de que exista una prestación efectiva del servicio”*⁴³¹.

No Brasil, a mera disponibilidade do serviço, somada à “utilização compulsória”, como hipótese de incidência da taxa é decorrência do interesse coletivo, atendendo, assim, aos princípios constitucionais, pois, alguns serviços, como por exemplo, o saneamento básico, quando colocado à disposição da sociedade, tem como objetivo fundamental a proteção da saúde. Nesse sentido, RUBENS MIRANDA DE CARVALHO argumenta: “ (...) *em face do interesse coletivo determinante da existência e funcionamento de tais serviços, pouco interessará se aquele a quem eles beneficiam direta ou indiretamente desejem ou não utilizá-los*”⁴³². Assim, basta que o serviço seja colocado à disposição para que exista a incidência da regra jurídica tributária das taxas.

A própria Constituição Federal, quando estabelece o tributo taxa, deixa clara a sua cobrança em razão do serviço efetivo ou potencial, prestado ou posto à disposição do contribuinte. SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO acrescenta um detalhe a tal observação:

As taxas pela prestação de serviços públicos de utilidades tais como ‘coleta de lixo’ ou ‘fornecimento de água’ (quando a água é fornecida pelo regime tributário, pois freqüentemente o é pelo regime de preços), podem ser cobradas por estarem à disposição do contribuinte os referidos serviços, desde que a lei os declare de utilização compulsória.⁴³³

Será realmente que há a necessidade de uma lei, declarando a utilização compulsória do serviço público para a cobrança da taxa ?

A “compulsoriedade” de um serviço não deve ser entendida literalmente, mas a partir de sua importância em relação à coletividade, não necessitando de lei que o declare “compulsório”. A referida idéia é retirada a partir do próprio ordenamento, por meio de interpretação sistemática.

⁴³¹ **Tasas, precios e impuestos: su diferenciación en la doctrina contemporánea**, p. 49.

⁴³² **Contribuição de melhoria...**, *op. cit.*, p. 138.

⁴³³ Serviços públicos e tributação, *in* HELENO TAVEIRA TÔRRES (coord.), **Serviços públicos e direito tributário**, p. 247.

Cabe esclarecer que a utilização potencial de que cogita a Constituição Federal é complementada pelo requisito da “utilização compulsória” prevista no Código Tributário Nacional, transcritos, abaixo, respectivamente:

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;

Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o art. 77 consideram-se:

I – utilizados pelo contribuinte:

a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;

b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

Observada a taxa em razão do serviço público, passa-se a um segundo momento.

2.4. Taxas em razão da atividade de polícia

Outra materialidade da norma de incidência das taxas é a atividade de poder de polícia. Ocorre que, diferentemente do que acontece com as taxas em razão do serviço público, a atividade de polícia deve ser efetivamente prestada, sendo que a mera disponibilidade do ato não representa possibilidade para a ocorrência do fato jurídico tributário. SACHA CALMON NAVARRO CÔELHO elucida melhor o referido pensamento: “As ditas ‘taxas de polícia’ não podem ser cobradas pela mera disponibilidade do serviço público, só as de serviço, assim mesmo se a utilização for compulsória por força de lei, como está prescrito no CTN”⁴³⁴; raciocínio que pode ser complementado pela opinião de WALTER ALEXANDRE BUSSAMARA⁴³⁵.

⁴³⁴ *Ibid*, p. 243.

⁴³⁵ “Se não foi manifestado é porque não foi efetivo, e, dessa forma, por não ter sido efetivo, não dará margem à tributação válida por meio de taxa de polícia, disso decorrendo, ainda, que sempre que a manifestação do exercício do poder de polícia estiver em disponibilidade é porque não se preencheu a materialidade da hipótese de incidência da respectiva taxa de polícia, que, por pressupor um efetivo exercício do poder de polícia, resultará sempre, quando válida, na ocorrência concreta do exercício do referido poder”. – **Taxas – limites** ..., *op. cit.*, p.88 – .

Outra diferença que também reside nas taxas decorrentes da atividade de polícia é que “ (...) *o poder de polícia, ao contrário, objetiva um não fazer por parte dos administrados, no sentido de não permitir eventuais abusos de direito*”, conforme WALTER ALEXANDRE BUSSAMARA, contrariamente ao serviço público, que consiste numa prestação positiva⁴³⁶. O fundamento da referida taxa encontra-se na supremacia do interesse público⁴³⁷.

No entanto, muita prudência se deve ter quando se faz referência à atividade de polícia como algo limitador, talvez, ensejando uma visão negativa do instituto. Ora, tal terminologia pode, conseqüentemente, trazer um conceito pejorativo de uma atividade exercida por parte do ente estatal. JUAREZ FREITAS, em estudo valioso sobre a atividade de polícia apresenta uma nova perspectiva, pela qual a sua finalidade é estar justamente em consonância com o atendimento dos direitos e garantias fundamentais: “*Pensar, portanto, em ‘poder de polícia administrativa’, no sistema brasileiro, não implica cogitar de mera faculdade estatal. Acima de tudo, trata-se de responsabilidade perante os cidadãos.*”⁴³⁸ E continua:

Com efeito, o exercício legítimo do ‘poder de polícia administrativa’ significa ‘intervenção em sentido amplo’, nunca mutiladora da essência dos direitos. Nessa perspectiva, o exercício adequado e parcimonioso do ‘poder de polícia’ é somente um instrumento de que dispõe o Estado para tornar menos assimétrico o desfrute simultâneo dos direitos individuais e coletivos que, nacionais ou estrangeiros, encontram-se sob a sua jurisdição.⁴³⁹

Conjugada essa nova perspectiva com o já apresentado no presente trabalho, observamos que, na atualidade, a Administração Pública vem, justamente, a promover proteção aos direitos fundamentais. MARÇAL JUSTEN FILHO caminha no mesmo sentido, e pode ser retratada tal opção teórica com base na definição que o autor confere ao instituto: “*O poder de polícia administrativa é a competência administrativa de disciplinar o exercício da autonomia privada para a*

⁴³⁶ *Ibid*, p.70.

⁴³⁷ “*Ao que depreendemos, o poder de polícia descansa na supremacia geral da Administração Pública com base na supremacia do interesse público sobre o particular*”. – JOSÉ CARLOS ABRÃO, Taxas de polícia, **Revista de direito tributário**, p. 137 -.

⁴³⁸ Proposta de revisão conceitual do “poder de polícia administrativa” e o primado dos direitos fundamentais, in HELENO TAVEIRA TÔRRES (coord.), **Serviços públicos** ..., *op. cit.*, p. 80 -.

⁴³⁹ *Ibid*, p. 83.

*realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade*⁴⁴⁰.

Outro fator a ser destacado na atividade de polícia é a sua indelegabilidade: “*Veda-se a delegação do poder de polícia a particulares não por alguma qualidade essencial ou peculiar à figura, mas porque o Estado Democrático de Direito importa o monopólio estatal da violência*”, conforme explicação de MARÇAL JUSTEN FILHO⁴⁴¹. Em razão da indelegabilidade, não poderá existir a cobrança de tarifas no que concerne a essa materialidade. Somente o ente estatal poderá figurar na relação jurídica com o administrado, o que resultará obrigatoriamente na existência de uma relação jurídica tributária e, conseqüentemente, na cobrança do tributo dito taxa. Essa é inclusive uma das características da atividade de polícia destacada por BERNARDO RIBEIRO DE MORAES:

(...)

a) é inerente a toda administração pública e se reparte entre todos os níveis de governo (União, Estados e Municípios). O sujeito ativo relativamente ao poder de polícia é sempre a administração pública, o Estado. Em conseqüência, a polícia sempre pode ser exercida pela pública administração, privativamente. A destruição de coisa alheia, procedida por particular para evitar perigo eminente, não se enquadra no conceito de poder de polícia;⁴⁴²

Delegar a atividade de polícia a um particular seria uma afronta ao Estado Democrático de Direito, conforme salienta MARÇAL JUSTEN FILHO, como vislumbrado, além de ser uma transferência de sua soberania a um particular, o que traria enorme insegurança jurídica à nossa sociedade.

Apesar da nova visão de Administração Pública, que limita o aspecto unilateral do ente público, conforme as palavras de JUAREZ FREITAS – “(...) o *unilateralismo e a discricionariedade precisam ceder lugar à ‘visão dialógica’ que*

⁴⁴⁰ **Curso** ..., *op. cit.*, p. 385.

⁴⁴¹ *Ibid*, p. 392.

⁴⁴² **Doutrina e prática** ..., *op. cit.*, p. 161. Há que se ressaltar que a expressão “níveis de governo” é problemática e JOSÉ ROBERTO VIEIRA leciona o porquê do problema: “*Há que repudiar, pois, ‘o vício corriqueiro do falar-se em ‘níveis de governo’, uma vez que a pluralidade leva à admissão de ‘desníveis’ que já vimos inexistentes; (...)*” – Princípios constitucionais e estado de direito, in **Revista de Direito Tributário**, n. 54, p. 104-105.

*confere preponderância aos direitos fundamentais, em especial à dignidade humana, assumida como princípio jurídico imediatamente vinculante*⁴⁴³ – isso não significa que deva existir uma transferência de soberania, pois tal fato acarretaria justamente uma violação aos direitos humanos. Conforme demonstrado, a atividade de polícia é uma limitação que vem no sentido de proteger os direitos fundamentais⁴⁴⁴.

A atividade de polícia, ou seja, a prestação dos atos administrativos de polícia acabam mobilizando, conforme leciona CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, o aparelho estatal e, por conseguinte, custos decorrentes da referida prestação irão existir⁴⁴⁵. Tais atos poderão ser objeto de remuneração mediante taxa.

2.5. Taxas em razão do uso: inconstitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal, conforme demonstrado, delimita claramente o campo de atuação do legislador para a criação da hipótese de incidência das taxas: serviço público ou atividade de polícia⁴⁴⁶. Assim, diferentemente do que ocorre em outros países, taxas em razão do uso configuram uma inconstitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro⁴⁴⁷. No mesmo posicionamento, encontra-se WALTER ALEXANDRE BUSSAMARA:

⁴⁴³ 'Poder de polícia administrativa' ..., *op. cit.*, p. 416.

⁴⁴⁴ "Assim, é poder de polícia aquele exercido pelo Estado (Administração Pública), nos limites que lhe estejam traçados nas normas constitucionais, no sentido de regramento da ordem pública através das limitações ao exercício das liberdades individuais e coletivas, tendo em vista o bem estar e a proteção das pessoas no que se refere à sua integridade física e moral, à sua saúde, à higiene, aos costumes, à tranquilidade pública, aos bens de sua propriedade, à propriedade pública e ao comportamento humano como forma de exercício disciplinado dos direitos e atividades." – RUBENS MIRANDA CARVALHO, **Contribuição de melhoria**..., *op. cit.*, p. 163 –.

⁴⁴⁵ Taxa de polícia, **Revista de direito tributário**, n. 55, p. 72.

⁴⁴⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que a legitimidade da taxa somente existirá quando se verificar em tais modalidades: "Donde, verificar se uma taxa é legítima quanto ao seu aspecto material, corresponde a examinar se a descrição do comportamento estatal que faz irromper a obrigação de pagá-la ajusta-se (ou não) aos conceitos de poder de polícia ou serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição". – Taxa de serviço, **Revista de direito tributário**, p. 28 –.

⁴⁴⁷ JOSE JUAN FERREIRO LAPATZA demonstra claramente a possibilidade da existência de taxas em razão do uso: "Tasas son aquellos tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización del

Temos, portanto, nessas duas materialidades da hipótese de incidência possível das taxas, verdadeiros limites à respectiva atividade tributária do Estado no que tange ao exercício de sua competência tributária. Quaisquer outras taxas não encontrariam respaldo algum em nosso atual sistema constitucional tributário.

Seria o caso, por exemplo, da instituição de taxas de uso (pela utilização de um bem pertencente ao domínio público) ou de obras (pela utilização de obras públicas).⁴⁴⁸

Assim, se o Poder Público institui uma taxa em razão da utilização de um determinado bem público, por exemplo, tal tributo estará completamente eivado de inconstitucionalidade, levando-se em conta que não há qualquer previsão na Constituição Federal para instituir taxa em razão do uso; ainda que se pense na competência residual da União Federal, tal tributo não seria possível, uma vez que essa competência atine, exclusivamente, aos impostos, tributos de caráter não-vinculado.

2.6. Taxas em razão de obra pública x Contribuição de Melhoria

Outra espécie de tributo vinculado, presente no ordenamento jurídico brasileiro, é a contribuição de melhoria. Segundo GERALDO ATALIBA,

A h.i. da contribuição de melhoria é a valorização imobiliária causada por obra pública. É tal o único critério objetivo, isonômico e mensurável, para a aplicação do art. 145, III, da Constituição Federal.

Sua base impositiva é a valorização; a medida da valorização é o critério do tributo. Valorização é a diferença positiva de valor de um imóvel entre dois momentos: antes e depois da obra.⁴⁴⁹

Logo, a contribuição de melhoria tem como hipótese de incidência a valorização decorrente de uma obra pública, o que, conseqüentemente, elimina a possibilidade de implantação de uma taxa pela valorização imobiliária em razão de obra pública, considerando que há previsão constitucional de outro tributo

*dominio público, la prestación de un servicio público o la realización por la administración de una actividad que se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo". – Los limites del tributo: tasas y precios, in: **Estúdios en memória de Ramón Valdes Costa**, p. 504 – .*

⁴⁴⁸ **Taxas – limites** ..., *op. cit.*, p.35.

⁴⁴⁹ **Hipótese** ..., *op. cit.*, p. 170.

específico para esse caso⁴⁵⁰. Ocorreria uma invasão de competência tributária se a taxa fosse cobrada em virtude de valorização imobiliária, pois tal materialidade é prevista constitucionalmente para o tributo conhecido como contribuição de melhoria.

A contribuição de melhoria, assim como a taxa, possui uma hipótese de incidência relacionada com a atividade estatal, o que torna, ambas as espécies, tributos vinculados; ocorrendo que a primeira é tributo vinculado de modo indireto, enquanto que a taxa o é de modo direto. Não é diferente na doutrina estrangeira, conforme se tem na lição de JOSE JUAN FERREIRO LAPATZA:

El hecho imponible se configura en tasas e contribuciones especiales em torno a una actividad estatal que afecta al sujeto pasivo. En as tasas se quiere que tal afectación se produzca. En las contribuciones especiales solo se produce como un efecto indirecto, no directamente querido, de la actividad estatal.⁴⁵¹

A Constituição Federal dispõe, expressamente, no artigo 145, III, a razão para a cobrança da contribuição de melhoria: “*contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas*”. E se fosse cobrada uma contribuição de melhoria decorrente de uma obra pública de acordo com uma interpretação literal da Constituição Federal, sem observar o aspecto da valorização imobiliária: como ficaria a referida situação?

RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA em comentário à Emenda Constitucional nº 23, de 1º.12.83, que modificou o texto constitucional, no que toca à contribuição de melhoria, substituindo a expressão “imóveis valorizados” por “imóveis beneficiados”, acaba por concluir que a referida alteração desnaturou o tributo contribuição de melhoria, transformando-a em uma taxa em razão de

⁴⁵⁰ “Constituição Federal

Art. 145. (...)

(...)

III – contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas;”

“Código Tributário Nacional

Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado”.

⁴⁵¹ Los limites del tributo ..., op. cit., p. 507.

⁴⁵¹ **Taxas – limites** ..., op. cit, p.35.

obras⁴⁵². O raciocínio do autor pode ser trazido para a atualidade, daí observando-se que a contribuição deve ser cobrada em virtude da valorização imobiliária e não da obra pública realizada.

Para melhor compreensão, transcreve-se o pensamento de RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, no seu comentário, anteriormente citado:

Parece que houve, realmente, substancial alteração não só semântica, mas definitiva do problema contribuição de melhoria no Direito brasileiro. A relação anteriormente operada pela necessidade da valorização imobiliária deixou de existir, passando a servir de base de cálculo apenas e tão-somente o custo da obra, para que esteja o Município legitimado a exigir a contribuição de melhoria.

(...)

Tem-se, pois, que ocorreu a extinção, no Direito brasileiro, da figura contribuição de melhoria, como entidade autônoma, tendo sido transformada em taxa de obras, para possibilitar à Administração Pública a recuperação do montante de receita despendida para custear a construção da obra.⁴⁵³

Assim, observa-se que, dependendo da base de cálculo atribuída ao tributo, valor da obra pública ou valor da valorização imobiliária, é que poderá ser analisado o caso e, portanto, concluindo se se está diante de uma contribuição de melhoria ou uma taxa em razão de obra pública, tendo em vista que a base de cálculo, conforme vislumbrado, tem a função de infirmar, afirmar ou confirmar o critério material da sua hipótese de incidência.

Quando se discorre a respeito de taxa em razão de obra pública, será que tal materialidade está albergada na Constituição Federal ? Conforme demonstrado anteriormente, as taxas somente podem ser instituídas em razão de serviço público ou atividade de polícia. Assim, faz-se outro questionamento: Obra pública estaria dentro do conceito de serviço público ?

Segundo DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI : “ (...) *a obra pública é limitada no tempo e o serviço público tem a continuidade como característica*”⁴⁵⁴. Por tal característica, percebe-se claramente que obra pública não é serviço público e, portanto, não se enquadra na materialidade da taxa em razão do serviço público.

⁴⁵² Inexistência da contribuição de melhoria no direito brasileiro, **Revista de direito tributário**, n. 36, p. 62.

⁴⁵³ *Ibid*, p.63-64.

⁴⁵⁴ **O serviço público** ..., *op. cit.*, p. 131.

É claro que, algumas vezes, determinados serviços necessitam anteriormente de uma obra pública, mas o que prevalecerá é a prestação do serviço e não a obra pública⁴⁵⁵.

Desse modo, quando realizada uma obra pública pelo Estado, e se, em razão de tal obra pública, houver valorização imobiliária, então, surgirá a materialidade para a cobrança do tributo denominado contribuição de melhoria, posto que taxa em razão de obra pública é inconstitucional, pois o conceito de obra não é albergada pela definição de serviço público.

2.7. Taxas e extrafiscalidade

A taxa, como tributo que é, possui, além de uma função de arrecadar e gerar receitas para os cofres públicos, uma função social secundária em face do Estado. Ora, as lições de BERNARDO RIBEIRO DE MORAES confirmam meridianamente a função extrafiscal e social das taxas:

O tributo serve: para modificar os costumes, discipliná-los, moderar o uso de certos produtos, combater o jogo e o álcool, regular direitos, etc.

(...)

A taxa passa a ser um instrumento tributário 'sui generis' que, além de tributo específico, traz em si a idéia de realização de objetivos sociais e políticos do Estado. As taxas de polícia, para serem arrecadadas, exigem a ação do Estado, através da regulamentação e limitação dos direitos individuais.⁴⁵⁶

Há opiniões na doutrina que demonstram uma posição ainda mais contundente sobre o caráter extrafiscal da taxa do que a apresentada na presente pesquisa, como por exemplo, a de RUBENS MIRANDA DE CARVALHO: " (...) *entendo que as taxas, por não serem tributos meramente arrecadatórios, ditos estes 'fiscais', mas sendo fundamentalmente interventivos, ou 'extra-fiscais', não se prestam à transferência de riqueza de uns para outros administrados*"⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ "Assim, por exemplo, se a Administração resolve beneficiar determinado local com serviço de água, não poderá exigir contribuição de melhoria. Embora deva realizar obras para o fornecimento, prepondera o serviço estas". - RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, **Taxas de ...**, op. cit., p. 32 -.

⁴⁵⁶ **Doutrina e prática ...**, op. cit., p. 276.

⁴⁵⁷ **Contribuição de melhoria ...**, op. cit., p. 209.

A extrafiscalidade deve ser sempre utilizada com parcimônia a fim de que não desrespeite o princípio da capacidade contributiva, é o que leciona JOSÉ ROBERTO VIEIRA:

(...) no campo da extrafiscalidade, reside um grande perigo, que é o eventual desrespeito ao princípio da capacidade contributiva, decorrência, por sua vez, da igualdade tributária. Esse perigo é tão eminente que nós encontramos com facilidade, no século XX, figuras das mais respeitáveis do mundo jurídico tributário, que se manifestam por uma absoluta e radical oposição entre a tributação extrafiscal e a capacidade contributiva.⁴⁵⁸

E o jurista continua: *“É evidente que, no caso da tributação extrafiscal, trata-se de uma atividade instrumental para a realização de determinados objetivos constitucionais.”*⁴⁵⁹ Logo, a utilização da extrafiscalidade deve estar amparada na Constituição Federal para evitar o desrespeito a direitos e garantias fundamentais.

No decorrer do trabalho, percebeu-se a evolução do Estado e da sociedade, o que acabou atingindo o sistema tributário. Para além disso, nas taxas de polícia, observou-se que elas vêm limitar ações a fim de preservar direitos e garantias fundamentais. Dentre a preservação de diversos direitos, pode-se colocar em pauta que os direitos ambientais vêm sendo cada vez mais disciplinados e regulados por meio das taxas de polícia. Essa função de extrafiscalidade, que apresenta como objetivo desestimular determinada conduta, é destacada por MARÇAL JUSTEN FILHO:

Em tais hipóteses, ditas de extrafiscalidade, haveria outras finalidades a orientar o regime tributário, que não o simples objetivo de arrecadação de recursos. O Estado, ao estabelecer uma carga tributária elevada, pode não estar desejando arrecadar recursos, mas evitar a prática de determinada conduta.⁴⁶⁰

As taxas ambientais não possuem uma função fiscal, mas extrafiscal, cujo intuito é a preservação de um ambiente sustentável. RICARDO LOBO TORRES explica o fundamento das taxas de polícia para o meio ambiente:

⁴⁵⁸ Tributos Federais ..., *op.cit.*, p. 75.

⁴⁵⁹ *Id*, p. 76.

⁴⁶⁰ **Sujeição passiva tributária**, p. 223.

O poder de polícia se exerce, no caso, preventivamente, para evitar danos ambientais. É a contraprestação estatal de 'prevenção' que constitui o aspecto material do fato gerador, justificando a prestação tributária.⁴⁶¹

Assim, as taxas vêm ao encontro dos objetivos delimitados pelo Direito Ambiental, como, por exemplo, o princípio da precaução, que, nas palavras de PAULO AFFONSO LEME MACHADO tem como objetivo “ (...) a *durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações e à continuidade da natureza existente no planeta*”⁴⁶².

Frise-se que a extrafiscalidade das taxas não possui como objetivo permitir que atividades ilícitas, desde que tributadas, sejam permitidas, mas sim o de proteger o meio ambiente por meio de taxas preventivas, que nada mais são do que taxas de polícia voltadas para a sustentabilidade do meio ambiente.

O Direito Ambiental caminha no mesmo sentido do Direito Tributário, e basta observar um dos muitos princípios existentes, como o do usuário-pagador, para perceber que não há qualquer incentivo à prática de atividades ilícitas. Veja-se lição de PAULO AFFONSO LEME MACHADO:

O princípio usuário-pagador não é uma punição, pois mesmo não existindo qualquer ilicitude no comportamento do pagador ele pode ser implementado. Assim, para tornar obrigatório o pagamento pelo uso do recurso ou pela sua poluição não há necessidade de ser provado que o usuário e o poluidor estão cometendo faltas ou infrações. O órgão que pretenda receber o pagamento deve provar o efetivo uso do recurso ambiental ou a sua poluição. A existência de autorização administrativa para poluir, segundo normas de emissão regularmente fixadas, não isenta o poluidor de pagar pela poluição por ele efetuada.⁴⁶³

As taxas que apresentam o caráter extrafiscal, buscam preservar direitos e garantias fundamentais, fortalecendo o desenvolvimento da sociedade. A tributação deve caminhar no mesmo sentido dos direitos fundamentais, a fim de que possa desenvolver o Estado e estar em consonância com os objetivos da população. Não

⁴⁶¹ A fiscalidade dos serviços públicos no estado da sociedade de risco, in HELENO TAVEIRA TÔRRES (coord.), **Serviços públicos** ..., *op. cit.*, p. 130.

⁴⁶² **Direito ambiental brasileiro**, p.63.

⁴⁶³ *Ibid*, p. 60.

se deve pensar, neste caso, em tributos como um mal, mas, ao contrário, como um benefício, como instrumentos que devem ser utilizados corretamente para implementar o desenvolvimento social.

3. PRINCÍPIOS ATINENTES ÀS TARIFAS

Ao longo do presente trabalho, observou-se, claramente, que cada regime jurídico possui princípios próprios que possibilitam uma interpretação mais correta e, portanto, facilitam o trabalho do cientista do Direito.

Não é diferente no âmbito das tarifas. Evitando que o trabalho tome grande extensão, serão estudados, de modo breve, os princípios eleitos como os mais importantes, no que toca às tarifas.

3.1. Modicidade tarifária

O primeiro princípio a ser estudado é o da modicidade. Tal princípio possui previsão expressa na Lei nº 8.987/1995, sendo apontado como requisito essencial para a prestação de um serviço adequado⁴⁶⁴; além disso, a modicidade, *“Uma das principais diretrizes em matéria de política tarifária foi fixada no momento em que a Lei nº 8.987/1995 definiu o conceito de serviço adequado, um dos direitos básicos conferidos aos usuários de serviços públicos.”*⁴⁶⁵

A relevância do princípio está em demonstrar justamente que serviço público é diferente de atividade econômica em sentido estrito, por mais que se encaixe no conceito de atividade econômica em sentido amplo, como refere JOANA PAULA BATISTA: *“O princípio da modicidade tarifária assume particular importância à medida que serve de diferencial entre a atividade econômica, prestada livremente pelos particulares, e o serviço público, de titularidade estatal”*⁴⁶⁶.

Além da caracterização como diferencial, é por meio da modicidade tarifária que o serviço público será universalizado para a população. Quanto menor o valor da tarifa, maior será o número de pessoas que terão acesso aos serviços

⁴⁶⁴ “Lei 8.987/1995

Art.6º. (...)

§ 1º. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

⁴⁶⁵ JACINTHO ARRUDA CÂMARA, O regime tarifário ..., *op. cit.*, p. 100-101.

⁴⁶⁶ Remuneração ..., *op.cit.*, p. 44.

públicos, principalmente em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, nos quais a renda da população, em sua grande maioria, é muito escassa e, muitas vezes, significativa parcela da comunidade carece de bens que são vitais para a sua sobrevivência.

Como o conceito de serviço público está intimamente relacionado à definição dos direitos fundamentais, o serviço público deve ser acessível a todos, pois de que adiantaria a existência de direitos fundamentais se eles não fossem observados e respeitados ? Faz-se a mesma indagação quanto aos serviços públicos: de que adiantaria a existência de serviços públicos se eles não fossem acessíveis à população ? Assim, fazendo uma analogia da aplicação dos direitos fundamentais com o acesso aos serviços públicos, compreende-se, a partir daí, a importância da modicidade tarifária.

O mesmo entendimento quanto ao Princípio da Modicidade é o relatado por MARÇAL JUSTEN FILHO:

A modicidade tarifária significa a menor tarifa possível, em vista dos custos necessários à oferta do serviço. A modicidade tarifária pode afetar a própria decisão quanto à concepção de serviço público. Não terá cabimento conceber um serviço tão sofisticado que o custo torne inviável aos usuários fruírem do benefício.⁴⁶⁷

Assim, enxerga-se claramente a função social que as tarifas módicas exercem em sociedades em desenvolvimento como o Brasil. Quanto maior o número de pessoas que tenham acesso à educação, saúde, transporte coletivo, entre outros serviços, maior será o grau de desenvolvimento do país.

Na mesma linha de raciocínio, encontra-se CÉSAR A. GUIMARÃES PEREIRA:

Esse princípio não significa que o serviço deva ser gratuito nem deficitário. A razão para a modicidade tarifária é a de que a remuneração pela prestação do serviço não pode ter dimensão que torne impossível ou excessivamente onerosa a sua utilização.⁴⁶⁸

⁴⁶⁷ Serviço público ..., *op. cit.*, p. 159.

⁴⁶⁸ Usuários ..., *op. cit.*, p. 382.

Para além disso, o autor ainda toma a essencialidade como um fator para dimensionar a modicidade: *“Os serviços menos essenciais admitem tarifas menos afetadas pela modicidade; os mais essenciais podem exigir até mesmo subsídios públicos destinados a tornar a tarifa mais acessível”*⁴⁶⁹.

Deve ficar bem claro, desde já, conforme ensinamentos de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES, que:

(...) a existência de alguma margem de lucro (dentro dos parâmetros razoáveis predados pelo dever de modicidade tarifária – cf. art. 6º, §1º, da Lei n. 8987/95) embutida no valor da remuneração do concessionário privado não implica em afastar o caráter público e necessariamente universalizante da prestação do serviço público.⁴⁷⁰

Diante da teoria do serviço público como atividade econômica, a modicidade tarifária deve estar em conformidade com a existência de lucro, não existindo, conseqüentemente, qualquer contradição entre lucro e modicidade. Inevitável que o lucro será limitado, pois, como bem demonstrado em linhas anteriores, sendo de titularidade estatal, e diferenciando-se radicalmente da atividade econômica em sentido estrito, o serviço público deve atender ao interesse público.

3.2. Igualdade tarifária

A igualdade ou isonomia é um dos princípios basilares do Direito Constitucional brasileiro. Logo, deve ser estudado no que se refere às tarifas, em razão de sua importância jurídica e social. Dessa forma:

O dever de obediência ao princípio da igualdade está arraigado na atividade administrativa em geral e não poderia ser diferente em matéria de prestação de serviço público, mesmo quando realizada por particulares em regime de concessão.⁴⁷¹

⁴⁶⁹ *Id.*

⁴⁷⁰ Concessão de serviço público ..., *op. cit.*, p. 340.

⁴⁷¹ JACINTO ARRUDA CÂMARA, O regime tarifário ..., *op.cit.*, p. 104.

A igualdade, já demonstrado anteriormente, não é aplicada de um modo a tratar todos igualmente em qualquer situação, pois se assim fosse não haveria igualdade, mas, ao contrário, desigualdade. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO estabelece um conjunto de regras para aplicação do princípio da igualdade em situações desiguais e ao final de sua obra, então, conclui:

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento que não reside nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. (...)

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrímen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente. (...) ⁴⁷²

Considerado, inicialmente, o Princípio da Igualdade, em linhas gerais, cabe analisá-lo, aqui, em relação à política tarifária. Nesse sentido, traz-se lição de CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA:

O princípio da igualdade em relação à tarifa tem outra face, ligada à generalidade do custeio. Não existem serviços públicos sem custo. Os serviços não submetidos a contrapartida financeira direta (tarifa) – ou seja, os serviços públicos gratuitos – são custeados pela coletividade. Ou seja, na situação em que aparentemente ninguém paga, todos pagam. Os serviços gratuitos oneram especialmente os não-usuários. ⁴⁷³

E o autor continua a explicar o Princípio da Igualdade, no âmbito das tarifas:

A construção dos critérios para a estipulação da tarifa é, portanto, intensamente marcada pelo princípio da igualdade, seja no plano da vedação da cobrança arbitrária, seja na indução à utilização de critérios presuntivos que permitam atingir, em bases razoáveis, a distribuição eqüitativa dos ônus derivados da prestação dos serviços públicos. Ao

⁴⁷² **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, p. 47-48.

⁴⁷³ **Usuários ...**, *op.cit.*, p. 375-376.

afastar a rigidez do regime tributário, a tarifa pode assumir uma configuração flexível que permitirá atingir de modo mais eficaz a isonomia entre os usuários.⁴⁷⁴

Quando se refere à distribuição eqüitativa, deve-se compreender que as tarifas variam conforme a necessidade social de cada um. Um exemplo de distribuição eqüitativa é a tarifa social, ou seja, o Estado elege uma determinada parcela da sociedade que possui maiores necessidades, pois, muitas vezes, encontram-se abaixo da linha da pobreza e tal parcela eleita não pagará tarifa alguma pela utilização de determinado serviço público⁴⁷⁵.

Tal política poderá ocorrer por meio da elevação da tarifa a ser paga pela parcela da população com maior capacidade econômica ou mediante subsídio. MARÇAL JUSTEN FILHO explica como ocorre a política do subsídio:

A opção do subsídio estatal significará que o poder concedente remunerará o concessionário pelos serviços prestados aos extratos carentes da sociedade. Essa solução é perfeitamente compatível com o regime da concessão. Evidencia, ademais disso, a incorreção da afirmativa de que a concessão excluiria a possibilidade de o concessionário ser remunerado, diretamente pelo Estado.⁴⁷⁶

A partir da adoção de tarifas sociais, privilegia-se uma maior distribuição de rendas, que é, em grande parte, o maior problema existente em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, pois uma pequena fatia da sociedade concentra a maior parte das riquezas, gerando, conseqüentemente, uma enorme massa de miseráveis. Portanto, com a adoção da tarifa social há uma concretização dos direitos fundamentais, tornando o serviço público acessível a todos.

⁴⁷⁴ *Ibid*, p. 378-379.

⁴⁷⁵ “Usa-se a expressão ‘tarifa social’ para indicar opções políticas de promover variação da tarifa em função da ausência de recursos do usuário. Aquele que não dispuser de riqueza não perde, desse modo, o acesso aos serviços públicos”. – MARÇAL JUSTEN FILHO, **Teoria** ..., *op.cit.*, p. 375.

⁴⁷⁶ *Ibid*, p. 340.

3.3. Certeza e razoabilidade tarifárias

A tarifa, além de ser módica, conforme visto, deve respeitar o Princípio da Igualdade. Além de tais princípios, a tarifa deve ser certa, ou seja, os usuários devem conhecer a tarifa que irão pagar para cada serviço utilizado. JOANA PAULA BATISTA expõe:

Para a certeza da tarifa assume relevo a sua publicação que, no entanto, com ela não se confunde, sendo certo que sua aplicação vai além da obrigatoriedade de divulgação do seu valor. Abrange, também, a divulgação dos requisitos das faturas, publicidade quanto à critérios que atinjam e modifiquem o seu valor.⁴⁷⁷

A certeza da tarifa nada mais é que decorrência do Princípio da Segurança Jurídica, que assume dois papéis: a certeza do Direito e a previsibilidade da ação estatal.

Um dos pilares do Princípio da Segurança Jurídica consiste na previsibilidade da ação estatal e, para GERALDO ATALIBA, ela é instrumentalizada pelos princípios da Generalidade, Tipicidade e Legalidade⁴⁷⁸. Ainda, no que tange ao referido doutrinador, diferentemente do que defendem alguns outros, a segurança jurídica estaria expressa no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal⁴⁷⁹.

Outro fator importantíssimo que somente se concretiza em um ambiente em que exista a segurança jurídica, segundo as lições de ALBERTO XAVIER, é a livre iniciativa⁴⁸⁰. Igualmente, a segurança jurídica é a garantia de proteção da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, sendo também apresentada no campo do Direito pela irretroatividade.

Ainda no que toca à segurança jurídica, JOSÉ ROBERTO VIEIRA ensina que a segurança jurídica é representada pela legalidade, irretroatividade, anterioridade e universalidade da jurisdição⁴⁸¹.

⁴⁷⁷ **Remuneração** ..., *op. cit.*, p. 106.

⁴⁷⁸ **República** ..., *op. cit.*, p. 172.

⁴⁷⁹ Américo Lourenço Masset Lacombe, por exemplo, defende que a segurança jurídica é um princípio implícito.

⁴⁸⁰ Alberto Xavier *apud* **República** ..., *op.cit.*, p. 175.

⁴⁸¹ **Medidas provisórias em matéria tributária: as catilnárias brasileiras**, p. 59-60.

É também em razão da segurança jurídica que as tarifas não poderão retroagir sob pena de serem consideradas ilegais. Uma vez estabelecido o novo valor de tarifa para determinado serviço, ele somente terá validade e eficácia a partir do momento que foi estabelecido e para os serviços utilizados a partir dali.

No que se refere à razoabilidade tarifária, ela se encontra mais vinculada ao prestador do serviço público, pois “*Razoável é a tarifa que, sendo módica, prevê uma remuneração adequada ao concessionário de serviço público*”⁴⁸². Já se referiu, anteriormente, que o serviço público deve gerar lucro para o concessionário, sem desvirtuar o objetivo de atender à sociedade.

⁴⁸² JOANA PAULA BATISTA, **Remuneração** ..., *op. cit.*, p. 106.

4. DAS TARIFAS

4.1. As tarifas na Constituição Federal de 1988 e o seu regime jurídico

As tarifas, diferentemente das taxas, não se encontram no âmbito do Direito Tributário, mas sim vinculadas apenas ao Direito Administrativo, conseqüentemente, seguem tão-somente o regime de Direito Administrativo. Na doutrina estrangeira, o posicionamento é similar: *“El precio es um ingreso no tributario, cuya fuente jurídica radica en el acuerdo de voluntades entre el Estado prestador del servicio y el usuário que paga por ese servicio”*⁴⁸³. Da doutrina pátria, menciona-se o conceito de tarifa formulado por JOANA PAULA BATISTA:

Tarifas são a remuneração privada dos serviços públicos, arcadas pelos usuários, fixadas pelo Estado, na qualidade de poder concedente no exercício do poder tarifário, segundo os termos fixados na proposta vencedora da licitação que definiu o concessionário de serviço público;⁴⁸⁴

Ela terá a finalidade de, na visão de MARÇAL JUSTEN FILHO, “ (...) *propiciar o custeio de despesas, a amortização dos investimentos e a geração de lucro para o concessionário*”⁴⁸⁵.

A começar pelo conceito sugerido pela doutrinadora ora destacada, observa-se a notável diferença entre taxa e tarifa. Enquanto na taxa se discorre a respeito de um sujeito passivo, ou melhor, um contribuinte, já na tarifa, faz-se alusão à existência de um usuário. Entre os termos contribuinte e usuário há uma distância expressiva, tendo em vista que os seus respectivos direitos e deveres são muito diferentes em razão do próprio regime jurídico estabelecido para cada um.

Além de pelo conceito, pela própria finalidade da tarifa, conforme destacada por MARÇAL JUSTEN FILHO, conclui-se que se trata de dois institutos profundamente diferentes. Nas tarifas, encontra-se vertida a idéia de lucro e custeio

⁴⁸³ JOSÉ LUIS SHAW, **Tasas, precios e impuestos** ..., *op.cit.*, p. 09.

⁴⁸⁴ **Remuneração** ..., *op.cit.*, p. 89.

⁴⁸⁵ Algumas considerações acerca da concessão de serviço público, in CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (org), **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional**, p. 473.

de despesas proporcionadas a partir da prestação do serviço público, que demonstram claramente o perfil de atividade econômica do instituto.

DINORÁ ADELAIDE MUSSETTI GROTTI salienta que “*Dentre os critérios sugeridos, o mais comumente seguido para estabelecer o marco divisor entre a taxa e a tarifa é o que assenta na obrigatoriedade da primeira e na facultatividade da segunda*”⁴⁸⁶. Logo, na taxa reside a compulsoriedade, enquanto na tarifa se observa a facultatividade, situação que fica esclarecida nas lições de MARÇAL JUSTEN FILHO:

O regime jurídico da taxa caracteriza-se pela possibilidade de exigência do pagamento da prestação tributária mesmo quando não tiver ocorrido a fruição fática, efetiva do serviço público. O Estado é titular do direito de exigir o pagamento em virtude de colocar um certo serviço à disposição do usuário e este tem o dever de realizar o pagamento independentemente de ter realizado o consumo.

Já o regime jurídico da tarifa não comportaria solução exatamente idêntica – ainda que se possa admitir a existência de tarifas mínimas. Mas se afigura evidente a impossibilidade do usuário ser constrangido, contra a própria vontade, a usufruir o serviço e pagar a tarifa.⁴⁸⁷

Apesar da diferença entre a compulsoriedade de uma e a facultatividade de outra, tal quesito não pode fundamentar a diferenciação. Existem críticas procedentes, como, por exemplo, a de FLÁVIO BAUER NOVELLI:

O que realmente distingue, portanto, no plano jurídico, a taxa do ‘preço público’ é, não como entende a doutrina da ‘compulsoriedade’, uma determinada característica da relação, ou uma circunstância a ela atinente, isoladamente considerada, mas sim, exclusivamente, a respectiva ‘fatispécie’ ou ‘fato gerador’, que consiste, neste caso, como sabemos, a ‘contrario sensu’ da definição genérica do art. 16 do CTN, no exercício de uma ‘atividade estatal específica’ (vale dizer, ‘inerente’ ao ‘Poder Público’), relativa ao contribuinte.⁴⁸⁸

A referida diferença será demonstrada melhor posteriormente, quando for realizado um contraponto entre taxas e tarifas, no qual serão apresentadas as diferenças específicas.

⁴⁸⁶ O serviço ..., *op.cit.*, p. 231.

⁴⁸⁷ Teoria ..., *op.cit.*, p. 342.

⁴⁸⁸ Taxa – apontamentos ..., *op.cit.*, p. 118.

As tarifas possuem previsão constitucional no artigo 175, II, quando se discorre a respeito das concessões e permissões, e no artigo 150, § 3º ⁴⁸⁹. Daí, percebe-se que as tarifas se enquadram num regime contratual, enquanto que as taxas estão relacionadas ao Princípio da Legalidade Estrita ⁴⁹⁰:

(...) comparando a matéria tarifária com a instituição de tributos, é possível apontar que a exigência de decisão legislativa direta é maior no segundo caso (dos tributos) que no primeiro (das tarifas). No regime tarifário é perfeitamente admitido que a lei atribua competências para a Administração definir a tarifa a ser cobrada, enquanto no regime tributário as questões essenciais relativas à instituição do tributo hão de ser fixadas na própria lei. Para citar o exemplo mais evidente desta diferença de regime jurídico tomemos 'o valor' a ser cobrado no âmbito tributário e tarifário. O valor dos tributos, por imposição constitucional, deve ser majorado por lei. Nas tarifas, é perfeitamente possível que a definição do valor venha a ser tomada no âmbito administrativo, podendo, inclusive, nos termos previstos na Lei nº 8.987/95, chega a ser fixado com base em propostas formuladas pelos interessados no cerne de um processo licitatório (art. 9º). ⁴⁹¹

Pôde ser observado, quando analisada a taxa, que uma de suas hipóteses de incidência é a mera prestação potencial do serviço público no caso da "utilização compulsória". Diferentemente do que ocorre com as taxas, se estabelecida a comparação, no caso das tarifas, estas devem remunerar serviço efetivamente utilizado; e é em razão disso que CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO declara que, *"Com efeito: há taxa cujo pagamento depende de utilização do*

⁴⁸⁹ "Constituição Federal

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.

Art. 150. (...)

(...)

§ 3º As vedações do inciso VI, 'a', e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel"

⁴⁹⁰ "El precio constituye una obligación 'ex-contractu', a diferencia de la tasa que es una obligación 'ex-lege'". - JOSÉ LUIS SHAW, **Tasas, precios e impuestos** ..., op.cit., p. 21-22 -.

⁴⁹¹ CÂMARA, Jacintho Arruda. O regime tarifário como instrumento de políticas públicas, **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, n. 12, p. 97.

serviço, mas não há preço cujo pagamento seja obrigatório independente da efetiva utilização do serviço”⁴⁹². Em parte, para o usuário que não utiliza o serviço, a tarifa torna-se mais vantajosa para remunerar o serviço público.

Observada mais uma diferença entre as espécies taxa e tarifa, retoma-se o dado de que os limites gerais da política tarifária devem estar expressos na lei, a fim de que o dispositivo constitucional seja observado e respeitado, além do fato de que a política está intimamente relacionada ao serviço público e, conseqüentemente, a entidade responsável por definir a sua política tarifária será aquela que detiver a competência para prestar o serviço público⁴⁹³. O mesmo ocorre com as taxas, conforme pôde ser visto em capítulos anteriores: o ente responsável pela instituição da taxa é aquele que possui competência para a prestação do serviço, logo, a competência administrativa será o pressuposto para a competência tributária nas taxas.

Antes de adentrar propriamente ao exame da tarifa como instituto jurídico, é necessário observar o vocábulo “tarifa” e as controvérsias que envolvem o tema. Fazendo uma alusão ao termo tarifa como preço, observa-se o raciocínio de LUIZ ALBERTO PEREIRA FILHO:

Realmente, não há dúvida de que a possibilidade de exigir-se taxa decorre diretamente da lei. Os preços, por sua vez, decorrem da previsão, em contrato, das condições para a sua cobrança. A nosso sentir, este é um critério absolutamente válido para o mister de diferenciar a taxa do preço.⁴⁹⁴

O autor possui, ainda, uma visão diferenciada no que se refere significado de preço público, ele entende que o preço público pode ser “ (...) pago pelo ‘usuário’ de uma atividade econômica, em sentido estrito, que é prestada pelo ‘Poder Público’” ou “Corresponde a uma fração do preço público. É a remuneração que deve ser paga pelo ‘Poder Público à empresa concessionária’ para a prestação

⁴⁹² Taxa de serviço, **Revista de direito tributário**, n. 9-10, p. 26.

⁴⁹³ *Ibid*, pp. 98-99.

⁴⁹⁴ As taxas ..., *op. cit.*, p. 69.

*de serviço público, específico e divisível*⁴⁹⁵. Tal opinião é isolada na doutrina, sendo demonstrado, aqui, a título informativo.

No que toca ao vocábulo preço público, MARÇAL JUSTEN FILHO atenta para o fato de que o termo é, em si mesmo, contraditório: “A expressão *preço público caracteriza uma contradição em termos, na acepção de que a condição de preço excluiria a natureza de público e vice-versa*”⁴⁹⁶.

Há ainda uma diferença entre preço e tarifa destacada por RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA: o primeiro seria o gênero, enquanto que o segundo seria a espécie, conforme segue: “ (...) *nos casos de o Estado explorar seus bens, a cobrança opera-se por preço. Não há possibilidade de cobrança de taxa, porque seria tributação atípica. Por exemplo, a zona azul, ‘box’ em mercados municipais, (...)*”⁴⁹⁷, já a “ (...) *‘tarifa’ é o preço ou taxa tabelados*”⁴⁹⁸. Opinião similar é a de BERNARDO RIBEIRO DE MORAES⁴⁹⁹. Não cabe falar, observe-se, na denominação taxa tabelada, em razão de tal terminologia poder levar ao equívoco, pois é certo que taxa é uma espécie que pertence à seara do Direito Tributário e tarifa está no âmbito exclusivo do Direito Administrativo. Com efeito, a expressão “taxa tabelada”, como sinônimo de tarifa, pode ensejar confusão terminológica, fator que já trouxe, e ainda traz, grandes contratempos aos cientistas do Direito, por englobar dois sistemas jurídicos diferentes.

Contudo, tal entendimento não é partilhado unanimemente, existindo ainda a opinião de que tarifa seria o mesmo que preço público. É o que prega FABIANO VERLI:

A tarifa não é uma terceira espécie ao lado de preço público e taxas. Seria se apresentasse, contornos próprios que indicassem uma essência

⁴⁹⁵ *Ibid*, p. 151.

⁴⁹⁶ **Teoria ...**, *op. cit.*, p. 344.

⁴⁹⁷ **Curso de direito financeiro**, p. 137.

⁴⁹⁸ *Id.*

⁴⁹⁹ O autor, quando fala de preço público, demonstra que “*Quanto ao nome atribuído a esta categoria, o mesmo não é uniforme. Várias denominações têm sido propostas. Preço público. Preço político. Preço financeiro. Preço quase-privado. Rendimentos industriais. Praticamente, tais denominações constituem expressões sinônimas, designando o preço de um bem, de uma utilidade ou de um serviço oferecido pelo Poder Público. O vocábulo tarifa, que também lhe é atribuído, é reservado para o preço público quando exigido por concessionária*”.- BERNARDO RIBEIRO MORAES, **Doutrina e prática ...**, *op. cit.*, p. 126 -.

diferente. ATALIBA faz uma distinção de base semântica: 'tarifa' é o mesmo que preço público, taxa não é 'tarifa', portanto.⁵⁰⁰

Diferentemente do que pensam alguns doutrinadores, segundo os quais tarifa é igual a preço público e que, portanto, a utilização de um ou outro ocasionaria o mesmo efeito, o presente trabalho irá utilizar o vocábulo tarifa, por entendê-lo mais adequado, seguindo a linha que preconiza MARÇAL JUSTEN FILHO e evitando, assim, qualquer confusão terminológica⁵⁰¹. Dessa forma, quando as citações e referências discorrerem a respeito de preço, entenda-se tarifa, até porque o foco de presente trabalho é a remuneração no âmbito do serviço público.

Diante das diferenças entre taxas e tarifas, não se pode esquecer que cada uma dessas figuras possui princípios próprios. Consoante visualizado, ainda que rapidamente, as taxas são regidas pelos princípios da Estrita Legalidade, Anterioridade, Irretroatividade, Igualdade, entre outros do sistema constitucional tributário, diferentemente dos preços, que “ (...) *não estão adstritos à rigidez dos princípios da legalidade e da anterioridade*”⁵⁰².

No âmbito das tarifas, elas serão disciplinadas pelos princípios que regem a Administração Pública. Nesse sentido, os princípios da Legalidade, da Impessoalidade, da Moralidade, da Publicidade e da Eficiência são os que irão nortear a interpretação e a 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.

⁵⁰⁰ **Taxas** ..., *op.cit.*, p. 38-39.

⁵⁰¹ JOANA PAULA BATISTA discorre que: “O chamado preço público que, normalmente, é tratado como sinônimo de tarifa equivale ao valor cobrado pelo Estado quando, explorando atividade econômica, tem necessidade de arcar com parte do custo dessa atividade, diminuindo o valor cobrado daquele que usufrui dessa atividade. Quando exerce atividade monopolística, por exemplo, o Estado cobra, de quem usufrui as atividades que presta, preço e não tarifa. A tarifa é exclusiva para as hipóteses de remuneração dos serviços públicos ditos delegáveis, por concessionários de serviços públicos (sic)”. - **Remuneração** ..., *op. cit.*, p. 95 -.

⁵⁰² RÉGIS FERNANDES OLIVEIRA, **Receitas públicas originárias**, p. 95.

Já foi demonstrado, ao longo do trabalho, que a maioria dos tributaristas defende que serviço público somente pode ser objeto de remuneração por meio de taxa;⁵⁰³ e um dos argumentos para tal posicionamento é, justamente, o de que

A garantia do cidadão está em ver-se tributado de acordo com o modelo constitucionalmente previsto. Não se pode dele fugir. Da mesma forma, não se pode cobrar preço no lugar de taxa. Aquele tem seus limites no interior do mercado. Esta tem seus limites na Constituição Federal.⁵⁰⁴

E o que seria a tarifa para tal parte da doutrina ?

AMÉRICO MASSET LACOMBE, por exemplo, considera que o preço é mera intervenção no domínio econômico, uma vez que,

Se o preço não remunera serviço público, pois o que o Estado exige em razão do serviço público é taxa, ele só poderá remunerar a atividade estatal não considerada serviço público, “mas mera intervenção no domínio econômico”.⁵⁰⁵

Tal raciocínio não procede, porquanto, conforme observado, a própria Constituição Federal prevê o regime tarifário para o caso das concessões e permissões de serviço público. Nenhum direito ou garantia fundamental do usuário de serviço público pode ser abandonado ou esquecido sob o regime da política tarifária. Diante das mudanças na estrutura do Estado, não é mais concebível um único modelo de remuneração do serviço público, que é justamente que ocorria no Estado de Bem-Estar Social, quando o serviço era prestado diretamente pelo Estado. Transformações aconteceram e elas foram retratadas limpidamente na Constituição Federal. É insofismável que, como defende JOSÉ ALEXANDRE SARAIVA,

⁵⁰³ “Seguindo os ensinamentos de Ataliba, grande parcela da doutrina inclinou-se a defender a natureza tributária para a remuneração paga pela prestação de serviços públicos, sustentando que o art. 145, II, da CF, ao prever a incidência das taxas sobre a prestação de serviços públicos específicos e divisíveis, teria afastado qualquer discussão relacionada ao regime jurídico aplicável a essas parcelas desembolsadas pelos usuários dos serviços públicos, aqui contribuintes, ou melhor, sujeitos passivos tributários”. - JOANA PAULA BATISTA, **Remuneração** ..., *op. cit.*, p. 65 - ⁵⁰⁴ **Receitas públicas** ..., *op. cit.*, p. 96.

⁵⁰⁵ Taxa e preço público, in IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (coord.), **Taxa e preço público** p. 17.

Todos concordam com que as concessões são uma imposição do mundo moderno. Nada, portanto, contra elas.

Mas nem por isso têm as concessionárias direito de reajustar preços e tarifas a seu talante. Se o estado-empresário definitivamente fracassou, não deu certo, resta-lhe ao menos o poder-dever de intervir nos abusos e nas extorsões praticados contra o cidadão por prestadores de serviços públicos. Trata-se de poder-dever inserido na própria Constituição Federal.⁵⁰⁶

No entanto, por outro lado, manter-se restrito a um Estado que fica intimamente relacionado ao Princípio da Legalidade Estrita é um retrocesso social; e isso se apresenta com nitidez na exposição de RICARDO LOBO TORRES:

Outra resistência à modernização é o apego à idéia de legalidade estrita na temática dos ingressos contraprestacionais. A legalidade tributária na sociedade de riscos, na qual se insere o Estado Democrático e Social Fiscal, em sua feição de Estado Subsidiário, não pode ser uma 'legalidade absoluta', como pretendiam os positivismos de diversos matizes. Deve ser ponderada com outros princípios constitucionais.⁵⁰⁷

Ora, será demonstrado que as tarifas possuem um regime jurídico especial, que deve estar de acordo com os seus princípios e será fiscalizado pelo Estado, que, por sua vez, estará exercendo o seu dever-poder⁵⁰⁸. Entretanto, cabe esclarecer, desde já, que as tarifas estão sujeitas ao regime jurídico de Direito Administrativo, que acaba sendo um regime de Direito Público⁵⁰⁹. Evidencie-se que o regime é de Direito Público, em vista de alguns doutrinadores, e dentre eles,

⁵⁰⁶ **Questões cotidianas de direito tributário**, p. 71-72.

⁵⁰⁷ A fiscalidade dos serviços ..., *op. cit.*, p. 154.

⁵⁰⁸ Trata-se de uma expressão híbrida e retira-se da lição do jurista JOSÉ ROBERTO VIEIRA: "Os poderes atribuídos aos mandatários do povo só descobrem sentido na idéia de função, na idéia de meios para a realização do interesse público. (...) Nenhum, porém, meditando à luz da noção funcional, logrou projetar tão longe suas conseqüências, como fez Celso Antônio, chegando a propor 'uma inversão do binômio: deveres-poderes mais do que poderes-deveres. Não obstante a questionabilidade destas expressões híbridas perante a Lógica Jurídica, é forçoso reconhecer a irrecusável coerência da proposta deste eminente publicista, uma vez que os 'poderes' não passam de simples instrumentos conferidos ao administrador público, de sorte a equipá-lo na incessante procura do atender às finalidades legais. Aí seus 'deveres' inafastáveis." – Princípios constitucionais e estado de direito, **Revista de direito tributário**, nº 54, p. 101.

⁵⁰⁹ Para oferecer uma melhor visão sobre o regime de Direito Público, faz-se a analogia com o direito espanhol, que possui, em alguns aspectos, similaridades com o direito brasileiro: "(...) la Constitución permite también al legislador financiar los servicios públicos, todos los servicios públicos, a través del esquema contractual y, dentro de él, de precios. Si el contrato es un contrato de Derecho público, que une al usuario con un ente público, en régimen de Derecho público, tal precio bien puede ser llamado precio público. Si el contrato se somete al Derecho privado estaremos ante precios privados. En cualquier caso el precio puede venir fijado por una norma o puede ser fijado con arreglo a una norma legal o reglamentaria". – JOSE JUAN FERREIRO LAPTA, Los límites ..., *op. cit.*, p. 515 – .

AURÉLIO PITANGA SEIXAS FILHO, considerarem que preço público pertenceria ao regime de Direito Privado⁵¹⁰.

Outra ponderação a ser feita é que as tarifas, apesar de não serem limitadas pelos princípios atinentes ao sistema constitucional tributário, decorrência lógica do fato de pertencerem ao regime específico de Direito Administrativo, terão limites próprios estabelecidos na Constituição Federal e na legislação específica.

É devido a tais argumentos que o próprio RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA acaba aceitando a modalidade tarifa, ou, como ele próprio denomina, preço, para os casos de concessão de serviço público:

Aí prevalece a solução econômica do contrato de concessão. O Poder Público pode conceder o serviço, uma vez que está expressamente autorizado pela Constituição Federal, fazendo-o através de licitação de empresa privada ou entidade da administração indireta de outra entidade política.

Existe concessão: a) quando o exercício do serviço é outorgado a particular; b) quando é contratado por entidade da administração de outra entidade política. Aí cobra-se *preço*. No mais é sempre cobrado taxa.⁵¹¹

Vale ressaltar, conforme demonstrado anteriormente, que, quando o serviço é prestado por empresa pública ou sociedade de economia mista não se refere à concessão de serviço público, mas apenas à delegação, pois não existe aí um procedimento de licitação, tampouco de concessão, diferente do que demonstra o autor nessa parte. Portanto, cabe trazer a conclusão de RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, com o objetivo de sintetizar o conhecimento:

Se o serviço é prestado pelo Estado, não há dúvida que o que se cobra é taxa. No entanto, se o serviço é transferido a terceiros, através de concessão, muda-se a perspectiva da cobrança, e é devido o “preço”. Esclareçamos: quando a atividade é diretamente prestada, somente pode instituir taxa. Se a prestação do serviço pode ser transferida a terceiros, a incidência dos princípios e regras jurídicas é diverso. No primeiro caso, disciplina a hipótese o art. 145, inciso II da Constituição da República. No segundo, incide o art. 175 que assegura a revisão permanente dos contratos, tendo em vista a equação econômico-financeira.⁵¹²

⁵¹⁰ Taxa e preço público, in IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (coord.), **Taxa e preço público** p. 26.

⁵¹¹ **Manual de direito financeiro**, p. 49.

⁵¹² **Curso ...**, *op. cit.*, p. 135.

Note-se que alguns princípios que regem as tarifas são os mesmos que disciplinam o serviço público – entenda-se aqui, serviço público como uma espécie da atividade econômica –, e tal dedução é uma decorrência lógica, uma vez que as tarifas irão remunerar a prestação do serviço público no caso de concessão e permissão.

Para além disso, fundamentando-se em JOANA PAULA BATISTA, as tarifas devem ser módicas, certas “ (...) conhecidas pelos usuários do serviço”⁵¹³; - razoáveis, justas, “ (...) não permite discriminação arbitrária entre os usuários que fruem do serviço público”⁵¹⁴; proporcionais, irretroativas, suficientes e reais- “ (...) a realidade seria verificada quanto à correspondência entre o que se cobra e o que é prestado e consumido pelo usuário do serviço público”, demonstrando, assim, os limites próprios do seu regime, anteriormente comentado⁵¹⁵.

Assim, apesar de as tarifas não estarem sujeitas aos princípios do sistema tributário, uma vez que não são tributos, asseguram-se os direitos dos usuários por meio de outras vias, como a modicidade, a certeza, a proporcionalidade e todas as outras características referidas pela doutrinadora acima destacada, além dos próprios princípios relativos à prestação do serviço público. Contudo, por não serem os princípios e regras aplicáveis os mesmos nas taxas e nas tarifas, constituem elas institutos jurídicos diferentes.⁵¹⁶

Outro ponto a ser destacado, e que foi demonstrado anteriormente, é considerar o serviço público como uma espécie do gênero atividade econômica, tema debatido na parte atinente ao serviço público⁵¹⁷. Ora, sendo o serviço público uma espécie do gênero atividade econômica, a tarifa serve também para remunerá-lo. Todavia, cabe esclarecer que serviço público não se confunde, em momento algum, com a atividade econômica em sentido estrito, logo, não deve ser realizada uma ligação necessária entre tarifa e atividade econômica em sentido estrito. Neste

⁵¹³ **Remuneração** ..., *op.cit.*, p. 106.

⁵¹⁴ *Ibid*, p. 107.

⁵¹⁵ *Ibid*, p. 108.

⁵¹⁶ “No direito, quando um instituto jurídico é regido por princípios e normas diversos, não há como se igualarem as situações. O plexo de normas que incide sobre ele é diferente e, pois, diversas são as consequências jurídicas”. - RÉGIS FERNANDES OLIVEIRA, **Curso** ..., *op. cit.*, p. 135 -.

⁵¹⁷ Para relembrar, ler item 4.2., a partir da página 67.

momento, traz-se lição de EDVALDO BRITO, que elucida melhor como ocorre o relacionamento da vida econômica e da vida política:

Portanto, se a integração da vida econômica e da vida política é um imperativo da organização do poder no Estado moderno, a função pública conforma-se de modo a que se tome em consideração essa nova ordem pública. Enfim, se há uma ordem pública econômica, como fruto da nova estrutura do poder e integrante da função pública administrativa não há como definir como tarifa a prestação do indivíduo apenas porque a atividade de que se utilizou tem natureza econômica.⁵¹⁸

Foram demonstradas, nos capítulos iniciais, a evolução e a mudança na estrutura do Estado, ao longo dos últimos tempos. Concebeu-se um modelo de Estado, o conhecido Estado de Bem-Estar Social, em que o ente estatal se vestia da figura de empresário e prestava, assim, os mais diversos serviços à comunidade, dentre eles, o serviço público. Quando se denota um Estado com vestes empresariais, nada mais se está a referir do que as atividades econômicas; por decorrência lógica, a prestação de alguns serviços públicos possui o perfil de atividade econômica, o que não significa, em momento algum, que se irá confundir com a atividade econômica em sentido estrito, pois o lucro existe, mas não é considerado o fim último da atividade, que deve ser o bem estar e a satisfação da coletividade.

O regime do serviço público, conforme observado, é um regime de Direito Público, com alguma interferência do Direito Privado, enquanto que, na atividade econômica em sentido estrito, observa-se o Direito Privado predominantemente. Em vista disso, o interesse público predomina no regime do serviço público, e, ainda que remunerado por meio de tarifas, tal interesse continuará a existir e deverá, portanto, ser observado e respeitado.

Um exemplo de que as tarifas não estão sujeitas ao bel-prazer do mercado – diferentemente do que ocorre com os preços da atividade econômica em sentido estrito⁵¹⁹ – é que há uma forte intervenção do Estado no âmbito da economia, de

⁵¹⁸ Taxa e preço público, in IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (coord.), **Taxa e preço público** p. 76.

⁵¹⁹ É claro que para os preços da atividade econômica em sentido estrito existem algumas medidas de proteção ao consumidor. É para tanto que surgiu o Direito Concorrencial, tendo como um de seus objetivos a proteção do consumidor e da concorrência.

maneira que, as tarifas não são fixadas livremente pelo concessionário do serviço público⁵²⁰. Por exemplo, há toda uma tramitação, um estudo econômico para que a tarifa seja viável para a população e a prestação para o serviço seja exequível ao concessionário.

Em alguns casos, o Poder Público subsidia parte das tarifas, tornando, assim, o serviço público, ainda mais acessível à população, o que acaba cumprindo o papel de atender aos direitos e garantias da sociedade por meio da prestação de serviços essenciais. Ora, o subsídio, por parte do Poder Público não desnatura, em qualquer aspecto, o serviço público e o próprio regime de tarifas. Outros casos são aqueles em que o concessionário encontra diferentes meios de auferir rendimentos, na prestação do serviço público, que não sejam tão-somente as tarifas. É o que ensina JOANA PAULA BATISTA:

Com efeito, a tarifa pode não ser suficiente para arcar concomitantemente com o custo da prestação de serviço e o lucro pela exploração da atividade calculados pelo concessionário e aceito pelo poder concedente nos termos da proposta vencedora da licitação para concessão, e ainda assim ser módica consoante determina a Lei 8.987/1995, no seu art. 6º, § 1º.

Nesses casos, a remuneração do concessionário do serviço público pode ser incrementada por receitas acessórias ou subsídios estatais, desde que previstos no edital de licitação da concessão do serviço, nos termos que estatui o art. 11 da Lei 8.987/1995. É de se afirmar: a tarifa remunera o serviço público (custo), mas não necessariamente o concessionário (lucro).⁵²¹

Há autores, inclusive, que aceitam o sistema de concessão de serviço público sem a contrapartida tarifária. É o caso de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES, que deixa claro:

Primeiramente porque o regime de concessão, ao meu ver, não se caracteriza essencialmente nem pela cobrança de tarifa, nem pelo risco

⁵²⁰ “Modernamente, os preços já não mais estão ‘livremente fixados pelo mercado’, o que vem confirmar a falácia da afirmativa, como esclarece SACHA CALMON NAVARRO COELHO. Há intervenção do Estado no âmbito da economia, fixando preços, desmesurada e descabidamente, mas, entretanto, continua fixando-os. Demais, nos modernos contratos de serviços, já não mais há discussão do preço; há mera adesão pacífica a eles”. - RÉGIS FERNANDES OLIVEIRA, **Curso ...**, op. cit., p. 153 -.

⁵²¹ **Remuneração ...**, op. cit., p. 89.

especial que lhe atribuir. Caracteriza-se pelo regime de exploração econômica da atividade considerada serviço público.⁵²²

A própria Constituição Federal, quando prevê a política tarifária, na concessão e permissão, prevê também que a lei deverá dispor sobre o direito dos usuários e sobre a manutenção do serviço adequado, o que por si só já é um limite para o concessionário. Assim, os limites iniciais para o regime de tarifas estão expressamente expostos na Constituição Federal.

Logo, infere-se que as taxas e as tarifas estão sujeitas a limites que são próprios da natureza jurídica do regime de cada uma dessas espécies. Observou-se, no exame das taxas, que tal espécie tributária é regida pelo Princípio da Retributividade, mas que o caráter contraprestacional não está presente. Ora, há, inclusive, a possibilidade de tributação por um serviço público somente prestado potencialmente, em caso de “utilização compulsória”, mas que não foi efetivamente usufruído. Diferentemente, acontece com as tarifas em que “ (...) *el equilibrio prestación-contraprestación está en la esencia de los precios, sean públicos o privados, y sirve para marcar la pauta de diferenciación de éstos com las tasas*”⁵²³. Então, o caráter contraprestacional é uma das características marcantes das tarifas.

Outro fator a ser destacado é que as tarifas, diversamente dos preços, no âmbito da atividade econômica em sentido estrito, não buscam o lucro como finalidade última e essencial à sua manutenção; há objetivos mais importantes, como a preservação do interesse público⁵²⁴. No caso dos serviços públicos, por exemplo, as tarifas devem estar inclusive voltadas para a universalização de tal serviço, pois se assim não ocorrer, de menos adiantará a prestação do serviço à comunidade.

⁵²² Concessão de serviço público ..., *op. cit.*, p. 344.

⁵²³ Los limites ..., *op. cit.*, p. 510.

⁵²⁴ “Hay tendencia a considerar que el concepto de precio está integrado, como requisito esencial, por el fin de lucro que normalmente persiguen los particulares. Esto en la economía privada puede ser cierto; las leyes económicas indican que los hombres se mueven por el interés económico de obtener las mayores ventjas posibles con el menor esfuerzo. Pero eso que es cierto en la economía privada, o puede ser cierto (no nos interesa ahora resolver el problema de la economía privada), no lo es en la economía pública. En ésta el móvil de lucro puede estar muy bien ausente, y frecuentemente lo está, em las prestaciones que realizan los entes públicos (sic).” – VALDÉS COSTA, **Curso de derecho tributario**, p. 29 -.

Contudo, o lucro existirá, apesar de não ser a finalidade última do contrato. Com base nesse aspecto, JOANA PAULA BATISTA considera que “A *tarifa que remunera o concessionário, portanto, é resultado da soma de pelo menos dois elementos, quais sejam, o custo da atividade e uma margem de efetivo ganho, o lucro*”⁵²⁵. É claro que tal lucro será verificado e fiscalizado pelo Poder Público, pois a tarifa vem, na maioria dos casos, fixada no contrato administrativo, que é estabelecido entre o Estado e o concessionário.

Conforme já visto e destacado no presente trabalho, o serviço não perde a titularidade pública pelo fato de ser prestado pelo particular. Dessa forma, os princípios que regem o instituto são de natureza jurídica de Direito Público. Assim, as tarifas passam por um controle e uma fiscalização muito mais rigorosos, em razão de serem o instrumento de remuneração de algo que é essencial e vital para a sociedade: o serviço público. E é em razão disso que

A noção de tarifa está atrelada à idéia de forte intervenção estatal. É a intervenção do Estado na fixação do valor, da estrutura de cobrança, dos reajustes e das revisões que faz com que esta remuneração – cobrada por particulares em virtude da prestação de um dado serviço – não seja considerada um mero preço (instrumento de direito privado) e venha a ser, ao contrário, caracterizada como mecanismo tipicamente publicista.⁵²⁶

Assim, “*Fácil es pasar de este caso al precio público. Basta que el Estado fije los precios en forma diversa de la que es propia del mercado libre. En esa adopción de precios distintos de los de mercado estriba la característica diferencial del precio público*”⁵²⁷. Fica indiscutível e consolidado que a tarifa - ou preço público como entende a maioria doutrinária - está bem distante daquilo que prega o mercado livre.

Nesse sentido, garantias devem ser estabelecidas e preservadas, pois não se está discorrendo sobre algo que segue as flutuações e interesses do mercado, mas sim acerca de algo que remunera bem essencial para o desenvolvimento da sociedade, que é o serviço público. Deve ser destacado mais

⁵²⁵ **Remuneração** ..., *op. cit.*, p. 76.

⁵²⁶ JACINTHO ARRUDA CÂMARA, O regime tarifário ..., *op. cit.*, p. 114.

⁵²⁷ LUIGI EINAUDI, **Princípios de hacienda pública**, p. 22.

uma vez que o regime das tarifas é o de Direito Público, caindo por terra a afirmação de que “*Preço público é denominação da remuneração paga ao Poder Público quando ele presta ou vende um bem em regime jurídico privado*”⁵²⁸.

A questão do regime de Direito Público é levantada quando se analisa a existência de um contrato administrativo, o fato do Poder Público interferir na fixação de tarifas, os princípios administrativos econômicos que a regem. Em razão do regime de Direito Público, apesar do caráter contraprestacional das tarifas, isso não significa que os serviços públicos que são remunerados mediante tarifas terão sempre um perfil de voluntariedade, entenda-se de pouca essencialidade.

Durante muito tempo defendeu-se, e ainda há doutrinadores que assim entendem, que, tratando-se de serviços de grande essencialidade, então, somente pode haver a remuneração por taxas, em razão de seu caráter compulsório. Tal é a opinião de GILBERTO DE ULHÔA CANTO:

Então, o critério que me parece mais preciso e correto para discenir as prestações pecuniárias de natureza dos preços públicos e as taxas consiste em determinar a natureza das atividades que lhes dão causa, sob o prisma da sua inerência às funções do Estado; onde há esse nexo necessário, então, haverá taxa, ao passo que teremos preço público quando, pela sua menor importância coletiva ou pela falta da sua vinculação com os elementos próprios das funções estatais, o serviço for cometido a particulares.⁵²⁹

É o que alguns denominam de compulsoriedade da utilização. Contudo, tal compulsoriedade, será melhor explicada, não é vislumbrada da maneira correta, tendo em vista que o fato de um serviço ser essencial, não significa em momento algum que ele seja compulsório. A compulsoriedade, corretamente vislumbrada, deve estar relacionada à sua importância em relação à coletividade, Nessa linha da compulsoriedade da utilização, HUGO DE BRITO MACHADO:

(...) há critério jurídico para distinguir as taxas dos preços públicos. Esse critério é o da compulsoriedade de sua utilização, que se traduz pela impossibilidade jurídica do atendimento da respectiva necessidade por

⁵²⁸ Taxa e preço público, in IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (coord.), **Taxa e preço público**, p.126.

⁵²⁹ Taxa e preço público, in IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (coord.), **Taxa e preço público**, p. 90.

outros meios, ou pela cobrança da remuneração pela simples utilização potencial do serviço.⁵³⁰

O marco divisor do presente trabalho é classificação do serviço público como atividade econômica. Considerando-o sob esse aspecto, então, poderá ser remunerado a partir de tarifa. Existem vários serviços essenciais que possuem natureza jurídica de atividade econômica, como por exemplo, transporte coletivo. Contrariamente a esse posicionamento, encontram-se HAMILTON DIAS DE SOUZA e MARCO AURÉLIO GRECO, para quem “ (...) o *serviço público se apresenta como uma prestação de utilidade ao indivíduo que o Poder Público oferece segundo regime jurídico próprio.*”⁵³¹ E, portanto, na opinião de tais doutrinadores, “ (...) *corresponde a uma atividade que o ordenamento trata como ‘res extra commercium’ (...)*”⁵³².

Ora, deve ser bem frisado que essencialidade não significa soberania, constituindo conceitos diferentes. Quando se trata da soberania estatal, está-se discorrendo a respeito da atividade de polícia e é certo que ela não pode ser delegada à iniciativa particular, pois destruiria a própria noção de Estado Moderno, descrita no capítulo inicial. Outro fato é ser essencial, mas não imbricado ao conceito de soberano.

Assim, existem vários serviços públicos que são essenciais à população e serão remunerados mediante tarifas. Logo, não é juridicamente adequado classificar a essencialidade, ou melhor, a necessidade do serviço público, para identificar se se está diante de uma taxa ou de uma tarifa. Já foi demonstrado anteriormente que, no caso dos serviços públicos, existirão sempre duas relações jurídicas, seja entre o Estado e o prestador e entre este e o usuário – quando se configura a concessão –, seja entre o Estado prestador e o usuário, e este como contribuinte e o Estado como Fisco - quando o Estado presta o serviço diretamente e cobra a taxa - . É nesse sentido que JOSÉ LUIS SHAW, ao referir o pensamento de ARANGO MEJIA, traz importante lição:

⁵³⁰ Taxa e preço público, in IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (coord.), **Taxa e preço público** p. 144-145.

⁵³¹ Taxa e ..., *op.cit.*, p. 114.

⁵³² *Id.*

También ARANGO MEJIA expresó que compartía la opinión de quienes afirman que el elemento voluntariedad, en evento del precio, no se da en todos los casos, ya que si se trata de un servicio esencial para la subsistencia, que además el Estado presta en forma exclusiva y sin competencia, no puede afirmarse que el usuario tenga la posibilidad de decidir libremente acerca de valerse de dicho servicio. En función de ello concluyó que la voluntariedad no puede tomarse como una característica o elemento tipificador del precio.⁵³³

No mesmo sentido, encontra-se parte da doutrina nacional, destacando-se o posicionamento de CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA:

Pode-se afirmar, então, que a qualificação da remuneração do concessionário como tarifa não tem nenhum vínculo com a eventual compulsoriedade na utilização dos serviços que ensejam a sua cobrança. Os deveres de utilizar o serviço e de pagar a tarifa correspondente são distintos e dissociados entre si. A exigência da tarifa deriva da tutela de interesses diversos, relacionados os objetivos da delegação dos serviços e com a intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato de concessão.⁵³⁴

E o de JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO: *“Acolhemos o entendimento de que a nota distintiva da ‘taxa’ e do ‘preço público’ não reside no caráter obrigatório e facultativo dos serviços, como estratificado na Súmula nº 545 do Supremo Tribunal Federal (sic) (...)”*⁵³⁵; entre outros⁵³⁶.

A determinação do serviço público como essencial ou não para a população será regida pela norma de Direito Administrativo, e cabe destacar que a própria noção de serviço público, na contemporaneidade, está intimamente relacionada aos direitos fundamentais e, portanto, já traz em seu bojo,

⁵³³ **Tasas, precios** ..., *op. cit.*, p. 22.

⁵³⁴ **Usuários** ..., *op. cit.*, p. 357.

⁵³⁵ Taxa e preço público, in IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (coord.), **Taxa e preço público** p. 197.

⁵³⁶ *“Dizer que certos serviços prestados pelo Estado através de instrumentalidades suas, concessionárias ou permissionárias, em regime de monopólio regional, são de utilização facultativa, é no mínimo uma meia verdade. Examinemos o que ocorre entre nós (para exame da matéria, o mundo não existe). A energia, a telefonia, a água e o transporte coletivo são prestados por concessionárias de serviços públicos que se remuneram através de TARIFAS (preços) e a única maneira de o CONTRIBUINTE (homem do povo) VOLUNTARIAMENTE negar-se ao pagamento da contraprestação é privar-se da ÁGUA, da ENERGIA, do TELEFONE e, além de viver às escuras, andar a pé....*

A tanto poderia chegar também, na área dos tributos: abster-se de ter renda para não pagar imposto de renda; negar-se a ser proprietário para não pagar o IPTU (...).” - SACHA CALMON NAVARRO COELHO, Taxa e preço público, in IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (coord.), **Taxa e preço público** p. 225 -.

naturalmente, a idéia de essencialidade. Assim, tentar classificar a remuneração por taxa ou tarifa por meio da essencialidade é cair num vazio jurídico, pois tal característica é nota fundamental do serviço público e, portanto, encontra-se num momento anterior ao da remuneração.

Ainda no que concerne ao serviço público que será objeto de concessão ou permissão e dará início à política tarifária, tal serviço, assim como nas taxas, deverá permitir uma certa divisibilidade, a fim de que possa ser calculado quanto custará cada unidade da prestação do referido serviço:

Tanto en el caso de la tasa como del precio es de la esencia del correspondiente ingreso que la actividad estatal sea divisible en unidades de uso o consumo a fin de que pueda concretarse una prestación específica respecto del obligado al pago.⁵³⁷

No caso da impossibilidade de cálculo, *“A indivisibilidade, como dissemos, impede a delegação desses serviços a particulares, dada a imensurabilidade da prestação necessária para valoração da atividade e respectiva remuneração”*⁵³⁸.

Portanto, serviços indivisíveis não poderão ser remunerados por meio de tarifas, mas devem sê-lo pelos impostos, pois, conforme ensina GILBERTO DE ULHÔA CANTO, *“Os impostos, tendo como fundamento ético e político a necessidade de fazer face aos custos gerais e indivisíveis da atividade estatal, sempre se apresentaram com elementos característicos inconfundíveis”*⁵³⁹.

As tarifas, conforme já exposto, seguem regime jurídico próprio e obedecem ao chamado equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, mas não deixam de possuir a divisibilidade do serviço intrínseca à sua natureza jurídica, inclusive porque é uma decorrência da própria economia que haja essa possibilidade no serviço, a fim de que as tarifas possam ser reajustadas com precisão e, portanto, cobradas de cada usuário individualmente.

Cabe destacar que somente os serviços públicos com perfil de atividade econômica, aqueles nos quais se verifica a possibilidade de delegação para a

⁵³⁷ **Tasas, precios** ..., *op. cit.*, p. 116.

⁵³⁸ JOANA PAULA BATISTA, **Remuneração** ..., *op. cit.*, p. 71.

⁵³⁹ Taxa e preço público, in IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (coord.), **Taxa e preço público** p. 85.

iniciativa privada, poderão ser remunerados mediante tarifas. Os serviços atinentes à soberania nacional – entenda-se funções típicas do Estado –, que não são delegáveis para a iniciativa privada, não podem ser objeto de remuneração por tarifa, mas devem ser remunerados por meio de taxa. Neste caso, tem-se a atividade de polícia, conforme exposto em capítulos anteriores, que não se pode delegar à iniciativa privada por uma questão de soberania nacional.⁵⁴⁰

Além disso, há serviços públicos que não apresentam qualquer particularidade empresarial, como o serviço eleitoral, cuja prestação à comunidade ocorre de maneira gratuita, apesar de haver um custo para o Estado realizá-lo. Nessa circunstância, o serviço não poderá ser objeto de remuneração mediante tarifa, por ela possuir, como uma de suas características, a de remunerar serviço público que é gênero da atividade econômica. Além de não contar com características empresariais, o serviço eleitoral está adstrito à soberania nacional, o que também exclui a remuneração mediante tarifa, pois essa figura somente se verifica quando ocorre a delegação do serviço público.

Ainda no que toca às tarifas e, mais especificamente, ao regime de concessão do serviço público, MARÇAL JUSTEN FILHO enxerga uma relação trilateral, o que caracteriza um regime jurídico complexo: *“Adota-se a concepção de que a concessão se configura como uma relação jurídica trilateral, em que um dos pólos é ocupado por instituições representativas da comunidade”*; e isso ocorre porque *“Existe uma comunhão de interesses entre Estado, Sociedade e concessionário. Todos têm uma finalidade comum, consistente na obtenção do melhor serviço público possível, com a tarifa mais reduzida”*⁵⁴¹.

É certo que essa relação trilateral, conforme destaca o autor, terá um reflexo direto no ajuste do preço da tarifa, que deve ser o menor possível, sem que o serviço deixe de ter qualidade. O autor explica melhor como ocorre a relação:

⁵⁴⁰ Eis por exemplo a conclusão das XV Jornadas Latino-Americanas de Direito do ILADT, aprovada com 22 votos, contra 17 contrários e 5 abstenções: *“Para establecer la diferencia entre tasa y precio debe recurrirse primordialmente a la caracterización de aquellas actividades divisibles y vinculantes del Estado, que éste no puede dejar de ejercer tales como las jurídico-administrativas del poder de policía o del poder constitucional de impartir justicia. Estas actividades o servicios derivados del concepto de soberanía e inherentes a la existencia misma del Estado, hacen que su retribución tenga naturaleza tributaria”*. – JOSÉ LUIS SHAW, **Tasas, precios** ..., op. cit., p. 77 –.

⁵⁴¹ **Teoria** ..., op. cit., p. 61 e 62.

A perfeita compreensão do instituto da concessão pressupõe apanhar a complexidade de sua estrutura. Nessa linha, pode aludir-se aos âmbitos 'externo' e 'interno' da concessão.

No âmbito dito 'externo', a concessão envolve, primeiramente, o relacionamento jurídico entre o concessionário e os usuários dos serviços públicos. Depois, também tem pertinência com o relacionamento entre o poder concedente e os ditos usuários. Já o âmbito 'interno' corresponderia ao relacionamento entre o concessionário e a Administração Pública.⁵⁴²

A tarifa estaria, portanto, presente, tanto na relação de âmbito externo, como na relação de âmbito interno, o que, conseqüentemente, configura uma relação jurídica complexa. Ela está presente na relação entre o concessionário e os usuários, tendo em vista ser o meio que remunera o serviço público nos casos de concessão; e também se encontra na relação de âmbito interno, porque será a Administração Pública que fixará a tarifa para o concessionário, pois “ (...) *não é o concessionário que fixa a tarifa, cabendo a este tão-somente apresentar a sua proposta de remuneração*”⁵⁴³.

Assim, está-se diante de mais uma diferença entre as taxas e as tarifas, pois, nas taxas, não há a presença de duas relações jurídicas, mas apenas de uma relação jurídica, que, na maioria dos casos, será a relação entre o Estado e o sujeito passivo. Ainda que a capacidade tributária ativa seja delegada ao particular ou a uma entidade paraestatal, a relação jurídica tributária que é estabelecida será entre o sujeito ativo e o sujeito passivo, não havendo propriamente uma relação entre o ente competente e a entidade que recebeu a capacidade tributária ativa.

Por fim, outra característica das tarifas são os limites jurídicos a que elas estão submetidas. Para melhor esclarecer o assunto, traz-se a lição de TOSHIO MUKAI:

Portanto, o preço público tem que ser acima do custo real dos serviços em proporção apenas que legitime a justa remuneração do capital. Eis os limites jurídicos.

Nesse sentido, ainda, Henrique de Carvalho Cimas (Manual Elementar de Dir. Adm., Freitas Bastos, 1974, p. 336) aponta os princípios fundamentais na fixação de tarifas, que segundo a melhor doutrina, são:

⁵⁴² Algumas considerações ..., *op. cit.*, p. 473.

⁵⁴³ Remuneração ..., *op. cit.*, p. 94.

- 1) – a fixação deve ter em vista não somente os interesses lucrativos e justos das empresas concessionárias, mas também a capacidade econômica do público que se utiliza dos serviços concedidos;
- 2) – as tarifas devem ser periodicamente revistas, atendendo-se não só às modificações verificadas em razão de novas técnicas e processos de execução dos serviços, bem assim às mudanças da situação econômica do país, sem desprezo, igualmente as condições sociais dos usuários; e
- 3) – deve procurar-se, sempre, um regime de equilíbrio; tarifas socialmente justas e economicamente razoáveis, atendendo às exigências do capital e estando ao alcance da bolsa dos usuários.⁵⁴⁴

Ao observar os limites existentes para as tarifas, conclui-se que a sujeição a tais limites, acima expostos, representa uma tarefa árdua, pois a tarifa deve remunerar o capital investido do concessionário, não frustrando os seus objetivos, mas simultaneamente deve atender ao caráter social fundamental existente no serviço público.

4.2. Equilíbrio econômico-financeiro e tarifas

Estudar o equilíbrio econômico-financeiro é de fundamental relevância, no âmbito das tarifas, pois, diferentemente das taxas, que não se alteram em razão de um contrato, por se tratarem de uma obrigação *ex lege*, as tarifas são revistas periodicamente, a fim de que o concessionário não tenha prejuízo em razão do contrato, pois, conforme visto, está-se tratando de serviço público com perfil de atividade econômica.

Inicialmente, compreende-se o que é o equilíbrio econômico-financeiro, a partir de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

Equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a 'relação de igualdade' formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá.⁵⁴⁵

Com base no conceito de equilíbrio econômico-financeiro, observa-se que, na tarifa, não haverá a relação de estrita legalidade que existe no âmbito dos tributos, nos quais os limites existentes são apenas os princípios constitucionais. É

⁵⁴⁴ Taxa e preço público, in IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (coord.), **Taxa e preço público** p. 249-250.

⁵⁴⁵ **Curso** ..., *op. cit.*, p. 577.

a partir do conflito existente entre princípios constitucionais tributários e equilíbrio econômico-financeiro que JOANA PAULA BATISTA destaca: “*Note-se que essas limitações conflitam com o princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato de concessão inviabilizando a remuneração dos serviços concedidos por taxas (...)*”⁵⁴⁶.

Eis, então, um argumento fortíssimo para que fique demonstrado que, no caso de concessão do serviço público, a remuneração ocorrerá por meio de tarifa em razão do próprio equilíbrio econômico-financeiro, princípio que contradiz aqueles que regem o sistema tributário das taxas. Na concessão de serviço público, portanto, não há uma delegação da capacidade tributária ativa ao concessionário. Conforme já demonstrado numerosas vezes, no âmbito do presente trabalho, trata-se de regimes jurídicos diferentes para remunerar o serviço público, se colocadas em comparação a taxa e a tarifa.

CÉSAR A. GUIMARÃES PEREIRA, em afirmação feita em sua obra, deixa evidente a existência do equilíbrio econômico-financeiro no âmbito das tarifas:

A situação é distinta conforme o serviço seja prestado diretamente pelo Poder Público ou mediante concessão. No primeiro caso, não há a aplicação do princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira. A questão passa a ser atinente à manutenção do equilíbrio orçamentário.⁵⁴⁷

Ora, a própria Constituição Federal no artigo 37, XXI;⁵⁴⁸ e a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, determinam expressamente que “*os contratos poderão prever mecanismos de revisão de tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro*”. MARÇAL JUSTEN FILHO atenta para o fato de que a equação econômico-financeira foi tutelada pela Constituição com o propósito de

⁵⁴⁶ **Remuneração** ..., *op. cit.*, p. 80.

⁵⁴⁷ **Usuários** ..., *op. cit.*, p. 385.

⁵⁴⁸ “Art. 37. (...)”

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

reduzir os custos de transação no serviço público, o que é uma benesse para toda a sociedade⁵⁴⁹.

A exploração de atividades econômicas em sentido estrito, conexas à prestação do serviço público, compondo o equilíbrio econômico-financeiro é o que destaca MARÇAL JUSTEN FILHO: *“Quando o desempenho do serviço público comportar a exploração de atividades conexas, os ganhos econômicos correspondentes devem ser aproveitados para a integração na equação econômico-financeira”*⁵⁵⁰.

E quanto à tributação que recai sobre o concessionário ? Como fica o equilíbrio econômico-financeiro ?

Os tributos, por exemplo, ressalvado o imposto sobre a renda, podem causar impacto financeiro na proposta apresentada anteriormente, o que leva à revisão das tarifas para mais ou para menos⁵⁵¹. Portanto, serão as condições do contrato e a própria economia que irão afetar o chamado equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

4.3. As tarifas e os direitos fundamentais

No âmbito tarifário, prima-se, também, pelos direitos fundamentais. Há serviços cuja fruição traz enorme desenvolvimento social, como educação e saúde, não existindo qualquer problema em uma grande utilização por parte da sociedade, mas, pelo contrário, quanto maior o nível educacional e maior a qualidade nos

⁵⁴⁹ Teoria..., op. cit., p. 334.

⁵⁵⁰ Ibid, p. 368.

⁵⁵¹ “Lei 8.987/1995

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

(...)

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.”

serviços de saúde prestados à comunidade, tanto maior será o desenvolvimento social.⁵⁵²

Ocorre que, em outros casos, é necessário que haja uma diminuição no uso de alguns serviços públicos, objetivando-se, por exemplo, a preservação do meio ambiente. É nesse sentido que JACINTHO ARRUDA CÂMARA leciona:

Todavia, existem serviços públicos – e estes são os que serão analisados no presente tópico - em que o uso indiscriminado pode comprometer a continuidade de sua fruição. Estão sujeitos a esta contingência, por exemplo, os serviços de abastecimento de água e o de energia elétrica. Para esses casos o poder concedente é obrigado a adotar uma política de racionalização do uso do serviço ou mesmo estabelecer medidas que impliquem uma contenção na demanda provocada pelos usuários. Campanhas de conscientização de usuários, incentivo à criação de tecnologias mais econômicas, racionamento, todos esses são exemplos de medidas que podem vir a ser implementadas com o objetivo de reduzir a demanda por determinado serviço público. O regime tarifário também pode se prestar a este fim.⁵⁵³

Ora, a utilização de tarifas como meios de desenvolvimento social e preservação do Princípio da Continuidade do Serviço Público demonstra, desde já, que a transformação no modelo de prestação do serviço público para a delegação à iniciativa privada não representa um retrocesso social, desde que atenda aos direitos e garantias fundamentais. A Constituição Federal será interpretada sob outro viés, mas continuará atendendo aos interesses sociais.

No que toca ao regime tarifário como modo de controle da utilização de determinados serviços públicos, deve-se registrar que as tarifas não poderão ser elevadas ao bel-prazer do concessionário ou permissionário, por dois motivos: primeiro, em razão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; segundo, está-se tratando de algo que segue o regime de Direito Público e, diferentemente, do

⁵⁵² “‘Oportunidades sociais’ são as disposições que a sociedade estabelece nas áreas de educação, saúde, etc., as quais influenciam a liberdade substantiva de o indivíduo viver melhor. Essas facilidades são importantes não só para a condução da vida privada (como por exemplo levar uma vida saudável, livrando-se de morbidez evitável e da morte prematura), mas também para uma participação mais efetiva em atividades econômicas e políticas. Por exemplo, o analfabetismo pode ser uma barreira formidável à participação em atividades econômicas que requeiram população segundo especificações ou que exijam rigoroso controle de qualidade (uma exigência sempre crescente no comércio globalizado). De modo semelhante a participação política pode ser tolhida pela capacidade de ler jornais ou comunicar-se por escrito com outros indivíduos envolvidos em atividades políticas.” – AMARTYA SEN, **Desenvolvimento como liberdade**, p. 56 -.

⁵⁵³ O regime tarifário ..., *op. cit.*, p. 111.

que ocorre no âmbito do Direito Privado, não está na esfera do livre-arbítrio do mercado.

Diversamente do que pregam alguns doutrinadores, o presente trabalho já demonstrou que o serviço público é espécie do gênero da atividade econômica, mas difere profundamente da atividade econômica em sentido estrito, pois não está sujeito aos princípios do mercado. Isso se deve ao fato de o serviço público encontrar-se diretamente ligado aos direitos e garantias fundamentais, que possuem, assim, uma prevalência no seu conteúdo material.

Ora, negar a existência das tarifas como meio de remunerar o serviço público é tornar a evolução estatal petrificada. O antigo modelo, no qual o Estado prestava diretamente todos os serviços, já não atende mais aos anseios sociais. É nesse sentido que se transcreve a lição de FABIANO VERLI:

Por isso, pagamos preços públicos pela grande maioria das comodidades de que usufruímos diariamente. A ampliação dos deveres do Estado voltado à consecução de fins sociais levou à sua disseminação como forma mais ágil e eficiente de manutenção financeira dos serviços e bens. Some-se a isso o fato de que a elevação do grau de complexidade da vida moderna tem implicado proporcional inchaço na função fiscalizadora estatal. Às necessidades crescentes não correspondem aumentos de receitas derivadas capazes de cobrir as despesas que surgem de uma gama quase incomensurável de diferentes intervenções, pequenas e grandes, da Administração na vida do administrado.⁵⁵⁴

As tarifas, portanto, acabam sendo decorrência da evolução da sociedade e da ampliação das necessidades sociais, estando perfeitamente de acordo com os direitos e garantias fundamentais. Pela importância de assegurar tais garantias, é que o serviço público está sob a proteção estatal e, sendo as tarifas uma maneira de remunerá-lo, elas também estarão sob a garantia do Estado.

⁵⁵⁴ **Taxas** ..., *op.cit.*, p. 273.

5. CONFRONTO ENTRE TAXAS E TARIFAS

Após a descrição dos regimes jurídicos das taxas e das tarifas, afirmou-se constituírem institutos diferentes. Assim, neste último capítulo, pretende-se fazer um confronto entre os dois regimes, desmistificando alguns parâmetros tomados para distingui-los, há muito tempo, e que são bastante citados pela doutrina.

Na doutrina espanhola, por exemplo, observa-se que o problema da distinção entre taxas e tarifas é igual ao que ocorre no Brasil: *“Las categorías conceptuales de ‘tasa’ y ‘precio’ se han conformado históricamente en función de una misma realidad: la necesidad de obtención de ingresos por parte del Estado para subvenir a sus gastos”*⁵⁵⁵.

Um dos mais destacados pontos a ser debatido, mais uma vez, é a opinião assumida pela maior parte da doutrina tributária quanto à possibilidade de o serviço público ser remunerado unicamente por taxas, negando a existência das tarifas no mundo jurídico. GERALDO ATALIBA, por exemplo, diz expressamente ao citar e concordar com MARCO AURÉLIO GRECO:

“Em resumo, podemos dizer que o serviço público só pode dar ensejo a taxa, e aquela atuação que der nascimento a preço (tarifa) não será serviço público, mas atividade desenvolvida em regime idêntico ao dos particulares e, pois, não qualificável como serviço público em termos jurídicos” (ob. loc.cit.)⁵⁵⁶

Ora, quando o Estado presta diretamente o serviço público, dito clássico, será remunerado por meio de taxa. Tal serviço pode até apresentar um perfil de atividade econômica somente no que diz respeito à escassez dos bens, mas jamais trará lucro; e se assim ocorresse seria um contra-senso em relação ao próprio regime jurídico de Direito Tributário. Cabe esclarecer que ainda existe, na doutrina, quem entenda que, mesmo prestando diretamente o serviço, o Estado será remunerado por tarifa. Essa é a opinião de A. THEODORO NASCIMENTO, por

⁵⁵⁵ La distinción entre tasas y precios publicos en el derecho español, **Revista de direito tributário**, n.º 58, p. 43.

⁵⁵⁶ **Hipótese** ..., *op. cit.*, p. 167.

exemplo, defendendo que serviços de natureza comercial e industrial são objetos de preços⁵⁵⁷: “O serviço de natureza comercial ou industrial fornecido mediante preços, tanto poderá ser prestado diretamente pelo Estado como poderá ser objeto de concessão (...)”⁵⁵⁸. Opinião essa que o presente trabalho rejeita.

Deve ser lembrado, por outro lado, que, quando se trata do serviço público contemporâneo, não cabe falar na existência de taxa, mas de tarifa, pois o serviço público toma ares de atividade empresarial. Vale ressaltar que isso não significa sinônimo de atividade econômica em sentido estrito, e, portanto, remunerado por preço. Nesse caso, será prestado pela iniciativa privada ou pelo Estado em regime excepcional.

A própria jurisprudência tem reconhecido a remuneração por meio de tarifas, quando há a concessão ou a permissão de serviços públicos à iniciativa privada, citando, inclusive, dispositivos constitucionais para fundamentar as decisões⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ Há uma parte da doutrina que classifica o serviço público em administrativo e industrial. Veja-se o que diz HELY LOPES MEIRELLES: “*Serviços administrativos: são os que a Administração executa para atender às suas necessidades internas ou preparar outros serviços que serão prestados ao público, tais como os da imprensa oficial, das estações experimentais e outros dessa natureza. Serviços industriais: são os que produzem renda para quem os presta, mediante remuneração da utilidade usada ou consumida, remuneração, esta, que, tecnicamente, se denomina ‘tarifa’ ou ‘preço público’, por ser sempre fixada pelo Poder Público, quer quando o serviço é prestado por seus órgãos ou entidades, quer quando por concessionários, permissionários ou autorizatários*”. – **Direito administrativo** ..., *op. cit.*, p. 313 – .

⁵⁵⁸ **Preços, taxas e parafiscalidade**, p. 109.

⁵⁵⁹ ADMINISTRATIVO – SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – PAGAMENTO À EMPRESA CONCESSIONÁRIA SOB A MODALIDADE DE TARIFA – CORTE POR FALTA DE PAGAMENTO: LEGALIDADE.

1. Os serviços públicos podem ser próprios e gerais, sem possibilidade de identificação dos destinatários. São financiados pelos tributos e prestados pelo próprio Estado, tais como segurança pública, saúde, educação, etc. Podem ser também impróprios e individuais, com destinatários determinados ou determináveis. Neste caso, têm uso específico e mensurável, tais como os serviços de telefone, água e energia elétrica.

2. Os serviços públicos impróprios podem ser prestados por órgãos da administração pública indireta ou, modernamente, por delegação, como previsto na CF (art. 175). São regulados pela Lei 8.987/95, que dispõe sobre a concessão e permissão dos serviços públicos.

3. Os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização, que é regida pelo CDC, o que a diferencia da taxa, esta, remuneração do serviço público próprio.

4. Os serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, porque prestados por concessionárias do serviço, podem sofrer interrupção quando há inadimplência, como previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95, exige-se, entretanto, que a interrupção seja antecedida por aviso, existindo na Lei 9.427/96, que criou a ANEEL, idêntica previsão.

A classificação de serviço público em clássico e contemporâneo, como espécies do serviço público *lato sensu* e, portanto *stricto sensu*, não é a mesma classificação apresentada pelo Ministro MOREIRA ALVES e exposta por MARÇAL JUSTEN FILHO:

Há os serviços públicos propriamente estatais, cuja prestação reflete uma manifestação da soberania estatal. Esses serviços são remunerados por taxa derivada de sua efetiva prestação e cabe ao particular optar livremente por deles usufruir. A categoria abrange os serviços judiciais e emissão de passaportes, por exemplo.

Há os serviços públicos essenciais ao interesse público, cuja prestação se relaciona ao interesse da coletividade. Isso se passa com a distribuição de água e a coleta de lixo. O vínculo entre o serviço e o interesse supra-individual conduz à remuneração por meio de taxa, inclusive com a cobrança por serviços meramente potenciais.

Por fim, haveria serviços públicos não essenciais, cuja fruição ficaria à escolha dos particulares.⁵⁶⁰

A referida classificação, com o devido respeito, merece algumas críticas, pois não se pode falar em serviços essenciais e não-essenciais. O conceito de serviço público está diretamente relacionado ao caráter de essencialidade. O que pode existir são serviços públicos que apresentam uma função de utilização compulsória, não é a compulsoriedade na utilização, apresentada no capítulo atinente às tarifas, mas aquela que ocorre em razão da importância que possuem para a sociedade, a compulsoriedade que ocorre em face da coletividade. Seria o caso da água, do saneamento e da coleta de lixo. MARÇAL JUSTEN FILHO explica: “*Por isso, o Estado tem o dever de impor a compulsoriedade de seu consumo por parte dos indivíduos, inclusive configurando como ilícita a recusa individual a tanto*”⁵⁶¹.

5. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da igualdade das partes e ocasiona o enriquecimento sem causa, repudiado pelo Direito (arts. 42 e 71 do CDC, em interpretação conjunta).

6. Recurso especial improvido.

(STJ, REsp 705203/SP, Recurso Especial 2004/0166429-5, Segunda Turma, Relato: Ministra Eliana Calmon, Data do Julgamento: 11.10.2005, Data da publicação: DJ 07.11.2005) Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=705203&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em 11/11/2007.

⁵⁶⁰ Teoria, *op. cit.*, p. 345-346.

⁵⁶¹ *Ibid*, p. 348.

Esses serviços, quais sejam, os que devem ser utilizados compulsoriamente, estão dentro do conceito de serviço público clássico, pois deverão ser prestados pelo Estado diretamente, ou em casos excepcionais indiretamente – nestes casos, a capacidade tributária ativa será delegada ao particular – e sua remuneração ocorrerá por meio de taxa, levando-se em conta que a tarifa está dentro de um conceito de atividade econômica com perfil lucrativo, embora essa não seja a finalidade única e exclusiva da prestação.

Além disso, os serviços que possuem importância para a coletividade, os chamados compulsórios, necessitam ser observados sob esse perfil, pois a sua mera disponibilidade ensejará o nascimento da obrigação de pagamento. Sob esse regime jurídico – de que a mera disponibilidade enseja o nascimento da obrigação – conclui-se ser possível somente a hipótese de tributação por meio de taxa, pois, conforme exposto em capítulos anteriores, a tarifa remunera apenas serviço efetivamente prestado e usufruído. Logo, os serviços de importância para a coletividade são obrigatórios a ser efetivamente postos à disposição ainda que não sejam usufruídos. Assim, conclui-se que a compulsoriedade se relaciona também com o fato de que tais serviços devem ser efetiva ou potencialmente prestados.

Ultrapassada a classificação, exposta em capítulos anteriores e ora enriquecida, reconhece-se que o grande expediente para evitar as contradições, no que tange ao tema, é reconhecer que existem duas relações jurídicas no serviço público. A primeira é quanto à prestação do serviço público em si mesmo, relação sujeita ao regime jurídico de Direito Administrativo; a segunda é quanto à remuneração, que pode ser por meio de taxa ou tarifa, devendo ser analisada a natureza do serviço, a maneira como ele é prestado, e para definir se a relação estará sujeita ao regime jurídico de Direito Tributário, no caso da taxa, ou regime jurídico exclusivo de Direito Administrativo, no caso da tarifa. Mais uma vez, MARÇAL JUSTEN FILHO elucida a questão: *“Quando o Estado outorga concessão, não se altera o regime jurídico da prestação do serviço público, mas se modifica o regime jurídico da sua remuneração”*⁵⁶². A primeira relação jurídica,

⁵⁶² *Ibid*, p. 347.

aquela sujeita ao regime de Direito Administrativo, independe da segunda para ser caracterizado o serviço público.

Ocorre que muitos doutrinadores enxergam as duas relações como uma única. Nessa linha de raciocínio segue WALTER ALEXANDRE BUSSAMARA, citando outro doutrinador:

Observando esta questão, pronunciou-se Aurélio Pitanga Seixas Filho, para quem: “Se o legislador estabelecer um regime de direito administrativo considerando a relevância do serviço, deverá, também, fixar um regime tributário para a respectiva remuneração.”⁵⁶³

O presente trabalho adota o posicionamento de que uma relação independe da outra para existir, ainda que não seja especificamente remunerado o serviço, caso dos serviços indivisíveis, que são custeados pelos impostos, hipótese em que, ainda assim, continuará a ser caracterizado o serviço público na primeira relação.

Compreendida, então, a existência de duas relações jurídicas, transcreve-se a Súmula nº 545 do Supremo Tribunal Federal: “*Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.*”

Sabe-se que o Princípio da Anualidade não está mais presente no ordenamento jurídico pátrio, logo, a súmula, que é anterior à vigente Constituição Federal, não foi recepcionada nessa parte. A grande diferença que a súmula refere é que as taxas são compulsórias, subtendendo-se que as tarifas não guardam tal característica. Ocorre que existem críticas, diga-se de passagem, procedentes, quanto à utilização da compulsoriedade como elemento distintivo, pois a que se refere tal característica: à natureza jurídica da taxa ou à natureza jurídica do serviço remunerado pela taxa?

É nesse sentido que se traz lição de FLÁVIO BAUER NOVELLI:

De sorte que, quando se indica, como o faz a Súmula, o vago conceito de ‘compulsoriedade’ qual caráter diferenciador da taxa, capaz de distingui-la de ‘preço público’, confundem-se, na realidade, coisas inteiramente

⁵⁶³ **Taxas - limites ...**, *op. cit.*, p. 98.

distintas, porquanto aí se alude, à evidência, não à compulsoriedade enquanto nota conceptual do próprio tributo (CTN, art. 3º), mas à compulsoriedade que se resolve, ainda antes, na demanda forçada do 'serviço', na indireta imposição da prestação administrativa ou, mais genericamente, da atividade estatal relativa ao obrigado, e da qual surge, em contrapartida, a obrigação cujo objeto, segundo entendemos, pode consistir, conforme o caso, tanto no pagamento de uma taxa, quanto no de um 'preço público'. Em conclusão, a compulsoriedade (ou obrigatoriedade) a que alude a Súmula não é, pois, propriamente 'a do tributo', mas a que decorre, direta ou indiretamente, seja de uma situação geral de sujeição a um poder (administrativo) de polícia, seja, especificamente, de um vínculo, de um dever de direito público (administrativo) distinto 'da', e anterior à própria obrigação tributária, e, em virtude do qual, o 'usuário' (obrigado) vem a ser indiretamente constrangido, no interesse público, à utilização do 'serviço', ao recebimento da prestação e, por via de consequência, sendo o 'serviço' remunerado, obrigado também ao pagamento, conforme o caso, do preço (público) ou do tributo (taxa) que lhe corresponde.⁵⁶⁴

A opinião de FLÁVIO BAUER NOVELLI não é isolada, LUIZ ALBERTO PEREIRA FILHO também torna evidente que *“Não há que se cogitar, acerca da facultatividade no adimplemento do preço e compulsoriedade no da taxa. A distinção é absolutamente despropositada”*⁵⁶⁵. O autor entende que tanto na taxa quanto na tarifa existirá o elemento compulsoriedade⁵⁶⁶. Similar opinião é a de ALEXSANDER ROBERTO ALVES VALADÃO: *“Da mesma forma entendemos que não se presta à distinção entre preço e taxa, pois a compulsoriedade estaria presente em ambas as figuras jurídicas, desde que os fatos descritos na sua hipótese normativa aconteçam no plano fático”*⁵⁶⁷.

E para arrematar o assunto com notoriedade, transcrevem-se as lições de MARÇAL JUSTEN FILHO, ao criticar a súmula do Supremo Tribunal Federal em tela:

⁵⁶⁴ Taxa – apontamentos ..., *op. cit.*, p. 109.

⁵⁶⁵ **As taxas** ..., *op. cit.*, p. 119.

⁵⁶⁶ “O Estado, assim, poderá instituir, por intermédio de lei, para ressarcimento do seu dispêndio com a efetivação de sua atividade, impostos ou taxas. Todavia, se quiser, por meio de um instrumento contratual, ao invés de lei, estabelecer a obrigação ao contribuinte de remunerá-lo, caberá a ele fazê-lo tão-somente através da estipulação de um preço. Em ambos os casos, indubitavelmente, existirá compulsoriedade em relação ao comportamento de alguém remunerar o ente público, ou quem o substitua.” – LUIZ ALBERTO PEREIRA FILHO, **As taxas** ..., *op. cit.*, p. 119-.

⁵⁶⁷ Ensaio sobre a distinção entre taxa e preço público, p. 83.

A partir dessa diferenciação, conclui-se que a taxa seria utilizada quando o consumo de um certo serviço público fosse compulsório, enquanto a tarifa caberia para a remuneração de serviços de consumo facultativo. Ora, o equívoco é evidente, na medida em que todo o serviço público envolve uma utilidade cuja essencialidade induz a ausência de alternativa concreta para o usuário. Assim, por exemplo, não há cabimento em afirmar que o consumo de energia elétrica é facultativo. Essa seria uma construção puramente abstrata, porque a energia elétrica é imprescindível à obtenção de utilidades essenciais e indispensáveis. Todo e qualquer sujeito precisa concretamente obter energia elétrica. Mas seria incorreto afirmar que o consumo de energia elétrica seria juridicamente compulsório.⁵⁶⁸

Fica evidente, pois, o fato de que classificar a natureza do serviço como compulsório não consiste em dado suficiente para definir se a remuneração ocorrerá por meio de taxa ou tarifa. É certo que existem serviços que possuem compulsoriedade, em razão da sua importância para a sociedade, conforme demonstrado em linhas anteriores. Contudo, isso não significa que as taxas somente poderão remunerar tais serviços; elas estarão presentes também em outras situações.

A compulsoriedade presente na súmula do Supremo Tribunal Federal é uma compulsoriedade vaga, não sendo a compulsoriedade em razão da coletividade, conforme explicado em linhas anteriores. Daí decorre o fato da súmula ser criticada, pois sua compulsoriedade é vaga e imprecisa, o que não serve de parâmetro para diferenciar taxas e tarifas, tendo em vista que a diferenciação entre os dois sistemas de remuneração é feito com base no caso concreto e por meio de uma interpretação sistemática.

Além das situações de compulsoriedade, existem alguns serviços que são indelegáveis para a iniciativa privada e, portanto, serão sempre remunerados por taxa, pois, conforme exposto em capítulos anteriores, tais serviços estão relacionados intimamente às funções típicas do Estado⁵⁶⁹. A atividade de polícia,

⁵⁶⁸ **Teoria**, *op. cit.*, p. 343.

⁵⁶⁹ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 8.033/2003, DO ESTADO DO MATO GROSSO, QUE INSTITUIU O SELO DE CONTROLE DOS ATOS DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO, PARA IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE CONTROLE DAS ATIVIDADES DOS NOTÁRIOS E DOS REGISTRADORES, BEM COMO PARA OBTENÇÃO DE MAIOR SEGURANÇA JURÍDICA QUANTO À AUTENTICIDADE DOS RESPECTIVOS ATOS. I – (...) II - Regime jurídico dos serviços notariais e de registro: a) trata-se de atividades jurídicas

por exemplo, na linha adotada no presente trabalho, também não pode ser delegada à iniciativa privada. E, por fim, só para ilustrar, basta lembrar que, antes da modificação na estrutura do modelo de Estado, a quase totalidade dos serviços era prestada diretamente pelo Estado e remunerada mediante taxa.

Outro critério utilizado para distinguir taxa de tarifa, presente na doutrina pátria, é que cabe livremente ao legislador escolher o meio de remuneração do serviço público. É, por exemplo, a opinião de RUBENS MIRANDA DE CARVALHO:

Para mim, a dependência do que seja serviço público, assim como a sua forma de reencaxe de numerário (taxa ou preço), nos remete outra vez à lei, pois é ela, ao fim e ao cabo, que irá fixar os seus limites objetivos, como e quem os executará, além de, pela mesma ou por outra lei, determinar o modo jurídico da sua cobrança ao administrado: se através de preço ou de taxa. Esta mesma lei definirá se o pagamento a ser feito

próprias do Estado, e não simplesmente de atividades materiais, cuja prestação é traspassada para os particulares mediante delegação. Traspassada, não por conduto dos mecanismos da concessão ou da permissão, normados pelo caput do art. 175 da Constituição como instrumentos contratuais de privatização do exercício dessa atividade material (não jurídica) em que se constituem os serviços públicos; b) a delegação que lhes timbra a funcionalidade não se traduz, por nenhuma forma, em cláusulas contratuais; c) a sua delegação somente pode recair sobre pessoa natural, e não sobre uma empresa ou pessoa mercantil, visto que de empresa ou pessoa mercantil é que versa a Magna Carta Federal em tema de concessão ou permissão de serviço público; d) para se tornar delegatária do Poder Público, tal pessoa natural há de ganhar habilitação em concurso público de provas e títulos, não por adjudicação em processo licitatório, regrado pela Constituição como antecedente necessário do contrato de concessão ou de permissão para o desempenho de serviço público; (...). III - Taxa em razão do poder de polícia: a Lei mato-grossense nº 8.033/2003 instituiu taxa em razão do exercício do poder de polícia. Poder que assiste aos órgãos diretivos do Judiciário, notadamente no plano da vigilância, orientação e correição da atividade em causa, a teor do § 1º do art. 236 da Carta-cidadã. É constitucional a destinação do produto da arrecadação da taxa de fiscalização da atividade notarial e de registro a órgão público e ao próprio Poder Judiciário. Inexistência de desrespeito ao inciso IV do art. 150; aos incisos I, II e III do art. 155; ao inciso III do art. 156 e ao inciso III do art. 153, todos da Constituição Republicana de 1988. IV - Percepção integral dos emolumentos: a tese de que o art. 28 da Lei federal nº 8.935/94 (Lei dos Cartórios) confere aos notários e registradores o direito subjetivo de receber integralmente os emolumentos fixados em lei jaz circunscrita às fronteiras do cotejo entre normas subconstitucionais. Assim, por se constituir em confronto que só é direto no plano infraconstitucional mesmo, insuscetível se torna para autorizar o manejo de um tipo de ação de controle de constitucionalidade que não admite intercalação normativa entre o diploma impugnado e a Constituição República. V - Competência legislativa e registros públicos: o § 1º do art. 2º do diploma legislativo em estudo cria um requisito de validade dos atos de criação, preservação, modificação e extinção de direito e obrigações. Imiscuindo-se, ipso facto, na competência legislativa que a Carta Federal outorgou à União (CF inciso XXV art. 22). Ação julgada parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade, tão-somente, do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.033/03, do Estado do Mato Grosso. (STF, ADI 3151/MT MATO GROSSO. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgamento: 08/06/2005) Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 11/11/2007.

pelo administrado caracterizará uma contraprestação, sendo preço, ou se terá o caráter compulsório que caracteriza os tributos, sendo taxa.⁵⁷⁰

Em primeiro lugar, conforme destacado em capítulos anteriores, o conceito de serviço público pode ser extraído das linhas constitucionais, logo, o legislador infraconstitucional é limitado pelo próprio texto constitucional. Assim, não é qualquer tipo de serviço e em qualquer situação eleita pelo legislador que será objeto de remuneração por tarifa. Pense-se em um serviço prestado diretamente pelo Estado, como a prestação jurisdicional, na qual existe, fortemente conectada ao serviço, uma noção de função típica do Estado. O referido serviço deverá ser remunerado por taxa, pois não apresenta um perfil de atividade econômica e não pode ser delegado à iniciativa privada, encontrando-se, pois, completamente dentro do conceito de serviço público clássico. Outro exemplo, para que fique ilustrada a impossibilidade de delegação à iniciativa privada, são as taxas de polícia. MARÇAL JUSTEN FILHO confirma a crítica: *“Não há cabimento em admitir a outorga de autonomia para o Estado livremente escolher entre taxa e tarifa. Tem de admitir-se que as duas figuras importam não apenas em regimes jurídicos distintos, mas também são vocacionadas para aplicação em situações distintas (sic)”*. Logo, para cada situação dever-se-á observar se cabe taxa ou tarifa.

Para além disso, ALEXSANDER VALADÃO ainda critica a teoria em debate, sob outro aspecto:

Não se poderia mesmo fazer da Constituição mera conselheira do legislador, sob pena de violar a ‘força normativa da Constituição’. Provavelmente seria a própria decretação da sentença de morte à taxa de serviço, porque dificilmente alguma esfera de Governo, se essa faculdade de escolha fosse admitida, deixaria de lado toda a liberdade inerente à remuneração mediante estabelecimento de preço público, para submeter –se a todas as garantias e freios previstos na Constituição, para a remuneração de seus serviços por intermédio das taxas.⁵⁷¹

Apresentadas as principais teorias que diferenciam as taxas e as tarifas, pode-se concluir, ao final deste trabalho, que somente se identificará se o serviço público será objeto de taxa ou tarifa a partir de uma interpretação sistemática. Ora,

⁵⁷⁰ **Contribuição de melhoria** ..., *op. cit.*, p. 148.

⁵⁷¹ Ensaio sobre a distinção ..., *op. cit.*, p. 88.

o primeiro passo a ser dado pelo cientista do Direito é observar se o serviço é delegável ou não à iniciativa privada. Se não for objeto de delegação, então, já se sabe que se está tratando de taxa por se tratar de função típica do Estado. Caso seja delegado à iniciativa privada, para ser remunerado por tarifa, o serviço público deve exibir um perfil de atividade econômica com molde empresarial e não pode ser cobrado pela mera prestação potencial, caso contrário, estar-se-á novamente em face da remuneração por taxa.

O âmago da questão estará na própria materialidade do serviço público. É a partir dela que se poderá identificar o meio de remuneração. O passo seguinte a ser conferido é qual sujeito ativo figura na relação jurídica de remuneração: se for o Estado, como ente soberano, exercendo a sua capacidade tributária, então a taxa é o meio de remuneração— é claro que outro ente poderá receber, por meio de delegação, a capacidade tributária ativa— ; caso se observe uma relação de Direito Administrativo, na qual o sujeito ativo da relação não detenha o direito à compulsoriedade decorrente da lei, mas seja ente figurante de uma relação contratual, estar-se-á diante de remuneração por tarifa.

Dentro da interpretação sistemática apresentada ao longo do trabalho, outro critério distintivo foi o enfoque na relevância em relação à coletividade. Um serviço, cujo interesse seja elevado para a comunidade, também deve ser prestado pelo Estado, e ser remunerado por taxa, é o caso do serviço de saneamento básico, onde o interesse da coletividade predomina, ocasionando a “utilização compulsória”. É o caso da compulsoriedade em razão da coletividade.

Outros elementos presentes, como os princípios de cada regime jurídico são também ferramentas para identificar corretamente qual o meio de remuneração. Logo, não se pode estabelecer um mecanismo fechado para solucionar algo que vem sendo debatido há tanto tempo, na doutrina e na jurisprudência, mas se deve adotar um método flexível e que permita, por vários ângulos, verificar o meio de remuneração.

6. CONCLUSÃO

Registrou-se o quanto a evolução do Estado reflete na adoção de políticas públicas e, conseqüentemente, no perfil dos serviços públicos. O Estado, no estágio atual, ou seja, com a adoção de políticas neoliberais, não se configura mais como o modelo de Estado Weberiano, uma vez que os limites territoriais estão cada vez mais esparsos. Contudo, deve-se destacar que uma diminuição na estrutura do Estado não significa, em momento algum, o seu enfraquecimento, pois ele é elemento essencial para o desenvolvimento da sociedade. Pode haver uma redução em alguns aspectos com o concomitante aprimoramento em outros.

Os serviços públicos legitimaram o Estado de Bem-Estar Social e, atualmente, no Estado Social e Democrático de Direito, esses serviços têm a sua legitimidade dividida com a sociedade, tendo em vista que ela, em muitos casos, presta vários deles. Deve ficar evidente que a prestação pela iniciativa privada não significa uma mudança de natureza, pois o serviço continua sendo público.

Ainda no que toca às políticas neoliberais, a eficiência aplicada às políticas públicas não deve ser a mercadológica e sim a social, sob pena de haver um retrocesso em relação a direitos e garantias já conquistados.

Ultrapassada a questão do evolucionismo estatal, este trabalhou versou o serviço público a partir de sua origem, destacando os primórdios na Grécia Antiga, até o seu fortalecimento, na França, entre o fim do século XIX e o início do século XX. Outra questão, objeto de estudo, foi o conceito de serviço público, ganhando destaque o conceito clássico, representado pelo de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁵⁷², até conceitos mais atuais como o de MARÇAL JUSTEN FILHO⁵⁷³.

Não há uma crise no conceito de serviço público, mas uma evolução, o que acarretou o destaque dado ao elemento material. O serviço público é formado por três elementos: formal, subjetivo e material. Na atualidade, não há mais a necessidade da presença dos três elementos simultaneamente para a sua caracterização, conforme ocorria em outros tempos.

⁵⁷² **Curso**, *op. cit.*, p. 600.

⁵⁷³ **Curso**, *op. cit.*, p. 478.

O serviço público pode ser caracterizado como “uti singuli”, quando permite a sua individualização e “uti universi”, caso em que não é permitido singularizar cada serviço prestado. A distinção é importante, tanto na remuneração por taxa, quanto na por tarifa.

Em conformidade com o que já foi exposto, o país passou por um processo de desestatização, o que influenciou diretamente na prestação dos serviços públicos, que, em muitos casos, começou a ser prestado pela iniciativa privada. O Estado deixou o papel de empresário para assumir o de regulador.

Nessa seara de transformações, o serviço público começou a ser vislumbrado como uma espécie de atividade econômica. Cabe salientar que nem todos os tipos de serviço público se apresentam de tal modo, mas somente aqueles que utilizam fontes sujeitas a esgotamento e que podem originar lucro para o prestador. Todavia, a finalidade última do prestador não é a obtenção do lucro, mas proporcionar a igualdade e a solidariedade, pois o serviço público continua a ter o seu perfil de respeitar e atender aos direitos humanos profundamente enraizados na lei maior. Essa característica não passou por alteração, mas foi somente aprimorada.

Diante das mudanças, o trabalho propõe uma nova classificação para os serviços públicos, distinguindo-os em serviço público clássico e serviço público contemporâneo. A partir da classificação, que terá como marco a atividade empresarial ou não, poder-se-á identificar qual a remuneração aplicável a cada caso. No serviço público clássico, o Estado quase sempre prestará o serviço público, que trará o aspecto de atividade econômica, em razão de se tratar de fontes esgotáveis na natureza e de serviços que propiciem custo ao Estado, mas não terá o perfil de atividade empresarial. Assim, quando o serviço for hipótese de remuneração, ela será taxa, justamente pela ausência da atividade empresarial e por se consagrar em uma atividade de soberania estatal.

Já no serviço público contemporâneo, trata-se, também, de serviço público com perfil de atividade econômica, mas com um viés empresarial. A prestação ocorrerá tanto pela iniciativa privada, quanto pelo Estado. Todavia, quando o Estado prestar o serviço, será mediante sociedades de economia mista e empresas

públicas e a remuneração ocorrerá por tarifa. Contudo, vale ressaltar que em ambos os serviços, espécies do serviço público *lato sensu*, preserva-se a finalidade de proteção aos direitos fundamentais.

Outro ponto que também foi tratado é a questão da delegação do serviço público à iniciativa privada, mediante os institutos da concessão, permissão e autorização. Realizado um comparativo entre cada um desses institutos, foi apresentada a importância e a utilidade de cada um.

Por fim, no último capítulo da primeira parte, foram estudados os principais princípios atinentes ao serviço público. Dentre eles, foi analisada a continuidade, princípio constitucional de suma importância para caracterizar o serviço como público, a igualdade, que acaba implicando a universalização do serviço; e a eficiência. O princípio da eficiência foi analisado a partir da sua entrada no texto constitucional; verificando-se que se trata de uma eficiência sob o ângulo social e não simplesmente econômico. Se este último prisma fosse adotado para a seleção de políticas no serviço público, tal atitude acarretaria um caos social.

Na segunda parte do trabalho, tratou-se do tema da remuneração dos serviços públicos, iniciando-se com o estudo da taxa, que é um dos mais importantes tributos do ordenamento jurídico brasileiro.

Como, no Brasil, o Direito Tributário é eminentemente constitucional, a análise das taxas partiu do texto constitucional, destacando-se que a criação do tributo é iniciada na Constituição Federal. Posteriormente, fez-se uma análise, ainda que breve, da regra-matriz das taxas, definindo-se como critérios materiais: taxas em razão do serviço público, efetivamente prestado ou colocado à disposição, e taxas em razão da atividade de polícia.

Concluiu-se que não há a possibilidade de taxas em razão de obra pública, devido à ausência de autorização constitucional. Além de que obra pública não pode ser caracterizada como serviço público, por desrespeito ao Princípio da Continuidade.

Foram analisados os princípios constitucionais tributários pertinentes, como o da legalidade, da igualdade e da anterioridade. Os tributos somente podem ser exigidos mediante lei específica, diferente do que ocorre com as tarifas. Além

disso, a igualdade, que tem como decorrência a capacidade contributiva, está presente nas taxas. Assim sendo, o trabalho adotou a linha de aceitar a capacidade contributiva subjetiva nas taxas. Por fim, foi analisada a anterioridade, que não traz maiores problemas, no que se relaciona às taxas.

Examinada a remuneração mediante taxas, foi a vez da análise das tarifas, que também partiu da Constituição Federal, mais especificamente da parte que se refere à ordem econômica. As tarifas irão remunerar o serviço público, quando efetivamente prestado, sendo necessária a presença da concessão, permissão ou, ainda, alguns casos de delegação, fato que ocorre com empresas públicas e sociedades de economia mista.

Os princípios das tarifas foram avaliados rapidamente, com o intuito de demonstrar que o seu regime jurídico é diferente do das taxas; assim, alguns princípios também serão necessariamente diferentes.

Por fim, foi realizado um confronto entre as taxas e as tarifas, admitindo-se que ambas podem remunerar os serviços públicos, mas cada uma será aplicada em casos específicos. Assim, o cientista do Direito deverá analisar o caso para, então, concluir se está diante de um caso de taxa ou de tarifa.

No caso do serviço ter sido delegado à iniciativa privada, mediante concessão, não se delegou a capacidade tributária ativa, até porque existe a questão do equilíbrio econômico-financeiro, que refletirá diretamente na remuneração, e que, nesse caso, é mediante tarifa.

Já no caso de um serviço que apresente elevada importância para a coletividade, e a sua mera disponibilidade gere o direito de remuneração, está-se diante de um serviço que somente pode ser remunerado por taxa.

Assim, mediante as várias classificações e estudos, a partir da Constituição Federal, é que se poderá ter ciência se o caso é de remuneração por taxa ou por tarifa. Cada uma possui seu campo próprio, delimitado constitucionalmente, e uma não pode invadir o campo da outra sob pena de invasão de competência.

O que se pode concluir é que existe tanto a possibilidade de taxa ou de tarifa para remunerar os serviços públicos, cabendo ao cientista do Direito realizar

uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, a fim de que possa identificar corretamente de qual caso se trata.

Fica evidente que as questões atinentes ao serviço público são de fundamental importância para países em desenvolvimento, como o Brasil, pois, com a implementação de políticas públicas que aprimorem a sua prestação, todos ganham, já que nada melhor do que viver em um lugar onde o Princípio da Igualdade e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana são respeitados. Além disso, pode-se perceber a evolução do serviço público, o que não significa a sua morte, como afirmam alguns, mas a introdução de uma nova ideologia, e, como preceitua VICTOR HUGO: *“Não existe exército que resista à força de uma idéia que a seu tempo tenha chegado”*⁵⁷⁴. Assim, não se pode fechar os olhos para as mudanças, mas compreendê-las e adaptá-las da melhor maneira possível à nossa sociedade.

⁵⁷⁴ Disponível em: <<http://www.paraense.com/frases-de-sabedoria-ii-parte.html>> Acesso em: 09/10/2007.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, José Carlos. Taxas de polícia. **Revista de direito tributário**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano III, n. 9-10, p. 128-144, jul./dez. 1979

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de: VALDÉS, Ernesto Garzón. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira. **Privatização no estado contemporâneo**. São Paulo: Ícone, 1996.

ARGÜELLO, Katie. **O ícaro da modernidade: direito e política em Max Weber**. São Paulo: Acadêmica, 1997.

ATALIBA, Geraldo. **Apontamentos de ciência das finanças, direito financeiro e tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

_____. Taxas e preços no novo texto constitucional. **Revista de direito tributário**, São Paulo, ano 13, n. 47, p. 142-155, jan./mar. 1989

_____. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **República e constituição**. Atualização de: FOLGOSI, Rosolea Miranda. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989.

BACELLAR FILHO, Romeu. A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público. In: ANAIS DO SEMINÁRIO JURÍDICO: CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS. Foz do Iguaçu: Escola Nacional da Magistratura, 2001.

BATISTA, Joana Paula. **Remuneração dos serviços públicos**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2002.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de: BARAUNA, Luiz João. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Teoria do estado**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRITO, Edvaldo. Taxa e preço público. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Taxa e preço público**. São Paulo: Resenha Tributária, 1985. p. 47-82.

BUSSAMARA, Walter Alexandre. **Taxas – limites constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CÂMARA, Jacintho Arruda. O regime tarifário como instrumento de políticas públicas. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 95-127, out./dez. 2005.

CANTO, Gilberto de Ulhôa. Taxa e preço público. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Taxa e preço público**. São Paulo: Resenha Tributária, 1985. p. 83-110.

CARNOY, Martin. **Estado e teoria política**. 4. ed. São Paulo: Papirus, 1994.

CARRAZZA, Roque Antonio. **A imunidade tributária das empresas estatais delegatárias de serviços públicos**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de direito tributário constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Teoria da norma tributária**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CARVALHO, Rubens Miranda. **Contribuição de melhoria e taxas no direito brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

CASTRO, Paulo Rabello de. A reengenharia do estado brasileiro: rumo ao sociocapitalismo. In: LOPES, ERNÂNI RODRIGUES *et al.* **A reengenharia do estado brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 49-74.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Taxa e preço público. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Taxa e preço público**. São Paulo: Resenha Tributária, 1985. p. 215-238.

_____. Serviços públicos e tributação. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Serviços públicos e direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 240-266.

COSTA, Alcides Jorge. Taxa e preço público. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Taxa e preço público**. São Paulo: Resenha Tributária, 1985. p. 01-06.

COSTA, Ramón Valdés. **Curso de derecho tributario**. 3. ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2001.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no direito brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 197-224, jul./set. 2006.

COUTINHO, Diogo Ronsethal. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como um tarefa de regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto

(coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 65-86.

DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos: as ações do estado na produção econômica**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DREIFUSS, René. **Política, poder, estado e força: uma leitura de Weber**. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1993.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito: aproximação à metodologia discursiva do direito**. São Paulo: Landy, 2003.

DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel** 12. ed. Paris: Ancienne Libraire Fontemoing & Cie, [18-?]

DUPAS, Gilberto. A lógica econômica global e a revisão do welfare state: a urgência de um novo pacto. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (org.). **Sociedade e estado em transformação**. São Paulo: UNESP. Brasília: ENAP, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: BOEIRA, Nelson. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EINAUDI, Luigi. **Princípios de hacienda pública**. Madrid: Aguilar, 1955.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de: KONDER, Leandro. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração publica**. Coimbra: Almedina, 1996.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERREIRO LAPTZA, Jose Juan. Los limites del tributo: tasas y precios. In: VOGEL, Klaus *et all*. **Estúdios en memória de Ramón Valdes Costa**. Uruguay: Fundacion de Cultura Universitária, 1999. p. 501-518.

FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. 'Poder de polícia administrativa' e o primado dos direitos fundamentais. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa (coord.) **Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 401-418.

_____. Proposta de revisão conceitual do "poder de polícia administrativa" e o primado dos direitos fundamentais. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Serviços públicos e direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 80-102.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Tradução de: FIKER, Raul. São Paulo: UNESP, 1991.

GODOI, Marciano Seabra. **Justiça, igualdade e direito tributário**. São Paulo: Dialética, 1999.

GRAU, Eros Roberto. Taxa - serviço público. **Revista de direito tributário**, Malheiros, ano 14, p. 86-96, abr./jun.1990.

_____. Constituição e serviço público. In: GRAU, Eros Roberto Grau; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 249-267.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a constituição brasileira de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico.** São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. O regime jurídico das empresas estatais. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa (coord.) **Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 125-179.

HAURIOU, Maurice. **Notes d'arrêts sur décisions du conseil d'état et du tribunal des conflits.** V. I. Bordeaux: Imprimerie Cardorel, 1928.

HINKELAMMERT, Franz Josef. **Crítica à razão utópica.** Tradução de: CUNHA, Álvaro. São Paulo: Paulinas, 1988.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem.** Tradução: DUTRA, Waltensir. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986.

JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo.** Tradução DE: MILLAN, Julio N. San. Buenos Aires: Depalma Buenos Aires, 1948.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Sujeição passiva tributária.** Belém: Cejup, 1986.

_____. Algumas considerações acerca da concessão de serviço público. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello (org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional.** São Paulo: Malheiros, 1997. p. 470-487.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

_____. **Teoria geral das concessões de serviço público.** São Paulo: Dialética, 2003.

_____. Serviço público no direito brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 143-169, jul./set. 2004.

_____. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu.** Dialética: São Paulo, 2003.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** 9. ed. Tradução de: VIANNA, Beatriz. São Paulo: Perspectiva, 2007.

KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo.** Tradução: JUNGSMANN, Ruy. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

LACOMBE, Américo Lourenço Masset. Taxa e preço público. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Taxa e preço público.** São Paulo: Resenha Tributária, 1985. p. 07-22.

_____. **Princípios constitucionais.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

LIMA, Abili Lázaro Castro. **Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico.** Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. Taxa e preço público. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Taxa e preço público.** São Paulo: Resenha Tributária, 1985. p. 132-152.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de serviço público sem ônus para o usuário. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa (coord.) **Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 331- 351.

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. São Paulo: Edipro, 1998.

MEDAUAR, Odete. Nova crise do serviço público?. In: GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérulo. **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 526- 538

_____. Ainda existe serviço público. In: TÔRRES, Heleno Taveira. **Serviços públicos e direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 30-39.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. Atualização de: AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. Taxa de polícia. **Revista de direito tributário**, São Paulo, Malheiros, ano 15, n. 55, p. 68-81, jan/mar. 1991.

_____. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELO, José Eduardo Soares. Taxa e preço público. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Taxa e preço público**. São Paulo: Resenha Tributária, 1985. p. 187-214.

MENDONÇA, Cristiane. **Competência tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

MEROLLI, Guilherme. A interpretação do pensamento político de Thomas Hobbes. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org). **Repensando a teoria do estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 47- 64.

MODESTO, Paulo. Reforma do estado e formas de prestação de serviços. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, Bernardo Ribeiro. **Doutrina e prática das taxas**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Direito da regulação e ideologia. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 107-128, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. In: _____. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 7-36.

MOREIRA, Cristina Lino. **Tributalidade do serviço público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. (Coleção Textos de Direito Tributário, v. 9)

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/99**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. O direito administrativo contemporâneo e a intervenção do estado na ordem econômica. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa (coord.) **Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 257-281.

_____. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos (coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MUKAI, Toshio. Taxa e preço público. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Taxa e preço público**. São Paulo: Resenha Tributária, 1985. p. 239-250.

NASCIMENTO, A. Theodoro. **Preços, taxas e parafiscalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.(Tratado de Direito Tributário Brasileiro, v. VII)

NOVELLI, Flávio Bauer. Taxa – apontamentos sobre o seu conceito jurídico. **Revista de direito tributário**, São Paulo, ano 1, n. 59, p. 95-123, 1993.

NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico – Um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 11-28.

OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista**. Tradução de: FREITAF, Bárbara. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1984

_____. **Contradicciones en el estado del bienestar**. Tradução: ESCOHOTADO, Antonio. Madrid: Alianza editorial, [19?]

_____. A atual transição da história e algumas opções básicas para as instituições da sociedade. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (org.). **Sociedade e estado em transformação**. São Paulo: UNESP. Brasília: ENAP, 1999.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. Inexistência da contribuição de melhoria no direito brasileiro. **Revista de direito tributário**, Revista dos Tribunais, ano X, n. 36, p. 62-66, abr./jun. 1986.

_____. **Receitas públicas originárias**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. HORVATH, Estevão. **Manual de direito financeiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Taxas de polícia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Economia y estado: crisis y reforma del sector público**. Madrid: Marcial Pons, 1993.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PEREIRA FILHO, Luiz Alberto. **As taxas no sistema tributário brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. As taxas e os preços no ordenamento jurídico brasileiro. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz (coord.). **Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do estado nos anos 90: lógica e mecanismo de controle**. Brasília-DF: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

PÉREZ, Guillermo G. Núñez. La distinción entre tasas y precios publicos en el derecho español. **Revista de direito tributário**, São Paulo, ano 15, n. 58, out/dez 1991. p. 42-51.

PRZEWORSKY, Adam. **Estado e economia no capitalismo**. Tradução de: FIGUEIREDO, Argelina Cheirub; BASTOS, Pedro Paulo Zahluth. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Tradução de: BERLINER, Claudia. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Tradução de: SOARES, Rogerio Ehrhardt. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.

RODRÍGUEZ-ARAÑA, Jaime. La vuelta al derecho administrativo (a vueltas con lo privado y lo público). **A & C – Revista de direito administrativo e constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 11-39, abr./jun. 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios do direito político**. Tradução de: DANESI, Antonio de Pádua. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SALOMONI, Jorge. Teoria y práctica de los servicios públicos em Argentina. La cuestión central del rol del Estado. In: _____. **Teoria General de los Servicios Públicos**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2005.

_____. **Pela mão de alice: o social e o político na pós-modernidade**. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SARAIVA, José Alexandre. **Questões cotidianas de direito tributário**. Curitiba: JM, 2000.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. **Taxa: doutrina, prática e jurisprudência: de acordo com a constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de: MOTTA, Laura Teixeira. São Paulo: Companhia das letras, 2007.

SHAW, José Luis. **Tasas, precios e impuestos: su diferenciación en la doctrina contemporânea**. Montevideo: Fundacion de cultura universitária, 1999.

SILVA, Almiro do Couto. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”? **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 230, p. 45-74, out/dez 2002.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

SILVA, Edgard Neves. Taxa de conservação de estradas municipais. **Revista de direito tributário**, São Paulo, ano VII, jan./jul. 1986.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVEIRA, Raquel Dias. Os processos privatizadores nos Estados Unidos, Europa e América Latina: tentativa de compreensão do fenômeno das privatizações como política econômica do modelo neoliberal no Brasil. **Revista de direito público da economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, número 7, p. 207-224, jul/set. 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA, Hamilton Dias. GRECO, Marco Aurélio. Taxa e preço público. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Taxa e preço público**. São Paulo: Resenha São Paulo: Resenha Tributária, 1985. p. 470-487.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUNKEL, Osvaldo. Globalização, neoliberalismo e reforma do estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (org.). **Sociedade e estado em transformação**. São Paulo: UNESP. Brasília: ENAP, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. A fiscalidade dos serviços públicos no estado da sociedade de risco. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Serviços públicos e direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 121-159.

UCKMAR, Victor. **Princípios comuns de direito constitucional tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

VALADÃO, ALEXSANDER ROBERTO ALVES. **Capacidade contributiva e taxa**. 237 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2001.

_____. Ensaio sobre a distinção entre taxa e preço público. **Ciência e opinião: Revista do Núcleo de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas do Unicenp**, Curitiba, v. 1, n. 2/4, p. 79-97, jul.2003/dez.2004.

VERLI, Fabiano. **Taxas e preços públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VIEIRA, José Roberto. Princípios constitucionais e Estado de Direito. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo n. 54, p. 95-104, 1990.

_____. **A regra-matriz de incidência do IPI: texto e contexto**. Curitiba: Juruá, 1993.

_____. Medidas provisórias em matéria tributária: as catilinares brasileiras. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 1999.

_____. A noção de sistema no direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Porto Alegre, v. 33, ano 32, p. 53-64, 2000.

_____. Tributos Federais, XVII Congresso Brasileiro de Direito Tributário – IPI e Extrafiscalidade. **Revista de Direito Tributário**, n. 91, p. 74-80, São Paulo, 2003.

_____. Legalidade tributária e medida provisória: mel e veneno. In: FISCHER, Octavio Campos (coord.). **Tributos e direitos fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004. p. 175-216.

_____. Bocage e o terrorismo constitucional das medidas provisórias tributárias: a emenda pior do que o soneto. In: FERRAZ, Roberto (coord.). **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 685-714.

_____. E, afinal, a constituição cria tributos. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Teoria geral da obrigação tributária: estudos em homenagem ao professor José Souto Maior Borges**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 594- 642.

_____. Medidas provisórias tributárias e segurança jurídica: a insólita opção estatal pelo “viver perigosamente”. In: BARRETO, Aires Fernandino *et all*. **Segurança jurídica na tributação e estado de direito**. São Paulo: Noeses, 2005. p. 317-373.

_____. Fundamentos republicano-democráticos da legalidade tributária: óbvios ululantes e não-ululantes. In: FOLMANN, Melissa (coord). **Tributação e direitos fundamentais: propostas de efetividade**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 181-217.

XAVIER, Alberto. **Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

WEBER, Marx. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução de: BARBOSA, Regis; BARBOSA, Karen Elsabe. Vol.I e II. Brasília: UNB, 1999.

_____. **Sociologia**. Tradução de: COHN, Amelia; COHN, Gabriel. 7. ed. São Paulo: Ática, 1999.

_____. **Ensaio de sociologia**. Tradução de: DUTRA, Waltensir. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2002.

WEISS, Fernando Lemme. **Justiça tributária: um enfoque sobre as renúncias fiscais e a reforma tributária de 2003/2004 e os códigos de defesa dos contribuintes (ES, IT, SP, MG e o projeto brasileiro)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.