Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 19 – agosto/setembro/outubro - 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO: A VIABILIDADE DE TARIFAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE FRUIÇÃO OBRIGATÓRIA

Prof. Fernando Vernalha Guimarães
Doutor em Direito Econômico pela UFPR, Professor da Graduação e da Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Curitiba (Unicuritiba) e de outras Instituições. Advogado e Consultor em Direito Público.

1. INTRODUÇÃO

Tem-se dito que a Constituição faz uso do termo *serviço público* ora para referir a atividades prestacionais que, genericamente disponilizadas, são fruíveis *individualmente* pelos administrados (art. 145, II)[1], pressupondo-se uma relação jurídica direta e individualizada entre o prestador, o titular do serviço e o usuário (o que se denomina de serviços públicos *uti singuli*), ora para indicar atividades fruíveis *coletivamente* por toda a sociedade (os chamados serviços públicos *uti universi*). São estes serviços de prestação difusa e generalizada, onde inexistem unidades prestacionais a permitir a identificação de usuários específicos, sendo a própria Administração a receptora imediata do serviço em benefício da coletividade como um todo.

A distinção sempre foi relevante para a aplicação da técnica concessória. Historicamente, a doutrina nacional associou a concessão aos serviços públicos *individualmente* fruíveis pelos administrados[2]. A estruturação do sistema tarifário –

[1] Segundo o CTN, os serviços públicos serão divisíveis "quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários" (III, art. 79).

[2] Como já anotou MARIA SYLVIA DI PIETRO, "não podem ser objeto de concessão de serviço público tradicional nem de concessão patrocinada os serviços *uti universi*, que são usufruídos apenas indiretamente pelo cidadão, como é o caso da limpeza urbana". *Parcerias na Administração Pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 57. Em orientação divergente, CÉSAR GUIMARÃES PEREIRA sustenta que não há mais sentido em manter-se a classificação tradicional, porquanto os ditos serviços *uti universi*, não pressupondo uma relação direta entre um usuário e o prestador do serviço, não devem mais receber a designação de "serviços públicos". A tese do autor coloca no centro da análise do serviço público o usuário, considerado individualmente, e as relações jurídicas que o ligam ao titular do serviço e ao seu prestador. *Usuários de Serviços*

como um elemento-chave da concessão – exige a individualização da prestação, viabilizando o pagamento de tarifas pelos usuários do serviço. Essa classificação tem grande utilidade, pois é hábil a apartar atividades passíveis de *tarifação* de outras em que, tecnicamente, será inviável proceder à identificação de unidades prestacionais na oferta do serviço (não se admitindo a remuneração do prestador por tarifa). Isso porque um conceito central na identificação das técnicas concessórias no direito nacional é o de modelo tarifário.

Indo-se além seria de observar que no terreno dos serviços de fruição individuada há aqueles cujo uso é obrigatório pelos usuários e outros de fruição facultativa. Esta diferenciação tem levado certos doutrinadores a reservar o modelo da concessão de serviço público à classe dos serviços públicos *uti singuli* de fruição facultativa, quando os serviços de fruição obrigatória só poderiam receber a prestação direta, mediante a instituição de taxas. Talvez fosse mais adequado dizer que esta distinção tem dado lugar a orientações que afirmam a incompatibilidade do serviço público *uti singuli* compulsório com o sistema da *tarifa* (e não propriamente ao modelo da concessão).

O presente texto pretende oferecer alguma contribuição a essa discussão. Para tanto, oferecerá preliminarmente uma caracterização dos serviços públicos *uti singuli* de fruição compulsória, para, após, afirmar a tese jurídica que acolhe a viabilidade em modelá-los pela técnica concessória, recebendo a aplicação do sistema tarifário.

2. O SERVIÇO PÚBLICO TARIFÁVEL: A RELATIVIDADE DA DISTINÇÃO SERVIÇOS *UTI SINGULI* X SERVIÇOS *UTI UNIVERSI*

Um primeiro ponto no enfrentamento acerca dos serviços públicos de fruição compulsória está na compreensão do que sejam os serviços públicos *uti singuli*. De um ponto de vista conceitual, esta definição nunca despertou maiores polêmicas. Como dito acima, os serviços públicos *uti singuli* são definidos como atividades prestacionais com a natureza jurídica de "serviço público" fruíveis *individualmente* pelos administrados. Por serem passíveis de fruição individuada, tais serviços podem, em tese, ser oferecidos sob um sistema de taxas ou tarifas (ou até mesmo sem ônus para o usuário). Em contraste com tais atividades, há os serviços públicos *uti universi*, que, fruídos universalmente pela coletividade, não podem receber a aplicação destes sistemas. Sob este conceito, estão aquelas atividades que não são passíveis de uso singularizado, não havendo condições (fáticas ou técnicas) em se identificar o usuário nem o seu uso.

Mas em muitos casos essa identificação do serviço público como *uti singuli* ou *uti universi* apresenta certa relatividade, como nas hipóteses de serviço de limpeza urbana[3] - que envolve, em todos os casos, benefícios gerais e

Públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos do serviço público. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3 a 6.

[3] Não se perca que o art. 2° da Lei n° 9074/95 prevê expressamente a hipótese de concessão aplicada a serviços de limpeza urbana.

individuais[4]. Isso tem conduzido a doutrina a afirmar que serviços públicos de prestação genérica e difusa admitem também a delegação por concessão (comum e patrocinada) de serviços públicos, desde que *"se possa razoavelmente identificar (ainda que por meio de presunções legítimas) um critério de vinculação entre esses serviços e um usuário"*[5]. Essa orientação parte do pressuposto de que, nesses casos, haverá um serviço *uti singuli*.

Anuncia-se, portanto, uma tendência de alargamento do uso da técnica concessória baseada no sistema tarifário, estendendo-a a uma gama de serviços hoje qualificados majoritariamente por *uti universi*, isto é: de prestação difusa e não-individualizada. A justificação que ampara esta tese - proposta por CÉSAR GUIMARÃES PEREIRA - centra-se na vocação do modelo concessório-tarifário a ativar a responsabilidade individual (do usuário) e a atenuar a hipótese da *tragédia dos recursos públicos*. De resto, subjaz a ela pretensão de promoção da solidariedade social e da justiça distribuitiva dos recursos públicos. Nas palavras do autor: *"A justificação para a proposta de se colocar o usuário no centro das preocupações sobre o serviço público prende-se à necessidade de restauração e reafirmação da sua responsabilidade individual. As atividades qualificáveis na noção de serviços uti universi são, por excelência, alheias à assunção da responsabilidade individual. Aproximam-se dos casos de tragédia dos recursos comuns: cada qual, egoisticamente, aproveita-se tanto quanto possível dos recursos comuns, no pressuposto de que todos os outros indivíduos, se tiverem oportunidade, farão o mesmo. As atividades realizadas difusamente, fora do âmbito de uma relação jurídica concreta, são pouco apropriadas para o estímulo da responsabilidade individual".* Busca o autor, assim, a identificação do serviço público *"a partir da existência possível de um usuário determinável para o serviço e a adoção de mecanismos flexíveis, abertos e baseados em presunções para a identificação do usuário, evitando que posições excessivamente formalistas impeçam a imputação do uso do serviço a um usuário determinado".*[6]

A tese é sedutora sobretudo quanto ao propósito de incentivar novas técnicas de individualização da prestação em atividades em princípio de utilização difusa e generalizada. Segundo GUIMARÃES PEREIRA, a identificação do usuário deve ser *"criativa e flexível, não devendo ficar aferrada a posições pré-concebidas".* Logo, a fixação da natureza do serviço como *uti singuli* ou *uti universi* não pode se fazer abstratamente, mas dependerá do exame caso a caso. O autor refere a serviços de bombeiro[7] e de segurança pública que envolvem não só aspectos

[4] Ver PEREIRA, Cesar A. Guimarães. "Financiamento dos serviços de limpeza urbana: campo adequado para as parcerias público-privadas", *In Parcerias Público-Privadas* (org. Eduardo Talamini e Mônica Spezia Justen). São Paulo: RT, 2005, p. 150.

[5] PEREIRA, Cesar A. Guimarães. "Financiamento dos serviços de limpeza urbana...", p. 150. Mas o autor anota que "uma parcela dessas questões passa a ter relevância menor em face da configuração que hoje se sá às PPPs. As grandes dificuldades da concessão de serviços de limpeza urbana podem ser superadas com a adoção de uma concessão patrocinada – em que o Poder Público custeará parte da manutenção do serviço – ou de uma concessão administrativa, tendo a municipalidade como "usuária intermediária" (ou "indireta", nos termos da Lei n. 11079/2004) dos serviços. O autor, em seguida, tece importantes considerações a propósito da aplicação das tarifas de limpeza urbana. (ob. cit., p. 151).

[6] *Usuários...*, p. 16.

[7] Um exemplo concreto lembrado pelo autor reside na evolução da orientação do STF acerca da taxa de bombeiros, objeto das súmulas n. 274 e 549. "Discutia-se a constitucionalidade da taxa cobrada pelos serviços do corpo de bombeiros. A decisão final pendeu pela existência de um serviço *uti singuli* neste caso, sob diversos argumentos. Em momentos variados do debate,

difusos como aspectos individualizáveis. *"Nas parcelas indivualizáveis dessas atividades, é possível vislumbrar uma relação jurídica concreta entre o seu usuário (a pessoa que necessita da intervenção do corpo de bombeiros ou do amparo da polícia) e o Poder Público"*[8].

A razão jurídica subjacente ao propósito de buscar a singularização da prestação sempre que isso seja econômica e tecnicamente possível, em busca da aplicação do regime tarifário, acha-se não só na melhor promoção do princípio da capacidade contributiva, mas, sobretudo, no caráter regulatório-racionalizador da tarifação. Os bens utilizáveis são escassos e o dever de sua preservação exigirá que o seu acesso pelo usuário seja condicionado a uma certa contrapartida financeira. A imposição de ônus financeiro disciplina o uso da infra-estrutura e promove a sua preservação.

3. A SUPERAÇÃO DO CARÁTER COMPULSÓRIO DO SERVIÇO COMO ÓBICE À APLICAÇÃO DA CONCESSÃO

Reconhece-se a distinção entre serviços públicos de fruição facultativa e de fruição compulsória. Os primeiros são aqueles em que os usuários dispõem de sua utilização, mas não estão obrigados a fazê-lo. Não há, quanto a eles, qualquer constrangimento jurídico a que os usuários obtenham a prestação. Já os de fruição compulsória estão marcados pela obrigação da utilização. A distinção está consagrada pelo texto constitucional (inciso II, art. 145) e vem prescrita pelo art. 79 da Lei n. 5.172/66 (CTN). O texto legal alude a serviços públicos utilizados efetivamente pelo contribuinte, quando por ele usufruídos a qualquer título, e a serviços apenas potencialmente utilizados pelo usuário, *"quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento"*. A fixação do caráter compulsório ou facultativo da fruição ocorrerá por decisão legislativa.

A razão que justifica a obrigatoriedade na obtenção de certos serviços públicos pelos usuários está na preservação do interesse coletivo que poderia restar sacrificado pela sua abstenção. A manutenção de alguns serviços, mesmo considerados em suas parcelas individuais, é fundamental para garantir a preservação de certos valores supra-individuais. Assim, a preservação de condições de saúde ambiental e social é garantida pelo uso do sistema de água e esgoto tratados e pelo serviço da coleta do lixo - serviços classicamente considerados de fruição compulsória pelos usuários[9]. A ausência de utilização

---

alegou-se que embora genérico na sua manutenção como serviço potencial, o serviço torna-se "divisível por um imperativo das circunstâncias", e que o serviço é posto à disposição de todos, mas "passa a ter destinatário certo e especificado sempre que a sua prestação se torna concretamente necessária". *Usuários*..., p. 36.

[8] *Usuários*..., p. 37. Os exemplos, contudo, não aproveitam a utilização da técnica concessória ante a aparente indelegabilidade destas atividades pelo envolvimento com o uso de coerção (poder de polícia).

[9] A compreensão acerca do caráter obrigatório ou facultativo da fruição de um serviço nem sempre será exata para fins de informar a hermenêutica a propósito da questão. Muitas vezes não há rigorosamente obrigatoriedade no plano jurídico, ainda que, na prática, possa havê-la. Para HUGO DE BRITO MACHADO, por exemplo, o caráter de compulsoriedade da fruição de certo serviço

individual destes serviços é apta a gerar efeitos nocivos a toda a coletividade. O comprometimento da salubridade ambiental e a difusão de doenças no meio social seriam decorrências necessárias da ausência de manutenção permanente e abrangente destes serviços. Logo, a obrigação quanto à sua utilização individual afigura-se solução imposta pela promoção do interesse geral (e de sua supremacia sobre o individual).

A hipótese da prestação indireta de serviços públicos compulsórios tem provocado dúvidas quanto à modalidade de remuneração cabível, se taxa ou tarifa. Um desdobramento da disputa está em que, a se considerar a aplicabilidade exclusiva do sistema tributário da taxa para serviços divisíveis de fruição compulsória prestados indiretamente, plantar-se-ia a dúvida acerca do cabimento mesmo da concessão, uma vez que o modelo seria inconciliável com o sistema tributário de remuneração[10].

3.1 A TESE DA INAPLICABILIDADE DA TARIFA AOS SERVIÇOS COMPULSÓRIOS

Parte da doutrina tem aludido que a prestação de serviços públicos divisíveis compulsórios exigiriam exclusivamente a taxa como modo de remuneração. Inferem daí alguns que a concessão, que se vale inexoravelmente do sistema tarifário como modalidade de remuneração ao concessionário, não

---

dependerá da inexistência de outros meios de obtenção da prestação mediante proibição legal de fazê-lo. Assim e, por exemplo, "se há norma jurídica proibindo a instalação de grupo gerador ou unidade de captação de energia solar em residências ou estabelecimentos comerciais ou industriais, de sorte que o atendimento da necessidade de energia elétrica por qualquer outro meio que não seja o serviço público torna-se impossível *sem violação da ordem jurídica*, tem-se que a utilização do serviço, e por isto mesmo o pagamento da remuneração correspondente, é compulsória. Neste caso, essa remuneração correspondente é taxa". Da mesma forma, "Se há norma proibindo o atendimento da necessidade de água e de esgoto por outro meio que não seja o serviço público, a remuneração correspondente é taxa. Se a ordem jurídica não proíbe o fornecimento de água em pipas, nem o uso de fossas, nem o transporte de dejetos em veículos de empresas especializadas, nem o depósito destes em locais para esse fim destinados pelo Poder Público, ou adequadamente construídos pela iniciativa privada, então a remuneração cobrada pelo serviço público de fornecimento de água e esgoto é preço público. Se, pelo contrário, existem tais proibições, de sorte a tornar o serviço público o único meio de que se dispõe para o atendimento da necessidade de água e de esgoto, então a remuneração respectiva será taxa". E conclui o jurista: "Se a ordem jurídica obriga a utilização de determinado serviço, não permitindo o atendimento da respectiva necessidade por outro meio, então é justo que a remuneração correspondente, cobrada pelo Poder Público, sofra as limitações próprias dos tributos. O contribuinte estará seguro de que o valor dessa remuneração há se ser fixado por critérios definidos em lei. Terá, em síntese, as garantias estabelecidas na Constituição". "As taxas no direito brasileiro". *Revista Interesse Público* n. 12. Porto Alegre: Nota Dez. 2001. p. 29. Já outros doutrinadores apresentam enfoque algo distinto. MARÇAL JUSTEN FILHO, por exemplo e sob um ângulo prático, afirma ser impossível a afirmação de que o consumo da energia elétrica é facultativo, uma vez que a prestação é imprescindível à obtenção de utilidades essenciais e indispensáveis (ainda que reconheça ser juridicamente incorreto afirmar a compulsoriedade de seu consumo). *Teoria geral da concessão de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 343.

[10] Mas há quem admita que a concessão funcione (indiretamente) a partir de remuneração fundada no sistema tributário de taxa. Nesta hipótese, a entidade arrecadante das taxas seria o Poder Concedente – único legitimado a cobrança do tributo -, que, valendo-se da técnica concessória, repassaria os valores à guisa de remuneraçao do concessionário do serviço público. Quem paga o concessionário, *in casu*, é o poder concedente, "usuário intermediário" do serviço. Essa situação pode ser reconduzida ao modelo da concessão administrativa.

seria viável à hipótese. A tese da inaplicabilidade da tarifa aos serviços compulsórios baseia-se na dedução de que a cobrança tarifa não pode ter caráter de obrigatoriedade, pois pressupõe a oferta de um serviço num regime de liberdade de opção de uso pelo usuário. Isto é: a aplicação do sistema tarifário dependeria da existência de uma relação contratual travada entre concessionário e usuário, o que importa o reconhecimento de um exercício de autonomia de vontade por parte deste último. Como remuneração própria de um regime contratual (que, em alguma medida, deve assegurar a *liberdade de estipulação* e *liberdade de celebração*), a tarifa afigurar-se-ia inconciliável com a prestação de serviços de fruição *compulsória*. Logo e nestas hipóteses, só haveria o cabimento do regime da taxa, vocacionada pela Constituição Federal à remuneração de serviços divisíveis e de utilização obrigatória pelos usuários (inciso II do art. 145).[11]

Ademais disso, argumenta-se que a fruição compulsória depende de ato de autoridade que constrange a vontade do particular – próprio de uma atuação administrativa de império e de exercício incabível pelo concessionário privado. Por isso também o dever de recolhimento dos valores pagos há de ser *ex lege*, vinculado que é a um serviço de utilização compulsória.

O raciocínio acima pressupõe a contraposição dos regimes jurídicos da tarifa (uma espécie de preço público) e taxa. Enquanto preço público[12], a tarifa, ainda que regulada autoritariamente pela Administração, submete-se em alguma dose aos mecanismos de mercado, sendo influenciada pelo dinamismo próprio deste setor. Já a taxa está submetida aos princípios da legalidade e da anterioridade da lei ao exercício financeiro correspondente, ou seja: somente pode ser instituída por lei e sua cobrança deve estar autorizada desde o exercício orçamentário anterior[13].

Portanto, a tarifa apresenta a natureza de *preço*, pressupondo uma relação jurídica espontânea entre concessionário e usuários. Como tal, pode inserir-se numa disciplina mais ou menos rígida quanto ao controle administrativo do valor cobrado, ficando ao encargo da Administração o poder de fixá-la e alterá-

[11] Confira-se a Súmula n. 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".

[12] Em estudo ainda anterior à Constituição, mas ainda atual, CAIO TÁCITO explica que "... a noção de preços públicos já adquiriu foros de autonomia, inconfundindo-se com o conteúdo das taxas. Ambas correspondem à propiciação de bens ou serviços divisíveis e caracterizados. Mas, enquanto as taxas pressupõem a obrigatoriedade e dispensam a utilização efetiva (é necessário, apenas, que os serviços se encontrem à disposição dos usuários), os preços públicos equivalem a serviços facultativos e não se impõem senão em virtude do ato direto de uso ou aquisição". "O preço público nos serviços concedidos", *In Temas de Direito Público.* Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 799.

[13] Confira-se, a este propósito, a ponderação de HUGO DE BRITO MACHADO, que afirma que "nenhum tributo pode ser cobrado, em cada exercício financeiro, sem que a lei que o instituiu, ou aumentou, tenha sido publicada antes do seu início. Para entrar em vigor no dia primeiro de janeiro, viabilizando a cobrança a partir de então, lei que institui ou eleva tributo deve ter sido publicada até o dia 31 de dezembro do ano anterior. Pelo princípio da irretroatividade, nenhum tributo pode ser cobrado se o fato gerador respectivo tiver ocorrido antes do início da vigência da lei que o instituiu, ou aumentou. "As taxas...", p. 38

la conforme se verifiquem os pressupostos para tanto. Mas em qualquer hipótese consistirá numa remuneração atrelada ao custo operacional do contrato de concessão, na acepção de que compõe o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Diversamente, a taxa é rigidamente fixada por lei, só podendo modificar-se por esta via. Daí que, ainda que o seu estabelecimento possa não ser completamente desinteressado do custo da produção da prestação[14], este tributo, sob um prisma dinâmico, não apresenta a mesma correspondência financeira com a prestação do serviço (que a tarifa).

A razão invocada para amparar a aplicação da taxa aos serviços compulsórios reside no suposto caráter garanstístico do regime jurídico da taxa relativamente aos usuários. A restrição à liberdade de fruição do serviço (autoritariamente imposto aos usuários) teria em contrapartida as garantias da anterioridade e da legalidade. Assim, a substituição da taxa por tarifa na hipótese – defendem alguns – "a pretexto de tornar socialmente justa a forma de custeio de serviços públicos, destrói as garantias constitucionais que consubstanciam limitações ao poder de tributar". Na visão de um prestigiado tributarista, a tese "amesquinha o princípio da divisão dos poderes do Estado e abre caminho para a privatização do poder de tributar, que passaria a ser exercido por empresas privadas a pretexto de prestarem serviços públicos de utilização compulsória"[15].

3.2 A VIABILIDADE EM SE APLICAR O SISTEMA TARIFÁRIO (E O MODELO DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO) AOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE FRUIÇÃO COMPULSÓRIA

Com respeito às orientações divergentes, não vejo óbice a que o regime tarifário compatibilize-se com a compulsoriedade da utilização do serviço pelo usuário.

Note-se que o legislador constitucional, ao admitir no art. 175 a hipótese de prestação de serviços públicos por concessão ou permissão nenhuma restrição inscreveu para os serviços ditos de fruição compulsória. Isto é: admitiu o texto constitucional que a delegação de serviços públicos por concessão ou permissão (que supõe a viabilidade do regime tarifário) opere-se indistintamente para os serviços públicos de fruição facultativa ou compulsória. Não se proscreveu a delegação dos serviços de fruição obrigatória.

Pois admitir a *delegação* dos serviços de fruição compulsória é admiti-los como objeto de concessão ou permissão.

---

[14] É certo que a destinação dos recursos arrecadados com o tributo são indiferentes ao seu regime jurídico. Não integra o regime jurídico da taxa a destinação a ser dada aos recursos originados de sua cobrança. É como disse GERALDO ATALIBA: "a relação tributária é regida pelo direito tributário; a destinação dos dinheiros é questão não tributária, mas constitucional-financeira, de direito orçamentário. (...)". *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 158.

[15] MACHADO, Hugo de Brito. "Custeio de serviço púbico de uso compulsório", *In Revista Interesse Público* n. 23, Porto Alegre: Nota Dez, 2004, p. 13. Em sentido próximo, confira-se JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral*..., p. 348.

Supor que tais serviços devam ser remunerados exclusivamente por taxa significa recusar a sua suscetibilidade ao modelo concessório, inconciliável com o sistema tributário. O regime da concessão é informado pelo princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato, o que pressupõe a existência no seu bojo de cláusula financeiras orientadas permanentemente a um certo equilíbrio da relação entre encargos do prestador e remuneração advinda do negócio. Assim e em tese, as cláusulas financeiras da concessão estarão continuamente se adaptando ao dinamismo da realidade econômico-financeira que circunda a execução da concessão, assegurando-se a manutenção do equilíbrio contratual. Para tanto, o Poder Concedente dispõe da faculdade (e do dever) de recompor os preços contratuais desde que verificado pressuposto para tanto, sem necessidade da existência de lei prévia autorizativa. Mais do que isso, é próprio do regime contratual da concessão o recurso a modelos de remuneração destinados ao incremento da eficiência e à modicidade tarifária, segundo fórmulas de atualização dos valores aptas a gerar conjugadamente o aumento da produtividade e a redução no preço do serviço (IPC-X). Estas técnicas não se compatibilizam com as amarras do sistema tributário da taxa, que não favorece nem admite a exata e permanente readequação dos preços às mutantes condições de prestação. Logo e por isso, seria correto dizer, com as palavras de JUSTEN FILHO, que *"a Constituição Federal, ao tutelar a intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo, produz uma espécie de redução da amplitude eficacial do sistema tributário. Retira do seu âmbito a remuneração atinente aos serviços públicos outorgados aos particulares por via de concessão ou permissão"*[16]. Lembra-se, então, com MARIA SYLVIA DI PIETRO, que *"impor a instituição de taxa (sujeita ao princípio da legalidade) aos serviços públicos concedidos tornará inviável a utilização da concessão, já que a taxa é inadequada como meio de assegurar ao concessionário o seu direito ao equilíbrio econômico-financeiro"*[17].

Daí que o inciso II do art. 145 da Constituição – freqüentemente invocado como fundamento à tese que defende o exclusivo cabimento da taxa para a prestação de serviços públicos de fruição obrigatória – só pode ser aplicado à hipótese de prestação direta de serviços públicos. Isso porque, como dito, quando o texto constitucional tratou da prestação indireta de serviços públicos (de fruição facultativa ou compulsória) previu a aplicação do sistema concessório, que se conaduna com a remuneração por tarifa e rejeita o regime das taxas.

E essa parece ser a melhor exegese para a leitura conjugada destes dispositivos, já que o art. 145 insere-se em Capítulo dedicado ao sistema tributário – próprio da atuação direta estatal, enquanto o art. 175 está abrigado na regulação constitucional da ordem econômica.

---

[16] *Teoria geral*..., p. 347. Mas é preciso esclarecer que este autor não comunga do entendimento defendido neste trabalho, porquanto entende que a compulsoriedade da fruição do serviço configura situação restritiva da opção pelo modelo da tarifa. Conforme explica o jurista acerca dos serviços de uso compulsório, "a tarifa não pode ser utilizada numa hipótese desta ordem, na medida exata em que seu regime jurídico se reconduz aos mecanismos de mercado. A não-submissão aos princípios da legalidade e da anterioridade reflete o afastamento de certas garantias aos indivíduos, garantias essas que são a contrapartida da severidade e gravidade das restrições inerentes aos serviços públicos de consumo compulsório". *Teoria geral*..., p. 348.

[17] DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias*..., p. 389.

Indo avante e adentrando-se propriamente no exame da contraposição da autoridade inerente à exigência legal do uso do serviço pelos usuários à liberdade de estipulação contratual subjacente ao regime tarifário, o que se nota é uma falsa percepção do problema por aqueles que negam o cabimento da tarifa. Nos serviços ditos de fruição compulsória, a imposição legal é quanto ao uso da infra-estrutura e não quanto ao pagamento da tarifa. O pagamento do preço público decorre da utilização (mesmo que potencial) da infra-estrutura. Mas a obrigação legal repousa sobre a fruição, sendo que o pagamento de tarifa consistirá numa decorrência do uso obrigatório da infra-estrutura pelo usuário. Não há imposição autoritária quanto ao pagamento de tarifa, mas tão-somente quanto ao uso. Por isso tem total procedência o pensamento de CÉSAR GUIMARÃES PEREIRA quando afirma que *"o ato de autoridade privativo do Poder Público relativo aos serviços compulsórios está na definição legislativa da compulsoriedade. A partir daí, o fornecimento do serviço desenvolve-se como qualquer outro. (...) A questão central está na legitimidade ou não da definição do serviço como compulsório. (...), sendo legitimamente definido como obrigatório pela lei, não existe peculiaridade na sua forma de prestação ou remuneração em relação a qualquer outro serviço"*[18].

Por outro lado, não é correta a afirmação de que a natureza contratual da concessão pressuporia obrigatoriamente o livre exercício da autonomia da vontade, situação incompatível com a determinação legal da fruição do serviço compulsório. Mesmo no terreno do direito privado, onde se erigiu o instituto do contrato e floresceu em sua mais autêntica expressão a teoria da autonomia da vontade, não são desconhecidos os contratos de fruição obrigatória. Examinando as limitações à liberdade contratual, ANTUNES VARELA, explica que *"Há situações em que as pessoas (singulares ou coletivas) não gozam da liberdade de contratar, porque são obrigadas a contratara e não podem recusar a celebração do contrato"*. E lembra casos em que a celebração do contrato é imposta diretamente por lei a uma das partes ou a ambas delas (*contrats imposés*; *diktierte Verträge*)[19]. Pois como bem defende SÉRVULO CORREIA: *"a proibição da recusa de contratar ou a*

[18] *Usuários...*, p. 362. Em sentido próximo, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO afirma que "a distinção quanto à natureza da imposição, com base no conceito constitucional de taxa, só é cabível quando o serviço seja prestado diretamente pelo próprio Estado. Contudo, não tem nenhum sentido quando o serviço é prestado por meio de concessão ou permissão, porque a esses institutos é inerente a cobrança de tarifa (...) Se a própria Constituição admite a prestação do serviço público por meio de concessão, (...). é porque está permitindo que sua remuneração se faça por meio de tarifa, independentemente da obrigatoriedade ou não da utilização do serviço pelo particular". *Parcerias*..., p. 389. Em sentido diverso, comenta JACINTHO ARRUDA CÂMARA que "a conjugação do critério da obrigatoriedade com o da delegabilidade produz a conseqüência prática de que serviços que venham a ser considerados obrigatórios (como os de água e esgoto) não poderão ser objeto de delegação a particulares. Isso porque (...), optando-se por impor a obrigatoriedade, o regime a ser aplicado é o tributário (taxas) e este se mostra incompatível com a delegação a particulares por meio de concessão". *O regime tarifário nas concessões de serviços públicos*. Tese de Doutoramento. PUC/SP. 2004, p. 49 e 50. Pela aplicabilidade da tarifa a serviços de fruição obrigatória concedidos a particulares, ver BAGATIN, Andréia Cristina. "A natureza da cobrança pelo serviço prestado por concessionário de serviço público (comentários a acórdão do STJ)", *In Revista de Direito Público da Economia* n. 3. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 220.

[19] *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 128. O autor anota que: "Assim sucede, no geral, com as empresas particulares (particulares ou públicas) concessionárias ou exploradoras de serviços públicos (transportes ou comunicações) ou fornecedoras de bens vitais (água, energia, etc), que não podem, por força dos regulamentos que disciplinam sua atividade, recusar-se a contratar com o público". *Direito...*, p. 128

imposição da iniciativa de contratar não bastam para retirar o caráter negociais às relações que no seu âmbito venham a ser constituídas".[20] De fato, só deixaria de existir contrato *"quando os efeitos se produzem independentemente da vontade do declarante, da qual se prescinde inteiramente"* (CASTRO MENDES).[21]

Logo, também não se põe como incompatível com a compulsoriedade da fruição a natureza contratual da concessão.

Também não vejo a compulsoriedade da fruição como óbice à aplicação do sistema concessório sob o ângulo da ausência de assunção de riscos pelo concessionário quanto ao inadimplemento dos usuários – situação supostamente típica deste modelo. A este aspecto, observo que o *risco de utilização*, traço característico das concessões tradicionais, consiste num fator previamente considerado pelo concessionário para o ingresso no contrato de concessão. É dizer: a equação econômico-financeira aperfeiçoa-se a partir da consideração de níveis de utilização da infra-estrutura, que são de conhecimento e previsão pelas partes. Não se vê na concessão um contrato dotado de excessiva aleatoriedade, como supõe o argumento combatido. Por outro lado, a obrigatoriedade da fruição não eliminaria o risco do concessionário quanto ao dimensionamento do contingente de utilizadores, muito menos no que diz com o pagamento das tarifas. Bem apanha FLORIANO MARQUES NETO, neste particular, que na concessão tradicional o particular-concessionário assume o ônus de cobrar tarifa dos usuários – *"o que é bastante diferente do risco do não-pagamento".* Não seria incomum que inadimplementos em doses expressivas ensejassem, a par do sistema de restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato, *"o direito do concessionário a postular do concedente medidas para neutralizar o impacto desse não-pagamento"*[22]. Logo: o argumento é excessivo ao supor um alcance que o modelo concessório não tem.

Deve-se desfazer também a suposição de que o modelo tributário, com suas amarras e seus rigores, melhor atenderia ao interesse dos usuários – que, submetidos a um esquema de uso obrigatório, teriam de, em contrapartida, beneficiar-se do regime protetivo do sistema tributário, garantidor da estabilidade e da anterioridade da taxa como meio de cobrança pela fruição.

Não parece inteiramente procedente o raciocínio. Se é verdade que a taxa está submetida aos princípios da anterioridade e da legalidade (estabilidade), o que produz um certo engessamento no valor cobrado pela utilização da infra-estrutura, sua imobilidade é apta a conter, por outro lado, os benefícios de economia que poderiam ser alcançados num regime concessório de cariz dinâmico. O regime da concessão pressupõe, diversamente da estabilidade da taxa, a manutenção dinâmica da equação econômico-financeira do contrato, dotando os preços cobrados pelo uso do serviço público de relativa alterabilidade. Sempre que a equação econômico-financeira se romper em benefício do

[20] *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 457.
[21] *Legalidade*..., p. 457.
[22] "As parcerias público-privadas no saneamento ambiental", *In Parcerias público-privadas* (coord. Carlos Ari Sundfeld). São Paulo: Malheiros, 2005, p.320.

concessionário, um dos efeitos jurídicos necessários pode estar na redução do valor da tarifa. Cogita-se do desbalanceamento da equação econômico-financeira em favor do usuário, provocado por eventos supervenientes ou mesmo induzido pela Administração (em busca da modicidade tarifária). Um exemplo está na hipótese de receitas alternativas de remuneração ao concessionário implementadas supervenientemente à celebração do contrato de concessão, que propiciam a redução proporcional do valor da tarifa. Mas inúmeras outras hipóteses poderiam ser lembradas, inclusive situações de eventos econômicos imprevistos e supervenientes à celebração do contrato de concessão que provoquem a quebra da sua equação financeira.

Veja-se, também, que a flexibilidade do regime tarifário quanto à engenharia econômico-financeira de custeio da concessão pode propiciar a adoção de mecanismos de remuneração afetos à economicidade e à modicidade tarifária. São conhecidos modelos que conjugam o estímulo à eficiência e o alcance da redução do preço do serviço. A fórmula IPC-X (índice geral de preços menos fator de eficiência X) retrata a busca pela maior eficiência na prestação anelada à promoção da progressiva redução no valor da tarifa, segundo a lógica de que todo o benefício decorrente de uma maior produtividade alcançado pelo concessionário deverá repercutir também em benefícios tarifários ao usuário[23]. Há a distribuição do ganho de produtividade, que não é absorvido integralmente pelo concessionário, mas reverte parcialmente à redução do valor da tarifa[24].

Um outro aspecto está em que o sistema tarifário melhor atende ao exato custeio da prestação, evitando-se o preenchimento das diferenças de saldo com recursos públicos de despesas gerais ou daqueles provenientes de outros fundos. Pressupondo-se a destinação da receita advinda do pagamento das taxas ao custeio da prestação do serviço[25], o regime da taxa, com suas limitações sobretudo quanto à alterabilidade do tributo, é potencialmente apto a gerar descompassos entre o real custeio das operações de serviço público e os valores pagos pelos usuários. O engessamento da taxa frente à dinâmica da economia propicia uma descoincidência na relação estreita que deve (segundo a lógica da melhor distribuição dos encargos sociais) pautar a receita e a despesa pertinentes à execução material do serviço público. Esse descompasso poderá gerar o inevitável (e não-programado) custeio do serviço público por receitas gerais, hipótese que retira do pleno domínio da gestão administrativa uma adequada programação quanto a políticas públicas de tarifação.

---

[23] Conforme ARIÑO ORTIZ, esta fórmula "introduce incentivos a la reducción de costes al controlar los precios (no los costes) y permite la traslación de las garantias de eficiencia a los consumidores mediante la revisión periódica del factor de productividad...". *Principios de Derecho Publico Econômico*. Lima: Ara Editores, 2004, p. 645.

[24] Embora este enfrentamento demande maior especialidade, não se vê, ao menos em tese, impedimento a que esta técnica pudesse ser utilizada em serviços ditos de fruição compulsória.

[25] Como advertido por FABIANO VERLI, em obra dedicada a estabelecer os parâmetros distintivos entre taxa e tarifa, "a necessidade de o serviço correlato à taxa ser referido a uma atuação estatal não implica, inclusive, que a receita vá cobrir, em toda a sua extensão, o custo da atividade, pois a norma tributária não existe em função da manutenção do serviço. Esta, por meio dos fundos gerados pela arrecadação, será apenas sua conseqüência provável, mas sem que isso penetre a natureza jurídica da taxa. Obviamente, tributo "vinculado" não quer dizer tributo de receita "vinculada". *Taxas e preços públicos*. São Paulo: RT, 2005, p. 117.

Não seria ocioso perceber então que a tarifa é, sobretudo, um meio de implementação de políticas públicas[26]. O administrador dispõe do sistema tarifário para propiciar benefícios aos usuários e à coletividade quanto à melhor realização dos serviços públicos. Assim, em algumas hipóteses, subsídios cruzados poderão ser utilizados como mecanismo de acesso ao serviço público; em outras, a tarifação extrafiscal será adotada como modo de regular o uso de bem escasso, e assim por diante[27]. O sistema tarifário é caracteristicamente apto a veicular a implementação de políticas públicas. E sua vocação, neste particular, decorre de uma certa flexibilidade que marca a sua existência como modelo remuneratório atento ao dinamismo da realidade econômica que circunda o serviço público. Muito embora as políticas públicas serão genericamente definidas em lei, atos administrativos darão aplicabilidade às diretrizes legais, regulando aspectos relevantes do serviço público, como o valor da tarifa, os modelos à sua parametrização, a extrafiscalidade etc.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A REGULAÇÃO E AS LISTAS TELEFÔNICAS. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 19, agosto/setembro/outubro, 2009. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-FERNANDO-VERNALHA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br

4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12,

[26] Como refere JACINTHO ARRUDA CÂMARA, "A escolha do regime tarifário a ser adotado depende de uma decisão política; não é mera aplicação de dados objetivos, que visem unicamente à fixação de um preço justo para a prestação de um dado serviço. A tarifa, portanto, não é mero elemento comercial da prestação de serviço público. É, antes disso, um fundamental instrumento de implementação de políticas públicas". *O regime tarifário...*, p. 77.

[27] Sem posicionar-me acerca da conveniência ou não de internalizar na concessão um sistema de subsídios cruzados ao financiamento de tarifas sociais aos mais carentes, vale observar que tal mecanismo não seria viável pressupondo-se a aplicação do regime das taxas, uma vez que a hipótese poderia caracterizar efeito confiscatório do tributo, proscrito pela Constituição federal (inciso IV do art. 150 da CF). Como disse JOANA PAULA BATISTA, "o efeito confiscatório é observado quando o valor do tributo ultrapassa o custo efetivo do serviço que é prestado ou posto à disposição dos cidadãos. Assim, a base de cálculo das taxas de serviço não pode ultrapassar o custo de sua prestação, sob pena de macular o princípio que veda o efeito confiscatório dos tributos". *Remuneração de Serviços Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 80.

espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.