

PAOLO RICARDO DIAS FERNANDES

**A REMUNERAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS
SOB A PERSPECTIVA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

BRASÍLIA

2013

PAOLO RICARDO DIAS FERNANDES

**A REMUNERAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS SOB A
PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Tributário e Finanças Públicas no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público.

Orientador: Professor Dr. Ulisses Schwartz Viana.

BRASÍLIA

2013

PAOLO RICARDO DIAS FERNANDES

A REMUNERAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS SOB A PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Tributário e Finanças Públicas no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

DEDICATÓRIA

Na realização deste trabalho foi inestimável a colaboração de minha querida Samara, minha eterna namorada e testemunha da minha existência.

Ao meu pequeno Gael, razão da minha vida.

RESUMO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 pode-se perceber uma nítida mudança na concepção de Estado, resultado das intensas mudanças político-sociais experimentadas a partir do processo de redemocratização que se iniciou nos anos 80 e se consolidou com a Constituição de 1988.

Como um dos reflexos dessa nova ordem, o Estado busca dinamizar a prestação de serviços públicos, ao tempo em que procura meios de obter receitas públicas consentâneas com uma economia de mercado. O Supremo Tribunal Federal, por tal razão, no decorrer dos anos após a promulgação da Carta Magna de 1988, vem alterando os conceitos do que vêm a ser serviços tipicamente estatais ou essenciais, tanto assim que, progressivamente, vem admitindo o preço público em lugar de taxas de serviços.

Em suma, busca-se no presente trabalho, investigar, na doutrina e na jurisprudência, critérios para se aferir quando há obrigatoriedade do regime tributário na remuneração de serviços públicos e quando se pode utilizar do regime contratual, o qual permite a cobrança de preços públicos sem a rigidez dos princípios limitadores da ação estatal.

Palavras chave: serviços públicos, serviços *uti singuli*, serviços *uti universi*, remuneração, taxa, taxa de polícia, preço público, Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
A TAXA	8
I.1. ANÁLISE HISTÓRICA	8
I.2. CONCEITO	9
I.3. TAXA DE POLÍCIA.....	12
<i>I.3.1. CONCEITO DE PODER DE POLÍCIA.....</i>	<i>12</i>
<i>I.3.2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A TAXA DE POLÍCIA.....</i>	<i>14</i>
I.4. TAXA DE SERVIÇOS PÚBLICOS	15
I.4.1. CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	15
I.4.2. ELEMENTOS DE DEFINIÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO.....	18
I.4.3. PRINCÍPIOS DO SERVIÇO PÚBLICO.....	19
I.4.4. CONSIDERAÇÕES SOBRE A TAXA DE SERVIÇO PÚBLICO.....	20
O PREÇO PÚBLICO.....	24
II.1. RECEITAS NÃO TRIBUTÁRIAS.....	24
II.2. CARACTERÍSTICAS DO PREÇO PÚBLICO.....	26
II.3. REGIME JURÍDICO DO PREÇO PÚBLICO.....	28
II.4. DIFERENÇA ENTRE PREÇO PÚBLICO E TAXA	30
TAXA X PREÇO PÚBLICO: ANÁLISE À LUZ DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	33
CONCLUSÃO	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos o direito vem sofrendo alterações, muitas delas associadas diretamente à evolução das relações político-sociais que, por sua vez, refletem na forma de concepção do Estado.

Acompanha-se, por toda parte, intensa discussão acerca de temas como a transparência na administração pública, as privatizações, as diversas formas de parceria entre o poder público e a iniciativa privada, a flexibilização da administração pública, em suma, discussões questionando o papel do Estado no mundo globalizado atual e as mudanças que essa nova conjuntura mundial reclama, a fim de que o Estado possa atender a imensa demanda decorrente do crescimento e da intensificação das relações.

Estamos diante de temas que impõe reflexões acerca da reforma do Estado, da Constituição, da administração pública, surgindo, inevitavelmente o questionamento: O que muda realmente?

No enfrentamento de tais questões, observa-se que a principal mudança é ideológica. Reside na forma de conceber o Estado e a administração pública.

Com efeito, o crescimento desmesurado do Estado e a conseqüente burocratização do Executivo redundou na ineficiência desse mesmo Estado na prestação dos seus serviços, crise essa que se agravou pela instabilidade financeira que atingiu principalmente os países latino-americanos.

Por outro lado, a dinamização das relações, o inchaço populacional, a velocidade na troca das informações reclamam uma atuação estatal eficiente e que atenda às necessidades de nossa sociedade.

Observa-se ser fundamental a atuação do Estado estimulador, de forma a subsidiar a iniciativa privada. Exige-se hoje a democratização da administração pública pela participação dos cidadãos nos órgãos de deliberação e consulta e da colaboração entre o público e o privado na realização de atividades administrativas do Estado.

Nesse cenário, torna-se imprescindível a diminuição do tamanho do Estado para que a atuação da iniciativa privada cresça. É necessário a flexibilização da atuação administrativa estatal e de seus rígidos métodos permitindo maior

eficiência na prestação de serviços públicos. Fala-se, portanto, em parceria entre o público e o privado substituindo a administração pública unilateral, autoritária, verticalizada, hierarquizada.

Afigura-se curioso observar que as ideias de parceria e colaboração a que muito se fala em relação à administração pública relaciona-se também à administração de empresas privadas e à economia externa. A ideia de empresas fechadas, verticalizadas, autossuficientes está sendo abandonada frente à busca por instrumentos de parceria, terceirização e descentralização das decisões.

Internacionalmente, vislumbra-se o surgimento de organismos de cooperação na busca por objetivos comuns e de maior eficiência.

Nós, estudiosos do direito, estamos diante do desafio de buscar adequação dos institutos de forma a acompanhar essas mudanças. Os governantes e administradores, muitas vezes agindo de forma a objetivar as almejadas reformas, atropelam o direito positivo, criando fórmulas inéditas de parceria, invertendo, muitas vezes, o princípio da legalidade segundo o qual o administrador público só pode fazer o que a lei determina.

No presente trabalho, será abordada a prestação de serviços pelo Estado e pelo particular por delegação daquele, especialmente no que se refere à remuneração desses serviços.

O foco do presente trabalho será a busca por critérios que permitam compreender quando a taxa ou o preço público podem ser utilizados como contraprestação para os serviços divisíveis, *uti singuli*.

Algumas questões podem, desde já, ser levantadas:

- a) Quais serviços públicos podem ser cobrados?
- b) Quais serviços podem ser tarifados?
- c) Sempre que houver permissão ou concessão da prestação de serviço público à iniciativa privada, a remuneração cabível é o preço público?
- d) Há liberdade do Estado na cobrança dos serviços pelo regime de taxa ou de preço público?

Portanto, no presente trabalho, a investigação se restringirá acerca dos critérios e regramentos aptos a determinar quando o poder público pode instituir taxa, se poderá fazê-lo para a cobrança de todo e qualquer serviço público divisível ou se a forma de cobrança deverá ser realizada por tarifa (preço público).

Para dar cabo a presente investigação, inicialmente se abordará o tema taxa com suas variantes taxa de polícia e de serviço, detendo-se, nessa última, pela conexão que possui com o tema do trabalho.

A seguir, analisar-se-á o preço público e seu respectivo regime jurídico, procurando estabelecer sua distinção com a taxa de serviço. Na terceira etapa, será apresentado um estudo comparativo jurisprudencial das diversas decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, buscando uma maior compreensão das questões levantadas, à luz da Constituição Federal.

Por fim, após o trabalho investigativo, serão propostas algumas conclusões a respeito do tema analisado.

CAPÍTULO I

A TAXA

I.1. ANÁLISE HISTÓRICA

Desde a antiguidade, a taxa é encontrada na realidade econômica-financeira dos povos. Suas manifestações foram observadas nas civilizações tradicionais, principalmente em Roma e na Grécia.

Já há muitos anos antes de Cristo, os egípcios, os assírios e os caldeus exigiam dos povos conquistados, fortes tributos, alguns caracterizados como taxa. Nesta fase embrionária, o conceito de taxa aparece incerto e vacilante, sem traços precisos, notadamente jurídicos.¹

Inicialmente, a importância paga sob o nome de “taxa” não se destinava ao erário público. Consistia em remuneração à certos funcionários, em virtude de determinada prestação de serviço. Assim, nos períodos antigos, os agentes públicos eram remunerados por meio de “taxas”, provenientes de patrimônio particular.

Com o caminhar dos tempos, essa prática passou a ser objeto de extorsões por parte dos agentes públicos, uma vez que detinham a exclusividade nas prestações de serviços. Contudo, com a eliminação dos emolumentos para os servidores e com a simultânea evolução das remunerações públicas, a taxa passou a adquirir elevada importância para as finanças públicas.

No final do Século XVIII inicia-se a preocupação dos autores com a taxa. Em 1758, no seu *Saatswirtschaft*, Von Justi passa a diferenciar, na massa geral dos tributos, algumas exigências que se revestiam de características diferenciais, as quais seriam, mas tarde, denominadas taxas. Da mesma forma Adam Smith, na sua clássica *Inquiry into the Nature and Causes of*

¹ MORAES.B.R. **Compêndio de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 5 Ed, 1996, p.480.

the Weath of Nations, em 1776, também encontrou uma diferença entre certos tributos que recaiam sobre todos os indivíduos e outros, que somente atingiam os usuários ou beneficiários da atividade pública, denominada por ele “*contribuições particulares*”.²

Tais estudos, somados a outro grande tratadista alemão, Kurt Heinrich Rau, em seu “*Princípios de Ciências e Finanças*”, foram precursores de nosso atual entendimento acerca da “taxa”.

A partir de então, a taxa passa a ser considerada como instrumento de receita pública para um fim especial, presentes o interesse individual *versus* o interesse público. Observa-se, contudo, que a evolução da taxa é recente, persistindo, como já dito, diversas dúvidas acerca da matéria, como podemos avaliar.

I.2. CONCEITO

A palavra “taxa” deriva do grego, que o latim tomou *taxare*, equivalente a fixar, estimar ou avaliar. Taxar, pela incursão etimológica, é algo como determinar ou estabelecer uma quantia a ser paga pelo Estado.

Em seu primeiro sentido, a palavra “taxa” indica exação, imposição legal, encargo exigível do contribuinte, isto é, determinada exigência tributária. A palavra inglesa *tax* exprime normalmente a ideia de exigência de imposto.³

Para o Direito Tributário, a “taxa” é uma espécie do gênero tributo, representando determinada exigência fiscal específica, com características próprias e inconfundíveis.

A Constituição Federal, em seu art. 145, II, trata do tema nos seguintes termos:

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 à sua disposição;

² MORAES. B.R. **Compêndio de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 5 Ed, 1996, p.481.

³ MORAES. B.R. **Compêndio de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 5 Ed, 1996, p.478.

A Constituição nada mais fez do que acolher a orientação do Código Tributário Nacional, *verbis*:

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

Em linhas gerais, para a legislação vigente, taxa é uma espécie de tributo, cujo fato gerador é o exercício regular do poder de polícia ou serviço público, prestado ou posto à disposição do contribuinte.

Assim, segundo Hugo de Brito Machado:

*“Enquanto o imposto é uma espécie de tributo cujo fato gerador não está vinculado a nenhuma atividade estatal específica relativa ao contribuinte (CTN, art. 16), a taxa, pelo contrário, tem seu fato gerador vinculado a uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte.”*⁴

Ressalta-se, contudo, que apesar de ser o fato gerador a principal característica de distinção entre imposto e taxa, não deve bastar para a sua identificação específica, porque também a contribuição de melhoria tem seu fato gerador vinculado a atividade estatal específica. Ou seja, como já dito alhures, a taxa é vinculada a serviço público ao exercício regular de polícia.

Diversos são os problemas atinentes à conceituação de taxa. A uma, porque as diversas definições formuladas contêm não jurídicos, trazendo elementos econômicos, financeiros e até políticos. E a duas, porque ainda não existe uniformidade no conceito de taxa.

Diante disso, seguem-se mais alguns conceitos de taxa, sob o aspecto econômico, destacados da literatura financeira:

Segundo Dídimio de Agapito da Veiga: *“taxa é o tributo pago ao Estado em retribuição do serviço prestado pelos órgãos públicos de sua atividade essencial, e constitui a contraprestação do pagamento do mesmo tributo”*.⁵ Para José Martinho Simões: *“as taxas são somas cobradas de certos indivíduos por ocasião de uma*

⁴ MACHADO, H.B. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2002.p. 373.

⁵ VEIGA, D.A. **Ensaio de Ciência das Finanças e de Economia Pública**. Rio de Janeiro: Dos Santos, 1Ed. 1927,p. 159.

contraprestação determinada por parte da administração, ou de despesas particulares a que dão causa".⁶ Finalmente, segundo Amaro Cavalcanti: *"taxa designa o gênero de contribuição, que o indivíduo paga por um serviço diretamente recebido"*.⁷

Conceitos sob o aspecto político, extraídos da literatura italiana:

Segundo Giovanni Fasolis: *"a taxa corresponde a uma prestação administrativa dirigida a um interesse coletivo, mas que, na realidade, se resume num serviço prestado ao indivíduo"*.⁸

Segundo Vincenzo Tangorra: *"a taxa é uma contribuição percebida de quem solicitou e obteve da autoridade, mediante um serviço especial, a individualização, em seu benefício, de uma atividade administrativa que se realiza com fins de interesse geral"*.⁹

Finalmente, sob o aspecto financeiro:

Segundo Karel Englis: *"ninguém é obrigado a pagar uma taxa, dependendo unicamente da vontade do obrigado a desejar o serviço e o benefício que ela deriva"*.¹⁰

Todavia, apesar da grande importância interdisciplinar, o presente trabalho irá se ater à ótica jurídica, deixando de lado os elementos extrajurídicos acima apresentados. O enfoque jurídico para conceito de taxa parte da norma jurídica e a causa nela contida para o nascimento da obrigação tributária. A taxa, como qualquer tributo, decorre de uma norma jurídica tributária, exigida pelo Estado com base em seu poder fiscal, tendo como característica específica o fato gerador da respectiva obrigação.

Desta feita, taxa seria o tributo, cuja obrigação tem por fato gerador uma atividade estatal específica dirigida ao contribuinte, expressa na manifestação do exercício regular do poder de polícia ou na utilização, efetiva e potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestado ao contribuinte ou postos à sua disposição.

⁶ SIMÕES, J.M. **Finanças**. Coimbra: Neves Editora, 1Ed. 1920, p. 420.

⁷ CAVALCANTI, A. **Elementos de Finanças**, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1Ed. 1896, p. 170.

⁸ FASOLIS, G. **Scienza delle Finanze- Diritto Finanziario**, 1Ed. 1993, p.125.

⁹ TANGORRA, V. **Contributto Allá Teoria della Tasse**, Pisa, 1 Ed. 1913,p.537.

¹⁰ ENGLIS, K. **Introdución a La Ciência Financeira**, Barcelona: Labor, 1Ed. 1939,p.58.

I.3. TAXA DE POLÍCIA

I.3.1. CONCEITO DE PODER DE POLÍCIA

O vocábulo polícia tem sua origem nas cidades gregas da Antiguidade (*polis*), cujo poder de vigilância (*politeia*), de onde, com o correr dos tempos, passou para o português (“polícia”). Contém o termo, a ideia de arte de governar os cidadãos ou de boa ordem da coisa pública. A expressão “poder de polícia” (*police power*) surge pela primeira vez em 1827, utilizada por Marshall no caso Brown X Maryland, alcançando os casos de segurança, moralidade ou salubridade públicas. Trata-se de uma expressão moderna, nascida na primeira metade do século XIX, fruto de criação jurisprudencial.¹¹

A despeito da evolução do conceito de poder de polícia, passando pela noção de ordem pública - doutrinadores europeus - até o da restrição da liberdade em face de um interesse público - doutrina norte-americana - hoje, a expressão é indicativa de um poder inerente à administração pública, abrangendo diversas áreas, dentre as quais se destacam a segurança, os cultos, a propriedade, a indústria, o comércio, a saúde pública, costumes e trabalho, entre outros.

O Código Tributário Nacional assim o definiu:

Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade administrativa pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção de mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais coletivos.

Parágrafo único: Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com a observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Para alguns doutrinadores, a definição de poder de polícia do Código Tributário afigura-se equivocada. Aduzem que o correto não seria definir poder de polícia como atividade da Administração Pública, mas sim a chamada *atividade de polícia*, que seria exercida mediante produção legislativa proveniente do poder de Estado. Contudo, tal observação é de mero rigor terminológico, em nada interferindo para a conceituação do referido instituto.

¹¹ MORAES.B.R. **Compêndio de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 5 Ed, 1996, p. 514.

Antes mesmo do advento do Código Tributário Nacional, o termo poder de polícia já era objeto de estudo e conceituação pelos administrativistas, que o definiam como discricionariedade da Administração Pública se restringir e condicionar o exercício dos direitos individuais com o objetivo de assegurar o bem-estar geral.¹²

Observa-se então, a grande necessidade e dificuldade de se conceituar o que seria o “bem-estar geral” e o que seria o “interesse público”. Isso porque o Estado, através do poder de polícia, impõe restrições aos interesses individuais, em nome do interesse público.

Nas palavras de Caio Tácito: “poder de polícia, ultrapassa as fronteiras conservadoras para reconhecer ao Estado um papel mais amplo e ativo na promoção do bem-estar geral, estabelecendo não somente no tocante à ordem pública, mas sobretudo no sentido da ordem econômica e social, normas limitadoras da liberdade individual.”¹³

É dever do Estado zelar pelo bem comum, pelo interesse coletivo. Assim, é papel do Estado ditar normas jurídicas que garantam esse bem-estar social, mesmo que para isso sejam impostas normas restritivas de direito individual, ou da propriedade privada.

A noção de poder de polícia envolve, pois, a autorização conferida ao Estado para intervir e disciplinar os diversos campos da vida coletiva, com a finalidade de garantir o interesse coletivo.

Segundo Themístocles Brandão Cavalcanti:

“O poder de polícia abrange todas as restrições impostas pelo poder público aos indivíduos, em benefício do interesse coletivo, saúde, ordem pública, segurança e, ainda mais, os interesses econômicos e sociais.”¹⁴

Conclui-se, então, que os direitos individuais são susceptíveis de limitação e restrição em face do bem comum. Seria, pois, uma limitação legal aos direitos fundamentais estampadas na Constituição Federal Brasileira.

¹² MACHEADO, H.B. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2002,p.375.

¹³ Apud MORAES. B.R. **Compêndio de Direito Tributário**. Rio de Janeiro, 5Ed, 1996, p. 516.

¹⁴ CAVALCANTI, T.B. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 8 Ed, 1967, p. 116.

A atividade de polícia, em princípio, é típica do Estado. Aos particulares, a menos que o façam por expressa delegação da Administração e sob o regime de Direito Público, não é dado substituir-se ao Estado.

O Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, negou validade a Lei n. 9.649 que transformava o regime jurídico público para privado dos Conselhos de Fiscalização do exercício das profissões, sob o argumento, dentre outros, de que estes exercem poder de polícia, inconcebível se tais entidades fossem consideradas representativas das categorias profissionais e não do Estado. Assim, manteve o entendimento de que são autarquias.

Eis a ementa do acórdão proferido na ADI 1.717:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL N. 9.649, E 27.05.1998 QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSOES REGULAMENTADAS.

1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao Parágrafo terceiro do art. Lei n. 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do “*caput*” e dos parágrafos 1,2,4,5,6,7 e 8 do mesmo art. 58.

2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.

3. Decisão unânime.

I.3.2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A TAXA DE POLÍCIA

O Poder de Polícia, de maneira ampla, é função primordial do Estado, não ensejando a cobrança de taxa, devendo ser custeado com o produto do imposto. Assim sendo, é preciso que haja uma atividade de fiscalização específica para justificar a cobrança, e a parte legítima para instituí-la terá que ser aquela no âmbito do qual o regular poder de polícia seja exercido.

O principal problema da taxa de polícia relaciona-se com a sua base de cálculo, uma vez que a sua finalidade é custear a atividade estatal que a motiva.

Conforme leciona Bernardo Ribeiro de Moraes, “o legislador, ao criar a taxa, deve procurar alcançar uma razoável equivalência entre o custo global da atividade estatal, que constitui o fato gerador da taxa, e a arrecadação a ser obtida da mesma. À custa de taxas o poder público não auferir receita pública para cobrir despesas relativas a serviços gerais e indivisíveis, próprias de impostos.”¹⁵

A vedação constitucional é expressa no art. 145, parágrafo segundo: As *taxas não poderão ter base de cálculo próprias de impostos.*

Logo, o legislador deve adotar unidades de medida ligadas a atuação estatal dirigida ao contribuinte como, por exemplo, o metro linear do bem imóvel fiscalizado, e não o seu valor, uma vez que este é a base de cálculo do IPTU.

Quanto à alíquota da taxa de polícia, o professor Bernardo Ribeiro de Moraes leciona objetivamente:

“(...) para a escolha da alíquota ou da importância fixa da taxa, o legislador de levar em conta a apuração aproximada do número de contribuintes da taxa, uma vez que esta somente pode ser exigida das pessoas que recebem a atividade estatal. Posteriormente, basta prever um sistema de rateio do valor total que se deseja obter (custo global da atividade estatal), a título de arrecadação da taxa, entre o número de contribuintes escolhidos. O resultado oferecerá uma alíquota fiscal que, aplicada à unidade de medida, dará o valor da taxa.”¹⁶

Para efeito do presente trabalho, maior incursão em torno da taxa de polícia se faz desnecessária, uma vez que a sua justificativa não dá ensejo a retribuição pecuniária diversa.

I.4. TAXA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

I.4.1. CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

Não há uniformidade doutrinária relacionada à conceituação do que vem a ser serviços públicos. Segundo a magistral lição do Professor Hely Lopes Meirelles:

¹⁵ MORAES. B.R. *Compêndio de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 5 Ed, 1996, p. 546.

¹⁶ Apud. p.548.

*Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado. Fora dessa generalidade não se pode, em doutrina, indicar as atividades que constituem serviço público, porque variam segundo as exigências de cada povo e de cada época. Nem se pode dizer que são as atividades coletivas vitais que caracterizam os serviços públicos, porque ao lado destas existem outras, sabidamente dispensáveis pela comunidade, que são realizadas pelo Estado como serviço público.*¹⁷

Diversamente do que fez em relação ao poder de polícia, o Código Tributário Nacional não estabeleceu o que se deve entender por serviço público.

Os administrativistas, em cujo campo de estudos situa-se esta matéria, não chegaram ainda a um acordo sobre o que seja serviço público.¹⁸

As primeiras noções de serviço público surgiram na França, com a chamada Escola de Serviço Público, e foram tão amplas que abrangiam, algumas delas, todas as atividades do Estado.¹⁹

O serviço público em sentido amplo era considerado como atividade ou organização que abrangesse todas as funções do Estado para cumprir seus fins.

Nesse sentido, o direito brasileiro, com Mário Masagão, por exemplo, também considerava como atividades do Estado e atividade judiciária e a administrativa. Na primeira, a atividade realizada seria primária, com o Estado decidindo sobre seu próprio procedimento, ao passo que na segunda, o Estado desempenharia função de terceiro gerenciador do procedimento das partes. Já a atividade legislativa seria própria da Administração Pública.

Assevera-se então que, para esta corrente, serviço público seria toda a atividade exercida pela Administração Pública, sem distinção da atividade jurídica (poder de polícia), da atividade material (serviço público) e finalmente da atividade econômica.

Segundo Cretella Júnior: *“serviço público é toda a atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público.”*²⁰

¹⁷ MEIRELLES, H.L. **Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 294.

¹⁸ MACHADO, H.B. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 376.

¹⁹ DI PIETRO, M.S.Z. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 13 Ed, 2001, p. 94

²⁰ Apud DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 13 Ed, 2001, p.95.

Como consequência, serviço público em sentido estrito, é todo aquele que exclui as atividades legislativas e judiciárias daquelas exercidas pelo Estado, além, é claro, da distinção entre o poder de polícia e serviço público.

Nessa linha, encontramos o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administradores, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público, portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais- instituído em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.²¹

Em outras linhas, Bandeira de Mello considera dois elementos como integrantes do conceito de serviço público: o substrato material-prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administradores; e o substrato formal, que lhe oferece justamente caráter de noção jurídica, consistente em um regime jurídico de direito público, composto por princípios e regras caracterizadas pela supremacia do interesse público, sobre o particular e por restrições parciais.

Nesse sentido, seriam serviços públicos os serviços de água, de transporte de telecomunicações, e de energia elétrica, por exemplo, por serem fruíveis diretamente pelos administrados.

Outra classificação importante para a compreensão do tema concernente à taxa de serviço, é a que distingue serviços *uti universi* ou gerais dos serviços *uti singuli* ou individuais.

Os primeiros são aqueles prestados pela administração sem que os usuários estejam determinados. Servem a atender à coletividade de forma geral.

Um dos exemplos claros é o de segurança pública, saneamento básico ou outros dessa espécie.²² Esses serviços satisfazem de forma indiscriminada a população em geral, sem que se erijam um direito subjetivo de qualquer administrado à sua obtenção para seu domicílio, para sua rua ou para seu bairro. São indivisíveis portanto, razão pela qual normalmente esses serviços são mantidos por impostos.

²¹ Apud DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 13 Ed, 2001, p.96.

²² MEIRELLES, H.L. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 297.

Já os segundos – serviços *uti singuli* - são os serviços que têm usuários definidos, mensuráveis para cada destinatário.

Temos como exemplo os serviços de fornecimento de água, energia elétrica, telefone dentre outros. Desde que implantados, esses serviços geram direito subjetivo à sua obtenção para todos os usuários que se encontrem na área de prestação do mesmo e preencham aos requisitos para a efetiva regulamentação. São serviços de utilização individual, facultativa e mensurável.

1.4.2. ELEMENTOS DE DEFINIÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Segundo dispõe a Constituição Federal:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou na forma de 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 de concessão ou permissão;

II- os direitos do usuário;

III- a política tarifária;

IV- a obrigação de manter serviço adequado.

Assim, assevera-se que o serviço público é sempre uma incumbência do Estado e sempre dependente do poder público. É criado por lei, e corresponde a uma opção do Estado, que em face da importância do serviço prestado para a coletividade não seria conveniente ficar dependente de iniciativa privada.

Pelo mesmo motivo, a sua gestão incumbe diretamente ou indiretamente ao Estado, na primeira por meio dos próprios órgãos que compõem a Administração Pública centralizada da União, Estados e Municípios, e na segunda por meio de concessões ou permissões de uso, ou de pessoas jurídicas criadas pelo Estado com esse fim.

De forma unânime, toda a doutrina que trata de serviço público, tanto a que adota o conceito amplo, quanto o conceito restrito, considera o serviço público como atividade de interesse público.

Ou seja, qualquer atividade que objetive o interesse público, criada por lei com essa atribuição é considerada serviço público, desde que a atenção ao serviço público seja objetivo primordial.

Isso porque muitos particulares, igualmente podem exercer atividades de interesse geral, contudo, nem toda atividade de interesse público é serviço público, faz-se necessária a finalidade exclusiva de atender à coletividade.

Segundo Jean Rivero a finalidade exclusiva do interesse geral gera certas consequências, a saber:

1. "O serviço público, contrariamente à empresa privada, pode muito bem funcionar **com prejuízo**. Esta é mesmo umas das razões de ser: incumbe-lhe satisfazer necessidades cuja não- rentabilidade afasta a empresa privada. Só a pessoa pública, por meio do imposto, pode transferir dos utentes para o conjunto das coletividades o financiamento do serviço. A gratuidade é, pois, a regra que prevalece em inúmeros serviços (ensino, assistência social, saúde); e, mesmo nos casos em que é exigida contribuição do usuário, ela pode ser inferior ao custo. Só no caso do serviço comercial e industrial é que a própria natureza da atividade exclui a gratuidade (transporte, água, energia elétrica) e a gestão tende, no mínimo, para um equilíbrio e mesmo para um lucro que permita o auto-financiamento da empresa;

2. A apreciação do que seja interesse geral é discricionária. O poder Público pode considerar que o interesse geral exige que ele se encarregue da necessidade a satisfazer, achando-se o particular eliminado desse campo de ação, quer porque julgue que ele é ineficaz (é caso dos serviços públicos não rentáveis), quer porque o considere perigoso (manutenção da ordem pública). Nesse caso, o serviço é **monopolizado**. Inversamente, o poder público pode deixar que o particular exerça livremente atividade, lado a lado com a administração pública (caso do ensino, da ação sanitária e social), repartindo entre uns e outros a satisfação da mesma necessidade. Daí a classificação dos serviços públicos em **exclusivos e não exclusivos do Estado**.²³

I.4.3. PRINCÍPIOS DO SERVIÇO PÚBLICO

Existem princípios inerentes ao regime jurídico dos serviços públicos, a saber: o princípio da continuidade do serviço público; o da mutabilidade do regime jurídico - ou da flexibilidade dos meios aos fins - e o da igualdade dos usuários.

O princípio da continuidade do serviço público possui aplicação direta nos contratos administrativos e no exercício da função pública. Denota que a atividade não Estatal não pode parar, em face de sua importância e abrangência.

²³ *Apud*. DI PIETRO, M.S.Z. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 13 Ed, 2001, p. 100.

Segundo Di Pietro, no que concerne aos contratos, o princípio traz como consequências:

“A imposição de prazos rigorosos ao contraente; a aplicação da teoria da imprevisão- a fim de recompor o equilíbrio econômico e financeiro; a inaplicabilidade da exceptio no adimpleti contractus contra a Administração e o uso de privilégios para a Administração.”²⁴

Já quanto ao exercício da função pública a autora assevera: *“constituem aplicação do princípio da continuidade as normas que exigem a permanência do servidor em serviço- quando pede exoneração, pelo prazo fixado em lei; os institutos da substituição, suplência e delegação e a proibição do direito de greve.”²⁵*

O princípio da mutabilidade do regime jurídico autoriza mudanças e adaptações no regime de execução do serviço público, em face da sua abrangência, por vezes variável. Assim, o princípio prevê que não há que se falar em direito adquirido à manutenção de determinado regime jurídico. Nem por parte dos usuários, nem por parte dos servidores públicos ou contratados da Administração Pública. O poder público pode alterar estatutos dos funcionários e rescindir ou alterar contratos unilateralmente, por exemplo, unicamente para atender ao interesse público.

O princípio da igualdade dos usuários, como já se observa da simples leitura, prega o tratamento isonômico à todo cidadão que faz jus à prestação do serviço, desde que satisfeitas todas as condições legais.

Por fim, o princípio da eficiência, consagrado na Constituição Federal em seu artigo 37 através da Emenda Constitucional n. 19, de 04.06.98, deixa evidente que a busca por maior eficiência na prestação de serviços públicos passa a ser objetivo primário, e não, mera consequência da atuação da administração pública estatal.

1.4.4. CONSIDERAÇÕES SOBRE A TAXA DE SERVIÇO PÚBLICO

²⁴ *Idem*, ibidem, p. 101.

²⁵ *Idem*, ibidem, p. 101.

Considera-se premissa básica a de que nem todo o serviço público dá ensejo à taxa. A doutrina e a jurisprudência brasileira exigem que esse serviço público seja: a) *efetivamente realizado*, prestado ou posto à disposição do contribuinte. Para justificar a taxa, o serviço público deve preexistir, a fim de se poder custeá-lo; b) *específico e divisível*, serviço geral e indivisível não pode ser custeado por taxa; c) *utilizado, pelo contribuinte*, de forma efetiva ou potencialmente.

Assim, com base na jurisprudência firmada pelo plenário no julgamento do RE 121.617-SP (DJU de 06.10.2000), no sentido de que o serviço de *“construção, conservação e melhoramento de estrada de rodagem não pode ser remunerado mediante taxa, uma vez que não configura serviço público específico e divisível posto à disposição do contribuinte (CF, art. 145, II)”*, o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei Complementar 37/98, do Município de Araçatuba-SP, que instituía a cobrança de taxas sobre a conservação e manutenção das vias públicas, cujas bases eram, também, próprias de imposto.²⁶

A Colenda Corte Suprema, também decidiu que os serviços públicos custeados pela taxa de lixo domiciliar instituída pela Lei 691/84, do Município do Rio de Janeiro, não eram específicos e divisíveis para efeito do art. 145, II, da Constituição Federal, porquanto o referido tributo vincula-se à prestação de serviços de caráter geral (varrição, lavagem e capinação de vias e logradouros públicos, limpeza de praias e outros), insusceptíveis de serem custeados senão por via do produto de impostos.²⁷

O Supremo Tribunal Federal, igualmente, deferiu medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Partido Comunista do Brasil para suspender, até julgamento final da ação, dispositivos da Lei 13.084/2000, do Estado do Ceará, que criam as taxas de exercício do poder de polícia e de utilização de serviços prestados pelos órgãos de segurança pública e defesa da cidadania. Reafirmou-se o entendimento firmado pelo Plenário na ADIN MC 1942-PA (DJU de 22.10.99) no sentido de que a segurança pública só pode ser sustentada por impostos e não por taxas, porquanto, é dever do Estado e direito de todos, exercida

²⁶ RE 293.536-SE, rel. Min. Neri da Silveira, e RE 259.889-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, 07.03.2002. (RE 293.536), (RE 259.889).

²⁷ RE (Edv-ED) 256.588-RJ, rel. Min. Ellen Gracie, 19.03.2003.

para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (CF, art. 144, caput, inciso V e parágrafo 5).²⁸

Temos, também, que o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa, uma vez que não configura serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição (CF, art. 145, II).

Com base nesse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, concluindo o julgamento de recursos extraordinários, por votação unânime, declarou *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da taxa de iluminação pública instituída pelo Município de Niterói-RJ (arts. 176 e 179 da Lei n. 480/83, na redação dada pela Lei 1.244/93, ambas do Município de Niterói- RJ).

Assim como na taxa de polícia, a base de cálculo da taxa de serviço deve ser instituída sobre o seu pressuposto fático, qual seja, o serviço público específico e divisível. Não seria taxa o tributo medido em função do contribuinte, mormente de sua renda ou de seu patrimônio.

O Supremo Tribunal Federal, sob esse fundamento, deferiu liminar em ADIN ajuizada pelo Conselho Federal da OAB para suspender dispositivos da Lei 11.960/97, do Estado do Paraná, que dispõe sobre as tabelas de custas dos atos judiciais no referido Estado, uma vez que tal diploma fixava taxa sobre o valor do monte-mor, quando este é base de cálculo do imposto de transmissão de bens.²⁹

Com relação ao custo da taxa de serviço, discute-se muito sobre a sua eventual onerosidade excessiva e o princípio da capacidade contributiva.

Considerando que a inexistência de limitação de valores de taxas judiciárias poderia inviabilizar o acesso ao poder judiciário, o Supremo Tribunal Federal fulmina de nulidade tais tributos.³⁰

Com efeito, o Código Tributário Nacional veda em seu artigo 150, IV, a utilização de tributo com efeito de confisco, devendo haver razoabilidade e proporcionalidade na cobrança das taxas. O então Ministro Carlos Velloso defendia ainda, que o princípio da capacidade contributiva, aplicável aos impostos, deve nortear a fixação de alíquotas progressivas, de modo que a capacidade do contribuinte seja levada em conta.

²⁸ ADInMC 2.424-CE, rel. Min. Neri da Silveira, 06.03.2002.

²⁹ ADIN 1889.

³⁰ RP 1077-RJ (RTJ 112/34); ADIn 948-GO (julgada em 09.11.95

Não se deve olvidar, por fim, que a taxa de serviço é tributo vinculado, não podendo custear atividades outras. Por esta razão, o Supremo Tribunal Federal determinou a suspensão cautelar de eficácia das letras “a”, “b” e “e” dos números 1 e 2 do item I da Tabela XVI, da Lei 2. 429/96 do Amazonas - que determinam o pagamento de custas à associação dos magistrados do Estado, haja vista que o produto de taxas não pode ser afetado ao custeio de entidades meramente privadas.³¹

A contraprestação de serviços públicos traz ônus demasiado ao ente de direito público que a institua, especialmente pelo regime tributário a ser seguido.

As limitações ao poder de tributar devem ser observadas, de modo que qualquer alteração de fato gerador, base de cálculo ou alíquota há de ser submetida aos princípios da reserva de lei formal e da anterioridade.

Esse regime dificulta para o Estado a manutenção do custeio do serviço público de modo eficiente e adequado, sobretudo dentro de um contexto de instabilidade econômica.

³¹ ADInMC 2.211-AM, rel. Min. Sydney Sanches.

CAPÍTULO II

O PREÇO PÚBLICO

II.1. RECEITAS NÃO TRIBUTÁRIAS

Fundamentalmente, temos que as receitas públicas se subdividem em receitas originárias e receitas derivadas. Tal classificação decorre da divisão tradicional das receitas públicas estabelecidas pelos autores alemães, seguidos mais tarde pelos autores italianos e austríacos, hoje difundidas por inúmeros tratadistas. Para os alemães e italianos trata-se de receita de economia privada e de economia pública.

Receitas públicas originárias, também conhecidas como receitas imediatas, segundo lição do professor Bernardo Ribeiro de Moraes:

“(...) são as que o Estado auferê de suas fontes próprias de riqueza, seja em decorrência de seu patrimônio rendoso, seja em razão do exercício de uma indústria ou de um comércio. Como decorrem do patrimônio do próprio Estado, de suas fontes imediatas, tais receitas recebem a denominação de receitas patrimoniais ou de receitas originárias.”³²

Receitas públicas derivadas, também conhecidas como receitas mediatas, são as que o Estado auferê patrimônio dos indivíduos da comunidade, tanto em razão de ordem política, de determinação legal ou da vontade de terceiros.

Essas receitas são provenientes das transferências monetárias que terceiros efetuam, de modo coercitivo ou não, em favor do Estado. Em razão de não decorrerem do patrimônio do Estado, recebem o nome de receitas derivadas ou patrimoniais. Em razão da maioria dessas receitas serem provenientes da utilização,

³² MORAES.B.R. **Compêndio de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 5 Ed, 1996, p. 302.

pelo Estado, de seu poder fiscal, dessa forma, regidas por normas de direito público, também recebem o nome de receitas de economia pública ou receitas tributárias.

Examinando a renda do patrimônio público e a renda da empresa pública observarmos que o pagamento dos serviços realizados pelo governo se dará, observados quaisquer dos três princípios alternativos, quais sejam, o princípio da tributação geral, onde o pagamento é realizado sem relação ao custo do serviço prestado, o princípio da despesa compulsória do serviço, em que o pagamento é feito por meio de taxas compulsórias arrecadadas na proporção dos serviços prestados e, por último, o princípio do preço contratual, em que o pagamento é feito sob a forma de compra voluntária dos cidadãos.

Observando essa classificação como referência, vemos que, entre a adoção do princípio da tributação geral, da tributação específica e do preço contratual, a opção é meramente política, ou seja, tal opção depende de conveniências políticas de cada momento e do sistema jurídico de cada país.

O sistema de remuneração deve ser escolhido observadas a natureza do bem oferecido, a sua manutenção e extensão, a pessoa do prestador, se Poder Público ou não. Trata-se pois, tal opção, de atribuição do legislador e, adotada a opção, o Poder Público deverá respeitar o conceito jurídico da respectiva figura e os seus princípios constitucionais.

Segundo Edwin R. A. Seligman *“a distinção entre as receitas públicas tributárias as de preço se encontram nas relações econômicas que existem entre o individuo e o governo”*.³³

Para o conhecimento do preço público é essencial saber a opção política do poder público, qual regime jurídico adotado pelo legislador para o custeio da atividade estatal, já que uma mesma atividade pode ser custeada por preço público ou por tributo.

Como se pode observar, em regra, o exame do regime jurídico da norma jurídica reguladora da matéria é que determinará se estamos diante de um preço público ou de um tributo.

Ao examinarmos a receita pública, vimos que o Estado tem um certo tipo de receita relacionada à contraprestação da venda de seus bens materiais (coisas) e imateriais (serviços), denominada preço público.

³³ EDWIN, R.A. *Essais sur Limpot*, Paris, M. Giard . E. Brière, 1 Ed, 1970, p. 161.

Comparando a economia do Estado com a do particular, age como o mesmo buscando receitas de seu domínio, de suas propriedades produtivas ou da exploração de suas indústrias, bens ou serviços, auferindo, em decorrência, uma receita de economia privada.

Despido de sua soberania, o Estado não exige compulsoriamente essa receita, mas sim, de forma facultativa, segundo a vontade do interessado. É o Estado agindo como particular, como proprietário, como industrial, como comerciante, como prestador de serviços, auferindo uma receita originária e facultativa.

II.2. CARACTERÍSTICAS DO PREÇO PÚBLICO

É necessário, no estudo do preço público, que se estabeleça inicialmente nítida divisória entre este instituto e o tributo, visto que é objeto da relação jurídica tributária e o preço público faz parte de outra relação jurídica.

Preço público e taxa possuem, portanto, naturezas e bases diversas, sendo àquele nitidamente econômico-financeiro e esta, tributária. O campo específico de estudo do preço público é o da economia pública ou o do direito financeiro, onde são examinadas as receitas públicas originárias e facultativas.

Será examinado, pois, o preço público como um tipo de receita pública, decorrente da atividade estatal de oferta de bens e serviços.

Inicialmente observam-se várias denominações apresentadas para a identificação do preço público. Das várias denominações encontradas podemos destacar: preço financeiro, preço quase privado, preço político, rendimentos industriais, tarifa, preço contratual e ingressos comerciais.

Encontramos, portanto, a tarifa (preço público das concessionárias ou permissionárias de serviços públicos), o porte (preço público nos serviços dos correios), o pedágio (preço público pela utilização de pontes ou rodovias), dentre outros.

A denominação mais apropriada e aceita para se traduzir o instituto é a de preço público. Preço é um vocábulo da economia, seu conceito relaciona-se à ideia de venda no sentido econômico. Portanto, a ideia de preço está ligada à ideia de resultado de uma venda. Preço, assim, mostra a relação numérica entre a moeda

(unidade de medida de valores) e o bem (material ou imaterial) fornecido em troca, no negócio de venda e compra.

Público é adjetivo relacionado à natureza da entidade ou pessoa que recebe o preço. Desse modo, quando o credor, na venda de bens, materiais ou imateriais, encontra-se ligado ao poder público, o preço é denominado preço público.

Já o vocábulo tarifa, utilizado muitas vezes como sinônimo de preço público, tem sua origem no árabe (notificação), possuindo um sentido etimológico ligado à ideia de pauta de preços de navegação, de direitos alfandegários, que a cidade de Tarife, fundada pelos mouros, exigia dos mercadores quando por lá passavam com suas embarcações (espécie de tributo, pedágio).

Verificamos o vocábulo tarifa também para exprimir o preço de venda, quando exigido pelas empresas associadas ao Estado, concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. Assim, é comum encontrarmos “tarifa telefônica”, “tarifa de transportes”, “tarifa de luz” etc., indicando os preços públicos dos respectivos serviços.

Observemos pois, que, conforme a natureza da atividade, o Estado pode auferir preços por serviços prestados diante da venda de trabalho e de outros bens imateriais, serviços de transportes, de execução de obras etc. Pode também auferir preços por locação de bens, diante da cessão de uso e gozo dos bens estatais, móveis e imóveis, de locação de terrenos, de locação de prédios, de box em mercados, de ocupação de solo nas vias e logradouros públicos, de depósitos de bens apreendidos etc. E ainda auferir preços por vendas de bens, móveis e imóveis, venda de sal, de tabaco, de chapas de veículos, de carteiras, de produção e distribuição de gás, de terrenos, de sucatas etc.

Assim, conforme a opção do Estado, todas essas operações podem ser denominadas preços públicos. Representam, pois, remuneração de bens, de utilidades ou de serviços exigida pelo Estado da pessoa interessada.

Segundo importante lição do professor Bernardo Ribeiro de Moraes:

“O preço público seria a prestação pecuniária, decorrente da livre manifestação de vontade do comprador, exigida pelo Estado ou órgão estatal, ou empresa associada, concessionária ou permissionária em contraprestação pela aquisição de um bem material ou imaterial. Como

*consequência, a receita obtida através de preços públicos apresenta-se originária e facultativa”.*³⁴

Podemos, pois, identificar alguns elementos característicos do preço público. É uma prestação - o preço público vem a ser a prestação relacionada com a contraprestação de caráter econômico, realizada pelo Estado. Tem caráter pecuniário, é medido em unidades monetárias, tendo como referência a moeda corrente. Surge em decorrência da livre manifestação da vontade do comprador, tendo como causa que dá origem à obrigação relativa ao preço público a vontade do comprador, havendo relação contratual a uma obrigação não compulsória.

A obrigação em relação ao preço público não nasce da lei, sempre haverá a manifestação de vontade do interessado. O preço público, portanto, tem caráter facultativo e negocial sendo esses elementos indispensáveis à sua compreensão.

Essencial para a compreensão do preço público, portanto, é a causa jurídica que origina a obrigação da parte, ou seja, a natureza das relações estabelecidas entre o Poder Público e o interessado. Se a obrigação decorre da lei, não será preço público, por outro lado, se decorre em razão da vontade do interessado, na aquisição de um bem material ou imaterial, tem-se o preço público.

II.3. REGIME JURÍDICO DO PREÇO PÚBLICO

Por ser receita contratual, facultativa, sendo uma contraprestação, possui um regime jurídico específico. Trata-se de regime jurídico das relações contratuais, presente, portanto, o elemento evolutivo da obrigação respectiva.

O regime jurídico do direito privado é constituído por princípios de direito comum, regulamentador das obrigações decorrentes do preço público. A obrigação para o indivíduo nasce com a manifestação de sua vontade na aquisição do bem material ou imaterial.

Importante, pois, observar que o regime de direito privado não é peculiar do preço público cobrado pelo Estado, aplicando-se o mesmo regime jurídico para outras receitas públicas. Assim, é evidente, pois o preço público é uma receita facultativa, mas nem todas as receitas facultativas são preços públicos.

³⁴ MORAES.B.R. **Compêndio de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 5 Ed, 1996, p. 322.

Podemos, por conseguinte, concluir que o preço público não está sujeito ao princípio da legalidade estrita. Em se tratando de preço público, a lei ordinária existirá apenas para dar competência ao órgão estatal para o exercício da atividade de exploração do bem, competindo ao Poder Executivo as atribuições para sua fixação e sua cobrança. Sendo autorizada a atividade através da norma jurídica, não haverá necessidade futura de lei para alterar ou fixar os valores do preço público.

O preço público, portanto, pode ser instituído ou alterado em qualquer época do exercício financeiro, podendo ser aplicado imediatamente. Desta feita, não está submetido ao princípio constitucional da anterioridade da lei. Por não ser tributo, o preço público não está sujeito às exigências contidas no inciso III, letra b, do artigo 150 da Constituição Federal, sendo aplicado, tal dispositivo, apenas às espécies tributárias.

Podemos afirmar então que, a lei inicial constituidora do preço público, poderá ser aprovada em qualquer época do exercício financeiro, mesmo que no meio do ano, tendo sua aplicação imediata.

O princípio constitucional da vedação da vinculação do produto de sua arrecadação a determinado órgão, fundo ou despesa, também não se aplica ao preço público. Tal princípio tem sua aplicação somente para as receitas de natureza tributária.

Podemos também afirmar que o preço público não está sujeito às demais limitações constitucionais estabelecidas para exercício do poder fiscal, em razão das considerações anteriores descritas.

Por fim, afigura-se fundamental tecer algumas considerações acerca da opção política por parte do Estado, caracterizadora da cobrança do preço público.

Temos, pois, que o que caracteriza a cobrança do preço público não é a natureza do bem vendido ou o valor do preço, mas sim, a forma de desinvestimento escolhida pelo Estado.

O Estado é livre na opção a ser adotada para o custeio de suas atividades, cabendo-lhe observar quem deve e como deve pagar, ressalvadas as disposições constitucionais. Temos como exemplo, os serviços de pavimentação, podendo ser custeados tanto por preço público como por tributos. Como a pavimentação é obra pública, seu custeio deve ser realizado através do tributo "*contribuição de melhoria*" conforme dispositivo constitucional previsto no artigo 145,

III. Nada, porém, impede que os serviços sejam oferecidos pelo Estado gratuitamente.

Importante, portanto, é verificar a opção política feita pelo Estado para saber se estamos diante do preço público. Verificando, pois, o regime jurídico adotado para o custeio do respectivo bem, ou seja, se optou pelo uso do poder fiscal (caso de contribuição de melhoria ou taxa) ou se optou pela técnica contratual (preço público).

Vislumbra-se, então, que o problema está contido na opção do legislador, consubstanciada na escolha do tipo de remuneração do serviço público, sendo este nitidamente político. Somente podemos, após análise do regime jurídico adotado, dizer se estamos diante de um preço público ou não.

II.4. DIFERENÇA ENTRE PREÇO PÚBLICO E TAXA

Após vigorosa análise das características do preço público e da taxa, podemos estabelecer algumas distinções entres os dois elementos jurídicos.

O preço público se caracteriza por ser uma receita pública originária, decorrente, portanto, do patrimônio do Estado, fornecedor do bem, e facultativa, na medida em que não há, para sua percepção, a utilização do poder fiscal.

Já o tributo, contrariamente, caracteriza-se como uma receita derivada e compulsória. No preço público há o caráter contraprestacional da receita pública, não existindo essa característica na receita tributária.

Do ponto de vista de prestação, o preço público caracteriza-se em função do caráter contratual e constraprestacional da obrigação. Já o tributo é caracterizado em função da compulsoriedade e da inexistência do elemento contraprestacional da obrigação.

Grande parte da nossa doutrina, talvez a majoritária, considera que, havendo compulsoriedade na prestação desses serviços, estaríamos diante de taxa e que todos os serviços tem caráter negocial, presentes, portanto, os requisitos da liberdade de escolha na contratação dos serviços, ensejariam na modalidade de preço público (tarifa).

A categorização da contraprestação de um serviço público através de taxa ou preço público adviria, basicamente, da necessidade de proteger o cidadão

contra os abusos do Estado. Afirma a maioria dos doutrinadores que se a ordem jurídica abriga a utilização de determinado serviço, não permitindo o atendimento da respectiva necessidade por outro meio, seria justo que a remuneração correspondente cobrada pelo Poder Público sofra as limitações próprias dos tributos.

A liberdade de fixação do preço público, por parte do Estado, corresponderia *“a liberdade do cidadão de utilizar, ou não, o serviço correspondente”*.

Pode-se perceber, portanto, que toda a questão orbita no caráter de existência ou não da compulsoriedade na prestação da obrigação. É fundamental, pois, enfrentar a questão de forma direta. O que vem a ser essa tal compulsoriedade?

O termo compulsoriedade, conforme importante lição do professor Bernardo Ribeiro de Moraes, quando da conceituação de receitas públicas compulsórias: *“(...) conhecidas também como receitas coercitivas ou receitas legais”*, são receitas que têm sua origem na norma jurídica, sendo que a vontade do particular apenas coloca em movimento o mecanismo da incidência legal, não constituindo esta a causa jurídica da obrigação. Esta se encontra na lei, jamais na vontade da pessoa.

E quando estamos, de fato, diante de obrigações revestidas do elemento compulsoriedade?

Tomemos como exemplo, a cobrança do pedágio nas rodovias públicas federais, e a cobrança da taxa de licenciamento de veículo automotor. Na primeira, poder-se-ia afirmar que tal cobrança estaria obstruindo o exercício do direito constitucional de ir e vir, e que, se o poder público não oferecesse outra alternativa além da rodovia capitaneada pela cobrança do pedágio, estar-se-ia diante do elemento compulsório, visto que o transeunte não teria outra alternativa senão o pagamento do referido pedágio. No segundo exemplo, observamos a incidência da taxa de licenciamento de veículo automotor e a compulsoriedade no recolhimento desta para o regular uso do referido veículo.

Surge então o seguinte questionamento: não estando o usuário da rodovia obrigado a viajar, e, portanto, a dela se utilizar, estaria justificada a cobrança de pedágio como preço público? Da mesma forma, levando em consideração que ninguém é obrigado a possuir veículo automotor, e, portanto, recolher seu

licenciamento, estar-se-ia, dessa forma, justificada a cobrança de “tarifa” de licenciamento, e, não, taxa?

Durante o estudo do presente tema, observamos que, ao longo dos anos, a análise do que vem a ser compulsório ou não, tem suscitado enorme confusão doutrinária e jurisprudencial e obstruído sobremaneira o processo de evolução e adequação destes conceitos no processo de evolução de nosso Estado e de nossas Instituições.

Como estudiosos do direito devemos buscar a compreensão desses conceitos dentro de uma visão realista e sob uma ótica evolucionista. Não podemos perder o foco de que precisamos avaliar esses conceitos de forma a buscarmos equilíbrio diante das transformações que nosso Estado atravessa.

Como já dito anteriormente, a incidência de taxa ou preço público na cobrança dos serviços prestados pelo Estado, por seus órgãos públicos ou empresas concessionárias e permissionárias, é opção política do legislador, realidade essa que reclama de nós, estudiosos do direito, melhor compreensão desses conceitos, dentro de uma visão pragmática de nosso Estado e do papel que este tem diante das necessidades atuais de nossa sociedade.

CAPÍTULO III

TAXA X PREÇO PÚBLICO: ANÁLISE A LUZ DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No presente estudo, analisou-se, até o presente momento, o regime da taxa e o regime do preço público. Contudo, o critério a ser utilizado para se saber quando o Estado poderá fixar preço público ou quando deverá fixar taxa não se encontra suficientemente determinado, ao menos na visão daquele que é o intérprete definitivo da Constituição.

A questão é de alta relevância, uma vez que, se chegarmos à conclusão de que basta mera opção política do legislador, perfazendo a Lei que institui taxa, ou, do administrador, baixando ato administrativo que fixe preço público, ficará evidente que estaremos diante da morte anunciada da taxa de serviço, devido ao regime tributário, o qual, como dito linhas atrás, impede a eficiência do aparelho estatal.

Por outro lado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, até a Constituição de 1988 era capitaneada pelas posições do Ministro Moreira Alves, expostas no X Simpósio Nacional de Direito Tributário, versando sobre o tema: “Taxa e Preço Público”, realizado em São Paulo, em 19.10.1985, cujo resumo se pode colher do voto do eminente Ministro Carlos Velloso na ADIn 2.586, acerca da constitucionalidade da cobrança de preço público pela exploração e jazidas:

“Os serviços públicos poderiam ser classificados em:

1) Serviços públicos propriamente estatais, em cuja prestação o Estado atue no exercício de sua soberania, visualizada esta sob o ponto de vista interno e externo: esses serviços são indelegáveis, porque somente o Estado pode prestá-los. São remunerados, por isso mesmo, mediante taxa, mas o particular pode, de regra, optar por sua utilização ou não. Exemplo: o serviço judiciário, o de emissão de passaportes. Esses serviços, não custa repetir, por sua natureza, são remunerados mediante taxa e sua cobrança somente ocorrerá em razão da utilização do serviço, não sendo possível a cobrança pela mera potencialidade de sua utilização. Vale no ponto, a lição de Geraldo Ataliba, no sentido de que não é possível instituir taxas por

serviços não efetivamente prestados. O que acontece é que certos serviços podem ser tornados obrigatórios pela lei e é isto o que significa a locução posto a disposição do contribuinte. É isto, aliás, o que resulta do disposto no art. 79, I, b, CTN.

2) Serviços públicos essenciais ao interesse público: são serviços prestados ao interesse da comunidade. São remunerados mediante taxa. E porque é essencial ao interesse público, porque essencial à comunidade ou à coletividade, a taxa incidirá sobre a utilização efetiva ou potencial do serviço. É necessário que a lei para cuja edição será observado o princípio da razoabilidade, mesmo porque, como bem lembrou o Ministro Moreira Alves, citando Jesé, a noção de serviços essenciais é de certo modo relativa, porque varia de Estado par Estado e de época para época, estabeleça a cobrança sobre a prestação potencial, ou admita essa cobrança por razão de interesse público. Como exemplo, podemos mencionar o serviço de distribuição de água, de coleta de lixo, de esgoto, de sepultamento. No mencionado RE n. 89.876-RJ, o Supremo Tribunal decidiu que, sendo compulsória a utilização do serviço público de remoção de lixo, o que resulta, inclusive, de sua disciplina como serviço essencial à saúde pública, a tarifa de lixo, o que resulta instituída pelo Decreto n. 196, de 12 de novembro de 1975, do Poder Executivo do Município do Rio de Janeiro, é em verdade, taxa”(RTJ 98/230).

3) Serviços públicos não essenciais e que, não utilizados, disso não resulta dano ou prejuízo para a comunidade ou para interesse público. Esses serviços são, de regra, delegáveis, vale dizer, podem ser concedidos e podem ser remunerados mediante preço público. Exemplo: serviço postal, os serviços telefônicos, telegráficos, de distribuição, de energia elétrica, de gás, etc.”

Com a Constituição Federal de 1988, a matéria foi substancialmente modificada pela inserção da prestação de serviço público pelo Estado no Capítulo da Ordem Econômica em seu art. 175, *verbis*:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o 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 de concessão ou permissão;
- II- os direitos dos usuários;
- III- política tarifária;
- IV- a obrigação de manter serviço adequado.

Como se observa, o Constituinte, ao referir-se à “política tarifária”, o fez dentro da consideração de que o Estado deve ter outro papel, não mais aquele de Estado puramente social, agigantado por múltiplas funções, patrocinador exclusivo do desenvolvimento.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 pode-se perceber nítida mudança na concepção do Estado, resultado das intensas mudanças político-

sociais que experimentamos a partir do processo de redemocratização que se iniciou nos anos 80.

Paralelamente, observamos num contexto global, mudanças significativas. O advento de novas tecnologias, as profundas mudanças políticas observadas com o fim do regime comunista no leste europeu, as diferentes necessidades sociais surgidas em decorrência dessas mudanças, tem nos forçado a rediscutir o papel do Estado enquanto patrocinador direto do bem estar social.

Em muitas atividades o Estado está sendo substituído por empresas que possuem melhores condições de prestar os serviços originalmente executados pelo ente estatal. Empresas essas, autorizadas pelo poder público em regime de concessão ou permissão, co-controle de qualidade de adequação do serviço público e fiscalização estatal têm demonstrado competência para assumirem os encargos do Estado e/ou de suas empresas.

A inclusão em nossa Carta Magna do princípio da eficiência da administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, através da Emenda Constitucional n. 19 de 04.06.1998, dando nova redação ao artigo 37, é demonstração sensível das transformações que nossa sociedade anseia.

Temos, pois, o desafio de buscar uma interpretação constitucional teleológica, condizente com a realidade de um mundo globalizado, exigente, portanto, de maior eficiência e agilidade na prestação dos serviços públicos.

Como se observa das posições do Ministro Moreira Alves, explicitadas no voto do Ministro Carlos Velloso, acima descrito, a cobrança do serviço de distribuição de água, inserida na categoria dos serviços públicos essenciais ao interesse público, somente poderia ser efetuada através de taxa. Esse mesmo posicionamento sofreu significativa mudança no âmbito do STF.

No julgamento do agravo regimental interposto em face da negativa de seguimento do RE 201.630-DF, de lavra da Ministra Ellen Gracie, a eminente relatora explicita entendimento por parte da Corte Suprema de preço público ou tarifa e não de taxa, inexistindo irregularidade em sua majoração por decreto em lugar de lei ordinária, de acordo com os precedentes consubstanciados no ERE 54.491/PE, e nos RREE 85.268-PR e 77.162/SP, concluindo a Ministra que o acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, assim ementado, estava correto:

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL – EMBARGOS INFRINGENTES – AÇÃO ORDINÁRIA – EXCLUSÃO DE PARCELA ADICIONAL, INSERTA EM CONTAS DE ÁGUA.

A jurisprudência predominante estabelece que a contraprestação pelo fornecimento de água é preço público ou tarifa e não taxa ou tributo – Pode ser fixado por decreto do Poder Executivo, prescindindo de Lei – O consumidor é que delibera livremente os limites de seu consumo. Não se cuida de tributo, mas de adoção de preço progressivo, tanto mais elevado quanto maior o consumo. O ajuste de carga se traduz em preço acrescido ao preço já progressivo, por ultrapassagem de determinados limites de consumo – Dispensável lei para a sua instituição – O Decreto 10.157/87 não viola o art. 150, I, CF, ou seu correspondente da Emenda Constitucional n. 1/69 – Embargos Infringentes desprovidos.

Voltando à manifestação do Ministro Carlos Velloso, quando da ADIn 2.586, observemos as suas posições antes de citar o Ministro Moreira Alves:

“Há quem sustente que, quando o Estado presta serviço público, se quiser que tais serviços sejam remunerados, somente poderá fazê-lo mediante taxa (Geraldo Ataliba, Sistema Tributário na Constituição, Revista de Direito Tributário, 51/140; Roque Carrazza, ob. cit. pág. 247). Não vamos a tanto, não obstante reconhecermos que são poderosos e científicos os argumentos de Ataliba e de Carrazza. Ficamos na linha de Sacha Calmon Navarro Coelho, que entende possível a cobrança de preços prestação de serviço público. Sacha argumenta que o parágrafo 3º do artigo 150 da Constituição, do qual deflui que o Estado, além das atividades econômicas exercíveis em lide concorrencial pode, mediante instrumentalidade, prestar serviços públicos mediante contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelos usuários, conclusão que se completa da leitura do que se está disposto no art. 175, parágrafo único, inciso III, da Lei Fundamental. Por isso, acrescenta o magistrado e professor, que “só resta mesmo editar a lei requerida pela constituição, necessária a uma segura política tarifária, em prol dos usuários” (Sacha Calmon Navarro Coelho, Comentários à Constituição de 1988 e Sistema Tributário, Forense, 1990, páginas 56/57). Concedo que há serviços públicos que somente podem ser remunerados mediante taxa (...).”

Extrai-se, portanto, da posição do Ministro Velloso que, ao mesmo tempo em que reconhece que determinados serviços públicos só podem ser remunerados por taxa, admite que não é a possibilidade de delegação ou não do serviço a particulares o critério para se estabelecer a diferenciação entre taxa e preço público. Parece reconduzir a solução do problema ao legislador, na linha preconizada por Sacha Calmon, quando incita o corpo legislativo a regular o artigo 175 da CF, por uma Lei que traga, entre outros, critérios para a definição das condições para a cobrança de tarifas. Pensamos ser possível uma lista de serviços – tal como na regulação do ISS – a indicar os casos obrigatórios do regime tributário, facultando aos demais sua remuneração por preço público.

É inegável que o Supremo Tribunal Federal tem mantido o entendimento de que as custas e emolumentos extrajudiciais tem natureza jurídica de taxa. Confira-se o acórdão na ADIn 1.378, sob relatoria do Ministro Celso de Mello, assim ementado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CUSTAS JUDICIAIS E EMOLUMENTOS EXTRAJUDICIAIS – NATUREZA TRIBUTÁRIA (TAXA) – DESTINAÇÃO PARCIAL DOS RECURSOS ORIUNDOS DA ARRECADAÇÃO DESSES VALORES A INSTITUIÇÕES PRIVADAS – INADMISSIBILIDADE – VINCULAÇÃO DESSES MESMOS RECURSOS AO CUSTEIO DE ATIVIDADES DIVERSAS DAQUELAS CUJO EXERCÍCIO JUSTIFICOU A INSTITUIÇÃO DAS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS EM REFERÊNCIA – DESCARACTERIZAÇÃO DA FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA TAXA – RELEVÂNCIA JURÍDICA DO PEDIDO – MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. NATUREZA JURÍDICA DAS CUSTAS JUDICIAIS E DOS EMOLUMENTOS EXTRAJUDICIAIS.

- A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as custas judiciais e os emolumentos concernentes aos serviços notariais e registrais possuem natureza tributária, qualificando-se como taxas remuneratórias de serviços públicos, sujeitando-se, em consequência, quer no que concerne à sua instituição e majoração, quer no que se refere à sua exigibilidade, ao regime jurídico-constitucional pertinente a essa especial modalidade de tributo vinculado, notadamente aos princípios fundamentais que proclamam, dentre outras, as garantias essenciais (a) da reserva de competência impositiva, (b) da legalidade, (c) da isonomia e (d) da anterioridade.

Precedentes. Doutrina.

SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS.

- A atividade notarial e registral, ainda que executada no âmbito de serventias extrajudiciais não oficializadas, constitui, em decorrência de sua própria natureza, função revestida de estatalidade, sujeitando-se, por isso mesmo, a um regime estrito de direito público. A possibilidade constitucional de a execução dos serviços notariais e de registros ser efetivada “em caráter privado, por delegação do poder público” (CF, art. 236), não descaracteriza a natureza essencialmente estatal dessas atividades de índole administrativa.

- As serventias extrajudiciais, instituídas pelo Poder Público para o desempenho de funções técnico-administrativas destinadas “a garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos” (Lei n. 8.935/94, art. 1.), constituem órgãos públicos titularizados por agentes que se qualificam, na perspectiva das relações que se mantêm com o Estado, como típicos servidores públicos. Doutrina e Jurisprudência.

DESTINAÇÃO DE CUSTAS E EMOLUMENTOS A FINALIDADES INCOMPATÍVEIS COM A SUA NATUREZA TRIBUTÁRIA.

- Qualificando-se as custas judiciais e os emolumentos extrajudiciais como taxas (RTJ 141/430), nada pode justificar seja o produto de sua arrecadação afetado ao custeio de serviços públicos diversos daqueles a cuja remuneração tais valores se destinam especificamente (pois nessa hipótese, a função constitucional da taxa – que é tributo vinculado – restaria descaracterizada) ou, então, à satisfação das necessidades financeiras ou à realização dos objetivos sociais de entidades meramente privadas. É que, em tal situação, subverter-se-ia a própria finalidade institucional do tributo, sem se mencionar o fato de que esse privilégio (e aceitável) tratamento dispensado a simples instituições particulares (Associação de Magistrados e

Caixa de Assistência dos Advogados) importaria em evidente transgressão estatal ao postulado constitucional da igualdade. Precedentes.

Tal decisão afigura-se coerente com aquela definição dada pelo Ministro Moreira Alves, acerca de serviços públicos propriamente estatais. O problema, nada obstante, continua sendo o de se definir o que sejam serviços públicos propriamente estatais.

Como exemplo, citamos os serviços do DETRAN, considerada autarquia pública e que presta serviços tipicamente estatais, quando controla o licenciamento para a circulação de veículos. No Distrito Federal, a Lei Orgânica, com status de Constituição Estadual, consoante asseverado pelo STF, foi modificada em ordem a admitir que os serviços de autarquia de trânsito pudessem ser remunerados em forma de preço público, permitindo, destarte, majoração via ato administrativo.

A orientação do STF, traçada antes da Constituição de 1988, foi modificada em parte pela alteração do perfil do estado brasileiro e pela própria noção de serviços públicos tipicamente estatais e a de serviços essenciais do estado.

Nesse sentido, o STF está, aos poucos, construindo um novo “norte” a partir de uma jurisprudência de análise casuística, sem que se possa hoje haurir um critério seguro para se atestar quando há obrigatoriedade do regime tributário na remuneração de serviços públicos.

CONCLUSÃO

1. Hodiernamente, afigura-se fundamental a atuação do Estado estimulador, de forma a subsidiar a iniciativa privada. Exige-se a democratização da administração pública pela participação dos cidadãos nos órgãos de deliberação e consulta e da colaboração entre o público e o privado na realização de atividades administrativas do Estado. Nesse cenário, torna-se imprescindível a diminuição do tamanho do Estado para que a atuação da iniciativa privada cresça. É necessário a flexibilização da atuação administrativa estatal e de seus rígidos métodos, permitindo maior eficiência na prestação de serviços públicos. Fala-se, portanto, em parceria entre o público e o privado, substituindo a administração pública unilateral, autoritária, verticalizada, hierarquizada.

2. Os estudiosos do direito estão diante do desafio de buscar adequação dos institutos de forma a acompanhar essas mudanças. Os governantes e administradores, muitas vezes agindo de forma a objetivar as almejadas reformas, atropelam o direito positivo, criando fórmulas inéditas de parceria, invertendo, muitas vezes, o princípio da legalidade segundo o qual o administrador público só pode fazer o que a lei permite.

3. Em linhas gerais, para a legislação vigente, taxa é uma espécie de tributo cujo fato gerador é o exercício regular do poder de polícia, ou serviço público, prestado ou posto à disposição do contribuinte.

4. O poder de polícia abrange todas as restrições impostas pelo poder público aos indivíduos, em benefício de interesse coletivo, saúde, ordem pública, segurança e, ainda mais, os interesses econômicos e sociais.

5. Diversamente do que fez em relação a poder de polícia, o Código Tributário Nacional não estabeleceu o que se deve entender por serviço público. Os

administrativistas, em cujo campo de estudos situa-se esta matéria, não chegaram ainda a um consenso sobre o que seja serviço público.

6. Considera-se premissa básica a de que nem todo serviço público dá ensejo à taxa. A doutrina e a jurisprudência brasileiras exigem que esse serviço público seja: a) efetivamente realizado, prestado ou posto à disposição do contribuinte. Para justificar a taxa, o serviço público deve preexistir, a fim de se poder custeá-lo; b) específico e divisível - serviço geral e indivisível não pode ser custeado por taxa; c) utilizado pelo contribuinte, de forma efetiva ou potencialmente.

7. Assim, assevera-se que o serviço público é sempre uma incumbência do Estado e sempre dependente do poder público. É criado por lei, e corresponde a uma opção do Estado que, em face da importância do serviço prestado para a coletividade, não seria conveniente ficar dependente da iniciativa privada. Pelo mesmo motivo, a sua gestão incumbe diretamente ou indiretamente ao Estado, na primeira por meio dos próprios órgãos que compõem a Administração Pública centralizada da União, Estados e Municípios, e na segunda por meio de concessões ou permissões de uso, ou de pessoas jurídicas criadas pelo Estado com esse fim.

8. Preço público é, pois, prestação pecuniária, decorrente da livre manifestação de vontade do comprador, exigida pelo Estado ou órgão estatal, ou empresa associada, concessionária ou permissionária em contraprestação pela aquisição de um bem material ou imaterial. Como consequência, a receita obtida através de preços públicos apresenta-se originária e facultativa.

9. O preço público se caracteriza por ser uma receita pública originária, decorrente, portanto, do patrimônio do Estado, fornecedor do bem, e facultativa (não há, para sua percepção, a utilização do poder fiscal). Já o tributo, contrariamente, caracteriza-se como uma receita derivada e compulsória. No preço público há o caráter contraprestacional da receita pública, não existindo essa característica na receita tributária. Do ponto de vista da prestação, o preço caracteriza-se em função do caráter contratual e contraprestacional da obrigação. Já o tributo é caracterizado em função da compulsoriedade e da inexistência do elemento contraprestacional da obrigação.

10. A categorização da contraprestação de um serviço público através de taxa ou preço público adviria, basicamente, da necessidade de proteger o cidadão contra os abusos do Estado. Afirma a maioria dos doutrinadores que se a ordem jurídica obriga a utilização de determinado serviço, não permitindo o atendimento da respectiva necessidade por outro meio, seria justo que a remuneração correspondente cobrada pelo Poder Público sofra as limitações próprias dos tributos. A liberdade de fixação do preço público por parte do Estado, corresponderia “a liberdade do cidadão de utilizar, ou não, o serviço correspondente.”

11. O que caracteriza a cobrança do preço público não é a natureza do bem vendido ou valor do preço, mas, sim, a forma de desinvestimento escolhida pelo Estado. Este é livre na opção a ser adotada para o custeio de suas atividades, cabendo-lhe observar quem deve e como deve pagar, ressalvadas as disposições constitucionais.

12. Para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, até a Constituição de 1988 capitaneada pelas posições do Ministro Moreira Alves expostas no X Simpósio Nacional de Direito Tributário, versando sobre o tema: “Taxa e Preço Público”, realizado em São Paulo, em 19/10/1985, os serviços públicos poderiam ser classificados em: 1) *serviços públicos propriamente estatais*, em cuja prestação o Estado atue no exercício de sua soberania; esses serviços são indelegáveis, porque somente o Estado pode prestá-los. São remunerados, por isso mesmo, mediante taxa, mas o particular pode, de regra, optar por sua utilização ou não. Exemplo: o serviço judiciário, o de emissão de passaportes; 2) *serviços públicos essenciais ao interesse público*: são serviços prestados ao interesse da comunidade. São remunerados mediante taxa. E porque é essencial ao interesse público, porque essencial à comunidade ou à coletividade, a taxa incidirá sobre a utilização efetiva ou potencial do serviço. É necessário que a lei estabeleça a cobrança sobre a prestação potencial, ou admita essa cobrança por razão de interesse público. Como exemplo, menciona o serviço de distribuição de água, de coleta de lixo, de esgoto, e sepultamento; 3) *serviços públicos não essenciais* e que, não utilizados, disso não resulta dano ou prejuízo para a comunidade ou para o interesse público. Esses serviços são, de regra, delegáveis, vale dizer, podem ser concedidos e podem ser

remunerados mediante preço público. Exemplo: serviços postais, os serviços telefônicos, telegráficos, de distribuição e energia elétrica, de gás etc.

13. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 podemos perceber uma nítida mudança na concepção do Estado, resultado das intensas mudanças político-sociais que experimentamos a partir do processo de redemocratização que se iniciou nos anos 80. O STF em função disso também alterou seus conceitos do que vem a ser serviços estatais essenciais, tanto assim que vem progressivamente admitindo o preço público em lugar de taxas de serviços, como ocorreu, principalmente, com o fornecimento de água. Nesse sentido, o STF está aos poucos construindo um novo “norte” a partir de uma jurisprudência de análise casuística, sem que se possa hoje haurir um critério seguro para se atestar quando há obrigatoriedade do regime tributário na remuneração de serviços públicos.

14. Devido ao regime tributário que engessa a atuação do Estado, a tendência é a do desaparecimento progressivo das taxas de serviço. Enquanto isso, um critério seguro e objetivo para a fixação de serviços públicos seria a edição de lei que regulasse *numerus clausus* os casos em que o serviço público somente pudesse ensejar cobrança por meio de taxa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADIn.1378. *Custas Judiciais e Emolumentos Extrajudiciais – Natureza Tributária (Taxa)*. Relator: Min. Celso Antônio de Mello.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADIn.2.586. Constitucionalidade da cobrança de preço público pela exploração de jazidas. Relator: Min. Carlos Velloso.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agrg no RE 201.630-DF. Entendimento por parte da Corte Suprema de preço público ou tarifa e não de taxa, inexistindo irregularidade em sua majoração por decreto em lugar de lei ordinária, de acordo com os precedentes consubstanciados no ERE 54.491/PE, e nos RREE 85.268-PR e 77.162/SP. Relatora: Min. Ellen Gracie.

CAVALCANTI, Amaro. *Elementos de Finanças*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1ª Ed. 1986.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 8ª Ed. 1967.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 3ª Ed. 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 13ª Ed. 2001.

FASOLIS, Giovanni. *Scienza Delle Finanze – Diritto Finanziario*, 1ª Ed. 1933.

FREITAS, Vladimir Passos de. Código Tributário Nacional comentado. São Paulo : Revista dos Tribunais, 5º Ed. 2011.

EDWIN, Robert Anderson Seligman. Essais Sur Limpôt, Paris, M. Giard. E. Brière, 1ª Ed. 1970.

ENGLIS, Karel. Introducción a La Ciencia Financiera, Barcelona: Labor, 1ª Ed. 1939.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 25 Ed. 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1995.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2º ed. 2003.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. Compêndio de Direito Tributário. Rio de Janeiro: Forense, 5ª Ed. 1996.

SIMÕES, José. Martinho. Finanças. Coimbra: Neves Editora, 1ª Ed. 1920.

TANGORRA, Vincenzo. Contributo alla Teoria della Tasse, Pisa, 1ª Ed. 1913.

VEIGA, Dídimo de Agapito. Ensaio de Ciência das Finanças e de Economia Pública. Rio de Janeiro: Dos Santos, 1ª Ed. 1927.