

Custeio dos serviços prestados por empresas concessionárias: tarifa, preço público ou taxa

Delano Carneiro da Cunha Câmara

Bacharel em Direito e Ciências Contábeis.

Especialista em Controle Externo da Administração Pública.

Mestre em Direito Constitucional.

Professor Universitário de Graduação e Pós-graduação.

Auditor TCE/PI.

Resumo: Trata da tarifa cobrada pelas concessionárias de serviços públicos que se distingue da taxa (tributo) e do preço público (receita originária do Estado). A doutrina tende a equiparar o preço público à tarifa a partir de bases conceituais tributárias. A distinção é identificada pelo direito financeiro, regulatório, dentre outros ramos jurídicos.

Palavras-chave: Tarifa; Preço público; Taxa; Regulação; Serviço público.

1. Introdução

A Constituição Federal vigente completa seus vinte anos, contudo, ainda hoje há muitos conceitos, constantes da mesma, que são objeto de discussões não pacificadas, como aqueles que dizem respeito aos limites de intervenção do Estado nas relações jurídicas público-privadas. Estado que tinha na sua capacidade de investimento a grande válvula propulsora para o crescimento do país. Contudo, com o esgotamento do Estado, surge o debate sobre a transferência de obrigações suas a iniciativa privada e conseqüente remuneração destes serviços. A redução do Estado, teoricamente, é fundada na redução dos custos deste para os cidadãos.

Abra-se um parêntese: a solução para a redução de custos do Estado não necessariamente passa pelo encolhimento do Estado. Existe também a possibilidade de redução de custos através do

redesenho institucional estatal de forma a proporcionar ganhos de eficiência.

O esgotamento deste modelo econômico anterior de Estado decorreu da limitação de recursos para novos investimentos e da ausência de soluções criativas. Com a privatização de certos serviços, emerge a necessidade de identificação da remuneração do serviço pago pelo consumidor diretamente às concessionárias de serviços públicos, bem como seus elementos caracterizadores. (FRANCO, 1999, p.67/ 72 – 155/ 158). O debate conceitual da tarifa como instituto autônomo de remuneração dos serviços concedidos contextualiza-se com a diminuição da participação direta do Estado na prestação de serviços (novo modelo institucional).

Acrescente-se a Lei nº 8.987 de 13/02/95, que trata das concessões e permissões de serviços públicos, a qual trouxe em seu bojo o reconhecimento de que a contraprestação do serviço concedido ou permitido dar-se-ia através de tarifas.

Assim, o problema deste trabalho circunscreve-se a identificação da remuneração das concessionárias e permissionárias de serviços públicos no Brasil.

Desta feita, o presente estudo abordará, como primeiro tópico, o conceito do que constitui serviço público. A seção seguinte versará sobre a Empresa Concessionária de Serviço Público. E, em terceiro tópico, é trabalhado o conceito de tarifa em contrapartida com o da taxa e do preço público, verificando na doutrina os diversos entendimentos a respeito do tema, fixando-se características próprias e específicas para a referida tarifa. Findando pela confirmação de que a tarifa, instituto autônomo, é a receita das concessionárias de serviços públicos.

2. Serviço público

A delimitação do que constitui serviço público é tarefa árdua, porém relevante para o presente estudo, pois este debate é a pedra de

fundamentação sobre o que é domínio econômico pertencente ao setor privado em contraposição ao que é restrito ou facultativo ao público. Definição que permite saber se o serviço seria remunerado por taxa, tarifa ou preço público, bem como saber os limites de imposição tarifária.

Tal delimitação do que vem a ser serviço público passa pela conceituação filosófica do Estado Mínimo em oposição com o Estado Social. De acordo com a opção política de uma sociedade será desenhado o tamanho do Estado e, conseqüentemente, aquilo que é de competência deste ou do particular. O exame dessa delimitação observa o aspecto jurídico, econômico e social, considerando possibilidades concretas e abstratas (teóricas).

Alexandre de Moraes pontifica que o Estado tem a função precípua de prestação de serviços públicos, autorizando-lhe a Constituição Federal do Brasil poder para cumprir sua obrigação direta ou indiretamente sob o regime de concessão ou permissão, conforme a sociedade demande e a Carta Magna fixe. (MORAES, 2002. p. 1838.)

José Afonso da Silva considera serviço público como sendo “por natureza, estatal. Tem como titular uma entidade pública. Por conseguinte, fica sempre sob o regime jurídico de direito público”.(SILVA, 1997, p. 733).

SILVA considera serviço público aquele elencado na Constituição como tal. Esse entendimento estaria dentro de uma rigidez constitucional em que todas as formas previstas no art. 21, XI e XII, a, constituem serviços públicos da União. Cabendo a ressalva de que a diferença de regime está em que os serviços indicados no inciso XI serão explorados no regime de monopólio da União, por si ou por empresa estatal (dependente ou não), “não se admitindo sua prestação por particulares, nem por concessão, nem por permissão, nem por autorização, enquanto os referidos no inciso XII podem ser explorados, também, por particulares mediante autorização, concessão ou permissão”. (SILVA, 1997, p. 472/473).

Aqui se abre uma crítica: Ora se o serviço público puder ser prestado por empresa pública, já se trata de uma concessão, permissão ou autorização, pois a empresa, mesmo pública, é pessoa jurídica distinta do Estado. SILVA considera que “não cabe a titularidade privada nem mesmo sobre os serviços públicos de conteúdo econômico, como são, por exemplo, aqueles referidos no art. 21, XI e XII” (SILVA, 1997, p. 733), bem como aqueles de competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Ressalta, ainda, a distinção de limitações à prestação de serviços públicos daquelas previstas no art. 173 da Carta Magna, ou seja, a titularidade de serviços públicos, no Brasil, é sempre do Estado.

Cabe, contudo, a compreensão de que a Constituição deve ser vista como norteadora do Estado e como tal deve acompanhar as transformações pelas quais este passa.

Numa interpretação constitucional mais progressista do art. 21 da Constituição Federal de 1988, seriam considerados como serviços públicos, ou não, conforme determinadas circunstâncias, em especial, quando envolverem prestação de serviço reputado de utilidades determinadas a satisfazer direta e indiretamente o princípio da dignidade da pessoa humana ou para satisfação de fins políticos essenciais.

O objetivo finalístico do art. 21 da Constituição não seria a de distinção entre aquilo que é serviço público, em contrapartida com o que é atividade econômica em sentido estrito, e sim, de simples discriminação de competências entre os diversos entes da federação (União, Estado e Municípios). (JUSTEN FILHO, 2003, p. 44).

Segundo JUSTEN FILHO, o serviço seria considerado público por uma peculiaridade e não de forma universalmente considerada.

MEIRELLES atribui a determinadas atividades designação de serviço público, informando que ela oscila segundo às exigências de cada povo, de cada época. Não se podendo caracterizar os serviços

públicos através de uma relação com atividades coletivas vitais, porque existem atividades sabiamente dispensáveis pela sociedade que são realizadas pelo Estado como serviços públicos. (MEIRELLES, 2002, p. 316/317).

Dessa discussão, vislumbra-se que, em verdade, a noção de ‘serviço público’ irá depender do nível de intervenção Estatal politicamente desejado. No passado, dependia da vontade do governante, exclusivamente. Hoje, constata-se outros fatores, pois não basta o governante desejar. É necessária a vontade dos governados em concordarem em custear os serviços. Em especial quando se fala em democracia.

A intervenção do Estado no domínio econômico ocorre de duas maneiras: a primeira, é por meio do desempenho pelo Estado de atividade econômica em sentido lato (intervenção direta, atividade econômica em sentido estrito e prestação de serviços públicos); a segunda, regulando e fiscalizando atividade desempenhada por terceiros (intervenção indireta).

Isso observando que serviço público constitui espécie do gênero atividade econômica em sentido amplo. Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta, contudo, uma tendência a negar a natureza de atividade econômica ao serviço público. (MELLO, 2003, p. 631 e ss.)

Desta feita, observando os vários cortes epistemológicos, serviço público é considerado, segundo os critérios: da supremacia do interesse público; a indisponibilidade do interesse público; fixação legal e constitucional; vinculação à administração pública; titularidade; finalidade; regime jurídico; e até pelo critério dos direitos humanos.

Consolidando as diversas concepções de serviço público, sob o enfoque de relevância para o presente estudo, tem-se que certos “serviços públicos” constituem um direito fundamental, entretanto possuem um custo. Custo para cada indivíduo que paga seus

impostos. Qualquer garantia estatal tem um custo. (HOLMES, 1999, p. 20-24).

O oferecimento de determinados serviços, num Estado Democrático de Direito, que visa ao interesse público, constitui obrigação deste e um direito do cidadão. Por outro lado, quem custeia o Estado são os cidadãos que pagam seus tributos.

Considerando que para a prestação dos serviços haverá custos, caso o espectro destes serviços sejam ampliados demais, a tributação sobre os indivíduos também aumentará. Mister se faz um equilíbrio entre os diversos atores presentes nas relações jurídicas de prestação de serviços públicos.

O Estado, que delimita os serviços públicos, quando adota uma perspectiva ampliativa, terá que transferir aos indivíduos custos mais altos através dos tributos, se, por outro lado os restringe, a tributação será reduzida e, conseqüentemente, os custos transferidos à iniciativa privada. Diante do não-oferecimento do serviço pelo Estado fica o usuário sujeito a um contrato com os particulares oferecedores dos serviços, ou seja, cada indivíduo é jogado à própria sorte.

Vale ressaltar, porém, que tal equação não é tão perfeita assim. Aumentam-se serviços e aumentam-se custos. Reduzem-se serviços, reduzem-se custos, e, por conseguinte, a tributação sobre a sociedade. O problema é que, muitas vezes, o produto da economia realizada com o não-oferecimento de determinados serviços não é convertido em redução de tributação, pois passa a ser absorvido pela máquina burocrática ineficiente. Momento em que a atividade estatal assemelha-se a uma ‘mão que afana’, retirando recursos dos indivíduos (através da tributação), sem uma eqüitativa contraprestação de serviços públicos, ou seja, a tributação acaba sendo utilizada apenas para custear a máquina burocrática.

Diante de toda esta discussão, verifica-se que o tipo de Estado

e seu ordenamento fixam o que é ‘serviço público’, que é ditado pelos interesses da coletividade no Estado Democrático de Direito, coletividade que em cada época elege suas prioridades.

Fixados os serviços públicos, segundo os interesses da maioria dos indivíduos ou grupos de indivíduos, é cabível se estabelecer que estes podem subdividir os serviços a serem prestados, considerando sua generalidade ou especificidade, estabelecendo a distinção entre serviços públicos gerais e serviços públicos específicos, firmados a partir da afetação direta ou não com o administrado, seja ele um indivíduo ou um grupo maior ou menor, ou seja, quando é endereçável a determinados indivíduos ou grupo, estar-se-ia diante de um serviço específico. Quando não há um vínculo direto, estar-se-ia frente aos serviços públicos de caráter geral, estes remuneráveis pelos impostos. No presente estudo a questão gira em torno de serviços de custeio específico pelo usuário deste.

3. Empresas concessionárias de serviços

Fábio Ulhoa leciona que a teoria da empresa, de origem italiana, tem o sentido prático de ampliar o campo de incidência do direito comercial, introduzindo neste, dentre outros elementos, a prestação de serviços. A empresa, assim, é entendida como a exploração econômica da produção ou circulação de bens ou serviços.(COELHO, 2007, 16/28). A empresa pode ser, ainda, empresa agrária, industrial, imobiliária etc.

A empresa pode ser considerada subjetivamente como uma entidade que se confunde com a pessoa do empresário, objetivamente como estabelecimento onde funciona a atividade, ou ainda corresponde a atividade organizada e coordenada que congrega capital, tecnologia e trabalho. A empresa no Direito público relaciona-se a esta entidade organizada.

O Estado pode exercer diretamente ou indiretamente suas atividades. Indiretamente, pode ser através de entidade pública (autarquia/fundação) ou privada (empresa pública, sociedade de

economia mista, ou até mesmo empresa privada concessionária ou permissionária de serviços públicos).

As concessionárias de serviços públicos podem ser empresas públicas genericamente consideradas ou empresas privadas concessionárias. Tal fato é corolário da necessidade, na sociedade contemporânea, de uma audaciosa e bem articulada aliança do setor público com o setor privado. Atualmente, o setor público não é eficaz o suficiente para atender a todas as necessidades, transferindo parte de uma competência ao setor privado (empresa concessionária).

4. Tarifa, taxa e preço público

As tarifas necessitam ser identificadas de forma autônoma com características próprias e específicas. Tarifa não é tributo, nem receita do Estado. Restando a compreensão de que a taxa e preço público constituem receitas do Estado, quando figura este último como prestador do serviço. Em se tratando de concessionária ou permissionária de prestação de serviço, a remuneração deste se dá pela tarifa. Distingue-se de terceirização. Na terceirização, o ente estatal recebe do contribuinte ou do particular, conforme seja taxa ou preço público, e paga às diversas empresas prestadoras de serviços contratadas pelo Estado. No caso da concessionária ou permissionária, elas exploram, prestam o serviço e recebem diretamente da pessoa do particular os valores decorrentes de sua prestação.

Mas, antes de adentrar-se na tarifa, cabe melhor distinção dos outros dois institutos: taxa e preço público.

Sob o prisma constitucional, a Carta Magna de 1988 (art.145 CF/88) estabeleceu que a taxa constitui um dos tributos que podem ser instituídos por qualquer das três esferas de governo (Federal/Estadual/Municipal).

A taxa foi elencada como uma das espécies tributárias,

decorrente do exercício do poder de polícia ou da utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição. Assim, sendo a taxa um tributo, mister se faz a relembração do conceito de tributo: “é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”(art 3º CTN).

Quanto ao exercício do poder de polícia, não há dúvidas de que sua contraprestação ocorre por intermédio de taxa.

Nos termos do art. 145 da CF/88 e art. 77 do CTN, o contribuinte que paga uma taxa recebe uma contraprestação direta e imediata de serviço público, específico, divisível, potencial, ou o tem posto à sua disposição. Tratando-se de tributo, a taxa tem seu pagamento compulsório, independentemente da utilização do serviço público. Este serviço efetivo ou potencial deve ser específico, ou seja, passível de ser separado em unidades autônomas de intervenção da autoridade e utilidade, ou de necessidade pública que justificou a existência do serviço. Quanto à divisibilidade, deve funcionar em condições tais que se apure a utilização individual pelo usuário.

A taxa, portanto, possui característica de “ser um tributo cujo fato gerador é vinculado a uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte”, (MACHADO, 1995, p. 321) distinguindo-se do imposto, que não está vinculado a nenhuma atividade estatal específica relativa ao contribuinte, porém tem natureza compulsória semelhante ao imposto.

Os tributaristas mais abalizados confirmam a caracterização da taxa em função da prestação de serviços ou do exercício do Poder de Polícia como uma receita do Estado. (NOGUEIRA, 1993. p. 163) (MARTINS, 2002. p. 107/108).

A Lei nº 4.320/64 considera o tributo como uma receita

derivada, instituída pelas entidades de direito público destinando-se o seu produto ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas por essas entidades, permitindo compreender que as receitas do Estado classificam-se em originárias e derivadas: as primeiras são decorrentes da exploração do próprio patrimônio estatal, enquanto as segundas resultam da intervenção do Estado, que, em virtude de seu poder de autoridade, pode retirar de seus súditos parcelas de suas riquezas para a consecução de seus fins, visando ao bem comum.

Considerado apenas o aspecto tributário, isoladamente, não se questionaria o significado da tarifa e do preço público, mas somente da taxa, a qual resta inquestionável tratar-se de um tributo e, portanto, receita derivada do Estado, que é cobrada de acordo com a Hipótese de Incidência Tributária específica.

"Em síntese, a taxa pode ser definida como uma prestação pecuniária exigida pelo Estado, em virtude de lei, pela realização de uma atividade que afeta diretamente o obrigado" (JANCZESKI, 1999, p. 26).

4.1 Semelhanças e diferenças entre taxa, tarifa e preço público

O problema surge na identificação da tarifa porque boa parte dos juristas e doutrinadores tributaristas consideram o preço público como uma expressão com significado sinônimo ao da tarifa, ou afirmam a sua inexistência, ou simplesmente se omitem a respeito do assunto.

Para Kiyoshi Harada "a confusão existente entre a taxa e o preço público tem sido uma constante, tanto no campo legislativo, como no campo jurisprudencial, apesar da nítida diferenciação do regime jurídico de uma e de outro", (HARADA, 1997, p. 46), no entanto considera que "preço público é sinônimo de tarifa ou simplesmente preço" (HARADA, 1997. p. 46).

Bernardo Ribeiro de Moraes, desenvolvendo estudo sobre a

taxa no Sistema Tributário Nacional, em 1968, trouxe, também, distinção entre taxa e preço público, fazendo referência à classificação da receita. Para ele o preço é receita originária do Estado, não compulsória, albergado pelo regime jurídico de direito privado e orientado pela vontade autônoma das partes, possuindo, portanto, característica negocial e a taxa é receita derivada, não fazendo menção à tarifa. (MORAES, 1968, p. 59). A taxa e o preço público são receitas estatais.

Atente-se que o Estado possui receitas: correntes, subdivididas em tributárias (impostos e taxas), de contribuições, patrimoniais, agropecuárias, industriais, de serviços (de natureza negocial), de transferências correntes; e capital, que são as decorrentes de operações de crédito, alienação de bens, amortização de empréstimos, transferências de capital e outras receitas de capital.¹ As receitas correntes tributárias seriam referentes à taxa, mas não exclusivamente, e as demais referentes ao preço público.

Quando o Estado aliena bens disponíveis, há uma contrapartida a ser paga por quem os adquire, que pode ser denominada de preço público. Ninguém é compelido a comprar, constituindo ato negocial, pois poderia comprar um bem, semelhante ao que está sendo vendido pelo ente estatal, de outro indivíduo, ou até dele prescindir. Se na prática de tal ato negocial não estivesse presente o Estado, referido preço público poderia ser considerado preço privado, ou simplesmente preço.

Há, ainda, a teoria que diz haver o preço político que seria o subsidiado pelo Estado, o preço quase privado, em que o Estado poderia ter lucro, e o preço público em que seria cobrado o suficiente para o Estado arcar com os custos do serviço. Mas, o presente estudo optou por adotar preço público para todas as hipóteses de receitas originárias estatais decorrente de serviços prestados sob o regime negocial.

¹ BRASIL. Lei nº 4.320/64. Art. 11 § 4º - A lei disciplinou desta forma.

4.2 Preço público e tarifa: o critério da destinação da receita

Os doutrinadores colocam que não existiria diferença entre tarifa e preço público porque o que interessa para o conceito de taxa é só a análise do fato gerador, não a finalidade de sua instituição ou a destinação do dinheiro arrecadado, e transportam esta amarra para a diferença entre tarifa e preço público. Só que nenhum desses dois institutos são tributos, logo o critério tributário não pode se prestar para caracterizar a distinção entre tarifa e preço público.

Realmente tarifa e preço público não são tributos, mas são também distintos entre si. Há autores tributaristas que fazem referência à tarifa ou ao preço público, colocando-os como conceitos sinônimos sob o argumento de que o CTN no art 4º informa que:

Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:

I – a denominação e demais características formais adotadas pela lei;

II – a destinação legal do produto da sua arrecadação.

Ocorre que tal critério é eminentemente tributário. E a tarifa, bem como o preço público não são tributos, como então tentar estabelecer distinções por critério tributário? Óbvio que não seria possível.

O interessante é que geralmente se coloca no conceito de preço público, o conceito financeiro, em que é dito que o preço público é receita originária, ou seja, não é receita de terceiros e sim receita do Estado gerada a partir do seu próprio patrimônio. Neste ponto surge a confusão, pois se coloca a possibilidade de recebimento do preço público por pessoa jurídica de direito privado, indo de encontro ao conceito de receita originária.

Os preços públicos não se sujeitam aos princípios de ordem tributária por estarem no campo de relações negociais entre o Estado

e os particulares com os quais transaciona. Já as tarifas são cercadas de interesses públicos dos cidadãos usuários de serviços públicos e do próprio Estado, obrigando que as relações jurídicas que respaldam a cobrança de tarifas estejam sujeitas as regras de regulação.

5. Inferências finais

Assim, taxa e preço público seriam receitas do Estado, uma derivada, tributária e compulsória; outra originária, negocial e regida de forma assemelhada ao regime de direito privado. Tarifa não seria receita do Estado, e sim da empresa concessionária ou permissionária de serviço público, sujeitas as regras de regulação, face ao interesse público e do Estado, na fixação inicial do seu valor, assim como quando dos reajustes.

Destacando-se que, dentro de um mundo globalizado, as amarras e os conceitos do passado são inadequados para a compatibilidade com as rápidas transformações, o surgimento de novas tecnologias e diferentes necessidades sociais. Em muitas atividades, o Estado está sendo substituído por empresas que possuem melhores condições de prestar os serviços originalmente executados pelo ente estatal, ou simplesmente pela vontade política de encolhimento do Estado.

Empresas de água, energia elétrica e telefonia eram de propriedade exclusiva do Estado. Cobravam tarifas. Para alguns, assemelhava-se a preço público. Porém, as receitas provenientes das empresas não se caracterizam como do Estado. Este teria direito apenas ao lucro, quando existisse. Só que muitas vezes o ente público misturou os caixas do Estado com os das Empresas e não respeitou a distinção de personalidade jurídica. Tal quebra do princípio da entidade contribuiu para a confusão no estabelecimento das claras diferenças entre taxa, tarifa e preço público.

Com o advento das privatizações e abertura de setores dantes privativos de empresas estatais para concessionárias e permissioná-

rias privadas, torna-se patente a caracterização da tarifa como receita da concessionária de serviços públicos.

Referências

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v.1. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANCO, Gustavo H. B. *O Desafio Brasileiro: Ensaio Sobre Desenvolvimento, Globalização e Moeda*. São Paulo: Editora 34, 1999.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: why liberty depends on Taxes*. New York and London: W.W. Norton & Company, 1999.

JANCZESKI, Célio Armando. *Taxas*. Curitiba: Juruá, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MARTINS, Sergio Pinto. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Atlas, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação*

constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Bernardo Ribeiro. *A taxa no sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1997.

