

Caracterização Jurídica da Remuneração paga pelo Usuário à Concessionária de Serviço Público (Taxa ou Tarifa?) *

Antônio Carlos Cintra do Amaral

A Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, previa a instituição de três espécies de tributos (art. 18, “caput”): **a)** impostos; **b)** taxas; e **c)** contribuição de melhoria.

Por sua vez, dispunha a Constituição, em seu art. 167:

“Art. 167. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

- I. obrigação de manter serviço adequado;*
- II. tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e*
- III. fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.”*

Duas correntes doutrinárias se confrontavam quanto à interpretação desse art. 167. Uma, entendendo que toda atuação estatal diretamente referida aos cidadãos, como é o caso dos serviços públicos, seria remunerada mediante **taxa**, independentemente de quem estivesse atuando, se o Poder Público, diretamente, ou, indiretamente, mediante concessão. Para os que sustentavam essa tese, a expressão “*tarifas*”, contida no dispositivo constitucional, devia ser entendida como sinônimo de “*taxas*”. A outra, sustentando a opinião de que **taxa** e **tarifa** eram conceitos juridicamente distintos, sendo a **tarifa**, paga pelo usuário do serviço público à concessionária, não um **tributo**, mas um **preço público**.

Sempre me pareceu, em debates na Faculdade de Direito da PUC de São Paulo, onde fui professor de Direito Econômico, que **taxa** e **tarifa** eram, à luz do texto constitucional, conceitos distintos. Quando o Poder Público prestava serviço público diretamente ao usuário, exercia seu poder impositivo, e cobrava **taxa**. Quando prestava esse serviço indiretamente, mediante concessão, a concessionária cobrava **tarifa**.

A questão não era - e continua não sendo - acadêmica. Se o que a concessionária cobrava do usuário era **taxa**, espécie de **tributo**, ficava ela subordinada aos princípios constitucionais da **legalidade** e da **anualidade**.

Parecia-me que, analisado o art. 167 em seu conjunto, não se podia entender a expressão “*tarifas*” como sinônimo de “*taxas*”, mesmo que se abstraísse sua literalidade. Porque esse dispositivo constitucional previa o respeito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Evidentemente, esse equilíbrio poderia ser rompido a qualquer tempo, em conseqüência de um fato superveniente e imprevisível, fazendo surgir o dever do poder concedente de rever a tarifa, a fim de assegurá-lo - restabelecendo-o -, de acordo com o preceito constitucional. Se essa medida dependesse de aprovação de lei (**princípio da legalidade**), que - mais ainda - só entraria em vigor no exercício seguinte ao de sua publicação (**princípio da anualidade**), também me parecia evidente que dificilmente o equilíbrio econômico-financeiro poderia ser restabelecido antes que a situação concreta se tornasse irremediável.

A Constituição de 1988, no que se refere à classificação dos tributos, repetiu a norma do art. 18 da Constituição anterior (art. 145). Quanto ao regime de concessão de serviço público, dispôs, em seu art. 175:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

- I. o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;*
- II. os direitos dos usuários;*
- III. política tarifária;*
- IV. a obrigação de manter serviço adequado.”*

Note-se que, embora o texto do art. 175 seja diferente do texto do art. 167 da Constituição anterior, dele não difere substancialmente, em seu significado objetivo. Não se contém, nele, a expressão “*tarifas*”, mas se diz que a lei disporá sobre “*política tarifária*”, o que dá no mesmo. Não assegura, ainda, expressamente, a manutenção do

equilíbrio econômico-financeiro do contrato, mas isso continua a ser dever do poder concedente, por força da aplicação da teoria da imprevisão a todos os contratos administrativos, inclusive, e especialmente, aos contratos de concessão, já que essa teoria foi formulada pelo Conselho de Estado francês a partir de decisões relativas a contratos de concessão de serviço público. Mais ainda: esse dever deflui da lei.

Nesse sentido, dispõe a Lei 8.987/95, nos §§ 2º e 4º do art. 9º:

“§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

.....

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”

Dispõe, ainda, a Lei 8.666/93, aplicável, no que couber, aos contratos de concessão de serviço público:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

.....

II. por acordo das partes:

.....

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

.....

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.”

Assim, não hesito em continuar sustentando que a remuneração paga, à concessionária, pelo usuário do serviço, é **tarifa** (preço público), e não **taxa**.

Essa conclusão baseia-se, atualmente, na Constituição de 1988, que continuou a consagrar os princípios da **legalidade** e da **anualidade** dos tributos, em seu art. 150, incisos I e III, “**b**”, respectivamente.

Vale repetir: além de previsão legal, o aumento de tributos, inclusive taxas, somente pode ser cobrado no exercício seguinte ao em que haja sido publicada a lei autorizativa. O que continua a demonstrar a incompatibilidade da cobrança de **taxa** com o dever do poder concedente de assegurar e restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público. Essa remuneração, portanto, caracteriza-se como **tarifa**.

Não há, na Constituição atual, nada que altere essa conclusão. Há, isso sim, na Lei 8.987/95, um reforço considerável a ela, na medida em que:

- a)** refere-se, do princípio ao fim, à remuneração, paga pelo usuário do serviço à concessionária, como **tarifa**;
- b)** exclui, implicitamente, do princípio da **legalidade**, a fixação da tarifa, ao dispor que ela pode resultar da proposta da licitante vencedora (arts. 9º e 15, I e III); e
- c)** exclui, implicitamente, do princípio da **anualidade**, o aumento da tarifa, na medida em que admite seu **reajuste**, bem como sua **revisão**, por força de cláusula contratual (art. 23, IV).

Deu a Lei 8.987/95, portanto, claramente, a conotação de **preço contratual** (público) à **tarifa**, não se podendo, atualmente, retomar a tese de que a questão era semântica.

Acentue-se, ainda, que a incompatibilidade, acima apontada, entre **taxa** e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público - e, em contrapartida, a compatibilidade entre **tarifa** e manutenção desse equilíbrio - é reforçada, atualmente, na medida em que cada vez mais a concessionária passa a ser empresa privada. Quando a concessionária era - ou é - estatal, a questão ficava - ou fica - minimizada, já que o poder concedente pode assegurar esse equilíbrio mediante aporte de capital à concessionária sob seu controle societário, ao invés de aumentar a tarifa. Se a concessionária é empresa privada, o poder concedente ou aumenta a tarifa ou paga indenização pelo descumprimento do contrato. Ressalvo que estou utilizando o termo

aumento em sentido lato, abrangendo o aumento propriamente dito, resultante de **revisão** da tarifa, e a mera atualização do valor da tarifa, resultante de **reajuste** contratual (sobre reajuste e revisão da tarifa, v. meu “*Concessão de Serviço Público*”, citado, pp. 68/78).

* *Artigo publicado na Revista “Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública” nº 2, Ano 2000, editada pela IOB.*

*(Comentário CELC nº 44– 01.09.2001, divulgado no site www.celc.com.br)
Esta página é renovada quinzenalmente, nos dias 1 e 15 de cada mês.*