PARECERES

SERVIÇO PÚBLICO — FIXAÇÃO E REVISÃO DE TARIFAS

— *Sem lei expressa em contrário, não é admissível estender-se a competência legislativa a uma órbita própria da administração, que é a execução dos contratos regularmente concluídos.*

PARECER

A fixação de tarifas dos serviços públicos, principalmente as concedidas, constitui problema relacionado com o funcionamento dos serviços, no que se refere à sua parte financeira, do momento que a manutenção desses serviços e o seu funcionamento, está relacionado com o pagamento do seu preço pelos usuários.

A particularidade do regime de fixação de tarifas é que êle desafia os princípios gerais da concorrência, sendo os seus valores fixados por um terceiro, que não as partes intervenientes no contrato, ou na relação jurídica.

O poder concedente, isto é, o Poder Público é quem fixa a tarifa, mas obedecendo a critérios gerais e impessoais, a pressupostos de ordem técnica, que permitem atender ao justo equilíbrio dos interesses dos fornecedores e usuários.

E' evidente que êsse problema de tarifas não teve sempre a mesma importância e que se tornaram mais exigentes, do momento que a instabilidade econômica veio se refletir mais diretamente no custo dos serviços, obrigando alterações permanentes no valor das tarifas.

O famoso caso da Compagnie du Gaz de Bordeaux decidido pelo Conselho de Estado da França, quando o preço do carvão sofreu os efeitos da primeira guerra mundial, e a elevação do preço

da matéria-prima atingiu o custo do serviço, constituiu um dos casos-padrões da jurisprudência, quando esta infringiu o preceito tradicional da intangibilidade dos contratos, para sujeitá-los também às cláusulas de imprevisão, a seguir a adequação de suas cláusulas econômicas, às contingências da instabilidade dos preços (Maurice Hauriou, *La Jurisprudence Administrative*, vol. III, pág. 578).

Já muito antes, nos meados do século passado, a jurisprudência americana havia se fixado no mesmo sentido do reajustamento permanente dos valores e dos preços, já por outro caminho e outros fundamentos jurídicos, procurando o justo equilíbrio entre a empresa e o usuário, através do exercício do "poder de polícia", como instrumento de limitações permanentes dos direitos individuais, graças às quais os abusos são eliminados.

Êsses abusos não são apenas os que dizem com o excesso dos preços que importam no confisco da economia do usuário, mas, também, nas tarifas não compensatórias que envolvem o confisco do capital da empresa.

De qualquer maneira, a doutrina e a legislação de todos os países capitalistas, adotaram o princípio fundamental de que o preço dos serviços prestados pelas empresas concessionárias deve corresponder ao seu custo, isto é,

a uma justa remuneração do capital, dentro de limites fixados pela lei, depois de feitas tôdas as deduções, inclusive o necessário para o desenvolvimento e melhoramento dos serviços, de maneira que êstes sejam adequados à época e exigências dos usuários.

É isto, aliás, matéria constitucional (art. 151, parágrafo único), não regulamentada devido à inércia do Legislativo federal, inércia que vem produzindo as mais graves conseqüências.

Para atender a essa instabilidade econômica e à flexibilidade das tarifas, criaram-se nos Estados Unidos as conhecidas *Public utilities commissions*, encarregadas de fixar de maneira permanente as tarifas, dentro de um clima de publicidade, que tira a essa tarefa os inconvenientes, inclusive psicológicos, do regime de clandestinidade que caracteriza a maioria dos métodos adotados em outros países.

O caráter permanente, público, eminentemente técnico, contábil, regulamentar, dessas comissões, confere-lhes um prestígio por todos reconhecido e que se traduz nos inúmeros relatórios publicados sobre o assunto nos Estados Unidos.

Estas considerações não contêm matéria nova, já estão hoje muito divulgadas no Brasil, onde se contam numerosos especialistas, dedicados a êsses estudos, mas servirão de base para a resposta às questões propostas.

Essa dissociação do problema das tarifas do sistema contratual que é o instrumento jurídico do serviço público concedido, criou a teoria em virtude da qual o contrato teria duas partes: — uma, a que fixaria os prazos, as condições gerais do contrato, quanto à natureza do serviço, modo de prestação etc., e outra, variável, regulamentar, sujeita a modificações permanentes, seriam as tarifas.

Esta doutrina tem amparo em numerosos autores, como Jêze, Duguit, Waline, Bielsa, Masagão.

Aderimos a ela, menos por contingências de ordem doutrinária do que

pelo que representa na prática, eficácia na execução do contrato.

Contra ela, insurgiu-se recentemente Laubadère, em seus *Contrats Administratifs*, obra editada no ano corrente, em 3 volumes, onde a separação do contrato em duas partes, uma das quais perderia as virtudes do contrato, seria contrária à própria estrutura jurídica dos contratos.

A doutrina americana, menos cartesiana, segundo as definições e conceituações de ordem teórica, por motivos de ordem pragmática, fixa, desde logo, o sentido da tarifa, considerando-a elemento de execução do contrato, sujeita, como tôdas as demais cláusulas de execução, às contingências e variações das próprias condições de execução.

Preferimos, entretanto, sustentar o ponto de vista teórico em que o contrato, sendo de prestação de serviço e sendo a prestação e, portanto, a renda do serviço, dependentes da fixação do seu *quantum*, êste há-de ser sempre, de maneira permanente, do conteúdo do próprio contrato, elemento essencial para a sua executoriedade.

Ora, se variável é êsse preço, a própria vigência do contrato estará condicionada ao seu reajustamento periódico.

Indispensável, porém, é que êste se processe, não arbitrariamente, porque estariam, então, empresa e usuário, à mercê do árbitro de terceiros, mas dentro de padrões tecnicamente perfeitos, para a determinação do justo valor, do justo preço da mercadoria fornecida, que, no caso, será o serviço.

Há, neste processo de fixação de tarifas, nesta arbitragem entre dois interesses em jôgo, um problema técnico, cujo desconhecimento é inadmissível, mas também um sentido ético, sem cujo respeito, ineficaz e contraproducente será a ação da Administração pública, como conciliadora e homologadora de interesses.

Eis porque, essa tarefa tem sido atribuída a comissões idôneas, moral e tecnicamente, que devem trabalhar sob o regime da maior publicidade, de

portas abertas, dando contas públicas do seu trabalho, porque o consumidor, o usuário, tem o direito de saber porque vai pagar o *quantum* fixado.

Por outro lado, não participando diretamente do processo de revisão de tarifas, o usuário encontra no poder concedente o fiador e garantidor dos seus próprios interesses.

Serão, entretanto, a revisão e fixação de novos preços tarefa legislativa ou executiva?

A questão tem sido pouco estudada entre nós, mas os autores americanos, desde muito, já fizeram o processo do controle das tarifas pelo Legislativo, condenando-o, irremediavelmente, pela natureza de função legislativa, mas de caráter normativo, pela temporariedade do funcionamento das Câmaras, pela ausência dos meios e pessoal adequado, com competência técnica e especializada (ver Jones and Bighans, *Principles of Public Utilities*, pág. 103).

Não se indicam outras vantagens que não a própria composição democrática das Câmaras, o que lhes tira, entretanto, o sentido técnico especializado.

A preferência tem sido dada ao Poder Executivo, ou melhor, aos órgãos administrativos, ou de comissões *ad hoc* ou, então, de comissões permanentes, destinadas exclusivamente àquele fim (ver *Novo Tratado de Direito Administrativo*, vol. VI, onde a matéria é longamente tratada e no vol. III, da 3.^a edição, que vem de ser publicado).

Não seria tarefa do Poder Executivo, como órgão político, mas como responsável pela execução dos contratos concluídos com a Administração, decorrendo do seu dever de zelar pela boa aplicação das normas contratuais e pelo cumprimento das obrigações assumidas pelo Estado, no contrato.

Não se cogita, na fixação periódica das tarifas, de novo contrato, de fixar normas que estruturam as relações contratuais, quando a intervenção legislativa se pode justificar, mas de medida de execução de contrato já concluído, perfeito e acabado, mas que depende

de cumprimento e de fiscalização na execução.

Cabe à Administração, como tal, prover ao seu devido cumprimento e obediência, como mediador de um lado e de outro como representante do consumidor ou usuário, que outro representante não tem nas relações contratuais com a empresa.

RESPOSTAS

A primeira pergunta está assim redigida:

"É da competência do Prefeito Municipal (Poder Executivo) ou da Câmara Municipal (Poder Legislativo) atender aos pedidos de revisão de tarifas e fixá-las?"

Resposta — A resposta ao quesito visa a adequar o que dissemos acima à legislação vigente no Estado de São Paulo.

A concessão dada à Companhia Municipal de Transportes Coletivos para executar os serviços que executa, emana de um ato legislativo do Interventor Federal em São Paulo, em 14 de agosto de 1946 (Decreto-lei n.º 15.958), o que vale dizer, foi autorizada por lei, quando não existia na Capital do Estado Poder Legislativo.

A Municipalidade, então, foi investida na pessoa do seu Prefeito, dos poderes para concluir o contrato.

Num contrato são fixadas as bases para a determinação das tarifas (cláusulas 31 e seguintes), sem mencionar especificamente qual a autoridade responsável para fazê-lo.

Nem caberia ao contrato resolver essa questão, mas à Constituição e leis orgânicas.

Ora, nem a Constituição do Estado, nem a Lei Orgânica dos Municípios, fazem a menor referência à matéria, mencionando apenas as competências gerais e específicas de cada um dos Poderes, nas órbitas normais de cada um dos Poderes.

Ora, não seria admissível que, sem preceito expresso, se pretendesse estender a competência legislativa a uma

órbita própria da Administração, que é a execução dos contratos regularmente concluídos.

A fiscalização pelas Câmaras é medida e providência de ordem excepcional, só tolerável por lei expressa.

Não há que confundir-se tarifa com tributo e, mesmo os que defendessem tal absurdo, não levariam a intervenção legislativa ao ponto da fiscalização da execução e cálculo do tributo.

Dir-se-á que é o *quantum* que importa, mas, por outro lado, é preciso não esquecer de que a tarifa representa o custo — e preço — do serviço, sendo inoperante o Poder Legislativo no cálculo desses valores, por faltarem a esse Poder os meios e os dados indispensáveis.

Nem sequer com as taxas chamadas remuneratórias se identificam os preços dos serviços, pela natureza privada da prestação não obstante a interferência do Poder Público, mas que, no caso, não age como parte, mas como terceiro, na operação, isto é, no exercício de um poder de polícia.

Deve-se também, ponderar que mesmo os critérios gerais deveriam ser objeto de lei federal, nos termos do art. 151 da Constituição.

Não obstante, ao Poder Legislativo caberia, quando muito, no silêncio e na ausência do legislador federal, estabelecer normas gerais a serem atendidas pelo Poder Executivo.

No regime da independência dos poderes, existem áreas específicas, impenetráveis aos demais Poderes, de acordo com a natureza própria de cada um, e, embora o Legislativo cubra uma esfera de atribuições mais amplas, abrangendo uma larga esfera de controle do Executivo, não me parece que possa impor aos contratantes preços de serviços.

É, precisamente, o caráter técnico e objetivo da tarifa que tira ao ato do Executivo, regularmente processado e tecnicamente comprovado, o sentido arbitrário ou discricionário.

A segunda pergunta está assim redigida:

“Votando a lei citada, não invadiu a Câmara dos Vereadores de São Paulo a esfera de atribuições do Prefeito Municipal, ofendendo direito líquido e certo da concessionária?”

Resposta — Uma vez fixada a tarifa pelo Poder concedente, nos termos do contrato, não mais se justifica a interferência de outro órgão ou Poder, porque não podem existir nem dois Poderes, nem dois órgãos, com a mesma competência, porque quando esta não se acha explícita, deve decorrer daquilo que implicitamente decorre dos poderes explícitos.

No caso em apreço, trata-se iniludivelmente de execução de contrato. Uma vez êste realizado e concluído, de acordo com a lei que o autorizou, esgotou-se a competência legislativa, cabendo ao Executivo dar-lhe o devido cumprimento.

O direito à sobrança da tarifa, fixada de acordo com a lei, deve ser reconhecido, salvo quando extorsivo, ou, como denominam os tribunais americanos — confiscatórios — porque não atendem ao justo equilíbrio dos interesses em jogo.

Esse conceito é flexível, por natureza, e tem sido aplicado principalmente nos casos em que as tarifas são muito baixas; nesse caso, entende-se que os juros não compensam a aplicação do capital invertido, e que o interesse da empresa desapareceria.

Deve-se, entretanto, reconhecer que o mesmo conceito se aplica aos casos de tarifas excessivas, quando compensatórias além dos limites razoáveis. Nestes casos é a economia pública confiscada em benefício da empresa.

Muito haveria a dizer sobre o assunto, a fim de alertar os governantes em matéria tão relevante, mas objetivando a resposta, tenho a dizer apenas que fixadas as tarifas, estas passam a ter caráter contratual e, como tal, se incorporam à relação jurídica criada pela concessão.

Não cabe, portanto, ao Poder Legislativo, rever ou modificar o ato do Executivo.

E o meu parecer, ao qual teria dado maior desenvolvimento não fôsse

o curto prazo que me foi concedido, dada a urgência do assunto.

Rio de Janeiro, 2 de junho de 1956.

— *Temístocles Brandão Cavalcânti*