

## TARIFA — CONCEITO — FISCALIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — ILEGALIDADE DA COBRANÇA

— O conceito legal de tarifa não fica ao arbítrio, nem do legislador, nem do administrador.

— É ilegal a cobrança de tarifa sobre fiscalização das emprêsas de transportes coletivos no Estado da Guanabara.

### CONSULTA

O ilustre Governador do Estado da Guanabara, em 22 de julho de 1966, através do Decreto N n.º 641, discipli-

nou “a cobrança da tarifa de fiscalização do serviço público prestado pelas Empresas Operadoras de Transportes Coletivos de passageiros”.

A denominada *tarifa de fiscalização*

importa no incluir, entre os custos do serviço, um percentual destinado à Companhia de Transportes Coletivos do Estado da Guanabara — CTC., a título de ressarcimento do custo dos serviços de fiscalização exercidos por ela sobre as outras emprêsas (art. 3.º).

Ato posterior — Decreto E n.º 1162, de 25 de julho de 1966 — fixou o *quantum* a ser recolhido, mensalmente, aos cofres da C.T.C., pelas demais emprêsas (art. 2.º).

Observa-se que pelo processo adotado se delgou à CTC, que explora o mesmo serviço de transporte coletivo de passageiros (de início em ônibus elétrico e hoje, principalmente, em ônibus a motor de explosão), confiado às demais emprêsas, fiscalizar as suas concorrentes.

Afigurando-se ilegal essa *tarifa de fiscalização, consulta-se:*

Primeiro: Embora o Dec. N n.º 641, de 22 de julho de 1966, diga tratar-se de instrumento disciplinador da cobrança da tarifa de fiscalização do serviço público prestado, não está na realidade criando uma inusitada taxa?

Segundo: O Decreto aludido respeita as normas vigentes para a criação de taxa?

Terceiro: Não está totalmente fora das normas geralmente adotadas, a determinação do recolhimento da referida *tarifa de fiscalização*, diretamente aos cofres da CTC, tanto mais quando se trata de concorrente das contribuintes?

Quarto: À luz do direito administrativo e do direito constitucional, como apreciar o decreto citado?

Quinto: Que pode significar o decreto em foco, notadamente quanto ao precedente aberto e suas implicações mais imediatas?

#### PARECER

Ao primeiro quesito:

1. A tarifa de fiscalização instituída, no Estado da Guanabara, por decreto executivo (Decreto N n.º 641, de

22 de julho de 1966), em favor da Companhia de Transportes Coletivos — CTC, na qualidade de órgão descentralizado da Secretaria Serviços Públicos, “a título de ressarcimento do custo dos serviços de fiscalização” (art. 3.º) exercidos sobre as outras emprêsas exploradoras de linhas de transporte coletivo urbano (art. 2.º), não se pode caracterizar, em verdade, como tarifa.

2. A tarifa de serviço público, em regime de concessão ou de permissão, destina-se a remunerar o prestador, cobrindo os seus encargos financeiros (amortização do capital, reposição de bens, etc.) e retribuindo-lhe a atividade desempenhada (juros). Jamais se apresenta como fonte de receita para a pessoa de direito público, concedente ou permitente, através da atribuição, a ela, de parte do seu valor. Se bem que para a sua composição vários elementos sejam considerados, a tarifa, como preço a ser pago pelo usuário e como valor a ser embolsado pelo prestador do serviço, é una. Algo que se lhe acrescente, ainda que formalmente confundido com ela numa só arrecadação, será um valor adicional, estranho a ela na sua essência. Desdobrá-la em *tarifa própria-dita* e *tarifa de fiscalização*, atribuindo aquela ao explorador do serviço, e esta ao órgão fiscalizador, é desfigurá-la como instrumento de remuneração do concessionário ou permissionário. Sim, porque é tornar o poder público, não prestador do serviço, participante da contraprestação que por este paga o usuário.

3. O conceito legal de tarifa, como qualquer outro conceito jurídico, não fica ao arbítrio, nem do legislador nem do administrador. Tem um conteúdo próprio. Há de ser aquêla que a doutrina tenha consagrado. E a doutrina do direito administrativo não autoriza a compreender na tarifa o custeio de serviços de fiscalização.

4. GASTON JÊZE, dos mais prestigiosos tratadistas da matéria, enumera os elementos a serem considerados para a composição do preço nos serviços pú-

blicos, sem nêles compreender êsse: “1.º) os juros e a amortização do capital investido na empresa (ações, obrigações); estas são os encargos financeiros; 2.º) as despesas de conservação e de renovação do material; 3.º) os salários do pessoal, em sentido amplo; 4.º) as despesas de compra de matérias-primas (carvão, etc.); 5.º) os diversos gastos da exploração (aluguéis, seguros, etc.); 6.º) os impostos; 7.º) o lucro normal do concessionário”. E adverte que em se tratando de gravames fiscais, que ao Estado se afigure próprio fazer incidir no serviço, cumpre estabelecê-los “diretamente sobre o público”, e não como tarifa, embora delegando-se ao concessionário a sua arrecadação (*Principios Generales del Derecho Administrativo*. versão espanhola de San Millan Almarago, vol. V, p. 136).

Vale ressaltar que o custeio da fiscalização não se inclui entre “os diversos gastos de exploração”, a que alude JÊZE, pois êstes supõem o aparelhamento material do serviço e a sua operação. Essa posição é generalizada.

RAFAEL BIELSA dela participa, quando escreve: “O preço do serviço não deve exceder do total formado pelo custo e o interesse normal da exploração” (*Derecho Administrativo*, 4.ª edição, vol. I, p. 400).

Com ela está LAUBADÈRE, que, estudando os motivos de variação e a revisão das tarifas, não inclui, entre êles, o ônus da fiscalização (*Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, 1965, p. 283).

No direito norte-americano se entende que a tarifa há de ter em vista: as despesas de operação, a depreciação e obsolescência do material; a amortização do investimento; os juros dêste. E, coerentemente com as limitações do cálculo tarifário, e ainda em abono da exclusão do custo da fiscalização, se tem como “desarrazoada, do ponto de vista do consumidor”, a tarifa que “excede o valor do serviço prestado a êle” (*Corpus Juris Secundum*, vol. 73, p. 1.034 e 1.039-1.047).

5. A tradição do nosso direito positivo não destoia do que dêsse modo assenta a doutrina. É prática constante no País, o exercer-se a fiscalização sobre os serviços públicos confiados a terceiros, através dos setores administrativos alimentados pela receita tributária comum. O que vale dizer, sem pesar na tarifa.

Em texto dos mais valiosos como exemplo, porque dos de aplicação mais difundida — o Decreto federal n.º 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, que regula mente os *serviços de energia elétrica* — não figura, entre os elementos integrantes do preço da prestação, nenhum relacionado com a fiscalização do serviço. Segundo se depreende dos seus arts. 165 e 166, as tarifas serão fixadas tendo em vista:

I — as despesas de exploração, conforme enumeradas na classificação de contas, na qual não aparece item relacionado com a fiscalização (Decreto federal n.º 28.545, de 24 de agosto de 1950); II. a quota de depreciação; III. a quota de amortização ou de reversão; IV. a remuneração do investimento; V. as diferenças em juros e amortização de empréstimos, com cláusula de escala móvel, tomados no Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico. E, quando “a empresa fôr devedora de empréstimo em moeda estrangeira, contraído para a instalação ou o aumento do seu investimento, devidamente registrado pela Superintendência da Moeda e do Crédito”. será considerada, também, “a diferença, a mais, entre o custo de câmbio efetivamente pago para as remessas de juros e principal dos referidos empréstimos, e aquêle ao qual estiver contabilizado o empréstimo, ou que serviu de base para determinação do custo histórico dos bens e instalações construídos ou adquiridos com o produto do empréstimo”.

Outro texto relevante no campo dos serviços de utilidade pública — o Decreto federal n.º 54.295, de 23 de setembro de 1964, relativo às concessões de portos — também não refere o cus-

teio da fiscalização como valor computável para o cálculo das tarifas. A sua orientação coincide, exatamente, com a adotada no setor da energia elétrica (art. 6.º).

Ao segundo quesito:

1. O valor adicional que, sob o nome de *tarifa de fiscalização*, o Decreto N n.º 641 faz incorporar-se ao preço das passagens do transporte urbano por ônibus, não constitui, na realidade, como vimos de ver, um valor tarifário. Não se incluindo entre os fatores de custo do serviço, faltando-lhe o conteúdo de tarifa. O usuário é chamado a pagá-lo, não como preço de prestação recebida, porém como contribuição para os cofres públicos. E se não é tarifa, também não é tributo. Sim, porque embora a incidência o faça assemelhar-se à taxa pelo exercício do poder de polícia ou a impôsto sobre o serviço de transporte (Constituição federal, art. 19, n.º II, e art. 22, n.º VII, combinando com o art. 25, n.º II), carece de lei instituidora, elemento básico para caracterizar-se como tributo (Constituição federal, art. 150, § 29).

2. Sômente como uma imposição anômala, e, por isto mesmo, juridicamente viciosa, é possível qualificar esse valor acrescido à tarifa, e exdrixulamente denominado, êle mesmo, de tarifa.

Aos quesitos terceiro e quarto:

1. O recolhimento aos cofres da Cia. de Transportes Coletivos — CTC, a título de *tarifa de fiscalização*, de parte da tarifa arrecadada aos usuários do serviço de ônibus (Decreto N n.º 641, de 22 de junho de 1966, art. 3.º), contraria, do mesmo passo, preceitos do direito constitucional e do direito administrativo.

2. Vista ao ângulo constitucional, a medida conflita com a política traçada, na Lei Suprema, para o comportamento do Estado quando participe de atividade econômica em competição com pessoas privadas. Com efeito. Essa política é marcada pelo critério da igualdade de tratamento entre empresas públicas e empresas privadas, no desempenho de

atividades econômicas idênticas. Domina-a o propósito de vedar tratamento preferencial às atividades desempenhadas pelo poder Público em competição com particulares. Pelo que “as empresas públicas, as autarquias e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações” (art. 163, § 2.º), e a “empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas” (art. 163, § 3.º).

3. Ora, a denominada *tarifa de fiscalização* frustra a igualdade de tratamento entre empresas públicas e empresas privadas, com o conseqüente favoritismo econômico do ente estatal. Recaindo apenas sobre as passagens cobradas pelas empresas privadas que operam no transporte urbano, situa a CTC em plano privilegiado. Porque, ou as suas passagens, em quilometragem idêntica, custarão menos do que as das outras companhias, e isso há de ser um elemento de captação do público, ou serão de custo igual, para igual percurso, às das demais empresas, e neste caso ela será favorecida através de remuneração mais alta do serviço.

4. Tendo-se em conta os princípios do Direito Administrativo, a instituição da denominada *tarifa de fiscalização* constitui um desvio de poder, ou melhor, de finalidade, no exercício da competência para estipular tarifas. Com efeito. Essa competência que se destina a permitir o ajustamento, satisfatório e periódico, da remuneração dos exploradores de serviços, foi usada, na espécie sob consulta, no favorecimento de empresa estatal. E o ato administrativo praticado com “fim diverso” daquele para cuja prática foi outorgada a competência, é nulo (Lei federal n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, art. 2.º, parágrafo único, letra e).

5. Conquanto não declarado o propósito de favorecimento (o desvio de poder jamais se traduz numa confes-

sada infração da finalidade da norma aplicável, disfarçando-se sempre nas aparências de ato conforme aos fins da lei), o certo é que, através do recolhimento, aos cofres da CTC, de receita da *tarifa de fiscalização*, o que se faz, praticamente, é oferecer-lhe, sob aparência de remunerar uma sua atividade fiscalizadora, condições financeiras privilegiadas, pelo acréscimo à sua renda de quantias arrecadadas pelas concorrentes dela.

Ao quinto quesito:

1. O Decreto n. 641, de 22 de julho de 1966, abre caminho para uma total desfiguração da tarifa como quantia paga pelo usuário para remuneração, ao prestador, por períodos fixos de fornecimento de coisas e serviços (gás, energia elétrica, etc.) ou em oportunidades eventuais de sua

utilização (transporte coletivo, telefones públicos, etc.). Porque descaracterizada a tarifa, pela inclusão, no respectivo cálculo, de parcela alheia ao serviço em si, e a ser auferida pelo concedente ou permitente, a título de custeio da fiscalização, nada impedirá de agravá-la com outras superposições — *tarifa de conservação de calçamentos, tarifa de iluminação de logradouros*, etc. — sob o pretexto de que o serviço é prestado com utilização de pistas do domínio público, de iluminação de ruas e praças, etc. A tarifa já não custeará apenas o serviço prestado; além dêle custeará, parcialmente, terceiros serviços de responsabilidade direta do Estado.

É o que nos parece.

*M. Seabra Fagundes*, Advogado no Rio de Janeiro.