

**Publicado na *Revista Dialética de Direito Tributário*:
COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel de Abreu Machado.
A diferença jurídica entre taxa (tributos) e tarifa (preços), seja pública,
privada ou política.. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.194, 2011.**

Parecer

Ementa: Distinção entre taxa (tributo) e tarifa (preço). Impossível a cobrança de taxas nas concessões, permissões, autorizações e parcerias público-privadas. Nas concessões de serviços públicos, à rigidez dos princípios constitucionais-tributários (legalidade, tipicidade, Irretroatividade, anterioridade) invalidariam a flexibilidade que adorna as modernas formas de interação entre o Estado e a sociedade tendo em vista a satisfação das necessidades coletivas. Somente tarifas (preços) são compatíveis com a equação econômico-financeira dos contratos de concessão. Serviços auxiliares do poder de polícia podem ser objeto de concessão. Certificação de veículos. Remoção e guarda de veículos irregulares ou arrestados pelo Poder Judiciário.

Belo Horizonte

Junho de 2011

1. A Consulta.

Guarda de Veículos e Equipamentos Ltda consulta-nos sobre a diferença jurídica entre taxa (tributo) e preços, sejam públicos, privados ou políticos, institutos estudados na Ciência das Finanças e na Economia Política, tendo por objetivo dirimir suas controvérsias, quer em relação ao Poder concedente, quer em razão de uma ação despropositada que lhe é movida pelo Movimento das Donas de Casa, a pretexto de defesa do consumidor, em vista das tarifas por ela cobradas (conforme autorizada pelo Poder concedente, para remover veículos automotores em situação irregular e prover a respectiva guarda, como fiel depositária). Importa frisar que a Consulente não presta serviço público, específico e divisível, a particulares, o que motivaria a cobrança de uma taxa. Ao contrário, cumpre ordens do Poder Concedente. Este, ao exercer o seu poder de polícia, outro motivo para os Entes Políticos cobrarem taxas dos seus jurisdicionados, tem necessidade de remover os veículos que apreende e guardá-los com segurança, pois são bens particulares sob custódia. É justamente a concessão licitada para o exercício dessa dupla função o objeto do contrato administrativo entre o Estado de Minas Gerais e a Consulente que, para exercê-la, é obrigada a ter grandes áreas de estacionamento e depósitos, funcionários qualificados, vigias e cuidadores dos veículos, sistemas de segurança e instrumentos (veículos aparelhados) capazes de remover até os pátios de custódia os veículos apreendidos, que ficam à disposição do Poder Concedente, até o momento em que são liberados, após regularização e pagamento dos impostos, taxas e custos estatais ou até a época em que são levados a leilões para forrar o Estado e a consulente.

Este é o estado da arte do caso em exame em cujos encerramentos é-nos solicitado parecer, para tão-somente, nos contrafortes do Direito Tributário, diferenciar taxas e tarifas (preços) bem como caracterizar se a Consulente cobra taxa ou preço, no exercício de suas atividades como concessionária dos serviços de remoção e guarda de veículos apreendidos, por estarem em estado de ilegalidade perante a ORDEM JURÍDICA, constatação que é feita pelo Estado de Minas Gerais (Poder de Polícia) doravante Poder Concedente. É a nossa Consulente, mera concessionária, exercente das atividades-meio de remover, guardar e velar pelos veículos em estado de ilegalidade porém de alheia propriedade, função que exige grandes responsabilidades e pesados ônus financeiros. Daí derivam três conseqüências fundamentais:

- a) o valor das tarifas é assunto “interna corporis” entre o Poder Concedente e o Concessionário, nos termos da concessão, afastada qualquer discricionariedade;
- b) o Código do Consumidor tem vez, não porém para intrometer-se na concessão e fixar os preços públicos cobrados pela Consulente, atribuição do Poder Concedente;
- c) “In casu” as pertenças e acréscimos não foram feitas ou são do Estado. São do concessionário. Não haverá reversão e por isso o investimento, se cessar a concessão, deixa o Poder concedente sem meios e os concessionários sem fins para ativos tão grandes.

2. Preâmbulo.

Certa regra exegética que nos vem dos romanos aplica-se ao caso à maravilha. Está cristalinamente evidente que os preços cobrados pela Consulente são TARIFAS decorrentes de fórmula adrede concertada no contrato de concessão de serviço público secundário (remoção e guarda de veículos irregulares perante a lei) após o regular exercício do poder do Estado de Minas Gerais, ou seja, a apreensão dos veículos. Não se precisa mais do que o segundo termo aditivo ao contrato de concessão “in verbis”, para chegarmos ao cume do tema. Confira-se:

TERMO ADITIVO

Segundo Termo Aditivo ao contrato de concessão para a implantação e execução do serviço público de remoção e guarda, em pátios automatizados e informatizados, de veículos automotores apreendidos em razão de infração a legislação de trânsito que entre si realizam o Estado de Minas Gerais por meio da polícia civil do Estado de Minas Gerais e a empresa Guarda de Veículos e Equipamentos Ltda. de acordo com a legislação vigente, na seguinte forma:

Processo de licitação nº 002/98 – DETRAN

Edital nº 002/98

Contrato CP nº 002/98

A regra exegética referida “ab initio” é “in claris cessat interpretatio”. Estamos pois diante de um contrato de concessão SENDO ADITADO pela 2ª vez... As pagas recebidas pela Consulente são portanto PREÇOS e não taxas às luzes do DIREITO já CONCRETIZADO!

3.O berço Constitucional das taxas e dos preços públicos. A família jurídica do tributo.

3.1. O sentido do artigo inaugural quanto à repartição das competências tributárias entre as pessoas políticas da Federação.

A Constituição brasileira no Título VI dedica o Capítulo I ao *Sistema Tributário Nacional*. A Seção I cuida dos *Princípios Gerais*. O art. 145 ostenta a seguinte redação:

“Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I – impostos;

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 a sua disposição;

III – contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

(omissis)

§ 2º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.”

O art. 145 e seus três incisos dizem que as pessoas políticas ali enumeradas podem instituir três espécies de tributos: impostos, taxas e contribuições de melhoria.

Em primeiro lugar, verifica-se que várias são as *peças políticas* exercentes do poder de tributar e, pois, titulares de competências impositivas: a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios. Entre eles será repartido o *poder de tributar*. Todos recebem diretamente da Constituição, expressão da vontade geral, as suas respectivas parcelas de competência e, exercendo-as, obtêm as receitas necessárias à consecução dos fins institucionais em função dos quais existem (discriminação de rendas tributárias). O poder de tributar originariamente *uno* por vontade do povo (Estado Democrático de Direito) é dividido entre as pessoas políticas que formam a Federação. Em segundo lugar, verifica-se que o *tributo é categoria genérica* que se reparte em espécies: *impostos, taxas e contribuições de melhoria*. Consta-se a assertiva pela análise do próprio discurso constitucional. Diz a Constituição que a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios *poderão instituir* (poder-faculdade) os seguintes tributos: a) impostos; b) taxas, de polícia e de serviços públicos; e c) contribuições de melhoria pela realização de obras públicas benéficas. A tarefa do constituinte, portanto, centra-se na repartição entre as *diversas peças políticas* de parcelas de competência para instituírem as *três espécies tributárias antes mencionadas*. Para tanto, terão que observar princípios técnicos na estatuição das *regras de repartição*, sem o quê não seria possível *partir e ordenar harmonicamente* o poder de tributar, originariamente *uno*. Mais à frente, o constituinte se referirá aos empréstimos compulsórios e às contribuições especiais.

Em terceiro lugar, verifica-se que, ao mencionar as espécies do tributo, o constituinte declina expressamente os *atos jurídicos* genéricos que podem servir de suporte à instituição das taxas (exercício regular do poder de polícia e prestação de serviços específicos e divisíveis) e das contribuições de melhoria (realização de obras públicas benéficas). No que tange aos impostos, no entanto, o constituinte declina, no art. 145, *atos jurídicos específicos* autorizativos da sua instituição pelos legisladores das diversas ordens de governo. Que ilações poderemos tirar desta particularidade?

3.2. Os insumos doutrinários do constituinte – A teoria dos fatos geradores vinculados e não-vinculados.

Pois bem, o constituinte de 1988, como de resto ocorreu com a Constituição de 1967, adotou, em sede doutrinária, a teoria jurídica dos tributos vinculados e não-vinculados a uma atuação estatal para operar a resolução do problema da repartição das competências tributárias, utilizando-a com grande mestria.

Predica dita teoria que os fatos geradores dos tributos são vinculados ou não-vinculados. O vínculo, no caso, dá-se em relação a uma atuação estatal.

Os tributos vinculados a uma atuação estatal são as taxas e as contribuições; os não-vinculados são os impostos. Significa que o fato jurígeno genérico das taxas e das contribuições necessariamente implica uma atuação do Estado. No caso das taxas, esta atuação corporifica ora um ato do poder de polícia (taxas de polícia), ora uma realização de serviço público, específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto a sua disposição (taxas de serviço). Na hipótese da contribuição de melhoria, a atuação estatal materializa-se através da realização de uma obra pública capaz de beneficiar ou valorizar o imóvel do contribuinte. Nas contribuições previdenciárias, é benefício à pessoa do contribuinte ou de seus dependentes. Com os impostos as coisas se passam diferentemente, pois os seus fatos jurígenos, as suas hipóteses de incidência, são fatos necessariamente estranhos às atuações do Estado (*lato sensu*).

Isto exposto, tem-se que a repartição político-administrativa do poder de polícia entre as pessoas políticas e dos serviços públicos é que orientará, segregando, a competência tributária comum que a Constituição lhes outorgou para instituir taxas. Isto não seria possível se o “fato gerador” das taxas não se constituísse de “atuações” do Estado relativamente à pessoa do contribuinte, relativamente a um interesse seu, capaz de ser diretamente atendido por uma manifestação estatal, a qual pode ser prestada pelo Estado em troca de uma taxa ou por particulares, mediante concessão ou autorização, a troco de um preço.

3.3. O art. 145, § 2º, ou o papel controlador da base de cálculo dos tributos.

O art. 145, § 2º, ostenta redação singela e objetiva, melhor que a Constituição de 67, que preceituava não poder a taxa ter base de cálculo idêntica à dos impostos previstos naquela Carta outorgada. Agora, a redação está cientificamente correta:

“Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
§ 2º. As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.”

Correta sim, porque coloca a questão em campo abrangente. A taxa, qualquer taxa, não pode ter base de cálculo de imposto enquanto espécie. Qual a *ratio* da norma? Sem mais, a onipresente realidade da teoria dos fatos geradores vinculados e não-vinculados a uma atuação estatal a permear o Sistema Tributário da Constituição. A regra vigia a repartição das competências tributárias.

Sendo a taxa um tributo cujas hipóteses de incidência (fatos geradores) configuram atuações do Estado relativamente à pessoa do obrigado, a sua base de cálculo somente pode mensurar tais atuações. Entre a base de cálculo e o fato gerador dos tributos existe uma relação de inerência quase carnal (*inhaeret et ossa*), uma relação de pertinência, de harmonia. Do contrário,

estaria instalada a confusão e o arbítrio com a prevalência do *nomen juris*, i.e., da simples denominação formal sobre a ontologia jurídica e conceitual dos tributos, base científica do Direito Tributário. Uma taxa de fiscalização do arroz para prover, desde a sua comercialização, a sanidade do cereal em prol dos consumidores (serviço do poder de polícia) que tiver por base de cálculo o valor de mercado do arroz fiscalizado e não o trabalho fiscalizatório, ainda que estimado, será um imposto sobre circulação de mercadorias, no caso o arroz. Eis aí a grande serventia da base de cálculo como dado ou elemento veritativo, além de suas funções puramente quantitativas (cálculo do valor a pagar) e valorativa (elemento auxiliar para a fixação da capacidade contributiva pela valoração do fato gerador em função do contribuinte)¹.

A propósito, há até súmula do Supremo Tribunal Federal com a seguinte ementa:

Súmula 595 — “É inconstitucional a taxa municipal de conservação de estradas de rodagem, cuja base de cálculo seja idêntica à do Imposto Territorial Rural.”

No caso das taxas, duas funções tem a base de cálculo, incontornáveis: a primeira, medir a atuação do Estado que lhe está subjacente. A segunda, veritativa, de confirmar o fato eleito como fato gerador do tributo.

Se, no Brasil, o serviço público de fornecimento de gás, energia, água e telefonia fosse explorado pelo regime tributário das taxas, seria muito fácil medir as quantidades de água, energia, gás e telefonia (pulsos) postas a serviço dos contribuintes (por litro, quilowatt ou pulso, “y” reais).

O selo postal (por estampilha ou carimbo) com base na distância, peso, meio de transporte, e ainda os telegramas, também caracterizam um tipo de serviço público que admite medição objetiva, podendo gerar taxas sem maiores objeções. Só que o legislador optou pelo regime dos preços. Para logo, o próprio ente político pode cobrar preço tanto como os concessionários de serviços públicos.

4. A “vexata quaestio.”- a renovada dificuldade da doutrina para distinguir taxa de polícia e serviços auxiliares do Poder de Polícia.

4.1. Taxas e preços — Preços públicos e privados – Taxas de serviço e taxas de polícia. – serviços auxiliares do Poder polícia podem ser renumerados por preços?

Dizíamos que o Estado podia cobrar preços. A divisão entre taxas de serviço e taxas de polícia apresenta serventia no encaminhamento de uma questão assaz importante, a da distinção entre taxa e preço. Isto porque

¹ Ao propósito, ver Misabel de Abreu Machado Derzi “in” O Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, Saraiva, 1982, quando analisa as funções da base de cálculo dos tributos.

somente a taxa pela prestação de serviços públicos específicos e divisíveis confronta os preços. Os atos do poder de polícia, exceto os do tabelionato, jamais poderiam ser exercidos por particulares. Só o Poder Público é titular do poder de polícia, indelegável e impossível com a concessão do serviço público. As taxas de serviço ao contrário e alíquotas, do ponto de vista econômico, são remuneratórias dos serviços prestados. Ora, a remuneração de serviços de utilidades pode ser feita, também, através de preços, pelo Poder Público, suas instrumentalidades, sob regime contratual. Este, pois, o enquadramento básico da *vexata quaestio*. Como se diferencia a taxa de serviço do preço, quando o serviço não de prestação de utilidades mais auxiliar do poder de polícia? Várias teorias tentaram estruturar a diferenciação. Assim a que predica para os “serviços públicos próprios” a cobrança de taxas, nunca de preços, noção extremamente cambiante porquanto inexistente conceito jurídico positivado de serviço público próprio ou impróprio. O exemplo clássico de serviço público próprio é o da prestação jurisdicional. A realidade está em que os serviços públicos de utilidade, específicos e divisíveis, podem ser remunerados por preços (regime contratual) ou por taxas (regime de Direito Público). O dilema resolve-se pela opção do legislador. Se escolher o regime tributário das taxas, ganha a compulsoriedade do tributo, inclusive pela mera disponibilidade do serviço, se prevista a sua utilização compulsória (CTN, art. 79, I, b), mas fica manietado pelas regras de contenção do poder de tributar. A fixação e o aumento da taxa só podem ser feitos por lei e só têm eficácia para o ano seguinte. Se escolher o regime contratual, perde a compulsoriedade da paga pela mera disponibilidade do serviço, mas ganha elasticidade e imediatez na fixação das tarifas, liberando, assim, o controle congressual e a incidência das regras constitucionais de contenção ao poder de tributar. Ao jurista, cujo objeto primordial é o Direito posto, cabe distinguir a taxa do preço exatamente pelo regime jurídico de cada qual. O preço é contratualmente acordado. A taxa é unilateralmente imposta pela lei. O primeiro parte da autonomia da vontade. A segunda é heterônoma. O contrato de prestação de serviço público de utilidades mediante a contraprestação em pecúnia pode ser rescindido, e só o fornecimento efetivo dá lugar ao pagamento. A prestação de serviços públicos pelo pagamento de taxas inadmitte rescisão, e a só disponibilidade do serviço, quando legalmente compulsória a sua utilização, se específico e divisível, autoriza a tributação. Os regimes são diversos. O nome pouco importa na espécie e tampouco as parvoíces extrajurídicas.

Ao jurista cabe apenas indagar qual o regime jurídico que o legislador adotou. Se for o regime jurídico-tributário, temos taxas. Se for o regime contratual, temos preço público (contrato entre o Estado, suas instrumentalidades, e os usuários do serviço). Aqui cabem os macro-serviços de interesse público, específicos e divisíveis, como os serviços de fornecimento de energia, telefonia, transportes coletivos, fornecimento de água esgotamento sanitário. Todos sabemos que por tais serviços - menos o de esgotamento

sanitário - pagamos tarifas, preços, e que temos de assinar contratos para usufruirmos destas utilidades. Entretanto, a doutrina não se contenta com tão pouco. Há uma certa insistência em predeterminar e limitar o alvedrio legislativo. Muitos insistem que, em determinadas circunstâncias, o legislador não tem liberdade de escolha. São, pois, posicionamentos apriorísticos.

Nessa linha, com nuances, Celso Antônio Bandeira de Mello²:

Ora, isso para nós é irrelevante, ou seja, o conceito de serviço público. O nosso posicionamento já foi antecipado. A nós interessa o regime jurídico adotado pelo legislador com escora, é claro, constitucional. Apenas não nos convencemos de que a Constituição quer apenas taxa como contrapartida de serviço público. Assim:

A) quando o Estado exerce poder de polícia é de taxa e só dela que se pode cogitar, salvo os serviços prestados por terceiros a possibilitar dito exercício. Esses serviços são os auxiliares, como a certificação veicular e remoção e guarda de veículos irregulares, v.gratia.

B) quando o Estado, porém, engendra instrumentalidades particulares, para em regime de Direito Privado, embora sob concessão, prestar serviços de utilidade tais como fornecimento de gás, luz, transporte, energia, telefonia etc. (atividade econômica), admitimos em casos tais a adoção do regime de preços. Igualmente serviços que ajudam o exercício do poder de polícia podem ser terceirizados. É o caso da remoção de veículos em estado irregular e sua guarda, à guisa de exemplificação. É o caso, também, dos serviços de certificação de veículos. No primeiro caso o Estado APREENDE VEÍCULOS EM ESTADO DE ILICITUDE (Poder de polícia) mas a remoção e a guarda, como fiel depositário, podem ser concedidos a particulares, por licitação. No segundo caso os particulares verificam se os veículos estão em condições de trafegar sem causar perigo à sociedade. Depois disso o Estado exerce o seu poder de polícia e autoriza ao proprietário o uso regular do veículo (poder de polícia)

A consulente, por oportuno, não apreende veículos nem autua condutores em situação irregular. Apenas os remove com o uso de reboques particulares e os guarda, como fiel depositária, assumindo os ônus e as responsabilidades de DEPOSITÁRIO, por conta de contrato de concessão da atividade-meio (A atividade-fim é, esta sim, o exercício do poder de polícia exercido diretamente pelo Estado de Minas Gerais). Remover e guardar veículos não é poder de polícia. É uma atividade onerosa a exigir investimentos e custos (equação econômico-financeira da concessão).

Variáveis de acordo com a conjuntura econômica.

² Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de Serviços e Administração Indireta*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 20.

É possível conciliar a flexibilidade de tais prestações com a rigidez dos princípios da legalidade e da anterioridade? Vamos além. No “Estado de massas” a que alude o Professor da Bahia, Dr. Edvaldo Brito, está ocorrendo algo ainda não percebido pela maioria dos nossos juspublicistas. O importante é o controle jurídico e não a natureza da paga. De ver, em larga síntese, o preço público (espécie contratual) e a taxa (espécie tributária) ao lume do senso comum dos juristas segundo os “lugares” (topos) que assumem em suas manifestações teóricas.

A) O preço decorreria do livre encontro das vontades (contrato). A taxa-espécie tributária- proviria da “vontade da lei” (tributo). O primeiro é autônomo, a segunda heterônoma, pelo ângulo da vontade.

B) No preço predominaria a “facultatividade”, na taxa – tributo - a “compulsoriedade”.

C) No preço de origem, sempre contratual, haveria a possibilidade do “desfazimento do pactuado”, e, ainda, antes disso, a cobrança só é possível após a acordância do usuário. Na taxa, ao revés, predominaria a vontade da lei, e a obrigação, existindo a disponibilidade do serviço, só seria elidível pela revogação da norma legal, irrelevante o querer do obrigado.

D) O preço seria *ex contractu*, por suposto, e a taxa - tributo - *ex lege*.

E) Em conseqüência, o preço reger-se-ia pelos preceitos do Direito Privado, com influxos, aqui e acolá, do Direito Administrativo (preços públicos), e a taxa reger-se-ia pelas regras do Direito Público e, portanto, estaria sujeitada aos princípios constitucionais da legalidade, anterioridade e da espera nonagesimal (art. 150 da Constituição Federal).

F) Os preços seriam do *jus gestionis*, e as taxas do *jus imperii*.

G) Os preços, por isso que contratuais, sinalagmáticos, não comportariam “extrafiscalidade”, esta típica da ação governamental via tributos (inclusive taxas), tese de resto polêmica no respeitante às taxas, nos contrafortes do próprio Direito Tributário, em razão da natureza “contraprestacional” destas.

H) Os preços seriam adequados para remunerar atividades estatais delegáveis, impróprias, ao passo que as taxas seriam utilizáveis para remunerar serviços estatais “próprios”, indelegáveis, tipo “polícia”, “justiça”, “fisco” etc.

Ives Gandra da Silva Martins³ colocou-se contra esta orientação, ao dizer que “as tarifas cobradas por órgãos da administração indireta ou concessionárias de serviços públicos, com mercado cativo e compulsório, não

³ Conferência em São Paulo, 1994.

deixam área maior às negociações próprias do direito privado”. As taxas no hodierno estão destinadas a ressarcir os custos do poder de polícia e financiar a atividade jurisdicional e cartorária. Os serviços públicos de massa: energia, telefonia, comunicações, transportes, água, até mesmo esgotamento sanitário tendem a ser explorados por particulares, em regime de concessão, via preços.

4.2. A resolução do impasse doutrinário às luzes da Constituição.

Agora as razões pelas quais não estamos convencidos de que é impossível às pessoas políticas cobrarem preços públicos pelos serviços que prestem, seja como ente político, seja através de instrumentalidades organizadas empresarialmente e, pois, sujeitadas ao Direito Privado (Direito Societário) e ao Direito do Trabalho, ainda que em regime de concessão de serviço público. No art. 150, §3º, a CF/88, ao dispor sobre a não-extensão da imunidade intergovernamental recíproca às empresas concessionárias de serviço público, depois de estendê-la às autarquias e empresas públicas, dispõe:

“Art. 150. (...)

§3º. As vedações do inciso VI, ‘a’, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel”.

É dizer, o Estado, pode ao tocar atividades mediante instrumentalidades, prestar serviços públicos mediante contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelos usuários. Não fora assim, que sentido teria cuidar de imunidade de impostos entre pessoas políticas, suas instrumentalidades, predicando a exclusão daquelas que cobram preços ou tarifas? O art. 175 completa a ordenação da matéria:

“Art. 175. (...)

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.”

Tarifa de serviço público é preço, portanto, com esforço em contextos constitucionais expressos. E abrange os serviços públicos de utilidades bem como os auxiliares do poder de polícia.

4.3. A recente evolução do Supremo Tribunal Federal no sentido de admitir preços públicos na área do meio ambiente e dos recursos naturais, entre outras. Preços obrigatórios.

A exposição doutrinária, debuxada nos itens anteriores, teve em mira explicitar, com clareza, as controvérsias que envolvem o tema da diferenciação entre taxas e preços, uma praça batida de disceptações. Agora, outra é a conversa e inteiramente favorável ao Estado de Minas Gerais e à **Consulente**. Com efeito, em sede de meio ambiente, bem como no caso de atividades-meio (terceirização) em matéria de polícia e reparação tanto a doutrina mais recente, quanto a jurisprudência das Cortes superiores estão abrindo espaços à instituição, ora de taxas ora de preços públicos, ora até de contribuições, deixando para trás o elemento FACULTATIVIDADE, tido até então como o único e verdadeiro marco entre as duas espécies.

“Deste modo foi instituída a denominada Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM), devida pelo concessionário (minerador), e calculada no percentual de até 3% sobre o valor do faturamento líquido resultante da venda do produto mineral nos termos do art. 6º, da Lei nº 7.990/89 e art. 2º da Lei nº 8.001/90 e Decreto nº 01/91.

A CFEM é uma paga compulsória instituída em lei. Ora, dizem que é indenização, ora que é participação forçada nos resultados da exploração mineraria, ora que é TARIFA (Preço Público). O certo é que compulsiona.

(RE nº 228.800-5/DF, Relator Min. Sepúlveda Pertence), a despeito da denominação, a CFEM não é compensação financeira, mas participação no resultado, tendo em vista a disciplina que lhe é dada pelo art. 6º da Lei nº 7.990/89. A imposição, segundo a mesma Corte, não tem natureza tributária, consistindo em receita patrimonial originária do Estado, auferida com a exploração do recurso mineral pertencente à União Federal (CF, arts.20, IX e 176).”

Contudo – é isso que queremos frisar – trata-se de uma prestação pecuniária, compulsória, em moeda ou em valor que nela se possa exprimir, instituída em lei, que não é sanção de ato ilícito, cobrada através de atividade administrativa plenamente vinculada. Confira-se agora a definição de tributo (impostos, taxas e contribuições) prevista no art. 3 do CTN que é *ratione materiae* lei complementar da Constituição, in verbis.

“Art. 3º. 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”.

Mas há outros entendimentos

(ADIN 2.586-4/DF, Rel. Min. Carlos Velloso. Não se trata de taxa, mas de preço público⁴. O que se tem, no caso, é a exploração, pelo particular, de um bem da União (CF, art. 20, IX; art. 176, e §§), mediante o pagamento de um preço estabelecido pela lei. Não se tem, no caso, portanto, um tributo, no seu exato conceito jurídico, mas um preço público que o particular paga à União pela exploração de um bem do domínio desta.

É de se notar, pelo outro precedente citado (ADIN 2.586-4/DF), também envolvendo recursos minerais, que a Corte Excelsa caracterizou como preço público o que o particular paga à União pela exploração de um bem do domínio desta, não vislumbrando a figura tributária da taxa."(grifos nossos)

4.4. O falso argumento da desproteção.

É evidentemente falso o argumento de que, se a remuneração não for feita sob a forma de taxa, o usuário ficaria desprotegido. Quem fixa a tarifa e autoriza eventuais reajustamentos não é a empresa concessionária, mas, sim, o Poder Público concedente. Este, por sua vez, não tem total liberdade para isso. Não se pode esquecer que o usuário estará também amparado pela lei disciplinadora do controle social dos serviços públicos, prevista no § 3º do art. 37 da Constituição Federal.

No fundo, a polêmica tem um nítido conteúdo ideológico, revelando o propósito de criar empecilhos à privatização, às parcerias, à concessão de serviço público. Alguns, entretanto, se posicionam contra o pagamento de tarifa, na doce ilusão de que, se o serviço for prestado diretamente pela Administração Pública, ninguém terá que pagar por ele. Isso é muito evidente no caso do pagamento de pedágio nas estradas.

Na verdade, todo serviço público tem um custo, que será coberto, de alguma forma, pelos usuários ou contribuintes. Em qualquer situação, se o montante correspondente ao custo do serviço não for integralmente coberto pelos beneficiários diretos ou pelos que diretamente criaram despesas para o Estado e seus agentes indiretos por estarem em situação irregular, a população inteira terá que contribuir para subsidiá-lo.

O monitoramento, por exemplo e são muitos, fiquemos com a inspeção veicular, pode ser objeto de concessão, por variadas formas, por contratos administrativos precedidos de licitação, ou segundo a utilização de parcerias

⁴ O Relator Min. Carlos Velloso adota e transcreve a minuciosa análise por ele feita no julgamento da ADIN 447-DF (RTJ 145/15) acerca das características das taxas e dos preços, e quando é pertinente a cobrança de um e de outro. Perfilhada a orientação que preconiza, na esteira de Sacha Calmon Navarro Coelho, que é possível a cobrança de preços pela prestação de serviço público pelo Estado.

(PPPs). Esses preços são obrigatórios ou não se tem legalização. Nesse sentido é impactante a manifestação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“A meu ver, a distinção quanto à natureza da imposição, com base no conceito constitucional de taxa, só é cabível quando o serviço seja prestado diretamente pelo próprio Estado. Porém, não tem nenhum sentido quando o serviço é prestado por meio de concessão ou permissão, porque a esses instituídos é inerente a cobrança de tarifa. Se a Constituição permite a prestação de serviço público por meio de concessão ou permissão, também está permitindo a cobrança de tarifa. Impor a instituição de taxa (sujeito ao princípio da legalidade) aos serviços públicos concedidos tornaria inviável a utilização da concessão, já que a taxa é inadequada como meio de assegurar ao concessionário o seu direito ao equilíbrio econômico-financeiro. Afirmar que determinado serviço só pode ser remunerado por meio de taxa é o mesmo que afirmar que esse serviço não pode ser objeto de concessão ou permissão.” (p. 12 do parecer oferecido a Caio Tácito, Rev. Dir. Adm., vol. 217 – jul/set – 1999)

No mesmo sentido posiciona-se o ex-Desembargador Federal da 3ª Região e Professor da PUC/S.P, Américo Masset Lacombe⁵:

“Ao conceituar taxa, o sistema constitucional conceitua preço por exclusão. Taxa é tributo exigido em razão de serviço público prestado pelo Estado”.

O autor tem conceito muito estrito do que seja serviço público (forças armadas, diplomacia, prestação jurisdicional). Exclui taxa quando o Estado desenvolve intervenção no domínio econômico.

Na Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, Ano 1, vol. 1, o Prof. Werther Botelho Spagnol, repisa o tema:

“Como já dito, a Constituição determina que a remuneração de um serviço público específico e divisível se dará por via da taxa (que, como tributo, deve respeito aos princípios constitucionais da legalidade, etc.). Sem embargo, quando dispõe sobre a regulamentação da prestação do serviço público pelo particular (havendo a impossibilidade de sua remuneração por taxa), determina que a lei disporá sobre a política tarifária (art. 175, parág. Único). Destarte, a Carta de princípios afasta da esfera tributária a remuneração dos serviços públicos prestados

⁵ Cadernos de Pesquisas Tributárias, n°10 – Ed. Resenha Tributária, São Paulo, 1985 – Coord. de Ives Gandra da Silva Martins.

por particulares, a fim de viabilizar a obtenção de lucro, e os coloca sob o regime tarifário (preços). À guisa de resumo, quando um serviço público for prestado diretamente pela Administração, a finalidade única da prestação é atender a uma necessidade pública, e sua remuneração se dará necessariamente por taxa. Quando um serviço público, atendidas as prescrições legais, for prestado por particulares, terá dupla finalidade (satisfação de uma necessidade pública e lucro) e sua remuneração se dará pela figura do preço público.”

Não esqueçamos que o próprio Estado, ele próprio, pode cobrar preços. Vejam-se os casos de serviços de transportes de trens e ônibus que o Estado e os municípios prestavam e ainda prestam. As tarifas de trens suburbanos e dos departamentos de transportes das prefeituras são TAXAS? Claro que não. São preços públicos, bem como os pedágios e as visitas pagas a museus e zôos. As taxas ressarcem serviços específicos e divisíveis, quando o legislador achar isso conveniente, bem como financiam o regular exercício (atos) do poder de polícia. A Constituição não previu taxa por utilização de bem ou espaço público.

4.5. Utilização de pertencas e espaços públicos.

Nessa área de utilização de bens e espaços públicos postos a disposição da população temos as estradas e pontes com seus pedágios ou rodágios, como queria Aliomar Baleeiro, bem como as visitas culturais e de lazer em museus, parques, reservas florestais, zoológicos, monumentos, palácios e teatros. Em todos esses casos são cobrados preços públicos até porque o uso não é fato gerador de taxas, seguindo-se à risca o dizer da Constituição. No caso em exame, a prestação de serviços auxiliares de remoção e guarda de veículos ilegais apreendidos pelo Estado no exercício regular de seu poder de polícia, inexistente razão para se falar em taxas pelo simples fato de que os equipamentos de remoção e as instalações de guarda e conservação dos veículos não são públicos mas de exploração privada, a serviço do Estado, a bem dos infratores que passam a ter suas propriedades veiculares transportadas e guardadas com esmero e responsabilidade. Mas os preços cobrados não ficam à vontade do concessionário porquanto são fixados segundo critérios e fórmulas contratuais como exige o instituto da concessão de serviços públicos, o que afasta a discricionariedade e o arbítrio, livrando o Estado de incumbir-se diretamente desses misteres, os quais em passado bem recente davam azo a perpetração de irregularidades de todo tipo e que chegaram a um ponto insuportável, motivando a adoção do regime de concessão. Em suma a Consulente é uma prestadora terceirizada de remoção e guarda de veículos apreendidos, agindo em lugar do Estado, após certame concorrencial. Seria estúrdio que o infrator pudesse contratar “moto próprio” o reboque e escolher *sponte sua* o fiel depositário. Bem a propósito, queremos dar à estampa nesse momento o resumo feito pela REDE GLOBO, agora

mesmo, em junho do presente ano, sobre a situação degradante dos DEPÓSITOS DE VEÍCULOS APREENDIDOS, diretamente cuidados pelos Estados e Municípios. Belo Horizonte não foi citado graças ao trabalho sério da CONSULENTE. Vejamos o resumo, *in verbis*⁶:

“Carros avaliados em R\$ 500 mil são largados ao lado de outros que não valem quase nada. O Jornal Hoje visitou os pátios dos Detrans Brasil afora, e constatou que os depósitos estão superlotados. O problema é que muitos donos nem voltam para pegar o veículo. Carros são empilhados e há até plantas crescendo dentro deles. Foi preciso colocar um carro em cima do outro para que todos coubessem no pátio. São mais de 800 carros no pátio de Sorocaba, no interior de São Paulo. Já há vários veículos deteriorados e só vai aumentando. O que dizer, então, de uma samambaia que cresce no banco do motorista? O carro está abandonado entre milhares que ficam escondidos pelo mato. Os veículos ficam nos pátios por um bom tempo, o que é perceptível pela sujeira e pelo estado total de abandono dos veículos. Para entender um pouco melhor a passagem de tempo onde os veículos ficam, veja este exemplo: há um tronco onde a árvore nasceu. Arrancou o para-choque, já está no segundo tronco. É um caminhão com árvore. Eles estão convivendo muito bem há uns bons anos. A imagem lembra um feirão de vendas de motos. Só parece. Todas foram apreendidas pelo Detran e ficaram esquecidas pelos donos. Em Fortaleza, é a mesma coisa. Toda semana chegam mais de 100 veículos por lá e ninguém os retira, como é o caso de Curitiba. Diariamente, chegam por lá mais de 700 carros. Cem veículos ficam porque não são retirados pelos donos. Hoje, 12 mil estão espalhados pelos pátios do Detran no Paraná.’Muitos ficam porque os motivos são vários. Alguns veículos, por exemplo, para serem liberados, necessitam que o proprietário pague as multas existentes, diárias, taxas de serviço. Às vezes, não vale a pena’, afirma Ribamar Diniz, agente administrativo do Detran/CE. Não vale a pena mesmo, porque, em muitos casos, a soma das dívidas ultrapassa o valor do carro. O motorista só pode retirar se pagar tudo de uma vez. E pode piorar: o carro que fica mais de 90 dias no pátio vai a leilão. ‘O carro pode ficar até que haja disponibilidade do Detran de leiloá-los. Mas, hoje, aqui em São Paulo, na capital, em média, em 100 dias, 120, já está em fase de leilão’, diz Arnaldo Pazetti,

⁶ Pátios dos departamentos de trânsito ficam superlotados em todo o Brasil: Carros avaliados em R\$ 500 mil são largados ao lado de outros que não valem quase nada. O Jornal Hoje visitou pátios dos Detrans Brasil afora, e constatou que depósitos estão superlotados. Monalisa Perrone São Paulo, SP, Edição do dia 13/06/2011 -13/06/2011 14h46 - Atualizado em 13/06/2011 14h46

diretor de fiscalização do Detran/SP. Pelo país, milhares de carros não podem ser leiloados porque foram levados aos depósitos estaduais por decisão da Justiça. Alguns acabam perdidos por décadas nos depósitos, piorando a superlotação. Parte destes veículos se encontram à disposição da Justiça, e entram no pátio por uma restrição judicial. Só saem quando o juiz determina para quem o veículo deve ser liberado. Caso isso não ocorra, eles permanecem por lá’, explica Pazetti. É o que acontece em São Paulo. Encontramos até carros de luxo ocupando espaço no maior pátio do Detran do estado. Até o fim da burocracia, uma Ferrari novinha, de meio milhão de reais, vai ficar sozinha debaixo de sol e chuva, rodeada por mato.”

5. Conclusão Preliminar.

O Estado de Minas Gerais remove e guarda veículos sob um sistema misto. Em alguns lugares ele próprio presta-se a remover – pagando o reboque – e guarda os veículos segundo uma desatualizada TABELA. Noutros lugares atua mediante concessão como em Belo Horizonte pela complexidade e altos custos (são hum milhão e duzentos mil veículos trafegando).

É preciso fazer uma distinção entre a concessão de serviços públicos de utilidades (água, luz, telefonia, etc) e aqueles que são causados por urisdicionados em estado de ilicitude. Nesse caso eles são que devem pagar a taxa ou o preço público que as ilegalidades praticadas acarretaram. Por sem dúvida se cobra taxa – somente anualmente pode o tributo ser reajustado – e TODOS NÓS sustentamos o custo dos reboques e a guarda dos veículos irregulares e arrestados pelo JUDICIÁRIO, retidos anos a fio... E, ainda, arcamos com as indenizações em razão do desmonte de veículos nos lugares em que os Estados os matem ineficientemente, como vimos de ver.

É claro que sob o regime de preços públicos a utilização de serviços de utilidades tais como transportes terrestres, urbanos, rodoviários, ferroviários, metropolitanos, gás, energia elétrica, telefonia, etc podem ser rescindidos pelos usuários, por isso que traduzem obrigações *ex-voluntate*.

O mesmo não ocorre com os serviços auxiliares dados em concessão, relativos ao exercício do Poder de Polícia do Estado, como por exemplo, certificação veicular, manutenção e exploração de equipamentos de medição de velocidade nas vias públicas (não as penalidades impostas), utilização de equipamentos cartográficos, serviços de inspeção, dragagem de rios e reforço de encostas implicando deslocar pessoas e desocupar moradias, atividades, essas últimas que somente podem ser feitas pelo poder de polícia, assim como os serviços de remoção e guarda de veículos, que são adjectos do poder de polícia estadual.

Nesses casos os serviços são prestados ao ESTADO em regime de concessão de serviço público para que aquele possa desincumbir-se do exercício regular do seu poder de polícia em prol da coletividade, sem envolver-se com a tecnologia e altos custos que exigem tais atividades.

No caso em exame, nos parece que o *punctum saliens* da questão repele o “direito” de os infratores da lei terem alternativa para contratar “outros reboques” e “outros fiéis depositários” para os veículos de sua propriedade ou posse apreendidos pela polícia por estarem em situação irregular. Aqui não se trata de prestar serviços de utilidades à população em prol do conforto, segurança e bem estar dos jurisdicionados mediante os regimes de concessão e autorização de serviço público. Aqui o que está em cena é o poder de polícia do Estado de apreender, por irregularidade, veículos particulares. Como precisa removê-los, guardá-los e conservá-los, licita entre os particulares tais misteres, conforme a Constituição e as leis. As ações promovidas pelas donas de casa, Procons e o Ministério Público em casos assemelhados são excrescentes. Os infratores das leis não podem obrigar o Estado a lhes cobrar taxas ao invés de preços. É despautério jurídico.

6. A falsa questão da taxa que o Estado cobra e os preços que a Consulente prática.

Embora os preços cobrados pela Consulente para guardar veículos sejam bem menores que os cobrados pelos estacionamentos particulares (diária) e, um pouco acima do mercado, quando remove veículos, isso se explica porque ela não recebe a paga à vista, como os estacionamentos e rebocadores comuns. A Consulente tem que esperar os infratores regularizarem sua situação perante o Estado em 10, 20, 30 ou 120 dias, só para exemplificar. Muitas vezes ela é ressarcida apenas quando os carros apreendidos vão a leilão – função do Poder Público – para serem adquiridos a preços aviltados ou mesmo vendidos como ferro velho para serem sucateados. Nessas condições a comparação não pode ser feita. A uma, porque os rebocadores comuns trabalham com frota diminuta para muitos clientes. A Consulente trabalha com frota grande para um só cliente, o Estado. A duas, os parqueadores comuns possuem espaços reduzidos para rápidas estadias, pagas de pronto. A Consulente trabalha fiado para pessoas em ilicitude que nem sempre pagam, o que a leva a prejuízos pesados. O Estado transferiu a paga para os infratores, livrando-se de investimentos próprios. Livrou-se até das despesas.

No concernente ao Estado de Minas Gerais – quando cobra estadia dos veículos apreendidos nas muitas cidades do Estado, - deixa-os ao ar livre ou em quartéis e outros locais públicos, daí a rápida deterioração por que passam. Além disso, a taxa de estadia diária, até pouco tempo fixada em 12 reais, está defasada e somente anualmente pode ser elevada (princípio da anterioridade anual). A Consulente cobra 28 reais pela estadia diária mas em compensação

mantém imensos parques e se responsabiliza pela integridade dos veículos, como fiel depositária, tendo sobremais que contratar onerosos serviços de seguro. A sociedade de Belo Horizonte somente tem a lucrar com o sistema atual.

7.Obrigatoriedade da Inspeção Anual Veicular em SP.

Espécie análoga a dos autos, merece ela reflexão.

A Inspeção Ambiental Veicular foi instituída pela Lei Federal nº 8.723/93, a qual dispõe sobre a redução de emissão de poluentes por veículos automotores, bem como pela Resolução nº 418/09 do CONAMA.

A citada resolução 418/09 **obriga a todos os Estados e Municípios** brasileiros a adotarem um plano de inspeção veicular.

No entanto, até o momento apenas alguns Municípios e Estados adotaram tal procedimento, como é o caso do Município de São Paulo.

A Lei Federal 8.723/93 dispõe que os órgãos competentes para estabelecer procedimentos de licenciamento são o CONAMA e o IBAMA. Vejamos o art. 3º da referida lei:

Art. 3º Os órgãos competentes **para estabelecer procedimentos de ensaio, medição, certificação, licenciamento e avaliação dos níveis de emissão dos veículos, bem como todas as medidas complementares relativas ao controle de poluentes por veículos automotores, são o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), em consonância com o Programa Nacional de Controle de Poluição por Veículos Automotores (Proconve), respeitado o sistema metrológico em vigor no País.**

A Resolução nº 418/09 do CONAMA prevê em seu artigo 12, § 2º, que a inspeção poderá ser realizada por meio de contratação, como é o caso do município de São Paulo, no qual a referida inspeção é realizada pela empresa *Controlar*. Vejamos o citado artigo:

Art. 12. Os Programas de Inspeção e Manutenção de Veículos em Uso - I/M serão implantados prioritariamente em regiões que apresentem, com base em estudo técnico, comprometimento da qualidade do ar devido às emissões de poluentes pela frota circulante.

§ 1º O Programa de Inspeção e Manutenção de Veículos em Uso - I/M, de que trata o caput, deverá ser implantado dentro do prazo de 18 meses, contados da data da publicação do PCPV.

§ 2º Os serviços técnicos inerentes à execução do Programa de Inspeção e Manutenção de Veículos em Uso - I/M poderão ser realizados diretamente pelo respectivo órgão responsável ou por meio da contratação pelo poder público de serviços especializados.

Realizada a pesquisa, não foi encontrado nenhum questionamento judicial acerca da irregularidade da cobrança de tarifa pela

empresa *Controlar* no Município de São Paulo, com base em fundamentos tributários.

No entanto, foi encontrada a seguinte notícia no site do Ministério Público do Rio Grande do Norte, publicada em 03.02.2011, segundo a qual os **Promotores de Justiça** do referido Estado **ajuizaram conjuntamente uma Ação Civil Pública para pedir a anulação do Processo Licitatório** tipo concorrência **referente à implantação e operação do serviço de inspeção veicular** para atender às necessidades do Programa de Inspeção e Manutenção de Veículos em Uso do RN, **apontando diversas irregularidades, dentre elas o questionamento acerca da natureza compulsória da quantia cobrada, a qual sujeita-se à remuneração mediante taxa, e não tarifa, o que ofenderia o art. 150 da Constituição Federal e o Direito ao Consumidor.**

Nossas observações

Qual é a “meta optata” do MP? O bom desempenho dos serviços, a economia no gasto público e até o evitamento da corrupção, já que comprovado em nosso país a vulnerabilidade dos funcionários de baixo ganho mas com altos poderes nas mãos aos apelos dos corruptores ou agarrar-se a uma interpretação pedestre e cega da Constituição Federal?

8. Conclusão final.

Por último, as tarifas são fixadas nos contratos de concessão, vinculados à lei, sem discricionariedade do Poder Concedente e sem interferência dos infratores no controle da concessão. Só lhes cabe pagar o reboque e a carceragem de seus veículos. Falta-lhes legitimidade *ad causam* para a ação que promovem. Querem impedir o Estado - o único sujeito passivo no processo - de realizar concessões de serviços. No fundo, é isso, que se quer, inviabilizando a cobrança de preços, malferindo a eficiência e modicidade das pagas, a boa conservação dos veículos e a vistoria eficaz dos mesmos.

É o que nos parece.

Belo Horizonte, 09 de junho de 2011.

SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO
Professor Titular de Direito Tributário da UFRJ (Faculdade Nacional de Direito)
Ex-Professor Titular de Direito Tributário e Financeiro da UFMG
Doutor em Direito Público pela UFMG
Presidente Honorário da ABRADT
Presidente da ABDF

MISABEL ABREU MACHADO DERZI
Professora Titular de Direito Tributário da UFMG
Doutora em Direito Público pela UFMG
Professora Titular de Direito Tributário das Faculdades Milton Campos
Presidente da ABRADT - Membro da Fondation des Finances Publiques FONDAFIP