TAXA DE ÁGUA — MAJORAÇÃO — PREÇO PÚBLICO — LEI E DECRETO

— É inconstitucional a majoração da taxa de água por decreto do Executivo.

TRIBUNAL DE ALÇADA DE SÃO PAULO

Prefeitura Municipal de Guaratinguetá *versus* Antônio Fersi, e outros
Agravo de petição n.º 165.011 — Relator: Sr. Juiz
CARLOS ORTIZ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de petição n.º 165.011, da comarca de Guaratinguetá, em que é recorrente o Juízo *ex officio*, sendo agravante Prefeitura Municipal de Guaratinguetá e agravados Antônio Ferri e outros.

Contribuintes de taxa d'água, por via do *mandamus*, rebelaram-se contra o Decreto n.º 1.223, de 29.12.1970, baixado pelo prefeito municipal de Guaratinguetá, que majorou o tributo. Entendem ilegal e inconstitucional tal Decreto, de vez que, tratando-se de taxa, somente poderia ser aumentada por lei oriunda da Câmara Municipal.

Invocam o art. 153, §§ 2.º e 29, da Constituição Federal, os arts. 73 e 75 da Lei Orgânica dos Municípios e o 97, ns. I e II, do Código Tributário Nacional e observam que a majoração causará prejuízos irreparáveis a seus direitos individuais, de vez que, não pagando a taxa majorada, ficarão sujeitos ao corte do fornecimento d'água. Querem, em suma, a sustação da cobrança da taxa com base no Decreto n.º 1.223.

Negada a liminar, a Municipalidade de Guaratinguetá prestou informações. Suscitou preliminar de inépcia do pedido. No mérito, estabeleceu distinção entre taxa e tarifa, concluindo que, no caso, cuida-se de tarifa de água, assim podendo ser majorada por ato do Executivo. Aduz ser impossível a apuração do preço unitário do serviço em mandado de segurança e nega tenham sido violados direitos líquidos e certos dos impetrantes, assim carecedores da segurança. Pede, a final, a denegação do pedido.

Manifestou-se o representante do Ministério Público pela concessão e o Juiz, efetivamente, pela sentença de fls., cujo relatório é adotado, concedeu o *writ* aos impetrantes, para que contra eles cessem os efeitos majorativos do Decreto n.º 1.223. Condenou a impetrada nas custas e recorreu *ex officio*.

A Municipalidade de Guaratinguetá, inconformada, agravou de petição, sempre sustentando a legalidade e constitucionalidade do Decreto n.º 1.223, por se tratar de tarifa e ainda que, *ad argumentandum*, fosse considerada como taxa a prestação correspondente aos serviços de águas. Reitera, ademais, os argumentos constantes das informações que prestou e pleiteia a reforma da sentença recorrida.

Os recursos foram bem processados. Os agravados ofereceram contraminuta e falou o representante do Ministério Público. O Juiz sustentou sua decisão.

Nesta instância, opina o Procurador da Justiça pelo provimento aos recursos (fls.).

Assim exposto o processo é negado provimento ao recurso oficial e ao voluntário da municipalidade impetrada.

A sentença, muito bem lançada, a evidenciar zelo, cultura e lastro de seu prolator, Dr. Domingos Franciulli Neto, embora admitindo que, tratando-se de serviço de águas, tanto pode ser utilizado o sistema de taxas como o de tarifas, concluiu que, no caso específico do município de Guaratinguetá, fora adotado o regime tributário, em face da Lei municipal, n.º 784, de 3.12.1963, assim chegando à inconstitucionalidade do questionado Decreto n.º 1.223.

Entretanto, a tese de que incumbe ao próprio Poder Público, discricionariamente, estabelecer quais os serviços taxados e quais os, simplesmente, tarifados, ainda que sufragada por insignes mestres de Direito Administrativo, não se ajusta à tradição e à sistemática jurídico-fiscal brasileira. Efetivamente, visando à diferenciação com o imposto e o preço público, o legislador, inclusive o constituinte, nunca deixaram de conceituar a taxa, assim delimitando os serviços públicos tributáveis. A atual Carta Magna, *verbi gratia*, em seu art. 18, n.º I, estabelece que as taxas são arrecadadas "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 à sua disposição". Os legisladores federal e estadual, cautelosamente, nada enxertaram no conceito constitucional (art. 77 da Lei federal n.º 5.172, de 25.10.1966, que estabeleceu o sistema tributário nacional, e art. 75 do Decreto-lei estadual complementar n.º 9, de 31.12.1969, a Lei Orgânica dos Municípios). Desde que, portanto, o município — assim a União e o Estado — preste ao contribuinte, ou coloque à sua disposição, serviço público,

específico (como forma de distinção do imposto) e divisível, já não poderá, simplesmente, cobrar tarifa ou contribuição e, sim, arrecadar taxa, que é a forma legal de contraprestação da coletividade beneficiada.

É, realmente, tormentosa a questão de distinguir entre taxa e tarifa ou preço público. A matéria vem muito bem apreciada pelos litigantes e, em especial, pelo representante do Ministério Público, em primeira instância (fls.) e pelo culto julgador, a dispensar outras divagações e considerações que dificilmente deixariam de reprisar apreciações já constantes do processo. Não se poderia, porém, deixar de mencionar importante trabalho do Des. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, autoridade em Direito Administrativo, autêntica monografia sobre a distinção entre taxa e preço público, inserido em voto vencido, divergente de aresto da Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça. Observa o mestre que três orientações procuram fixar o critério de tal distinção: a) o grau crescente do interesse público; b) a natureza do serviço público; c) a obrigatoriedade ou facultatividade do pagamento. Em seguida, faz a crítica de tais orientações, entendendo-as insatisfatórias porque não fixam "nota diferencial essencial entre esses pretensos tipos de rendas públicas" daí partindo para a sua própria análise, que bem se harmoniza com o conceito legal acima exposto: "Realmente, a distinção a fazer do ponto de vista jurídico é esta: preço, regido pelo Direito Privado, e taxa, regida pelo Direito Público. O preço traz em si intuitos especulativos. Corresponde a pagamento de atividade jurídico-privada da Administração em que se efetiva, com o objetivo de auferir lucro. Essa a razão do desempenho da atividade de prestação efetuada. Em princípio, se efetiva no regime de livre concorrência com os particulares. Contudo, vezes há em que se utiliza do monopólio. Mas a causa final da atividade é o lucro, e os atos jurídicos de sua prestação se regem pelo Direito Privado, através de acordo de vontades. Já a taxa corresponde ao pagamento requisitado pela Administração no exercício dos seus poderes financeiros, como contraprestação de serviços públicos. Serviços prestados com o objetivo de atender ao bem da coletividade, mas individualizados, divisíveis, desfrutados por cada um. Por isso, a taxa deve corresponder, aproximadamente, às despesas normais feitas com a prestação do serviço" (*RDA*, vol. 69/97).

O serviço de águas é, dentro desse critério, de caráter público, de natureza marcadamente social, de interesse coletivo, integrado na sistemática da higiene e da saúde, profundamente entrelaçado com o saneamento. Ainda que possa ser objeto de concessão e que seja usual a sua exploração por autarquias ou pessoas de economia mista, mesmo assim os serviços de águas e esgotos integram o rol dos serviços típicos do Estado, constituindo a sua organização e a contraprestação individual matérias de Direito Público.

O Min. Luiz Gallotti, em memorável voto prolatado no STF, bem acentua que, "se a taxa não deixa de o ser pelo fato de só se tornar devida quando voluntariamente utilizado o serviço, força é concordar que, quando imposta por motivos de interesse público (saúde, higiene etc.) independentemente daquela utilização, o seu caráter tributário se torna indiscutível". Mais adiante, cola o magistério de Seligman: "Na taxa, há o benefício especial mensurável e um interesse público predominante (é o caso: no interesse da higiene e da saúde pública, impõe-se a obrigatoriedade); no preço público, o pagamento é feito por um serviço ou mercadoria do governo, em primeiro lugar por um

benefício especial do indivíduo e secundariamente no interesse da sociedade" (*RDA*, vol. 75/104).

O serviço telefônico, por exemplo, se explorado pelo Estado, será caso típico de serviço tarifado. O seu objetivo é, primordialmente, beneficiar o indivíduo, facilitando-lhe a comunicação, ainda que, acidental ou secundariamente, possa ter reflexos sociais intensos.

O advogado pernambucano George Latache Pimentel, em bem elaborado parecer, observa a impossibilidade de se deixar ao Poder Público, à vontade, a fixação de regime, tributário ou tarifado, do serviço de águas e esgotos "cuja racional conjugação possibilita a implantação do saneamento nas cidades", razão por que "é matéria regulada pela política nacional de saúde pública, cuja disciplinação legal não tolera distorções por via de atos isolados dos estados-membros, do Distrito Federal ou dos municípios". Lembra, a seguir, que compete à União estabelecer os planos nacionais de educação e saúde (art. 8.º, n.º XIV, da Constituição Federal de 1967 e da Carta Magna vigente) e a obrigatoriedade da ligação de toda casa habitável à rede de canalização de esgotos (art. 11 da Lei federal n.º 2.312, de 3.9.1954), mais o Código Nacional de Saúde (Decreto federal n.º 49.974-A, de 21.1.1961), cujo art. 32, parágrafo único, dispunha que "a promoção das medidas de saneamento constitui obrigação do Estado e do indivíduo". E conclui: "Não se trata de preço, porque a contribuição de água e esgotos reúne, indiscutivelmente, as características de taxa, cuja exigibilidade depende de lei que a estabeleça ou aumente e de prévia autorização orçamentária, na forma prescrita na Constituição do Brasil" (*RDA*, vol. 103/299-302).

Vê-se, pois, que não é pela obrigatoriedade da prestação do contribuinte (a taxa é sempre obrigatória), mas pela obrigatoriedade do Estado de prestar o serviço, de natureza pública, que o mesmo deve ser tributado, sendo gratuito, nunca tarifado, ou a preço de utilização, com objetivo de lucro.

Daí o acerto da doutrina francesa que diz ser relevante, na conceituação da taxa, a questão da facultatividade ou obrigatoriedade do serviço (cf. Gaston Jèze, Nota de Jurisprudência in *Revue de Science et de législation Financières*, 1908, p. 362-72, *apud* Cáio Tácito, *RDA*, vol. 44/518).

Cáio Tácito, no mencionado trabalho, bem resume a questão: "Enquanto as taxas pressupõem a obrigatoriedade e dispensam a utilização efetiva (é necessário, apenas, que os serviços se encontrem à disposição dos usuários), os preços públicos equivalem a serviços facultativos e não se impõem senão em virtude de ato direto de uso ou aquisição" (*RDA*, vol. 44/528). Em outro trabalho, Cáio Tácito elogia sentença do Juiz Olavo Tabajara da Silveira, confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado, entendendo que "rede de esgoto e o abastecimento de água constituem serviços eminentemente públicos", destacando o tópico onde o Magistrado enuncia o princípio de que "onde há coação, inexiste preço público. Este pressupõe indeclinavelmente a voluntariedade do pagamento" (*RDA*, vol. 64/99-104).

É claro que o estado só poderá coagir na medida em que o serviço prestado for de Direito Público. O estado não poderia exigir que todo cidadão tivesse telefone em casa, ainda que se tenha atribuído a exploração dos serviços telefônicos. Mas há de impor a todos que liguem suas instalações sanitárias e mais canalizações às redes de águas e esgotos, que são serviços públicos originários, que interessam primordialmente à saúde e higiene públicas, assim ao sistema de saneamento, que é privativo do estado.

Por essas e outras razões, a taxa de água é informada por Themístocles Cavalcanti como das "principais taxas" (*Tratado de Direito Administrativo*, vol., II, cap. V, p. 207). No já mencionado voto de Luiz Gallotti, na Suprema Corte, ainda destaca ele o magistério de Rui de Souza, apontando a taxa de água e esgoto como "a mais típica". E cola os pronunciamentos no mesmo diapasão de Alberto Deodato e Rubens Gomes de Sousa (*RDA*, vol. 75/104). José Netto Armando também indica extenso rol de autores nacionais e alienígenas, que focalizam a taxa de água, alguns deles como uma das taxas típicas: Aliomar Baleeiro, *Uma Introdução à Ciência das Finanças*, ed. 1958, vol. I/312; Antônio Tito Costa, *O Vereador e a Câmara Municipal*, ed. 1963, p. 62, letra *b*; Augusto Becker, *Teoria Geral do Direito Tributário*, ed. 1963, n.º 106, p. 348; Hugh Dalton, *Princípios de Finanças Públicas*, ed. 1960, p. 62; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Tributação dos Bens, Rendas e Serviços das Unidades da Federação*, ed. 1942, p. 14, e *Direito*, vol. 9/116; Sylvio Santos Faria, *Problemas Jurídicos da Tributação*, ed. 1942, p. 14, e Vicente C. Quaglia, *Fundamentos da Administração Municipal*, ed. 1964, p. 341 (*Justitia*, vol. 48/172). Some-se, ainda, o magistério de Hely Lopes Meirelles, da mais alta valia (*Direito Municipal Brasileiro*, vol. I/385).

Merece relevo, a final, a tradição do Direito Fiscal brasileiro que sempre reconheceu a existência da taxa d'água, malsoante a expressão "tarifa d'água", que é sufragada por parte dos comentaristas e da jurisprudência.

De todo o exposto, ressalta a ilegalidade da disposição constante do art. 6.º da Lei n.º 784, de 3.12.1963 (fls.). E mesmo que assim não fosse e nada informa nos autos que nesse dispositivo a impetrada tenha fundamentado o Decreto n.º 1.223.

As demais questões suscitadas pela impetrada, referentes à inépcia do pedido e à ausência de direito individual dos impetrantes, foram bem analisadas pela sentença. A lesão, acarretada pela execução do Decreto n.º 1.223, aos direitos individuais dos contribuintes, que não questionam o montante da majoração da taxa d'água, sim a legalidade do ato administrativo que a operou. Não pagassem a taxa acrescida e não estivessem a coberto pelo *mandamus* e ficariam sujeitos às sanções compatíveis, desde a cobrança executiva até o corte do abastecimento. Outrossim, a petição inicial é precisa na exposição dos fatos, da ilegalidade do ato da impetrada e dos direitos individuais que lesou.

Uma última observação. De acordo com o ensinamento de Pontes de Miranda, "decreto ou regulamento que foge da lei regulamentada é decreto ou regulamento ilegal. Já aqui se apresenta a noção de ilegalidade da regra jurídica, inconfundível com a noção de inconstitucionalidade das regras jurídicas" (*Comentários à Constituição de 1967*, vol. I, ed. 1967, p. 288). O Decreto n.º 1.223 é, pois, ilegal, de vez que feriu a Lei municipal n.º 784. A sua inconstitucionalidade é mediata.

Ante o exposto, acordam, em sessão da Terceira Câmara do Tribunal de Alçada Civil, por maioria de votos, negar provimento ao recurso oficial e ao agravo de petição interposto pela Municipalidade de Guaratinguetá. Custas na forma da lei.

São Paulo, 27 de outubro de 1971. Campos Mello, Presidente com voto. Carlos Ortiz, Relator, Francisco Negrisollo, vencido.