TRANSPORTE COLETIVO — PODER DE POLÍCIA — TRIBUTAÇÃO

— Permissionárias de transporte coletivo de passageiros. Insurgência contra cobrança instituída pela Resolução SHDU-42, do Sr. Secretário de Habitação e Desenvolvimento Urbano do Estado de São Paulo. Taxa. Preço público. Tarifa. Diferenciação. Poder de polícia. Contrato administrativo, observância ao princípio da equação econômico-financeira.

— Alegação de tratar-se de retribuição pecuniária aos serviços prestados pelo EMTU, os quais possuem natureza contratual e configuram preço público ou tarifa. Improcedência da alegação. Natureza tributária da malsinada cobrança que, para sua legalidade, somente poderia ser instituída por lei.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso de Mandado de Segurança nº 582
Recorrente: Auto Ônibus Soamin Ltda. e outros
Recorridos: Fazenda do estado de São Paulo e Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S.A. — EMTU-SP
Relator: Sr. Ministro AMÉRICO LUZ

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília-DF, 30 de outubro de 1991. — *Américo Luz*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: Permissionárias de transporte coletivo de passageiros na região metropolitana de São Paulo, empresas qualificadas na inicial, impetraram segurança contra ato do Sr. Secretário de Habitação e Desenvolvimento Urbano, consistente na Resolução SHDU-42, de 23.5.89, via da qual instituiu-se a cobrança, pela Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo, de determinada importância, a ser paga pelas empresas operadoras do sistema de transporte coletivo regu-

lar de passageiros por ônibus, bem como das empresas operadoras dos serviços metropolitanos de transporte coletivo, por fretamento, pelos serviços de gerenciamento a elas prestados, tudo em consonância com o art. 1º da citada resolução, cujos dispositivos reproduzo, *verbis:*

"... Art. 1º A Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S.A. -- EMBTU-SP cobrará das empresas operadoras do sistema de transporte coletivo regular de passageiros; por ônibus, na região metropolitana de São Paulo, bem como das empresas operadoras dos serviços metropolitano de transporte coletivo por fretamento, pelos serviços de gerenciamento.

Art. 2º O valor dos serviços a que se refere o art. 1º será estabelecido pela EMTU-SP, por empresa operadora, calculado conforme a dimensão e idade de sua frota cadastrada, com base nos valores mensais por veículo, estabelecidos no Anexo Único integrante desta resolução.

Art. 3º As normas relativas à forma de pagamento dos serviços a que se refere esta resolução serão expedidas pelo presidente da EMTU-SP.

Art. 4º Os valores mensais por veículo, estabelecidos no Anexo Único desta resolução, poderão ser alterados periodicamente, mediante publicação na Imprensa Oficial do estado.

Art. 5º A presente resolução entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário." (fl. 403)

Aduziram as impetrantes que o Sr. Presidente da EMTU, em complemento à referida resolução, expediu carta circular estabelecendo a forma e época de cobrança, que tacham de tributo, além de multas e juros por atraso, reservando-se no direito de apropriar-se dos valores em mora descontando-os de créditos que porventura tivessem junto a essa empresa, inclusive pela remissão de passes, vales-transportes ou bilhetes, emitindo e encaminhando os documentos relativos à cobrança, bem como dos encargos acessórios.

Sustentaram, em síntese, ser inconstitucional e ilegal o ato impugnado, porquanto a malsinada cobrança caracteriza-se como tributo pelo que não podia ter sido criado como inobservância dos princípios da legalidade e da anualidade.

A liminar foi concedida (fl. 496), prestadas as informações (fls. 506-43 e 545-622), nelas sustentando-se a legalidade da cobrança, ao argumento de tratar-se de retribuição pecuniária aos serviços prestados pela EMTU, os quais possuem natureza contratual e configuram preço público ou tarifa.

Julgando a espécie, a Décima Câmara Civil do egrégio Tribunal de Justiça do estado de São Paulo denegou o *writ*, conforme o seguinte acórdão — lê: (fls. 636-38).

Daí o recurso ordinário de fls. 699-720, reiterando as impetrantes os fundamentos da inicial e acrescentando outros contestando às assertivas do acórdão, bem como trazendo à colação julgado da 18ª Câmara Civil do mesmo Tribunal que, em hipótese análoga, concedeu o *writ* e reputou absurda a cobrança ora questionada.

Parecer, às fls. 639-743, no qual o órgão do Ministério Público Federal, prestigiando a fundamentação do acórdão recorrido, opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): Refutando a fundamentação do acórdão, asseveram as impetrantes nas razões recursais (fls. 717-20):

"Com efeito, o fato de existir uma região metropolitana criada por lei para prestação de serviços comuns, com poderes de outorgar concessões, permissões e autorizações

ou de existir uma pessoa habilitada para fazê-lo por conta do estado, não predica logicamente — pois não há relação alguma entre uma coisa e outra — que uma resolução possa instituir cobrança (que a própria resolução pejou-se de denominar "tarifa", preferindo não dar rótulo algum ao pagamento que 'inventou') a cargo dos que efetivamente realizam o transporte coletivo. A 'tarifa' devida no caso do serviço de transporte coletivo, como se sabe, é devida pelo usuário do transporte e não pelo transportador! Este não tem que pagar tarifa alguma a quem lhe outorga o desempenho do serviço por concessão, permissão ou autorização.

Em segundo lugar, chega a ser rebarbativo que o v. acórdão, ao caracterizar a atividade da EMTU, *haja enunciado exata e especificamente as características definidoras do Poder de Polícia*, para dizer que, bem por isso (?), não se estava perante Poder de Polícia, mas perante serviço público (cujos traços tipificadores são precisamente antitéticos ao que enunciou!)

Com efeito, o v. acórdão asseverou — corretamente, aliás, pois está na lei — que a EMTU 'articula, efetua 'vistorias' e 'inspeções' no serviço e que é esta a atividade por ela desenvolvida. Ora, é de conhecimento universal que efetuar 'vistorias', 'inspeções', condicionar a liberdade de atuação alheia, isto é, 'articulá-la', constitui-se exata e precisamente em exercer o chamado 'Poder de Polícia'. Fiscalizar supõe observar, inspecionar, vistoriar, examinar, o que de resto demanda inúmeras vezes análises técnicas, aferições, averiguações efetuadas com o auxílio de técnicos e especialistas nos mais diversos campos. Por outro lado, a forma mais típica de 'condicionar o exercício da liberdade e da propriedade (que é a própria característica essencial do poder de polícia) expressa-se bem pela palavra 'articular, ou seja, regular de maneira entrosada o exercício da liberdade de outros sujeitos.

Assim, é de causar verdadeiro estupor que o v. acórdão haja enunciado praticamente a definição do que é entendido como atividades de 'polícia', ao caracterizar as competências da EMTU, a fim de concluir que, por isso mesmo, não estava em causa atividade de polícia, mas, opostamente, a de serviço público!

Tem-se poder de polícia quando o estado disciplina a conduta alheia e afere se tal conduta está e se mantém desenvolvida em afinamento com as prescrições estabelecidas. Tem-se serviço público quando o estado oferece utilidade ou comodidade material à coletividade, ao público (serviço público) que dela se serve, se quiser. Neste caso, pelo serviço ofertado ao público, irá cobrar 'tarifas', que correspondem à contrapartida que os usuários pagarão ao prestador daquela comodidade ou utilidade pelo serviço que lhes está prestando. No caso, *in tela*, os permissionários de ônibus é que estão prestando o serviço de transporte. Os usuários do serviço prestado são os passageiros, que devem versar tarifas às empresas de ônibus. Estas, desde logo, não são o público nem recebem utilidade ou comodidade material alguma da EMTU. O que recebem da EMTU são prescrições que condicionam suas liberdades de agir e sofrem inspeções, vistorias e até eventualmente sanções, tudo tendo em vista a que se mantenham ajustadas às prescrições impostas. Isto não é prestar 'serviço'. Pelo menos não o é tecnicamente. Mas se a EMTU presta serviço a alguém é ao Estado, pois o substitui em tarefa que a este competiria, caso não houvesse irrogado ditas atribuições de polícia à EMTU.

Assim, não vem ao caso a invocação, feita pelo acórdão, do art. 69 da anterior Constituição estadual. Entretanto, menos ainda vem ao caso a referência ao art. 159 da atual Constituição do estado. Nem se sabe por que foi mencionado, já que nele

se trata de 'preço público' (correspondente, pois, a atividade industrial ou comercial do estado, não a serviço público), assunto, portanto, absolutamente estranho a tarifa."

No memorial que apresentaram, cuja juntada, por linha, determinei aos autos, as impetrantes aduzem as seguintes considerações (fls. 2-3):

"É óbvio, portanto, que a cobrança 'instituída' pela Resolução SHDU-42 apresenta-se, *prima facie*, como verdadeira aberração jurídica, afrontosa a comezinhos princípios do Estado de Direito. Foi o que a ora recorrente alegou, estribada não só nas razões aduzidas, mas também no fato de que a 'hipótese de incidência' ou 'fato gerador' da cobrança seria a prestação de serviços da EMTU às empresas transportadoras, quando, em rigor de verdade, dita empresa, como se pode ver nas próprias atribuições da entidade, não presta serviço algum às sobreditas empresas, pois tudo que a lei lhe cometeu foi o exercício daquilo que o Código Tributário Nacional define como poder de polícia (art. 78)!"

Após demorada abordagem sobre os conceitos de poder de polícia e serviço público, obtemperam:

"Ora bem, são exata e precisamente do tipo e natureza aludidos os atos que foram cometidos à EMTU-SP. O que é o 'gerenciamento', a que aludiu o acórdão, senão a expedição de prescrições, de injunções, para o ajustamento dos serviços prestados pelos permissionários e 'autorizados' às pautas estabelecidas pela EMTU, ou seja, o condicionamento de suas liberdades de atuação às regras e atos concretos que lhes são impositivamente dirigidos e a fiscalização de sua obediência às sobreditas imposições, efetuadas através de vistorias e inspeções para mantê-los assujeitados aos termos que a EMTU-SP estabelece, sob pena de sanções (ou seja: atos modelarmente expressivos de Poder de Polícia!)" — fls. 5-6.

(...)

"Assim, não se entende como seja possível confundir os atos postos à alçada da EMTU com prestação de 'serviço público'. Deveras, serviço público, ao invés de implicar contenções à liberdade das pessoas, reversamente, se constitui no oferecimento, pelo Estado, a todos os administrados, de comodidades e utilidades materiais reputados em um dado tempo e lugar como necessários ou convenientes à Sociedade e que, por isto mesmo, são por ele assumidos e prestados, sob regime de direito público, diretamente ou através de terceiros, os quais investe nos poderes e atribuições necessários para tanto. Enquanto o serviço público 'oferece' aos administrados uma atividade material, para que dela possam fruir, substanciando-se em uma prestação, o Poder de Polícia, ao invés disto, limita os administrados, regulamenta, condiciona, examina, fiscaliza, vistoria (vistoriar, evidentemente, é ato de fiscalização) e sanciona: que é exatamente o que a EMTU faz, em relação aos transportadores, de acordo com os atos normativos invocados pela resolução como seus fundamentos.

O serviço público se constitui em uma prestação de atividade material (como fornecimento de água, luz, gás, telefone) e proporciona diretamente uma utilidade ou comodidade pública, isto é, como fruto imediato da atividade desempenhada, pois é nela mesma que reside a utilidade ou comodidade que se propõe a produzir. O Poder de Polícia, inversamente, produz utilidade pública de modo indireto, mediato, pois a utilidade pública emerge como fruto do ajustamento da conduta de outrem às pautas de conduta nele estabelecidas. Assim, do ponto de vista técnico-jurídico, são absolutamente inconfundíveis serviço público e poder de polícia administrativa.

A EMTU não presta serviço público e muito menos às empresas transportadoras

de passageiros. O que faz é policiar a atividade de tais empresas. Estas sim (e não a EMTU) é que prestam serviço público, sob regime de permissão ou autorização e sob a diretriz e fiscalização da EMTU. O serviço público amplia o campo de benefícios que alguém pode colher, pois oferece algo proveitoso ao próprio usuário, algo apetecível para ele, ao menos em tese. O Poder de Polícia, opostamente, restringe-lhe o campo de liberdade, subjuga-o a contenções, a pautas delimitadoras, submete-o a aprovações, controles, inspeções, vistorias e ainda o sanciona se desatender ao que lhe é imposto. Donde, se a EMTU presta 'serviço' a alguém (no sentido leigo da palavra e não no sentido técnico jurídico), sê-lo-á à pessoa jurídica estado de São Paulo, o qual, se não fora pela delegação de poderes feita à EMTU, teria de exercer diretamente as atividades que lhe cometeu. Então, se alguém deve remunerar tais 'serviços', é o beneficiário; é quem deles aproveita, ou seja, o próprio estado de São Paulo que, axiomaticamente, representa a coletividade em cujo benefício tais atos seriam praticados.

É pois, absolutamente descabido imaginar-se que a cobrança inventada pelo Executivo para sacar dinheiro das empresas transportadoras de passageiros na região metropolitana possa ser qualificada como tarifa e que, em conseqüência, pudesse ser instaurada independentemente de previsão legal ou do princípio da anterioridade. Tarifa, como se sabe, é a designação dada ao valor que o concessionário ou permissionário cobra do usuário, como contrapartida do desfrute, ainda que potencial, de um proveito que coloca à sua individualizada disposição, consistente na utilidade ou comodidade material a ele proporcionada. Tarifa é a importância que cada qual paga ao concessionário ou permissionário para remunerá-lo por isto.

Assim, as empresas transportadoras de passageiros, se devessem, de direito, pagar algo à EMTU, jamais o seria a título de tarifa. Exigência pecuniária que se lhes fizesse, só poderia ser 'taxa' em razão do exercício do Poder de Polícia, isto é, tributo, cuja instituição depende de lei, obedecido o princípio da anterioridade e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Ademais, por se tratar de gravame tributário imposto supervenientemente à fixação da equação econômico-financeira, representaria uma sobrecarga que, causando desequilíbrio dos termos iniciais, demandaria sua restauração, a teor do art. 62, § 5º, da lei estadual nº 6.544, de 22.11.89, mediante revisão tarifária, pois, na matéria, não poderiam deixar de vigorar os mesmos princípios que se impõem nos contratos administrativos" (fls. 6-7).

Tenho que razão assiste às impetrantes. Deveras, a manter-se o entendimento do acórdão, pagaria o usuário uma tarifa pelo serviço público de transporte e pagaria o permissionário, seu operador, para ser fiscalizado, controlado, manietado no seu mister. O permissionário apenas substitui o estado numa de suas obrigações (serviço do poder público), para cujo exercício este último já conta com o custeio oriundo da arrecadação tributária estadual. Qualquer cobrança a mais há que ser pactuada, contratada previamente, consensualmente, mesmo com a administração pública, pois, *pacta sunt servanda.*

Ademais, como afirmou o próprio Prof. Dalari, o mister da EMTU mira, exclusiva e principalmente, o interesse público, quando visa a qualidade do serviço. E, se assim, não é preço público, pois, nele, a atividade implica satisfação do interesse privado (fl. 464 — Eros Grau).

A tarifa, referida por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (fl. 536) é, obviamente, aquela cobrada ao usuário pela utilização do serviço, nunca aquela imposta coativamente ao permissionário que faz as vezes do Estado na prestação do serviço de transporte. Por isso, embora se concorde em que o Es-

tado pode cobrar preço público ou tarifa por um serviço prestado, isto não implica que tal cobrança se faça tanto do usuário (como no caso da água de que trata o eminente administrativista — fl. 536), quanto do permissionário (como no caso dos autos).

Na própria citação feita de José Afonso da Silva (fl. 538) retira-se que preço público e tarifa são remuneração de serviço público prestado por permissionário. Há que se distinguir entre o serviço público dirigido a interesses difusos e aqueles dirigidos especificamente, como no caso dos autos, em que a administração tenta *impor* aos permissionários um preço público ou tarifa para que ela organize, controle e fiscalize atividade que lhe incumbia operar. Evidentemente, não há, aqui, prestação de serviço, mas exercício de um poder, o de polícia.

Por isto, inválida e impertinente a observação quanto ao comando constitucional paulista sobre a remuneração dos serviços públicos fazer-se, sempre que possível, por tarifa. A norma da *Lex Legum* estadual tem endereço conhecido e não abriga a cobrança de tarifa ou preço público pelo próprio estado quando este já haja transferido seu *munus* via permissão, salvo na hipótese de se haver pactuado a propósito, consensualmente, nunca impositivamente!

A lição de Celso Antonio Bandeira de Mello (fl. 539), embora lembrada por quem defende a legitimidade da cobrança em comento, aplica-se às recorrentes: equilíbrio econômico financeiro!

Isto quer dizer que a prestação do serviço público é feita em nome do poder público, "sob condições alteráveis unilateralmente pelo estado", só que, além de a tarifa dever-se cobrar ao usuário do serviço público permitido, há a obrigação de manter-se o equilíbrio econômico financeiro inicial, no caso desrespeitada pela administração quando altera a permissão quebrando aquele equilíbrio.

Por isso, embora o mestre Hely Lopes Meirelles afirme "ser comum nos contratos de concessão de serviço público a fixação de um preço, devido pelo concessionário ao concedente, a título de remuneração dos serviços de supervisão, fiscalização e controle da execução dos ajustes (veja que há que existir ajuste prévio) a cargo deste último" (fl. 540), nem por isso poderá o estado (concedente) quebrar aquele equilíbrio, numa imposição *a posteriori* do que foi ajustado. Tanto assim que o mestre é claro em afirmar que tal remuneração é prevista nos contratos, cuja natureza jurídica pressupõe consenso, acordo de vontades, nunca imposição *a posteriori, manu militari*, ofensiva do já lembrado equilíbrio econômico-financeiro, que é a viga mestra de todo o pacto.

Do exposto, ilegal a cobrança impugnada, conheço do recurso e lhe dou provimento.

EXTRATO DA ATA

RMS nº 582-SP (90.8600-0). Rel.: Min. Américo Luz. Recte.: Auto Ônibus Soamin Ltda. e outros. T. origem: Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Impdos.: Secretário da Habitação e Desenvolvimento Urbano do estado de São Paulo e presidente da Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S/A-EMTU-SP. Recdos.: Fazenda do estado de São Paulo e Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S/A-EMTU-SP. Advs.: Aires Fernandino Barreto e outros e Anadil Abujabra Amorim Mendonça Alves e outro.

Decisão: "a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

(2ª Turma — 30.10.91)

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pádua Ribeiro, José de Jesus e Hélio Mosimann. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Peçanha Martins. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro Américo Luz.