

## Promoção s/nº 99 – João Guilherme Sauer

Senhor Procurador-Geral:

Confesso que estive propenso a concordar com o pronunciamento de fls. 73-81 do Procurador WALDEMAR DECCACHE, quando uma troca de idéias com a Procuradora-Chefe VANILDA FÁTIMA MAIOLINE HIN me convenceu do acerto das opiniões emitidas na Procuradoria Tributária (PG-3), a partir daquela de fls. 27-34, da nossa colega, hoje aposentada do serviço público, Procuradora VERA LÚCIA KIRDEIKO.

Estou, com efeito, persuadido de que a atividade desempenhada pela Agência Reguladora de Serviços Públicos não constitui manifestação do Poder de Polícia da Administração.

Apesar de uma certa dificuldade, que tenho, de compreender completamente o sistema do Direito Administrativo proposto pela doutrina mais difundida, parece-me que o Poder de Polícia Administrativa se distingue por objetivar a adequação ao interesse público do exercício da generalidade dos direitos e faculdades previstos no ordenamento. A necessidade dessa adequação traz consigo a idéia de que os direitos e faculdades sobre os quais o Poder de Polícia recai não estariam, naturalmente, vocacionados a satisfazer o interesse público, se ela, adequação, não fosse promovida, de modo mais ou menos permanente. Se admitimos, por exemplo, que o exercício dos direitos de propriedade e ao trabalho estivesse, sempre, fadado a satisfazer ao interesse público, as limitações a esses direitos – como os regulamentos edilícios e profissionais – não teriam razão de ser. Quando se diz que a Polícia Administrativa opera através de *limitações*, se quer significar, penso eu, que ela se *contrapõe* a certos rumos, a que tenderiam certos direitos e liberdades, e que, todavia, são considerados indesejáveis, em face do interesse social ou público.

Assim, a Administração, quando exerce o Poder de Polícia, como que *corrige*, preventiva ou repressivamente, os rumos de direitos e liberdades potencialmente contrários ao interesse público, mesmo quando ela, Administração, não seja parte do espectro de relações engendradas por esses direitos e liberdades.

Daí o caráter geral ou genérico da Polícia Administrativa: objeto dela são todos os direitos e liberdades, cujo exercício possa contrariar o interesse público.

Ora, quando a Administração celebra contrato ou pratica ato de delegação a terceiros de atividade a ela atribuída pelo ordenamento – como soem ser os serviços públicos –, a atividade delegada está, por definição, vocacionada a satisfazer o interesse público. O interesse público colimado é o mesmo que presidiu à celebração do contrato ou à prática do ato. Trata-se, aqui, não da *contraposição* da Administração aos rumos natural e potencialmente indesejáveis do exercício da atividade, mas sim, de *colaboração* entre ela e o particular em fazer com que esse exercício se faça de acordo com os termos da delegação – tanto mais quanto a responsabilidade pelo bom ou mau desempenho da atividade para com seus destinatários é do próprio delegante. O problema é, pois, de fazer cumprir o contrato, poder que cabe às partes

de qualquer contrato, inclusive a Administração, só que, quanto a esta, se verifica uma posição de predominância que não está presente nas relações entre particulares.

O poder, nesse caso, não é de Polícia, mas de fiscalização do serviço concedido. Veja-se o que a respeito diz MARCELLO CAETANO:

“Vimos que em virtude da associação do particular à Administração, operada pelo contrato administrativo, aquele fica como esta sujeito aos imperativos do interesse público. Mas é à Administração que compete definir as exigências do interesse público e fazer observar na execução do contrato a disciplina dele decorrente.

Daí a posição que poderíamos chamar de predominante da pessoa coletiva de direito público cujas atribuições estão em causa na execução de um contrato administrativo.

Tal predomínio traduz-se no direito de fiscalizar o cumprimento do contrato. Em certos tipos contratuais este direito de fiscalização está minuciosamente regulado por lei, prevendo-se mesmo a designação de fiscais que acompanhem a realização das prestações exigidas pelo contrato. Noutros casos é o próprio contrato que fixa os termos em que deverá ter lugar a fiscalização. Mas, ainda mesmo que leis, regulamentos ou contratos sejam omissos, nunca esse direito pode ser negado ao contraente público.

(...)

Os limites do poder de fiscalização e, quando seja caso disso, do poder de direção são, por um lado, o próprio contrato, de cujas cláusulas e, sobretudo, de cujo objeto não é lícito à Administração afastar-se, e por outro lado o dever de não onerar, dificultar ou impedir o cumprimento do contrato sem fundamento justo.

O contrato implica uma colaboração ou associação entre as duas partes. O particular tem o dever de, procurando embora realizar o seu legítimo interesse, perseguir o interesse público, concretizado no objeto do contrato, com o mesmo espírito que deve animar a Administração; (...)”  
(*Manual de Direito Administrativo*, Rio, 1970, tomo I, pp. 555-556).

Semelhantemente se pronuncia HELY LOPES MEIRELLES:

“A fiscalização do serviço concedido cabe ao Poder Público concedente, que é o fiador de sua regularidade e boa execução perante os usuários. Já vimos que serviços públicos e serviços de utilidade pública são sempre serviços para o público. Assim sendo, é dever do concedente exigir a sua prestação em caráter geral, permanente, regular, eficiente e com tarifas módicas. Para assegurar esses requisitos, indispensáveis em todo serviço

concedido, reconhece-se à Administração Pública o direito de fiscalizar as empresas, com amplos poderes de verificação de sua administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros, principalmente para conhecer a rentabilidade do serviço, fixar as tarifas justas e punir as infrações regulamentares e contratuais” (*Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, 1989, pp. 344-345).

Como se vê, o alcance da atividade, a que alude o eminente doutrinador, é o mesmo, ou quase o mesmo, atribuído à ASEP-RJ nos artigos 3º e 4º da Lei estadual nº 2.686, de 13.02.1997.

Claro que, sendo essa atividade peculiar à Administração, enquanto parte de um ato ou contrato de delegação de serviço, não resulta de um Poder geral ou genérico, ínsito ao Poder de Império, mas do próprio serviço delegado, ou do ato que o delegou. Aí está o fundamento da afirmação de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, citada a fls. 29-30. E tal doutrinador não está sozinho; algo semelhante afirma RUY CIRNE LIMA:

“Não se confunde a polícia, entretanto, já no extremo oposto, com a só inspeção exercida pelo Poder Público. Esta distinção é tradicional no nosso direito, vem-nos da Lei de 1º de outubro de 1828 (arts. 66 e 70).

(...)

A forma mais freqüente, por que essa inspeção do poder público costuma manifestar-se, é, todavia, a fiscalização exercida sobre os serviços públicos executados por particulares, empresas públicas ou sociedades de economia mista” (*Princípios de Direito Administrativo*, São Paulo, 1982, p. 111).

Não havendo, pois, exercício do Poder de Polícia no desenvolvimento dessa atividade, propriamente dito, não há que falar em taxas para estipêndio dela. Há, aqui, preço.

E parece-me melhor que caracterização de preço haja, como há, no caso, pois é altamente discutível a constitucionalidade da base de cálculo da exigência prevista no artigo 19 da Lei estadual nº 2.686, de 13.02.1997, alterado pela Lei nº 2.752, de 02.07.97.

Como se sabe, a base de cálculo da taxa não pode ser a mesma de imposto. Quando assim se diz, não se está significando que a proibição da Constituição (artigo 145, § 2º, da CF/88, art. 77, parágrafo único, do CTN) recaia sobre bases de cálculo idênticas, mas sim de bases de cálculo peculiares, próprias ou inerentes aos dois tipos de tributo.

Vale transcrever a lição de BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, em obra publicada na época em que a Constituição Federal falava em “base de cálculo idêntica à de imposto”:

“Em primeiro lugar, com a devida vênia, a expressão utilizada pelo legislador constituinte<sup>1</sup> não está correta.

(...)

O que se veda é que a taxa tenha como base de cálculo qualquer uma que sirva para imposto, seja este previsto no sistema (contido na discriminação de rendas tributárias) ou não (competência tributária residual da União), seja já definido pela lei ordinária (imposto existente) ou não (imposto a ser criado). Com tal entendimento, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a taxa de licença do Município de Cariacica (Espírito Santo), exigida em função do valor real do estabelecimento, ou seja – o que é o mesmo – de 10% daquele valor, em razão de tal base de cálculo ser idêntica à do imposto sobre a propriedade predial (no conceito de estabelecimento vai implícito o do imóvel que lhe é parte, acrescido do valor dos móveis e utensílios que o guardam).

(...)

Sempre que o critério adotado pelo legislador fiscal para o cálculo de taxa contenha, em si mesmo, critério já utilizado para imposto, estará configurada violação da norma geral do sistema tributário, ainda que a base de cálculo escolhida para a taxa abranja outros fatores não considerados para o imposto” (*Doutrina e Prática das Taxas*, São Paulo, 1976, pp. 199-200).

Ora, a base de cálculo correspondente ao somatório das receitas das tarifas auferidas mensalmente pelo delegatário do serviço apanha, indiscutivelmente, a matéria tributável que sofreu a incidência do ICMS (ou mesmo, do ISS). Por outro lado, parece-me evidente que a taxa, assim estabelecida, alcança economia estranha ao custo da atividade que lhe serviria de fundamento.

Por tudo isso, a identificação do estipêndio previsto na legislação estadual como preço, além de mais correta, o coloca a salvo do questionamento quanto à validade dos seus aspectos quantitativos.

Estou, pois, de acordo com o parecer da Procuradora VERA LÚCIA KIRDEIKO – *data venia* dos estimados colegas Procuradores que se manifestaram em sentido diverso.

<sup>1</sup> O doutrinador se refere, aqui, ao texto do § 2º do art. 18 da Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969: “para cobrança de taxas não se poderá tomar como base de cálculo a que tenha servido para a incidência de impostos”. A linguagem do CTN (art. 77, parágrafo único) padece do mesmo defeito: “a taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto, nem ser calculada em função do capital das empresas”. A CF/88 aprimorou o enunciado do princípio, dispondo: “as taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos” (art. 145, § 2º).

Assim sendo, sou pela devolução do presente à hoje Procuradoria de Serviços Públicos, para emitir opinião sobre a questão que, afinal de contas, constitui o objeto da consulta que foi formulada a esta Procuradoria-Geral.

À consideração de V. Exa.

Em 03 de fevereiro de 1999

**João Guilherme Sauer**  
Procurador-Assessor

**VISTO**

De acordo com as manifestações dos Procuradores VERA LÚCIA KIRDEIKO e JOÃO GUILHERME SAUER.

À Procuradoria de Serviços Públicos, para, em grau de prioridade, pronunciar-se sobre o objeto da consulta de fls. 02, a saber: quais os tributos que devem ser excluídos da base de cálculo da exigência de que trata a Lei nº 2.686, de 13.02.97 (artigo 19).

Em 05 de fevereiro de 1999.

**Francesco Conte**  
Procurador-Geral do Estado

Proc. nº E-14/887.145/98