

SECÃO CÍVEL

A ilegalidade da cobrança da tarifa de esgotos

VÁLTER FOLETO SANTIN
Promotor de Justiça - SP

As concessionárias cobram mensalmente dos usuários tarifas de água e esgotos. Os altos valores das contas geram protestos e reclamações da população.

A cobrança da tarifa de esgotos é ilegal. Primeiro, porque os serviços públicos essenciais não são remuneráveis por tarifa e sim por taxa. Segundo, pois esbarra na ausência de especificidade e divisibilidade do serviço, exigidas para a taxa. Terceiro, porque há inúmeros municípios que não estabelecem a cobrança dos serviços de esgotos e a norma municipal que fixa o sistema tarifário na lei de concessão dos serviços de água e esgotos é inconstitucional.

O Poder Público pode cobrar taxas, para contraprestação pela atuação administrativa, 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 (art. 145, II, da Constituição Federal), sendo que as taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos (§ 2º). O artigo 77 do Código Tributário Nacional segue o preceito.

Os serviços públicos são remuneráveis apenas por taxas. Não por tarifas. Impossível a opção entre taxa e tarifa.

Segundo o jurista Geraldo Ataliba, para o Estado cobrar taxa a Constituição impõe a existência de duas leis, "uma administrativa de polícia ou de serviços públicos e uma tributária, qualificando esses fatos para o efeito de fazerem nascer obrigações tributárias" ("Taxas e Preços no Novo Texto Constitucional", Revista de Direito Tributário 47, pág. 144).

Nessa linha, normalmente existe a lei administrativa (Códigos Sanitários Estaduais e Municipais). No Estado de São Paulo há o Decreto-Lei Estadual nº 211, de 30.3.70 e o Decreto Estadual nº 12.342, de 27.9.78, determinando que todo prédio deverá ser abastecido de água potável em quantidade ao fim a que se destina, e dotado de dispositivos e instalações adequados destinados a receber e a conduzir os despejos, sendo que onde houver redes públicas de água ou de esgotos em condições de atendimento as edificações novas ou já existentes serão obrigatoriamente a elas ligadas e por elas respectivamente abastecidas ou esgotadas.

Portanto, os serviços públicos de abastecimento de água e ligações de esgotos, para receber e conduzir os despejos, são obrigatórios e compulsórios, sem condições de opção pelo consumidor do seu recebimento ou não, indicando seguramente a condição de serviços públicos essenciais e primários, remuneráveis por taxa.

Geraldo Ataliba critica a posição daqueles que pensam que o legislador teria liberdade para escolher o regime de taxas ou de preços (tarifas) e que o inciso II do artigo 145, da Constituição Federal, seria "simples sugestão ao legislador". Entende que "A Constituição, lei máxima, sagrada e superior, ordena, manda, determina, impõe". A única liberdade que a Carta Magna permite ao legislador é para decidir se a prestação de certo serviço público específico e divisível será remunerada ou não. Na escolha atinente à remuneração, pode tornar gratuitos determinados serviços (vacinação, identificação ou profilaxia, etc.), mas em caso de cobrança da prestação somente pode ser: "retribuída mediante taxa" ("Hipótese de Incidência Tributária", Malheiros, 5ª ed., pág. 141).

O regime tributário instituído pela Constituição Federal (arts. 145 a 156), contendo os princípios da legalidade, igualdade, vedação de delegações, irretroatividade e segurança jurídica, é obrigatório para o legislador comum e contém direitos públicos subjetivos para todos os contribuintes. O sistema impede que o legislador deixe de lado situação que caracteriza taxa, para fixar regime de preço, típico do direito privado.

Taxa remunera um serviço público. Preço é a contraprestação de uma obrigação contratual estabelecida entre partes iguais, com liberdade de contratar.

O direito privado caracteriza-se pela autonomia da vontade, com liberdade de estabelecimento de cláusulas e condições, força vinculante do avençado, que faz lei entre as partes, e obrigatoriedade de cumprimento, pois *pacta sunt servanda*, diversamente do campo público que se deve pautar, na área de tributos, pelo cumprimento dos princípios contidos na Carta Magna, especialmente no sistema tributário nacional.

Os serviços públicos essenciais não buscam o lucro e não se ajustam ao regime de mercado ou da livre iniciativa, pois visam preencher uma lacuna da sociedade no interesse comunitário. A preservação da Saúde Pública é uma das finalidades mais marcantes da atuação estatal, ao lado da Educação, Segurança e Justiça. São *res extra commercium*, sem liberdade de disposição desenfreada por qualquer pessoa ou mesmo pelo Estado, situação que retira a aplicação das normas jurídicas do direito privado.

A incumbência de prestação de serviços públicos é do Poder Público (art. 175, CF), disposição distinta da exploração de atividade econômica pelo Estado (art. 173).

Inegavelmente, os trabalhos de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgotos são serviços públicos primários e não se destinam à exploração de atividade econômica pelo Estado. Não se sujeitam ao regime de preços, de cunho privado, mas sim ao regime tributário.

A competência para a previsão de taxas de água e de esgotos é do Município. Se no Município inexistir norma legal criando e instituindo taxa de fornecimento de água ou de coleta e tratamento de esgotos, a cobrança de remuneração esbarra no princípio constitucional da legalidade (art. 150, I, da CF), tendo em conta que é vedado ao Poder Público exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

Sabe-se que as concessionárias aumentam os valores constantemente, sem atentar para a obrigatoriedade de lei estabelecendo o aumento ou a vedação de cobrança no mesmo exercício financeiro (art. 150, III, "a" e "b", da Carta Magna).

A propósito, os aumentos ilegais dos valores cobrados dos consumidores são fixados pela própria concessionária, fato que reforça a tese de cuidar-se de serviços públicos passíveis da cobrança de taxa (dependente do preenchimento de todos os requisitos constitucionais) e não de tarifa, pois inexistente a liberdade das partes estabelecerem o valor dos serviços públicos ou as condições da atuação estatal, por via de concessionária.

Além de todas essas irregularidades, ilegalidades e inconstitucionalidades, em condições de fulminarem facilmente a obrigação de remunerar os serviços públicos de esgotos, para a própria cobrança de taxa faltam os requisitos constitucionais da divisibilidade e especificidade (art. 145, II).

A divisibilidade da taxa é um dos pressupostos legais que autorizam a cobrança do tributo. Será divisível quando houver possibilidade de se apurar a utilização individual pelo usuário do serviço público colocado à sua disposição. Não é possível nem aceitável a utilização dos serviços de coleta e tratamento de esgotos sanitários de forma divisível, isto é, por contribuinte-consumidor, em razão do imóvel que possui ou da água que consome.

O serviço de coleta de esgotos é prestado ou posto à disposição de toda a coletividade, em caráter geral, beneficiando os domicílios servidos e a população fixa ou flutuante. Visa genérica proteção à Saúde Pública, em face da higiene decorrente da coleta e tratamento dos esgotos, em saneamento dos detritos e impurezas, para dificultar a eclosão de doenças endêmicas, típicas de locais destituídos do imprescindível saneamento básico, que poderiam atingir toda a população e os visitantes (cólera, dengue, etc.).

É difícil estimar quanto cada um dos contribuintes consome de esgotos. A forma utilizada pelas concessionárias para fixação do consumo e cobrança é arbitrária, pois estabelece-se percentual sobre a quantidade de água consumida por cada indústria, comércio ou residência, individualmente (80% no interior e 100% na Grande São Paulo).

Não é utilizado medidor para aferir quanto cada domicílio produz de matéria orgânica e outros detritos encaminhados aos esgotos, jogados nos rios e córregos sem qualquer tratamento. E as águas gastas na lavagem de carros, calçadas e jogadas no quintal, nas hortas, plantas, verduras e flores como ficam, pois não se endereçam aos esgotos? Por que 80% ou 100% e não 50%, 30%, 20%, 10%, 5% ou uma quantia igual para todos? Inexiste lei a respeito.

O mesmo cano por onde passam os esgotos e dejetos da casa A, circulam os da residência B, do comércio C, da indústria D e assim por diante. Os desgastes das redes de esgotos e as obras necessárias são remuneráveis por outro tributo (contribuição de melhoria), não por taxa (JTACSP LEX 117/109).

O serviço de esgotos também não é específico, eis que não pode ser separado em unidades autônomas de intervenção da autoridade ou de sua utilidade ou necessidade pública que o justificou.

A coleta e tratamento de esgotos é de uso comum ou *uti universi*, não permitindo a cobrança de taxa, como seria se fosse *uti singuli*. Assemelha-se ao serviço de iluminação pública, já declarado inconstitucional (RT 642/102, 623/116, 612/119).

Receita-se a ação civil pública para coibir a ilegalidade da cobrança, por ferimento ao interesse coletivo dos munícipes. São legitimados o Ministério Público, associações e entes públicos indicados na Lei nº 7.347/85. A competência funcional do foro é do local onde ocorrer o dano ou ameaça de verificação (art. 2º, Lei nº 7.347).

Certamente, a decretação judicial da ilegalidade atenderá aos interesses do povo, de livrar-se do pagamento de tributos e tarifas remunerados com base em normas ilegais e inconstitucionais, diminuindo os recursos que irrigam os abusos da administração e a malversação dos recursos públicos.