

VISTO

Aprovo o parecer nº 1/2000 do Procurador Marcos Juruena Villela Souto (fls. 16/31).

Respondendo às indagações feitas pela SUDERJ, assentou o parecerista, após aprofundado estudo do tema (“cadeiras perpétuas” no Estádio Jornalista Mário Filho), as conclusões abaixo sumariadas:

(i) o vínculo jurídico entre a Administração Pública e o portador dos “títulos” em caráter perpétuo configura um típico contrato de concessão de uso, por meio do qual o Poder Público transfere ao particular o direito de usar o bem, de modo exclusivo e estável, mediante o pagamento de uma quantia certa em dinheiro;

(ii) a legislação estadual que rege a matéria instituiu um “título” de natureza exclusivamente obrigacional (e não um direito real);

(iii) é lícita a cobrança das “taxas” de manutenção e conservação, cujo objetivo é o de preservar o equilíbrio da relação jurídica estabelecida entre a Administração e o particular, haja vista que não seria razoável que este último, sem qualquer contrapartida, tirasse proveito da conservação, das melhorias e dos benefícios trazidos ao bem pelo ente público;

(iv) afigura-se possível a mudança da localização das cadeiras, por razões de conveniência e oportunidade, devidamente, fundamentadas, à luz do interesse público; nesta hipótese, se a alteração da localização for significativa, deverá a Administração reparar as perdas e danos sofridos pelo portador do “título”, em decorrência de transferência.

Ao Gabinete Civil, para ciência, solicitando-se a posterior remessa à Secretaria de Estado de Ação Social, Esporte e Lazer, com vistas à SUDERJ.

Rio de Janeiro, 2 de fevereiro de 2000.

FRANCESCO CONTE
Procurador-Geral do Estado

Parecer GAB nº 12/2003 – MJVS – Marcos Juruena Villela Souto

Em 06 de novembro de 2003.

COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTO - CEDAE

Assunto: Tarifa Progressiva – Legitimidade de sua Adoção nos Serviços de Saneamento Básico.

Senhor Procurador-Geral,

I

Trata-se de solicitação de orientação do posicionamento que deva ser adotado pela CEDAE nas diversas ações em face dela propostas, tendo por base o questionamento da tarifa progressiva.

Alega-se que “a CEDAE pratica ilegalidade contra o consumidor do “consumo medido”, aplicando-lhe tarifa progressiva”, sendo aceita, apenas, a “tarifa diferenciada, ou seja, tarifa diferente para cada categoria de consumidor (domiciliar, comercial, industrial)”. Sustenta-se que a tarifa progressiva é ilegal porque não foi recepcionada pelo art. 39, X, do Código de Defesa do Consumidor¹; afinal, “quem consome mais já paga mais pelo que exceder do consumo mínimo obrigatório. Logo, não pode se apenado ou sobretarifado por isso. O fornecedor assim cria “um ilícito de consumo”, que pode ser atacado civil ou administrativamente.”

O cerne dos argumentos é assim exposto:

Há mais: a CEDAE louva-se nos artigos 11 a 14 do Decreto nº 82.587 de 6 de novembro de 1978, que regulamentou a Lei Federal nº 6.528, de 11 de maio de 1978, para cobrar a chamada *tarifa diferenciada*. Mas, fá-lo sem nenhuma reserva legal pelo simples fato de tratar-se de decreto expressamente revogado pelo Decreto de 05 de setembro de 1991, publicado no D.O.U. do dia subsequente (06.09.97). Seu número (82.587) e data (06.11.78) estão mencionados no Anexo do Decreto Revogador, o qual se transcreve:

1 Lei 8.078/90, artigo 39, inciso X: “É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços dentre outras práticas abusivas ... elevar sem justa causa preço de produtos ou serviços”.

2 Processo nº 2003.001.093755-3 – Ação de obrigação de fazer proposta em 12.08.2003, pelo Condomínio do Edifício Palais de Versailles, sendo a petição inicial firmada pelo Advogado MARCELO GROZDEA COLOMBO.

(...)

Art. 3º: Declaram-se revogados os Decretos relacionados no Decreto.

Brasília, 05 de Setembro de 1991; 170º da independência e 103º da República.

...

82.587, de 06 de Novembro de 1978

Comprova-se, portanto, que além de não se assentar em justa causa e tarifa progressiva, sua cobrança carece de reserva legal, já que revogado está o velho decreto 82.587/78, por afrontar, dentre outras leis, o CDC.

Sabe-se que a jurisprudência do Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ainda é controvertida sobre a matéria, como se pode ver da seguinte ementa:

“Tarifa progressiva. Ilegalidade. Sem justa causa, não se permite ao fornecedor aumentar o preço (art. 39, X, CDC). Além disso, o decreto que a previa está revogado. Devolução em dobro. A insistência do fornecedor em cobrar do consumidor tarifa acima dos limites legais, mesmo após a concessão da tutela antecipada, envolve má-fé a ensejar a restituição em dobro. Sentença confirmada.”

É ilegítima a cobrança da tarifa progressiva inexistindo suporte legal para majorar despesa do consumidor, mormente se já revogado o Decreto nº 82.587/78 que regulamentou a Lei nº 6.258/78 pelo Decreto de 05.09.91, matéria incontroversa nos autos, estampada a cópia as fls. 70/74 que autorizava tal tipo de cobrança (fls. 261).³

“Administrativo. Repetição de indébito. Taxa de Água e Esgoto. Invalidez da cobrança progressiva. Vantagem exagerada. Devolução em dobro. Engano justificável...”

(Ap. Cível 14075/01, Rel. Des. Leticia Sardas).

(...)

Ora, a matéria em discussão, como sabido, tem oscilado na jurisprudência pátria, ou seja, validade ou não de tarifas progressiva ou mínima, e, assim, seria razoável admitir-se como engano a referida cobrança progressiva efetivada pela *CEDAE*, fato que ilidiria a questionada devolução em dobro.⁴

Em suas contestações, a *CEDAE* vem explicando que:

“A grande concentração populacional em área urbana tem contribuído decisivamente para o desaparecimento dos recursos hídricos próximos às grandes cidades que possam atender às grandes demandas de consumo, face aos desmatamentos provocados pelos empreendimentos imobiliários, instalações de indústrias e grandes empresas e pela falta de controle da poluição ambiental.

Este quadro impõe que se busque os recursos hídricos disponíveis à grandes distâncias dos centros urbanos, o que determina a implantação de um sistema de distribuição mais complexo e de alto custo.

Atualmente, estes recursos hídricos estão sendo agredidos por poluentes provenientes da população que ocupa as áreas próximas e que cresce a cada ano. A implicação disto é que as águas chegam à Estação de Tratamento cada vez mais poluídas, aumentando o custo de tratamento. Além disso, o volume da água tratada disponível fica comprometido, face ao aumento do tempo de tratamento necessário para se atingir os padrões de qualidade estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde, ao passo que o aumento populacional determina um aumento de consumo de água.

A solução do problema sinaliza para um controle efetivo do consumo, buscando promover uma distribuição racional da água como fator de equilíbrio na relação Volume Disponível X Consumo Exigido. Na impossibilidade de se controlar o consumo de cada imóvel ligado ao sistema desta Companhia, adotou-se o sistema de tarifa progressiva como o único dispositivo viável para inibir o consumo e beneficiar aqueles que economizam água.”

(...)

Toda a legislação que rege o assunto determina em resumo, que a água deverá prioritariamente, atender as necessidades do consumo humano, que a água é um bem mineral finito e de valor econômico e que a fixação tarifária levará em conta a viabilidade do equilíbrio econômico-financeiro das empresas e a preservação dos aspectos sociais dos respectivos serviços, de modo a assegurar o adequado atendimento dos usuários de menor consumo. (...)”

3 18ª CÂMARA CÍVEL - Apelação Cível nº 2001.001.24349

4 1ª CÂMARA CÍVEL - Apelação Cível nº 3444/2003.

II

Até este ponto, a linha de defesa que a CEDAE vem adotando é absolutamente precisa, posto que destaca a função regulatória da tarifa. Afinal, como reconhecido no artigo 1º da Lei Estadual nº 3239, de 02.08.1999⁵, que institui a política estadual de recursos hídricos, “a água é um recurso essencial à vida, de disponibilidade limitada, dotada de valores econômico, social e ecológico...”. Tanto que um dos instrumentos da dessa política é a cobrança, aos usuários, pelo uso dos recursos hídricos (art. 5º, V). E mais, o art. 27 do mesmo diploma legal estabelece que a cobrança pelo uso dos recursos hídricos objetiva reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu valor, como, ainda, incentivar a racionalização do seu uso. (incisos I e II).

Portanto, a defesa adotada encontra-se em estrita compatibilidade com a legislação ambiental vigente.

A jurisprudência quanto a doutrina (que devem ser levadas para os processos judiciais) também confirmam tal orientação, como se pode ver dos seguintes arestos do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, da lavra do Exmo. Sr. Des. FABRÍCIO PAULO B. BANDEIRA FILHO:

“Preço Público – Taxa de Água E Esgoto – Tarifa Mínima - Legalidade

“Fornecimento de água e esgoto. Tarifa. Preço público. Tarifa mínima. Legalidade. A cobrança de tarifa mínima e progressiva não reflete abusividade, violando disposições do Código de Defesa do Consumidor, mas atende ao equilíbrio necessário para a manutenção e prestação do serviço e a sua finalidade social Lei nº 6528/78, regulamentada pelo Decreto nº 82.587/78, e Lei nº 8987/95, ensejando a cobrança de tarifa mínima.”

(...)

Já na vigência da Constituição Federal de 1988, a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispoendo sobre a concessão e permissão de serviços públicos, não contém qualquer norma que impeça a cobrança de tarifa mínima e a tabela progressiva, mas, ao contrário, deixa clara, em diversos dos seus dispositivos, tal possibilidade.

A propósito da questão, veja-se acórdão da lavra do eminente Desembargador Raul Celso Lins e Silva, no julgamento dos Embargos Infringentes nº 30/99, pelo extinto 9º Grupo de Câmara Cíveis deste Tribunal cuja ementa esgota o tema:

“Embargos Infringentes. Administrativo. Preço público. Fornecimento de água e esgoto. Tarifa mínima. Legalidade Consumo mínimo presumido.

⁵ Apud CUNHA, Paulo César Melo. *Legislação estadual fundamental*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2000, pp. 717 e ss.

A cobrança de tarifa mínima obedece a critérios rígidos aplicáveis em todo o território nacional, consoante o que dispõe a Lei Federal nº 6.528/78, regulamentada pelo Decreto nº 82.587/78. Procedimento adotado também pelas empresas prestadoras dos serviços de energia elétrica e telefonia. A tarifa não está limitada ao consumo do usuário, porquanto também leva em conta a viabilidade do equilíbrio da empresa, de forma a assegurar o adequado atendimento aos usuários menos favorecidos. Manutenção do aresto embargado. Conhecimento e improvemento do recurso”.⁶ Fornecimento de água e esgoto. Tarifa. Preço público. A tarifa progressiva não reflete abusividade, violando disposições do Código de Defesa do Consumidor, mas atende ao equilíbrio necessário para a manutenção e prestação do serviço e a sua finalidade social. Tarifa mínima. Legalidade. Implantação de hidrômetro, passando a cobrança a ser feita com base na medição do consumo, daí resultando a diferença em relação ao que era cobrado anteriormente.

(...)

Veja-se, ainda, que, já na vigência da Constituição Federal de 1988, a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispoendo sobre a concessão e permissão de serviços públicos, não contém qualquer norma que impeça a cobrança de tarifa e a tabela progressiva, mas, ao contrário, deixa claro, em diversos dos seus dispositivos, tal possibilidade.

(...)

Inexiste a apontada violação do Código de Defesa do Consumidor, como afirma o apelante com a variação da tarifa por faixas de consumo, como se depreende dos arts. 11 e 12 do Decreto nº 82.587/78, dada a própria natureza da tarifa, que, como já restou assinalado, deve atender a uma finalidade social e à viabilidade econômico-financeira do cumprimento.”⁷

A legalidade da tarifa progressiva também é acolhida pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal:

Administrativo. Preço público. Distribuição de água. Tarifa mínima. O preço público tem natureza diversa do preço privado, podendo servir para a implementação de políticas governamentais no âmbito social. Nesse regime, a tarifa mínima,

⁶ 17ª CÂMARA CÍVEL - Apelação Cível nº 418/03 – 17ª CC; Rel. Des. FABRÍCIO BANDEIRA FILHO – TJ-RJ; Boletim Informativo – CEJUR Nº 117

⁷ 17ª CÂMARA CÍVEL - Apelação Cível nº 30.439/2002.

a um tempo, favorece os usuários mais pobres, que podem consumir expressivo volume de água a preços menores, e garante a viabilidade econômico-financeira do sistema, pelo ingresso indiscriminado dessa receita prefixada, independentemente de o consumo ter, ou não, atingido o limite autorizado. Recurso especial não conhecido.

(...)

Foi o que fez o art. 18, *caput*, do Dec. Nº 5.552, de 1980, *in verbis*:

“As tarifas mensais de utilização de água no Distrito Federal, para qualquer categoria de serviço e tipo de consumo, seja medido ou estimado, serão baseadas no princípio da tarifa diferencial crescente, compreendendo sempre um consumo básico e consumos excedentes, serem fixadas de maneira a permitir a viabilidade econômico-financeira da CAESB.

Nesse regime, a *tarifa mínima*, a um tempo, favorece os usuários mais pobres, que podem consumir expressivo volume de água a preços menores, e garante a viabilidade econômico-financeira do sistema, pelo ingresso indiscriminado dessa receita prefixada, independentemente de o consumo ter, ou não, atingido o limite autorizado.”⁸

No entanto, ao sustentar que a Lei nº 8.987/95⁹ somente se aplica às Concessionárias e Permissionárias de Serviços Públicos e não às estatais¹⁰, incide num formalismo que em nada socorre a sua defesa.

Isto porque a Lei nº 8.987/95, embora discipline o contrato de concessão, estabelece direitos dos usuários e explicita princípios que já são, de muito tempo, reconhecidos pela doutrina para qualquer técnica de prestação dos serviços públicos¹¹.

Assim, não há como afirmar que o usuário não tem direito a tarifa módica pelo fato de o serviço ser prestado pela Administração Indireta; eis aí, um motivo a mais para a tarifa assumir tal caráter.

8 Serviço de Água e Esgoto Taxa ou Preço Público Tarifa Mínima – Legalidade - REsp. nº 20.741-DF/STJ

9 O Decreto nº 22.872, de 26 de Dezembro de 1996, aprova o Regulamento dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário do Estado do Rio de Janeiro, *a cargo das Concessionárias ou Permissionárias*, ao passo que o Decreto nº 553, de 16 de Janeiro de 1976, aprova o Regulamento dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário do Estado do Rio de Janeiro, *a cargo da CEDAE*.

10 A CEDAE foi criada com base no Decreto-Lei nº 39, de 21 de março de 1975, resultando de unificação da CEDAG – Companhia Estadual de Águas da Guanabara, ESAG – Empresa de Saneamento da Guanabara e SANERJ – Companhia de Saneamento do Estado do Rio de Janeiro. Seu vínculo com a Administração Pública é legal e não contratual.

11 Sobre o tema ver MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24 ed. São Paulo : Malheiros, pp 341 e ss

Isso, contudo, não impede que tanto a tarifa como a própria existência de uma empresa estatal sejam instrumentos de regulação¹². Aqui, o objeto de discussão é a regulação do uso de um bem escasso, sendo, por isso, imperativa a sua utilização racional, desestimulando o consumo excessivo. Não se trata de qualquer penalidade, mas, sim, de gestão da utilização racional dos bens públicos.

Ademais, a própria Lei de Concessões (citada nas decisões acima) admite a existência de tarifas diferenciadas.

MARÇAL JUSTEN FILHO¹³, ao destacar os critérios político-sociais de fixação das tarifas, explica que, independentemente dos modelos econômicos e jurídicos para fixação e reajuste das tarifas, cabe ao concedente concretizar uma proposta político-social atinente à fórmula tarifária, afirmando que a simples adoção do modelo de concessão já reflete uma proposta política sobre a repartição dos encargos atinentes ao fornecimento de utilidades essenciais, no sentido de que o custo dessas utilidades será arcado diretamente pelos que delas se utilizam. Mas adverte que essa solução comporta variações significativas. Não se limita, pois a uma estrita avaliação de que a determinação das tarifas far-se-ia pela repartição do custo total do serviço entre os usuários, segundo a dimensão do consumo individual. Confira-se o ensinamento:

“Essas diferenciações são admissíveis nos limites do princípio da isonomia, tal como delineado por Celso Antônio Bandeira de Mello. A validade da diferenciação de tarifas dependerá, em primeiro lugar, da existência de uma efetiva diferença no mundo fático entre as situações diferenciadas. Isso significa que não basta a afirmativa da diferença, pois se impõe sua comprovação. Em segundo lugar, o tratamento diferencial deverá ser proporcional e compatível com a diferença. Então, a diferença real não poderá ser mero pretexto para adoção de tratamento discriminatório arbitrariamente eleito. A diferenciação de tarifas deverá retratar, no mundo jurídico, a diferenciação entre as situações concretas atendidas. Por fim, a diferenciação deverá ser compatível com os valores jurídicos consagrados constitucionalmente.”

Nesse ponto, o autor destaca a função “extrafiscal” da tarifa, na linha do que se pretende aqui defender, ou seja, de que a tarifa tem uma função regulatória:

“Outra manifestação anômala é a tarifa cuja fixação seja orientada a produzir modificação do comportamento do usuário, antes do que propiciar a remuneração do serviço. São os casos

12 Nesse sentido já se teve a oportunidade de destacar a função regulatória das empresas estatais ao lado da concessão, que é um instrumento de regulação por excelência. SOUTO, Marcos Juruna Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002, pp. 111 e 299 e ss.

13 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo : Dialética, 2003, pp. 374 e ss.

em que o valor unitário da utilidade ofertada é elevado em função da intensidade do consumo do sujeito. Assim, por exemplo considere-se o caso da elevação da tarifa que deixa de ser proporcional ao consumo para tornar-se progressiva. Tal se dá no campo de fornecimento de energia elétrica, especialmente. Poderia cogitar-se disso também no tocante ao fornecimento de água. Trata-se de buscar fim específico, consistente em desestimular a intensificação do consumo individual. Parte-se da constatação de que as utilidades ofertadas são limitadas e que ampliação descontrolada do consumo produziria o colapso do sistema. Ao invés de impor-se limitação individual de consumo (acionamento), adota-se critério indireto, consistente no agravamento da tarifa para quem consome mais intensamente o serviço. Daí a utilização de vocábulo tradicional no campo tributário (extrafiscalidade) em virtude da semelhança da natureza da atividade estatal. Verifica-se o desenvolvimento da chamada função promocional do Direito, em que o Estado não se vale de sanções em sentido tradicional.”

EURICO DE ANDRADE AZEVEDO e MARIA LÚCIA MAZZEI DE ALENCAR confirmam tal postura¹⁴:

“Da mesma forma, é admissível a tarifa diferenciada pela utilização do serviço em horários ou dias diferentes, de pouco uso ou de pico, como ocorre com as linhas telefônicas ou com algumas rodovias, nos fins de semana. O acúmulo de usuários num mesmo período de tempo passa a exigir do concessionário cuidados especiais na prestação do serviço, onerando sobremaneira os custos de sua operação. A hipótese, portanto, enquadra-se perfeitamente no contexto do dispositivo: a tarifa pode ser elevada ou rebaixada em função das características do serviço prestado e dos custos específicos decorrentes.”

III

Isto Posto, opina-se no sentido de que a CEDAE mantenha a linha de defesa que sustenta a função regulatória da tarifa progressiva, como instrumento de utilização racional de um recurso escasso, devendo levar para os autos a doutrina e a jurisprudência que reforçam tal posicionamento; no entanto, opina-se no sentido de que a estatal deva se abster de invocar a sua condição de titular dos serviços por outorga e não por concessão, para o fim de afastar a norma geral de concessões, posto

14 AZEVEDO, Eurico de Andrade e ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessão de serviços públicos - comentários às leis 8.987 e 9.074 (parte geral), com as modificações introduzidas pela lei 9.648, de 27.5.98*. São Paulo : Frase, 1998, pp

que tal diploma, além de dispor sobre princípios e direitos dos usuários de serviços públicos, reconhece a possibilidade de prática de tarifas diferenciadas.

É o parecer, s.m.j.

Atenciosamente,

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO
Procurador do Estado do Rio de Janeiro
Mat. nº 261.580-5

VISTO

Aprovo o parecer n.º 12/2003 do ilustre Procurador do Estado MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, que orienta a defesa da CEDAE nas ações que questionam a legalidade da tarifa progressiva cobrada pela entidade. Assim, devem ser incorporadas à contestação da CEDAE os argumentos elencados no parecer, em especial a doutrina e jurisprudência coletada, afastando-se, também, a linha de argumentação que sustenta a inaplicabilidade da Lei n.º 8.987/95.

À d. PG-02 em prosseguimento, sugerindo posterior retorno à esta especializada para encaminhamento à CEDAE.

Rio de Janeiro, 12 de novembro de 2003

FLÁVIO AMARAL GARCIA
Procurador-Chefe da Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico

VISTO

Aprovo o parecer n.º 12/03-MJVS, da lavra do ilustre Procurador do Estado, Dr. Marcos Juruena Villela Souto, devidamente aprovado pelo Procurador-Chefe da Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico, Dr. Flávio Amaral Garcia, que tem por escopo orientar a defesa da Companhia Estadual de Águas e Esgoto – CEDAE em demandas judiciais nas quais seja questionada a legalidade da cobrança da tarifa progressiva para o fornecimento de água.

À Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico, para adoção das medidas cabíveis.

Rio de Janeiro, 04 de fevereiro de 2004.

FRANCESCO CONTE
Procurador-Geral do Estado