



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Da Incidência das Taxas de Fiscalização sobre as Empresas de Telecomunicação

Carolina Monteiro Lisboa

Rio de Janeiro
2014

CAROLINA MONTEIRO LISBOA

Da Incidência das Taxas de Fiscalização sobre as Empresas de Telecomunicação

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2014

DA INCIDÊNCIA DAS TAXAS DE FISCALIZAÇÃO SOBRE AS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÃO

Carolina Monteiro Lisboa

Graduada pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

Resumo: Este trabalho advém da necessidade de se discutir a legalidade da cobrança das taxas de fiscalização instituídas pelos municípios sobre os serviços de telecomunicação. A regularização das taxas de fiscalização pelos Códigos Tributários Municipais gerou um profundo debate na sociedade, com acaloradas opiniões divergentes. Tal resolução conseguiu levantar o foco de uma questão merecedora de atenção da sociedade e do Direito, o confronto entre dois princípios basilares: o direito ao poder de tributar *versus* a capacidade contributiva do contribuinte. Quando se trata de “poder de tributar” as opiniões costumam ser, fervorosamente, favoráveis a sua preservação. Uma das instituições mais aguerridas é a Constituição Federal, por sua dogmática e por sua tradição e imensa inserção em nosso país. Este estudo tem por objetivo descobrir se a legalidade da cobrança das taxas de fiscalização, que se desdobram em “de instalação” e “de funcionamento”, configuram-se numa violação à Constituição Federal da República Federativa do Brasil no tocante ao poder de polícia atribuído aos municípios brasileiros.

Palavras-chave: Direito Tributário. Competência. União Federal. Municípios. Taxas de Fiscalização.

Sumário: Introdução. 1- Da competência tributária. 2- Das limitações ao poder de tributar. 3- Da falta de competência municipal para instituir e fiscalizar tributos incidentes sobre serviços de telecomunicações. 4- Da ilegalidade da cobrança das taxas de fiscalização. 5- Da bitributação jurídica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática das taxas de fiscalização, vale dizer, modalidade de tributo regulada na Lei n. 5.070/66 (Lei do FISTEL), caracterizada por prover recursos para cobrir despesas feitas pelo Governo Federal na execução da fiscalização de

serviços de telecomunicações, desenvolver os meios e aperfeiçoar a técnica necessária a essa execução.

Para tal, estabelece como premissa a reflexão sobre a repartição da competência tributária brasileira e o poder de tributar, notadamente a da União Federal e a dos Municípios.

As Empresas de Telecomunicação para regularem a execução de suas atividades econômicas e cumprimento das metas fixadas pelo contrato de concessão pela ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) utilizam antenas de transmissão e recepção de ondas de rádio distribuídas pelo perímetro urbano dos Municípios. Tais antenas, são, cada uma, as chamadas “ERB’s” – Estações Rádio-Base, unidades responsáveis pela conexão entre os aparelhos telefônicos e a central de comunicação da empresa.

A União Federal fiscaliza a regularidade das antenas, no exercício do poder de polícia que lhe foi conferido pela Constituição Federal e regulamentado pelas Leis n. 5.070/66 (Lei do FISTEL), 5.172/66 (Código Tributário Nacional), e 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT).

A fim de cobrir as despesas da União Federal com tal atividade de fiscalização, foi criado, pela Lei n. 5.070/66, o Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL, fundo de natureza contábil que possui, entre as suas fontes de custeio, aquelas denominadas “taxas de fiscalização”, que se desdobram em taxas “de instalação” e “de funcionamento”, disciplinadas pelos art. 6º e seguintes da Lei n. 5.070/66.

Ocorre que, em virtude do disposto em diversos Códigos Tributários Municipais as Empresas de Telecomunicação encontram-se obrigadas ao recolhimento de valores relativos à Taxa de Fiscalização do Funcionamento – doravante denominada “TFF” -, decorrente de suposto poder de polícia dos Municípios voltado à fiscalização de antenas para comunicação em telefonia.

Porém, muitos Municípios não realizam a fiscalização das antenas e somente cobram a referida taxa. Perceba-se que não pode haver incidência de taxa que decorra de atividade administrativa de fiscalização, se o ente tributante não realiza tal fiscalização.

Assim, a cobrança da taxa não possui qualquer embasamento jurídico, de forma que sua exigência é ilegal e inconstitucional, pelo que as empresas de telecomunicação não devem a ela se submeter.

1. DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

Numa Federação, em que as Entidades têm sua esfera própria de atribuições exercidas com autonomia, a Constituição preocupa-se com prover de recursos estas Entidades a fim de que cada qual possa atender os seus respectivos gastos.

A Competência Tributária é a habilidade privativa e constitucionalmente atribuída ao ente político para que este proceda à instituição da tributação.

A Constituição Federal consagrou o princípio do federalismo (art. 60, § 4º, I da CRFB), delimitando entre as pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) o poder de tributar.

A atribuição da competência tributária às pessoas jurídicas de Direito Público está prevista nos arts. 153 a 156 da Constituição da República, dividindo-se entre elas o poder de instituir e cobrar tributos. Deste modo, cada entidade está obrigada a comportar-se nos limites da parcela de poder que lhe foi atribuída pela Constituição.

A atribuição constitucional de competência tributária compreende a competência legislativa plena (art. 6º do CTN). Nesse contexto, diz-se que há, em nossa ordem constitucional, uma coincidência da competência legislativa com a competência tributária. Todavia, deve-se notar que a competência tributária, como poder de instituição de tributo, não

se confunde com a competência para legislar sobre Direito Tributário. Tal competência para legislar é denominada competência concorrente, conforme o art. 24 da CRFB.

A sistemática a que se refere o art. 24, §§ 1º ao 4º, da CRFB, para o exercício da competência concorrente é bastante peculiar. Assim, compete à União estabelecer normas gerais; Competem aos Estados e ao Distrito Federal suplementar essas normas gerais da União mediante lei própria; Não existindo normas gerais da União, os Estados e o Distrito Federal exercerão a competência legislativa plena, editando leis de normas gerais próprias, que lhes obrigarão em caráter exclusivo; E se, nesse caso anterior, sobrevier lei federal sobre normas gerais, será suspensa a eficácia da lei estadual ou do Distrito Federal, naquilo que lhe for contrário.

Cabe mencionar ainda, que todos os entes tributantes estão obrigados a observar as normas gerais de Direito Tributário, as quais estarão estabelecidas em leis complementares, conforme determina o art. 146, III da CRFB.

A competência tributária é indelegável, intransferível e irrenunciável. O princípio da indelegabilidade da competência tributária está previsto no art. 7º do Código Tributário Nacional.

Não é permitido ao destinatário da competência transferi-la (ou delegá-la). A competência tributária não se confunde com a capacidade tributária ativa, uma vez que esta apenas comporta o exercício das funções de fiscalizar ou arrecadar os tributos, ou executar normas ou atos sobre matéria tributária, sem nenhum poder para modificar o alcance dos tributos. A capacidade tributária ativa é administrativa e delegável. Como nos dispõe o § 3º, art. 7º do CTN.

Essa delegação da capacidade tributária ativa é comum em autarquias (como o CREA, CRC, CRM, etc.), que recebem da União a atribuição de exigir um tributo – a contribuição profissional.

A delegação das atribuições administrativas abrangem também as garantias e privilégios processuais da fazenda pública, conforme o § 1º, art. 7º do CTN.

A pessoa jurídica que detém a capacidade tributária ativa poderá ocupar o pólo ativo da relação jurídico-tributária, como “sujeito ativo”, pois é titular do poder de *exigir* o tributo, como dispõe o art. 119 do CTN.

Cabe mencionar ainda, que a delegação da capacidade tributária ativa pode indicar por determinação legal que os recursos arrecadados serão da entidade que os arrecadou — delegatária — para fins de sustentação desta. Quando isso acontece, surge a parafiscalidade — contribuições parafiscais.

A competência tributária pode ser classificada em: privativa, comum, cumulativa, especial, residual e extraordinária.

Diante da explanação sobre as competências tributárias, a competência tributária da União e dos Municípios será enfatizada.

A competência é dividida em não legislativa e legislativa. A competência não legislativa determina um campo de atuação político-administrativa, tanto é que são também denominadas competências administrativas ou materiais, pois não se trata de atividade legiferante. A competência legislativa trata de competências, constitucionalmente definidas, para elaborar leis. Elas foram definidas pela União Federal.

A competência não legislativa da União pode ser exclusiva (art. 21 da CRFB) ou comum (art. 23 da CRFB). Com relação à competência comum, o art. 23, parágrafo único da CRFB, estabelece que leis complementares fixarão normas para a cooperação entre União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. O objetivo é evitar conflitos, pois todos os entes federativos podem atuar. A competência legislativa da União pode ser privativa (art. 22 e 153 da CRFB), cabe dizer que, de acordo com a regra do art. 22, parágrafo único da

CRFB, a União pode, por meio de lei complementar, autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias previstas no art. 22 da CRFB. Essa possibilidade estende-se também ao Distrito Federal por força do art. 32, § 1º da CRFB; Concorrente (art. 24 da CRFB), a União estabelece normas gerais e em caso de inércia da União, os Estados e o Distrito Federais poderão suplementar a União e legislar, também, sobre normas gerais, exercendo a competência legislativa plena, como dito anteriormente. Temos também a competência residual do art. 154, I da CRFB, a extraordinária do art. 154, II da CRFB e a especial dos art. 148 e 149 da CRFB.

No que diz respeito à competência dos Municípios a competência não legislativa (administrativa ou material) pode ser comum, prevista no art. 23 da CRFB ou privativa, art. 30, III a IX da CRFB. A competência legislativa pode ser expressa, prevista nos art. 29, *caput* e 156 da CRFB. Trata da capacidade de auto-organização dos Municípios, através de lei orgânica; O interesse local, art. 30, I da CRFB. O interesse local diz respeito às peculiaridades e necessidades da localidade. Peculiar interesse significa interesse predominante; A suplementar, art. 30, II da CRFB. Estabelece aos Municípios suplementar a legislação federal e estadual no que couber. “No que couber” direciona a atuação municipal, dentro do interesse local.

2. DAS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR

Como mencionado anteriormente, os tributos são criados conforme a competência tributária que a Constituição Federal confere à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Essa outorga de competência não é ilimitada. A Constituição fixa vários limites que resguardam valores que ela considera relevantes, com atenção especial para os direitos e garantias individuais. O conjunto de princípios e normas que disciplinam esses limites da competência tributária corresponde às chamadas limitações ao poder de tributar.

Segundo Luciano Amaro¹ as limitações ao poder de tributar “desdobram-se nos princípios constitucionais tributários e nas imunidades tributárias (técnica por meio da qual se excepcionam determinadas situações que ficam fora do campo da competência tributária)”.

Ademais, a Constituição abre campo para a atuação de outros tipos normativos, que em certas situações também limitam o poder do legislador tributário na criação ou modificação dos tributos, o que significa dizer que as limitações ao poder de tributar não se encontram somente definidas no texto constitucional. Esse complexo normativo delimita a competência, vale dizer, traça as fronteiras do campo em que é exercitável o poder de tributar.

O exercício do poder de tributar supõe o respeito às fronteiras do campo material de incidência definido pela Constituição e a obediência às demais normas constitucionais ou infraconstitucionais que complementam a demarcação desse campo e limitam o exercício desse poder. As limitações ao poder de tributar são, portanto, instrumentos definidores da competência tributária dos entes políticos no sentido de que concorrem para fixar o que pode ser tributado e como pode sê-lo, não devendo ser encaradas como vedações ou obstáculos ao exercício dessa competência e nem como supressão desta.

3. DA FALTA DE COMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA INSTITUIR E FISCALIZAR TRIBUTOS INCIDENTES SOBRE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

O art. 22, IV da Constituição da República, dispõe que a União tem competência privativa para legislar sobre telecomunicações.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
(...)
IV-águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão.

¹ AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*, 14. ed., São Paulo, Saraiva: 2008.

Não obstante, à União também é reservada a competência político-administrativa de explorar, direta ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, conforme o art. 21, XI da CRFB.

Inclusive, a Lei n. 9.472/97 (“LGT”), que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, no seu art. 1º determina ser competência da União organizar a exploração dos serviços de telecomunicações, inclusive o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências. Assim dispõe o art. 1º da LGT:

Art. 1º. Compete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações.

Parágrafo único. A organização inclui, entre outros aspectos, o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências.

Dessa forma, a prestação dos serviços de telecomunicações por empresas públicas ou privadas concessionárias/permissionárias, é plenamente disciplinada no âmbito nacional, especialmente em face da criação da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL -, autarquia federal vinculada ao Ministério das Comunicações, criada com o condão de regulamentar e fiscalizar aquelas atividades.

Também deve-se salientar que antes mesmo de decretada a LGT, a Lei n. 5.070/66 que instituiu o fundo de natureza contábil denominado Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (FISTEL), destinou-se “a prover recursos para cobrir despesas feitas pelo

Governo Federal na execução da fiscalização de serviços de telecomunicações, desenvolver os meios e aperfeiçoar a técnica necessária a essa execução”.

Foi, inclusive, a LGT que deu nova redação aos art. 2º, “f”, 3º e 6º da Lei n. 5.070/66, transcritos a seguir:

Art. 2º. O Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL é constituído das seguintes fontes:

(...)

f) taxas de fiscalização.

Art. 3º. Além das transferências para o Tesouro Nacional e para o fundo de universalização das telecomunicações, os recursos do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL serão aplicados pela Agência Nacional de Telecomunicações exclusivamente:

a) na instalação, custeio, manutenção e aperfeiçoamento da fiscalização dos serviços de telecomunicações existentes no País.

Art. 6º. As taxas de fiscalização a que se refere a alínea *f* do art. 2º são a de instalação e a de funcionamento.

§ 1º Taxa de Fiscalização de Instalação é a devida pelas concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços de telecomunicações e de uso de radiofreqüência, no momento da emissão do certificado de licença para o funcionamento das estações.

§ 2º Taxa de Fiscalização de Funcionamento é a devida pelas concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços de telecomunicações”.

Perceba-se que a Lei n. 9.472/97 introduziu, em conformidade com as normas constitucionais, alterações na legislação vigente, para determinar a cobrança de taxa vinculada à atividade de fiscalização, por parte da União Federal, da prestação de serviços de telecomunicações.

Inclusive, nos autos do processo n. 415.01.2010.002004-8, que tramitava na 1ª Vara Cível da Comarca de Ibirarema – SP foi proferida sentença que reconheceu a total improcedência da cobrança, tendo em vista o entendimento de que é competência privativa da União legislar sobre telecomunicação. Confira-se:

Extrai-se dos autos que a cobrança pelo Município de Ibirarema da taxa para a expedição de licença para o funcionamento das torres e antenas de transmissão e recepção de dados e voz, necessárias à prestação de serviços de telefonia celular, instituída pela Lei Complementar n. 07/2009 (fls. 29), de fato, ressent-se de

fomento legal e jurídico, uma vez que invade esfera de competência privativa atribuída à União, a quem cabe legislar sobre telecomunicações, na forma do art. 22, inciso IV, da CF.

(...)

Sendo assim, de rigor o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal n. 07/2009, no tocante à cobrança da taxa impugnada nesta ação, com a anulação, por conseguinte, dos lançamentos efetuados em face da requerente, devendo ser imposta à requerida a obrigação de não efetuar lançamentos no que se refere à aludida taxa, convertendo-se em definitiva a tutela antecipada. Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado por TIM CELULAR S.A. nos autos da presente ação anulatória de débito fiscal movida em face do MUNICÍPIO DE IBIRAREMA, para o fim de decretar a nulidade da taxa cobrada pelo requerido, devidamente especificada na inicial, com a conseqüente nulidade dos lançamentos realizados em face da requerente em decorrência de tal taxa, em relação a períodos pretéritos e aos anos subseqüentes ao ajuizamento da demanda, convertendo-se em definitiva a tutela antecipada concedida às fls. 33 dos autos. Outrossim, determino a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso III da Lei 5.172/66.²

Outro exemplo sobre este entendimento da jurisprudência pátria é a sentença proferida nos autos da Apelação Cível n. 2005.001.54104, que tramitava na 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro³. Veja-se:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA E ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL, PELO RITO ORDINÁRIO. PODER DE POLÍCIA. MUNICÍPIO DE NITERÓI. TAXA DE VIGILÂNCIA, CONTROLE E FISCALIZAÇÃO – TVCF. PODER DE POLÍCIA. INCONSTITUCIONALIDADE ALEGADA. USURPAÇÃO PELO MUNICÍPIO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA REGULAR E FISCALIZAR AS ESTAÇÕES RÁDIO BASE (ERB'S). CONCEITO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL AUTÔNOMO A ENSEJAR O ENQUADRAMENTO DAS ESTAÇÕES RÁDIO BASE (ERB'S) COMO FATO GERADOR DA TAXA DE VIGILÂNCIA, CONTROLE E FISCALIZAÇÃO, INSTITUÍDA PELO MUNICÍPIO DE NITERÓI. EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO, DE CADA UMA DAS ESTAÇÕES RÁDIO BASE (ERB'S) DA AUTORA, LOCALIZADA NOS LIMITES TERRITORIAIS DO MUNICÍPIO DE NITERÓI, NO CADASTRO FISCAL DA SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA. ANULAÇÃO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS LANÇADOS ATRAVÉS DOS AUTOS DE INFRAÇÃO EMITIDOS PELO RÉU. CANCELAMENTO DAS INSCRIÇÕES MUNICIPAIS REALIZADAS DE OFÍCIO PELAS AUTORIDADES FISCAIS.

(...)

² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Proc. n. 415.01.2010.002004-8, 1ª Vara Cível da Comarca de Ibirarema, julgado em ago. 2010, disponível em <http://www.tjsp.jus.br/>, acesso em 04 dez. 2014.

³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2005.001.54104, 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Ronaldo José Oliveira Rocha Passos, julgado em 27 fev. 2007, disponível em <http://www.tjrj.jus.br/>, acesso em 04 dez. 2014.

Assiste razão ao apelante no tocante à legalidade da cobrança da taxa em questão. Não entretanto, quanto a considerar cada uma das Estações Rádio Base (ERB'S) da apelada como estabelecimento comercial autônomo, localizadas nos limites do Município de Niterói, para efeitos de cobrança da Taxa de Vigilância, Controle e Fiscalização – TVCF, daí sendo ilegal a cobrança do apelado de qualquer importância a esse título, com incidência sobre as referidas Estações Rádio Base (ERB'S).

Assim, como pode-se notar, a cobrança da referida taxa de fiscalização é totalmente descabida e por isso as Empresas de Telecomunicação não podem sofrer a exigência em questão, como pretendem os Municípios.

Ademais, vale ressaltar que a Constituição de 1988, para distribuir as competências, adotou o princípio da predominância do interesse, segundo a qual à União compete as matérias de interesse geral, nacional, aos Estados-Membros cabem as matérias e assuntos de interesse regional, aos Municípios os assuntos de interesse local e ao Distrito Federal acumulam-se, em regra, as competências estaduais e municipais.

Nesse sentido, advertiu Alexandre de Moraes:

Pelo princípio da predominância do interesse, à União caberá aquelas matérias e questões de predominância do interesse geral, ao passo que aos Estados referem-se às matérias de predominante interesse regional e aos municípios concernem os assuntos de interesse local. Em relação ao Distrito Federal, por expressa disposição constitucional (CF, art. 32, § 1), acumulam-se, em regra, as competências estaduais e municipais, com exceção prevista no art. 22, XVII, da Constituição.⁴

Assim, o legislador constituinte estabeleceu os seguintes pontos básicos de repartição de competências: a União e os Municípios com poderes enumerados, os Estados-Membros com poderes remanescentes e o Distrito Federal com poderes enumerados e remanescentes.

Dessa forma, o art. 30 da Constituição da República enumerou a competência municipal. Veja-se:

Art. 30. Compete aos Municípios:
I - legislar sobre assuntos de interesse local;
II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

⁴ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 269

- III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;
- IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;
- V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;
- VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;
- VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;
- VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;
- IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Ocorre que, embora os incisos I e II do art. 30 da Carta Magna permitam ao município legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal, quando a matéria é de competência privativa da União, não cabe qualquer atribuição aos municípios.

Destarte, nem que se alegue a existência de certo interesse local que propicie o município à disciplinar e fiscalizar as Estações de Rádio-Base há a presença, muito mais relevante, de um interesse nacional em legislar sobre a matéria, pois o princípio da predominância do interesse impõe a outorga de competência de acordo com o interesse predominante de determinada matéria, considerando a especificidade de cada assunto para determinar a sua natureza.

Nesse sentido, o Ministério Público, nos autos do incidente de inconstitucionalidade de nº 174.738-0/3-00, que tramitava no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁵, emitiu o seguinte parecer, em síntese:

A lei impugnada é inconstitucional porque rompe a repartição de competências legislativas ofendendo o princípio federativo.
Com efeito, o Município não tem competência para a disciplina de assunto pertencente a outra esfera da Federação e, muito menos, para, a pretexto de

⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Incidente de Inconstitucionalidade nº 174.738-0/3-00, Órgão Especial, rel. Des. Ivan Sartori julgado em 07 de julho de 2009, disponível em <http://www.tjsp.jus.br/>, acesso em 04 dez. 2014.

suplementá-la nos limites do interesse local, dispor de modo divergente a suas disposições e, conseqüentemente, nulificá-las.

Nem se alegue a existência de interesse local ou autonomia municipal para disciplina do uso do solo urbano. A questão, como exposta, demonstra a incoerência da predominância – chave-mestra para a delimitação da autonomia local -

(...)

Assim é que cabe a ANATEL a responsabilidade pelo efetivo exercício do poder de polícia sobre tal atividade, cabendo exclusivamente a ela, expedir normas e padrões quanto aos equipamentos utilizados pelas prestadoras de serviços de telecomunicações, e ainda, expedir e extinguir licença, autorização e permissão para a prestação do serviço de telecomunicações, instalação e funcionamento de equipamentos, fiscalização e aplicação das sanções

Conclui-se, dessa forma, que não cabe aos Municípios legislar sobre a matéria, vez que se assim fizesse, estaria ultrapassando os limites impostos pelo ordenamento na delimitação de competências.

4. DA ILEGALIDADE DA COBRANÇA DAS TAXAS DE FISCALIZAÇÃO

A maioria dos Códigos Tributários de diversos Municípios prevê em seus artigos que as taxas de fiscalização (que se desdobram em taxas “de instalação” e “de funcionamento”, são disciplinadas pelos art. 6º e seguintes da Lei nº 5.070/66, os quais tiveram suas redações, em sua maioria, alteradas pela Lei nº 9.472/97, a chamada Lei Geral das Telecomunicações – “LGT”) têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia administrativa do Município. Nesse sentido, por exemplo, o art. 98 do Código Tributário do Município de Guaracema, adiante transcrito:

As taxas de licença têm como fato gerador o efetivo exercício regular do poder de polícia administrativa do Município, mediante a realização de diligências, exames, inspeções, vistorias e outros atos administrativos.

Ocorre que o Município de Guararema, como qualquer outro Município, não desempenha qualquer atividade, seja ela administrativa ou fiscalizatória, capaz de ilustrar um

efetivo exercício regular do poder de polícia sobre as Estações de Rádio Base, também nem poderia, uma vez que as antenas não são estabelecimentos, mas sim meros equipamentos necessários ao atendimento dos usuários de telefonia móvel.

Os Códigos dos Municípios em diversos artigos preceituam que a taxa tem como fato gerador o exercício do poder de polícia sobre estabelecimentos, ora, se as Estações de Rádio Base não são consideradas “estabelecimento” não há que se falar em necessidade do exercício do poder de polícia e conseqüentemente em incidência da referida taxa.

Inclusive, o art. 1.142 do Código Civil assim conceitua estabelecimento: “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.” Já as Estações de Rádio-Base são definidas no Glossário de Direito das Telecomunicações, com o apoio da ANATEL, da seguinte forma: “Conjunto de um ou mais transmissores e receptores destinados à radiocomunicação com Estações Terminais de Acesso (ETA).

As ERBs são, portanto, um conjunto de transmissores das Empresas de Telecomunicação, constituído por instrumentos dispensáveis de mão-de-obra, que funcionam automaticamente através de ordens computadorizadas que viabilizam o serviço de transmissão de dados e de voz, sem a interferência ou circulação humana. Diametralmente diferenciadas de um estabelecimento que exerce atividade essencialmente comercial gerada pela mão-de-obra.

Dessa forma, quando a maioria dos referidos códigos municipais dispõem em seus artigos que a pessoa física ou jurídica só pode exercer suas atividades com Alvará de Licença da Prefeitura fica ainda mais claro que não há como vislumbrar qualquer hipótese de cobrança da referida taxa, pois as antenas não desenvolvem qualquer atividade e nem tão pouco se sujeitam a um horário de funcionamento, por não serem consideradas estabelecimentos. A título de exemplificação, cita-se o art. 111 do Código Tributário do Município de Guaracema

(Lei n. 2976/13), ora usado para ilustrar a situação das Empresas que prestam serviços de telecomunicação:

Art. 111: só poderá exercer suas atividades, em caráter permanente ou temporário, mediante prévia Licença da prefeitura e pagamento anual da taxa de licença para funcionamento e de renovação de funcionamento em horário normal e especial” fica ainda mais claro que não há como vislumbrar qualquer hipótese de cobrança da referida taxa, pois as antenas não desenvolvem qualquer atividade e nem tão pouco se sujeitam a um horário de funcionamento, por não serem consideradas estabelecimentos.

Vale lembrar que o poder de polícia deve ser exercido em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e os direitos individuais e coletivos, ora, sendo o funcionamento das antenas um ato autônomo, constante e estável, é prescindível tal fiscalização, uma vez que o seu funcionamento não ameaça os interesses públicos.

Nesse sentido, não há que se falar em prática de atividades a serem reguladas pelo Poder Público no tocante às ERB's, uma vez que atividade, por definição, corresponde a qualquer acontecimento decorrente da vontade humana que empregue uma força de trabalho, inexistente nas referidas estações.

Por todo exposto, resta indiscutivelmente claro que antenas de transmissão não constituem estabelecimentos, sendo meros equipamentos de infra-estrutura e, portanto não deveriam ser alvo da cobrança das Taxas de Fiscalização - TFF.

5. DA BITRIBUTAÇÃO JURÍDICA

A chamada bitributação se dá pela exigência de um mesmo tributo por duas competências diferentes, ao mesmo contribuinte, ou seja, quando dois ou mais entes tributantes cobram tributos sobre o mesmo fato gerador.

Ocorre que a bitributação além de não ser permitida pelo ordenamento brasileiro, em razão da aplicação do princípio da não cumulatividade, também é repelida pelo Direito Tributário haja vista que imputaria ao contribuinte encargos excessivos.

Nesse esteio, em caso idêntico que tramita na Comarca de Santa Terezinha – BA:

Com efeito, tal qual sustentado na exordial, a situação das torres de irradiação de sinal de telefonia celular da autora na Serra da Jibóia não caracteriza a hipótese de incidência da TLL, não sendo razoável se considerar tais equipamentos como estabelecimento para fins de cobrança da taxa em comento, até porquê em relação a tais equipamentos afetos ao funcionamento das redes de telecomunicações, incide uma regulamentação tributária específica, de competência da União, o que veda a possibilidade do município réu enquadrar tais equipamentos como “estabelecimentos” para fins de incidência do tributo em referência, sob pena, inclusive, de configuração de bitributação, o que é vedado.

(...)

Ademais, além da existência de normatização tributária específica quanto ao funcionamento da telefonia, cuja competência é da União, o que veda a possibilidade do município não só legislar sobre tal matéria, como também enquadrá-la na hipótese de incidência das taxas por ele instituídas em seu âmbito territorial, sob pena de bitributação, não admissível, reitere-se, não se pode olvidar que as taxas de instalação (que corresponderia à TLL) e fiscalização do funcionamento (correspondente à TFF) dos serviços de telecomunicações existentes no país são inerentes ao próprio contrato administrativo de concessão da exploração do referido serviço, consoante se denota do art. 3º, ‘a’ e art. 6º, parágrafo 2º, da Lei Geral das Telecomunicações de n.º 9.472/97, ou seja, tais taxas são impostas e cobradas às concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência em razão da própria natureza do serviço explorado, o que inadmita a incidência de outras taxas, em que pese instituídas por outro ente tributante e com outra denominação, que contemplem o mesmo objeto, qual seja instalação e fiscalização em decorrência do exercício do poder de polícia pelo município.

Isto posto, na forma do art. 269, I, CPC, julgo procedentes os pedidos deduzidos pela parte autora, resolvendo o mérito da questão posta, para anular o crédito tributário.⁶

Dessa forma, equivocada é a cobrança das Taxas de Fiscalização pelos Municípios, vez que as Empresas de Telecomunicação já sofrem a tributação, por parte da União, e não deveriam ser tributadas novamente.

⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Proc. 8.082/08, Vara Única da Comarca de Santa Terezinha, julgado em 26 nov. 2009, disponível em <http://www5.tjba.jus.br/>, acesso em 04 dez. 2014

Isto porque os Municípios não deveriam instituir e cobrar taxas que já são cobradas pela União, pois sempre que houver uma inspeção federal, torna-se ilegítima a atuação municipal na mesma seara.

Dessa forma, podemos perceber que a instituição das Taxas de Fiscalização pelos Municípios configura bitributação, na medida em que as Empresas prestadoras de serviços de telecomunicação já são obrigadas ao pagamento das referidas taxas à ANATEL.

Assim, não resta alternativa às Empresas de Telecomunicação senão buscar o Poder Judiciário para preservar seu direito de não se submeter a tal exigência, obtendo prestação jurisdicional que venha a declarar nula a cobrança de referidas taxas, afastando a exação.

Acarreta-se assim, uma exaustão ao Poder Judiciário, pois este problema repete-se inúmeras e incansáveis vezes. São incontáveis o número de ações que pleiteiam o mesmo feito. A solução seria que o órgão máximo do Poder Judiciário Brasileiro, nosso Supremo Tribunal Federal, edita-se súmula para afastar futuros problemas.

CONCLUSÃO

A regularização das Taxas de Fiscalização pelos Códigos Tributários Municipais gerou um profundo debate na sociedade. Querendo ou não, tal resolução conseguiu levantar o foco de uma questão merecedora de atenção da sociedade e do Direito, mas nem por isso fácil, o confronto entre dois princípios basilares: o direito ao poder de tributar *versus* a capacidade contributiva do contribuinte.

Quando se trata do “poder de tributar” as opiniões costumam ser, fervorosamente, favoráveis a sua preservação. Uma das instituições mais aguerridas é a Constituição Federal, por sua dogmática e por sua tradição e imensa inserção no país.

As normas foram regulamentadas pela Lei nº 9.472/97 (LGT), que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

Dessa forma, a prestação dos serviços de telecomunicações por empresas públicas ou privadas concessionárias/permissionárias veio a ser plenamente disciplinada no âmbito nacional, especialmente em face da criação da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), autarquia federal vinculada ao Ministério das Comunicações, criada com o condão de regulamentar e fiscalizar aquelas atividades.

Paralelamente, diga-se que, desde a década de 60, a Lei nº 5.070/66 já havia instituído fundo de natureza contábil denominado Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (FISTEL), “destinado a prover recursos para cobrir despesas feitas pelo Governo Federal na execução da fiscalização de serviços de telecomunicações, desenvolver os meios e aperfeiçoar a técnica necessária a essa execução”.

Foi, inclusive, a LGT que deu nova redação aos art. 2º, “f” 3º e 6º da Lei nº 5.070/66.

Percebe-se que a Lei nº 9.472/97 introduziu, em conformidade com as normas constitucionais, alterações na legislação vigente, para determinar a cobrança de taxa vinculada à atividade de fiscalização, por parte da União Federal, da prestação de serviços de telecomunicações.

Por outro lado, a respeito da competência tributária constitucional dos municípios, o art. 30 da Carta Magna instituiu aos municípios o poder de legislar sobre assuntos de interesse local e o de instituir e arrecadar tributos de sua competência somente.

Ademais, para afastar qualquer questão relativa às competências tributárias dos diversos entes federativos, veja-se o conteúdo do art. 80 do Código Tributário Nacional, norma geral em matéria tributária.

É nesse esteio que se mostra inteiramente ilegítima a instituição de taxa, no âmbito municipal, destinada a custear suposta fiscalização, por parte da autoridade municipal, às antenas utilizadas na prestação de serviços de telecomunicações. Não só afronta o Direito Constitucional, como traz a discussão de um assunto que tem relevância para o Direito, e especialmente para a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Coleção 100 anos. Organização Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Código Tributário Nacional. Mini Códigos. Organização Roque Antonio Carrazza. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Código Civil. Vade Mecum. Organização Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei n. 2.976, de 17 de setembro de 2013. Disponível em: <http://intranet.guararema.sp.gov.br/pmguararema/legislacao/legislacao.xhtml> Acesso em: 4 dez. 2014.

_____. Lei n. 5.070, de 7 de julho de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15070.htm Acesso em: 4 dez. 2014.

_____. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm Acesso em: 4 dez. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Proc. 8.082/08, Vara Única da Comarca de Santa Terezinha, julgado em 26 nov. 2009, disponível em <http://www5.tjba.jus.br/>, acesso em 04 dez. 2014

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2005.001.54104, 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Ronaldo José Oliveira Rocha Passos, julgado em 27 fev. 2007, disponível em <http://www.tjrj.jus.br/>, acesso em 04 dez. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Incidente de Inconstitucionalidade nº 174.738-0/3-00, Órgão Especial, rel. Des. Ivan Sartori julgado em 07 de julho de 2009, disponível em <http://www.tjsp.jus.br/>, acesso em 04 dez. 2014.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense: 2014.

HARADA, Kyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Atlas, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES, Mauro Luís Rocha. *Processo Judicial Tributário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. *Impostos Federais, Estaduais e Municipais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008.