

O FISTEL E A TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE INSTALAÇÃO – ILEGALIDADE DE SUA EXIGÊNCIA PELA MERA PRORROGAÇÃO/RENOVAÇÃO DA LICENÇA DE OPERAÇÃO DAS ESTAÇÕES TELEFÔNICAS¹

SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO

Doutor em Direito Público pela UFMG
Professor Titular de Direito Tributário da UFRJ
Coordenador do Curso de Especialização em Direito Tributário da Faculdade Milton Campos
Presidente da ABDF
Presidente Honorário da ABRADT
Advogado

ANDRÉ MENDES MOREIRA

Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela USP
Mestre em Direito Tributário pela UFMG
Professor de Direito Tributário dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito Milton Campos
Membro da ABRADT, da ABDF e da IFA
Advogado

EMENTA: 1. SITUAÇÃO DO PROBLEMA. 2. O CONCEITO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO DE TAXA. 2.1. AS TAXAS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988. 2.2. OS ARTS. 77 A 80 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. 2.3. AS TAXAS PELO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. 2.4. CONCLUSÕES PRELIMINARES. 3. RESENHA LEGISLATIVA DO FISTEL E DA TFI. 4. DA INEXISTÊNCIA DE “EXPEDIÇÃO DE NOVA LICENÇA”. INAPLICABILIDADE DO ART. 9º, III DA RESOLUÇÃO Nº 255/2001 AO CASO *SUB EXAMINE*. 5. DA INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DA TFI NA MERA RENOVACÃO DE LICENÇA. 5.1. A ESTRUTURA DA NORMA TRIBUTÁRIA E A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA TFI. 5.2. O PRÉVIO PAGAMENTO DA TFI PELAS OPERADORAS E A IMPOSSIBILIDADE DE NOVA EXIGÊNCIA DA EXAÇÃO. 5.3. ILEGALIDADE DO ART. 9º, III DA RESOLUÇÃO ANATEL Nº 255/2001. 5.4. A QUESTÃO ATINENTE À INEXIGIBILIDADE DA TFI SOBRE ESTAÇÕES MÓVEIS NÃO TITULARIZADAS PELA OPERADORA. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

¹ Referência: MOREIRA, André Mendes e COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. O Fistel e a Taxa de Fiscalização de Instalação – Ilegalidade de sua Exigência pela mera Prorrogação/Renovação da Licença de Operação das Estações Telefônicas. In: *Direito das Telecomunicações e Tributação*. CORREIA, Armênio Lopes, RABELO FILHO, Antonio Reinaldo e MOREIRA, André Mendes (organizadores). São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 384-407.

1. Situação do problema.

As empresas de telefonia fixas e móveis que sucederam as antigas operadoras do Sistema Telebrás (leiloadas em julho de 1998) estão, atualmente, travando discussão em face de cobranças enviadas pela Anatel relativas à Taxa de Fiscalização de Instalação (TFI) das estações telefônicas².

A razão da exigência da TFI decorre do fato de que o prazo das concessões³ (no caso das fixas) e outorgas do direito de uso de radiofrequência⁴ (no caso das móveis) venceu no final de 2005. Assim, as empresas originárias da privatização das “teles” tiveram renovadas, respectivamente, suas concessões para prestação do serviço telefônico fixo comutado (STFC⁵) e suas outorgas do direito de uso de radiofrequência para prestação do serviço de telefonia celular⁶.

Ocorre que todas as licenças⁷ para funcionamento de estações fixas e móveis das empresas privatizadas tinham seu prazo de vigência vin-

² A exigência refere-se tanto às estações de base (estações radiobase – ERBs, seus respectivos radioenlaces e antenas repetidoras, na telefonia celular; centrais de comutação, na telefonia fixa) como às estações individuais, no caso da telefonia móvel (aparelhos habilitados).

³ Concessão de serviço de telecomunicações é a “delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se as concessionárias aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e prejuízos que causar” (Resolução Anatel nº 255/2001).

⁴ De acordo com a Resolução Anatel nº 255/2001, “autorização de uso de radiofrequência é o ato administrativo vinculado, associado à concessão, permissão ou autorização para prestação de serviço de telecomunicações, que atribui a interessado, por prazo determinado, o direito de uso de radiofrequência nas condições legais e regulamentares” (art. 3º, II).

⁵ Tais fatos foram amplamente noticiados na mídia. Do *site* da Anatel, extraem-se as seguintes informações sobre a renovação dos contratos das concessionárias do serviço telefônico fixo comutado (STFC), ou, simplesmente, telefonia fixa:

“Aprimorados e ampliados em relação aos contratos de concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) de 1998, os contratos prorrogados em dezembro de 2005 valem a partir de 1º de janeiro de 2006, têm vigência de 20 anos e prevêem a possibilidade de revisão a cada cinco anos, com vistas a novos condicionamentos e re-estudo das metas de universalização e de qualidade.” (www.anatel.gov.br)

⁶ Anote-se, desde já, a diferença entre a situação das fixas e das móveis. Ao passo que as concessões do STFC efetivamente venceram em 2005 (tendo sido prorrogadas por mais vinte anos), as *autorizações* para prestação do serviço de telefonia móvel não venceram, pois sua validade é por prazo indeterminado. Contudo, a outorga do direito de uso da radiofrequência – que é outro ato administrativo, necessário à efetiva prestação do serviço de telefonia celular – tinha prazo de validade, tendo sido renovada em 2005 (por mais 15 anos). Essa distinção será vista adiante com mais acuidade.

culado àquele da concessão (ou do direito de uso da radiofrequência). Assim, o vencimento da concessão/direito de uso acarretou, igualmente, o vencimento da licença para operação das estações. Com a prorrogação das concessões/direito de uso de radiofrequência, as licenças de operação foram também prorrogadas.

A Anatel, com base no art. 9º, III da Resolução nº 255/2001 – de acordo com o qual a TFI é devida quando da “renovação da validade da licença, que acarrete expedição de nova licença” – está entendendo que a expedição de licenças com novos prazos de vencimento (consectário lógico da prorrogação do prazo de vigência da concessão/direito de uso da radiofrequência) ensejaria o dever de pagar a aludida taxa (cujos valores são substanciais).

Assim, por ocasião dessa prorrogação, pretende a ANATEL fazer incidir, novamente, a cobrança da TFI, relativamente a todas as estações ativas das “teles” privatizadas. Diz-se novamente pois, no momento de outorga da licença para funcionamento das estações, a Anatel já cobrou – e recebeu – a taxa de fiscalização de instalação.

A ilegitimidade da exigência, todavia, é patente, uma vez que:

- (a) não está havendo renovação de licença de funcionamento (que, nos termos do art. 9º, III da Resolução Anatel nº 255/2001 autorizaria a cobrança da TFI), mas, tão-somente, prorrogação da validade da licença previamente expedida (face à prorrogação do prazo da concessão, no caso do STFC, e do direito de uso das faixas de radiofrequência utilizadas pelas operadoras móveis);
- (b) ainda que se admitisse estar diante de renovação de licença, apta a ensejar a incidência da TFI nos termos do art. 9º, III da Resolução Anatel nº 255/2001, cumpre notar que a taxa de fiscalização de instalação é devida – e pede-se *venia* pela obviedade – quando da efetiva fiscalização da instalação do equipamento. Uma vez quitada, somente poderá ser cobrada a taxa de fiscalização de funcionamento (TFF), que é anualmente recolhida pelas empresas de telefonia (sendo, nessa linha, manifestamente ilegal o art. 9º, III da Resolução Anatel

⁷ Sobre as licenças para funcionamento das estações de telecomunicações, assim dispõe a Resolução Anatel nº 255/2001 (Regulamento para Arrecadação de Receitas do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações):

“Art. 3º. (...).

XVI – Licença para Funcionamento, em Bloco, de Estações de Assinante é o ato administrativo de expedição de licença de um conjunto de estações, em nome da concessionária, permissionária e autorizada de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência;

XVII – Licença para Funcionamento de Estação é o ato administrativo que autoriza o início do funcionamento de estação individual, em nome da concessionária, permissionária e autorizada de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência;”

nº 255/2001, que exige o pagamento da TFI pela mera expedição de nova licença);

- (c) ainda que assim não fosse, a fiscalização da “instalação” das estações móveis em operação (aparelhos de telefonia celular que se encontram em poder dos usuários, e não da operadora) é verdadeiramente impossível, haja vista que o pagante da taxa não é mais o titular nem detentor do equipamento a ser novamente fiscalizado.

Contudo, antes de debruçar-nos sobre o miolo da *quaestio juris*, cumpre-nos delinear os contornos da taxa em nosso sistema tributário, preparando-nos para as conclusões que advirão em seguida.

2. O conceito jurídico-tributário de taxa.

2.1. As taxas e a Constituição de 1988.

Reza o art. 145, II da Constituição de 1988:

“Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

II – taxas, 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 a sua disposição;”

O dispositivo delinea os pressupostos jurídicos para a instituição do tributo denominado taxa. Por primeiro, a pessoa política (União, Estado, Distrito Federal e Município) precisa possuir competência político-administrativa para prestar o serviço público ou praticar o ato do poder de polícia, que são os suportes fáticos das taxas (atuações do Estado relacionadas ao contribuinte). Em segundo lugar, o ato de polícia e o serviço público devem ser específicos e divisíveis. O ato de policiar uma praça onde se realiza uma manifestação qualquer, para evitar distúrbios, não se presta, já se vê, para ser ato jurígeno no sentido de gerar a cobrança de uma taxa. Nem os serviços gerais das forças armadas em defesa da democracia e das instituições políticas, *v.g.*, serviriam para basear a cobrança de uma taxa. Tais serviços são indivisíveis. Não se pode atribuí-los individualmente a uma pessoa, deles especialmente fruidora. Os conceitos de poder de polícia, especificidade e divisibilidade, para fins impositivos, estão explicados pelo Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25.10.1966), que será visto adiante.

Quem solicita um passaporte e efetivamente o recebe, ou um alvará, ou uma licença, ou recebe, via medidor, água fornecida por serviço sustentado pelo Poder Público, sob regime jurídico-tributário, em verdade recebe parcelas individualizadas de serviço público (utilidade e manifestações concretas de poder de polícia).

Não é, pois, todo ato do poder de polícia ou toda prestação de serviço público que pode embasar a instituição de taxas, senão aquelas que, regulares, juridicamente falando, possam ser específicas e divisíveis, conforme predica o CTN.

Em terceiro lugar, é preciso lei, em sentido formal e material, para instituir taxas. Não possui a Administração poder para, por ato administrativo, instituir tributo, nem mesmo por via de decreto regulamentar, entre nós, ente servo de lei. O nome pouco importa.

As taxas estão sujeitas aos princípios fundamentais de contenção ao poder de tributar: legalidade, anterioridade, irretroatividade, não-confisco e capacidade contributiva.

A distinção entre “taxas de polícia” e “taxas de serviço” não possui legitimidade científica. É que o exercício do poder de polícia feito pela Administração é serviço público, se exterioriza como tal. Inobstante a distinção, já cediça, apresenta importantes serventias. As ditas “taxas de polícia” não podem ser cobradas pela mera disponibilidade do serviço público, só as de serviço, assim mesmo se a utilização do mesmo for compulsória por força de lei, como está prescrito no CTN. Não basta que o departamento da Polícia Federal que concede passaportes esteja em funcionamento para que o Poder Público Federal cobre “taxa de expediente” de todos os que estiverem sob sua circunscrição, ao argumento de que o serviço está posto à disposição dos contribuintes. As “taxas de polícia” se dão pela realização de atos administrativos com base no poder geral de polícia, diretamente relacionados à pessoa do contribuinte. Não se cuida de um “benefício” ao contribuinte, nem de recuperar o “custo do ato”, mas de realizar atos de polícia. O custo do serviço e o benefício são marginais. Pode até ocorrer de o contribuinte colher um malefício. Caso daquele que requer um atestado de bons antecedentes e recebe um de maus antecedentes. Pode até ocorrer de a taxa exceder ou não cobrir o serviço.

Em síntese, portanto, da CR/88 extrai-se que:

- (a) as taxas podem ser cobradas pelos entes federados por duas razões: exercício do poder de polícia ou prestação de serviços públicos específicos e divisíveis;
- (b) somente as taxas pela prestação de serviços públicos podem ser exigidas quando o contribuinte não usufrui efetivamente do serviço, mas o tem posto à sua disposição (taxa pela utilização potencial de serviço público). A cobrança pelo “uso” *in potentia* do poder de polícia é terminantemente vedada;
- (c) as taxas se sujeitam aos princípios retores da tributação, devendo o ente arrecadador estrita observância à lei de sua instituição.

2.2. Os arts. 77 a 80 do Código Tributário Nacional.

Ao dispor sobre as taxas, o CTN averba:

“Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Parágrafo único. 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.

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:

I – utilizados pelo contribuinte:

a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;
b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

II – específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas;

III – divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

Art. 80. Para efeito de instituição e cobrança de taxas, consideram-se compreendidas no âmbito das atribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, aquelas que, segundo a Constituição Federal, as Constituições dos Estados, as Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios e a legislação com elas compatível, competem a cada uma dessas pessoas de direito público.”

Na teoria das taxas, o seu caráter sinalagmático surge como seu principal elemento, em que pese a possibilidade de exigência compulsória das mesmas.

A questão do sinalagma, contudo, aparentemente é obscurecida pela redação do art. 78, que cura do poder de polícia. Com efeito, duas matrizes decorrem do art. 77:

- (a) a matriz do poder de polícia (o Estado age, ainda que não solicitado);
- (b) a matriz dos serviços de utilidades usufruíveis pelos contribuintes (o Estado, em princípio, só age se solicitado).

Os serviços específicos e divisíveis, quais sejam, os mensuráveis e atribuíveis a dado sujeito passivo, podem decorrer do poder de polícia ou não, mas o fato jurígeno nas taxas é sempre serviço público prestado ou posto à disposição do contribuinte. Serviço público, baseado no poder de polícia ou fundado em atividade outra do Estado (fornecimento de esgoto sanitário ou de água), só pode dar origem à cobrança de uma taxa se puder ser traduzido em unidades de medida (ainda que *a forfait*) e atribuído ao sujeito passivo. Noutras palavras, o fato jurígeno das taxas é uma atuação do Estado relativa à pessoa do obrigado, que a frui, por isso mesmo, em caráter pessoal, aí residindo o sinalagma. O fato jurígeno é receber o contribuinte, do Estado, uma prestação estatal sob a forma de serviço. A única valia da distinção entre taxas de polícia e taxas de serviço (estrito senso) está em retirar o suporte para a cobrança de “taxa de polícia” em caráter potencial. O ato do poder de polícia existe ou não. Por outro lado, é admissível a cobrança de uma taxa de esgoto sanitário pela mera disponibilidade do equipamento de esgoto posto à disposição do contribuinte. Aqui temos “taxa de serviço”, estrito senso, permitindo (se por lei a utilização do equipamento for considerada obrigatória) a cobrança pela mera disponibilidade do serviço. O mesmo não se pode dizer de uma suposta “taxa de diplomacia” ou de “forças armadas”, porque estes serviços são insusceptíveis de divisão e, portanto, inviabilizam o sinalagma, ainda que potencial. Não há como medir e atribuir aos sujeitos passivos a vantagem, ou o detrimento (caso de uma vistoria que obriga o dono do restaurante a manter limpa a cozinha, ainda que contra a sua irresponsável vontade).

A ação estatal esteve, no exemplo, baseada no poder de polícia. Em suma, o serviço deve ter como contraprestação individual a taxa, do que exsurge o caráter sinalagmático desta última.

Sobre a divisibilidade nas taxas escreveu BERNARDO RIBEIRO DE MORAES⁸:

“Assim o serviço diplomático e consular, instituído no interesse nacional das relações com outros países é, à primeira vista, indivisível (interessa a todos indistintamente), mas tal fato não obsta

⁸ MORAES, Bernardo Ribeiro. *A Taxa no Sistema Tributário Brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1969, p. 99.

a existência de um interesse pessoal, divisível e individualizável. Quem quiser um passaporte ou uma autenticação consular tem, para si, um serviço específico e divisível.”

A cita descalva a tese de que serviços *uti universi* somente ensejam taxas se, por alguma forma, puderem ser apropriados *uti singuli*. De novo o sinalagma.

O Professor EDVALDO BRITO, da Universidade Federal da Bahia, em trabalho apresentado em Natal, em 1997, sobre os tributos sinalagmáticos, observou:

“A reforma tributária, contudo, pode cuidar dos tributos sinalagmáticos: a taxa e a contribuição de melhoria. Eles são, pelo sinalagma, contraprestacionais.

A Constituição da República Federativa do Brasil mantém, para a taxa, hipótese de fato gerador que foi formulada desde a Emenda Constitucional nº 18/65 à Constituição de 1946.

Fazendo-o, estabelece, no inciso II do seu art. 145, duas espécies desse tributo:

a) taxa de polícia; e

b) taxa de serviço;

ambas como exação de natureza contraprestacional e dotadas de requisitos, para as suas respectivas instituição e exigibilidade:

a) divisibilidade da prescrição ou da prestação administrativa;

b) especificação da prescrição ou da prestação administrativa.

A taxa de polícia é contraprestação das prescrições administrativas, vale dizer, do exercício efetivo do poder de polícia: as licenças, por exemplo.

A taxa de serviço é contraprestação das prestações administrativas fruíveis, efetiva ou potencialmente, pelo contribuinte.

O Código Tributário Nacional estabelece regra conceitual desses elementos: regularidade do exercício do poder de polícia (parágrafo único do art. 78); divisibilidade e especificidade da prestação (art. 79, II e III); efetividade e potencialidade da fruição da prestação art. 79, I, ‘a’ e ‘b’).”

Outrossim, impende notar que a taxa não pode ter base de cálculo nem fato gerador de imposto, pelo simples argumento de ser a taxa a medida de um agir estatal: serviço específico prestado ao contribuinte.

Por último, o conceito do que é poder de polícia, para fins tributários, está inteiro no art. 78, retrotranscrito: restrições a direito, interesse ou liberdade, em prol do bem comum.

É da taxa pelo exercício do poder de polícia que cuidamos no presente estudo, haja vista ser cobrada pela fiscalização da instalação – levada a cabo pela Anatel – dos equipamentos utilizados para a consecução do serviço de telecomunicação.

2.3. As taxas pelo exercício do poder de polícia e a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Do que foi exposto até o momento, resta claro que não há como exigir-se taxa pelo exercício de poder de polícia caso o mesmo não seja efetivamente levado a cabo pelo ente competente.

Assim é que as taxas de “fiscalização” – categoria na qual se insere a TFI cobrada pela Anatel e destinada ao Fistel – não são passíveis de ser exigidas se a dita fiscalização incoerir.

Note-se, no entanto, que a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, assim como do Superior Tribunal de Justiça, tem entendido pela possibilidade de cobrança da taxa de polícia quando o órgão fiscalizatório efetivamente existe e funciona, independentemente da prova da fiscalização efetiva de determinado estabelecimento. É o que se deduz da recente decisão no RE nº 416.601/DF, no qual se debatia a questão da constitucionalidade da taxa de fiscalização ambiental cobrada pelo IBAMA. Confira-se, para tanto, o seguinte trecho do voto do Min. Carlos Velloso⁹:

“A hipótese de incidência da taxa é a fiscalização de atividades poluidoras e utilizadoras de recursos ambientais, exercida pelo IBAMA (Lei 6.938/81, art. 17-B, com a redação da Lei 10.165/2000). Tem-se, pois, taxa que remunera o exercício do poder de polícia do Estado. Não há invocar o argumento no sentido de que a taxa decorrente do poder de polícia fica ‘restrita aos contribuintes cujos estabelecimentos tivessem sido efetivamente visitados pela fiscalização’, por isso que, registra Sacha Calmon parecer, fl. 377 essa questão já foi resolvida, pela negativa, pelo Supremo Tribunal Federal, que deixou assentada em diversos julgados a suficiência da manutenção, pelo sujeito ativo, de órgão de controle em funcionamento (cf., interplures, RE 116.518 e RE 230.973). Andou bem a Suprema Corte brasileira em não aferrar-se ao método antiquado da vistoria porta a porta, abrindo as portas do Direito às inovações tecnológicas que caracterizam a nossa era’. Destarte, os que exercem atividades de impacto ambiental tipificadas na lei sujeitam-se à fiscalização do IBAMA, pelo que são contribuintes da taxa decorrente dessa fiscalização, fiscalização que consubstancia, vale repetir, o poder de polícia estatal.”

O Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, tem perfilhado o mesmo entendimento. Em seus mais recentes acórdãos, o STJ pugna pela legalidade da cobrança da taxa de fiscalização de funcionamento de estabelecimentos comerciais caso exista prova da mera existência do órgão fiscalizador. Em razão disso, a Corte Superior de Justiça revogou, ao julgar o REsp nº 261.571/SP, em 24.04.2002, a Súmula 157/STJ, que predizia: “é

⁹ STF, Pleno, RE nº 416.601/DF, Relator Min. Carlos Velloso, DJ 30.09.2005, p. 5.

ilegítima a cobrança de taxa, pelo município, na renovação de licença para localização de estabelecimento comercial ou industrial”.

A razão da revogação da Súmula 157 foi explicitada tanto na ementa como nos trechos do voto da Relatora do acórdão no REsp nº 261.571/DF. É ver:

➤ A ementa¹⁰:

“TRIBUTÁRIO. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO.

1. O STF já proclamou a constitucionalidade de taxas, anualmente renováveis, pelo exercício do poder de polícia, e se a base de cálculo não agredir o CTN.

2. Afastada a incidência do enunciado da Súmula 157/STJ.

3. Recurso especial improvido.”

➤ O voto da Relatora, Ministra Eliana Calmon:

“Preliminarmente, esclareço que afetei o julgamento deste recurso especial em razão da divergência que se instalou na Segunda Turma em torno da aplicação da Súmula 157 desta Corte após a posição adotada pelo STF.

Com efeito, a posição jurisprudencial estratificada nesta Corte é a seguinte:

‘É ilegítima a cobrança de taxa, pelo Município, na renovação de licença para localização de estabelecimento comercial e industrial.’

A Corte Suprema, entretanto, em diversos precedentes tem reiterado o entendimento de que nem sempre é ilegal a taxa para renovação de licença para localização de estabelecimento porque considera de absoluta pertinência a cobrança, quando derivada do exercício do poder de polícia.

Neste sentido são os precedentes:

‘RECURSO EXTRAORDINÁRIO INADMITIDO.

1. Taxa de renovação de licença para localização, instalação e funcionamento.

2. Poder de polícia garantido constitucionalmente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg/RE 222.246-6/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, unânime, DJ de 10/09/99)’

‘TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO DE SÃO MANUEL. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. CONSTITUCIONAL.

O Supremo Tribunal Federal tem sistematicamente reconhecido a legitimidade da exigência, anualmente renovável, pelas Municipalidades, da taxa em referência, pelo exercício do poder de polícia.

¹⁰ STJ, 1ª Seção, REsp nº 261.571/DF, Relatora Min. Eliana Calmon, DJ 06.10.2003, p. 199.

*Recurso extraordinário conhecido e provido.
(RE 276.564/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma,
unânime, DJ de 02/02/2001, página 143)'*

(...)

Efetivamente, para o STF, a taxa de renovação anual de licença para localização, instalação e funcionamento de estabelecimentos comerciais e similares é legal desde que haja órgão administrativo que execute o poder de polícia no município e que a base de cálculo não seja vedada.

(...) Proponho que se faça o cancelamento da Súmula 157 desta Corte, nos termos do art. 125, § 3º, do RI/STJ."

Desde então o entendimento do STJ tem sido pela legalidade da exigência anual da taxa municipal de fiscalização de funcionamento de estabelecimentos comerciais ou industriais, independentemente da comprovação do exercício efetivo do poder de polícia (desde que haja, contudo, um aparato apto a levar a cabo a dita fiscalização). *Interplures*, confira-se a ementa do seguinte julgado, datado de 12.12.2005¹¹:

"TRIBUTÁRIO. TAXA DE FISCALIZAÇÃO, LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA. PRECEDENTES.

- Consoante orientação traçada pelo Egrégio STF, a cobrança da taxa em referência pelo Município prescinde da comprovação fiscalizadora, face à notoriedade do exercício do poder de polícia pelo aparato da municipalidade.

- Com base nesse entendimento, a Eg. 1ª Seção de Direito Público cancelou a Súmula 157 deste Tribunal, reconhecendo a legitimidade da cobrança da referida exação.

(...)"

Ou seja: tanto o STF como o STJ possuem, hodiernamente, entendimento pacífico pela legitimidade da cobrança periódica de taxas de fiscalização, haja vista que a mera existência do aparato fiscalizatório do poder público, no entender dos Ministros de nossas Cortes Superiores, é suficiente para legitimar a exigência.

A questão, entretanto, deve ser muito bem compreendida, sob pena de legitimar-se a cobrança de taxas de fiscalização em potencial, o que, como visto nos itens 2.1 e 2.2, contraria tanto a Constituição de 1988 como o Código Tributário Nacional.

De fato, o CTN não é de somenos pois é lei de normas gerais que complementa a Constituição. Assim, o ato do poder de polícia deve ser regular e efetivamente exercido, sob pena de restar inviabilizada a cobrança da taxa pela sua realização.

¹¹ STJ, 2ª Turma, REsp nº 617.723/MS, Relator Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 06.03.2006, p. 309.

É temerária a revogação da Súmula 157 pelo Superior Tribunal de Justiça, na medida em que sugere exatamente o contrário do que dispõe a lei de normas gerais de direito tributário.

Taxas de polícia somente podem ser cobradas se a fiscalização efetivamente for levada a cabo – hipótese bastante distinta das taxas de serviço público (como o de coleta domiciliar de lixo), que podem ser cobradas caso haja a mera colocação do serviço à disposição do contribuinte (sem que se exija a efetiva prestação do mesmo).

Assim é que, mesmo em face da atual jurisprudência dos Tribunais Superiores, deve-se analisar, caso a caso, a cobrança de taxas de fiscalização, de modo a verificar a legitimidade da exigência das mesmas, tendo por pressuposto, sempre, a prática regular do ato de polícia.

2.4. Conclusões preliminares.

À vista do que foi exposto, podemos concluir, desde já, que o que os Tribunais Superiores têm legitimado – em contradição ao que dispõe a CR/88 e o CTN – é a cobrança, dos estabelecimentos comerciais e industriais, de taxas de fiscalização de funcionamento, anualmente renováveis, por parte de Municípios que possuam órgãos fiscalizatórios, sem exigir prova efetiva dessa fiscalização.

Ou seja: há uma presunção de efetiva ocorrência da fiscalização, haja vista a existência: (a) do estabelecimento a ser fiscalizado, que está em funcionamento e (b) do ente estatal responsável por essa ação.

Contudo, em momento algum os Tribunais legitimam a cobrança de taxa pelo exercício do poder de polícia quando este simplesmente não puder ser exercido, por inexistência do objeto a ser fiscalizado. É exatamente isso que ocorre com relação à Taxa de Fiscalização de Instalação exigida pela mera expedição de nova licença (sem que haja nova instalação de equipamento). E a TFI torna-se ainda mais ilegítima quando se pretende cobrá-la pela expedição de licença das estações móveis, que sequer são titularizadas pela operadora.

É ver.

3. Resenha legislativa do Fistel e da TFI.

A Lei nº 5.070, de 7 de julho de 1966, que criou o Fistel – Fundo de Fiscalização das Telecomunicações¹² – instituiu a cobrança de taxas

¹² Nos termos do art. 3º, XV da Resolução Anatel nº 255/2001, “Fistel é um fundo de natureza contábil, destinado a prover recursos para cobrir as despesas feitas pelo Governo Fede-

de fiscalização de instalação e de funcionamento, para financiamento do mesmo. Confira-se a dicção legal:

“Art. 1º. Fica criado um fundo de natureza contábil, denominado ‘Fundo de Fiscalização das Telecomunicações’, 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.

Art. 2º. O Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FIS-TEL é constituído das seguintes fontes: (Art. 2º com redação dada pela Lei nº 9.472, de 16/07/1997)

(...)

f) taxas de fiscalização;

(...)

Art. 6º. As taxas de fiscalização a que se refere a alínea ‘f’ do artigo 2º são a de instalação e a do funcionamento. (Art. 6º com redação dada pela Lei nº 9.472, de 16/07/1997)

§ 1º. Taxa de fiscalização de instalação é a devida pelas concessionárias permissionárias e autorizadas de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência, no momento da emissão do certificado de licença para o funcionamento das estações. (§ 1º com redação dada pela Lei nº 9.472, de 16/07/1997)

§ 2º. Taxa de fiscalização do funcionamento é a devida pelas concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência, anualmente, pela fiscalização do funcionamento das estações. (§ 2º com redação dada pela Lei nº 9.472, de § 3º).

(...)

Art. 8º. A taxa de fiscalização do funcionamento será paga, anualmente, até o dia 31 de março, e seus valores serão os correspondentes a 50% (cinquenta por cento) dos fixados para a Taxa de Fiscalização da Instalação. (Art. 8º com redação dada pela Lei nº 9.472, de 16/07/1997)”

Com o advento da Lei Geral de Telecomunicações (LGT – Lei nº 9.472/97), o Fistel passou a constituir receita da Anatel¹³.

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

¹³ Lei nº 9.472/97:

“Art. 50. O Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL, criado pela Lei nº 5.070, de 7 de julho de 1966, passará à administração exclusiva da Agência, a partir da data de sua instalação, com os saldos nele existentes, incluídas as receitas que sejam produto da cobrança a que se refere o art. 14 da Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996.”

A LGT previu ainda, em seu anexo III, os valores das taxas de fiscalização de instalação devidas pelas operadoras, conforme a modalidade de serviço prestado (posteriormente, alguns desses valores foram modificados pela Lei nº 9.691/98). No caso do SMP, os valores são: R\$ 1.340,80 por estação radiobase e repetidora; R\$ 26,83 por estação móvel; R\$ 26,83 para radioenlaces de até 12 canais; R\$ 134,08 para radioenlaces de 13 a 60 canais; R\$ 268,16 para radioenlaces de 61 a 300 canais; R\$ 402,24 para radioenlaces de 301 a 900

Com o fito de regulamentar o pagamento das taxas em questão, a Anatel fez publicar a Resolução nº 255, de 29 de março de 2001, que, além de compilar os dispositivos legais regentes da matéria, dispôs ainda que “a licença para funcionamento de estação (...) somente será entregue à Prestadora mediante quitação da TFI, por meio do ‘Documento de Arrecadação das Receitas do Fistel (boleto bancário)’” (art. 7º). Ou seja: a Anatel condiciona a expedição da licença de funcionamento à prévia quitação da TFI.

Mais adiante, o art. 9º da resolução dispõe expressamente sobre outros casos – além da fiscalização da primeira instalação da estação de telecomunicações – em que a TFI incidirá:

“Art. 9º. A TFI incidirá, ainda, sobre a estação na ocorrência das seguintes situações:

I – alteração de natureza técnica que implique em modificação do seu funcionamento, de acordo com a regulamentação específica de cada serviço;

II – alteração que implique no enquadramento da estação em nova faixa de tributação, de conformidade com o anexo II deste Regulamento;

III – renovação da validade da licença, que acarrete expedição de nova licença.

Parágrafo único. Ocorrendo a situação prevista no inciso II, o valor de arrecadação da TFI corresponderá à diferença entre o valor devido pelo licenciamento referente à nova faixa e o valor cobrado pelo licenciamento anterior.” (grifos nossos)

O art. 9º, III – destacado acima – é o fundamento normativo da cobrança em debate.

Contudo, como se demonstrará, o mesmo não se aplica ao caso em análise, no qual se tem mera prorrogação de validade da licença (face à prorrogação da concessão ou da autorização de uso da radiofrequência, às quais o prazo da licença estava vinculado), inexistindo “expedição de nova licença”.

De todo modo, ainda que assim não fosse – e que se considerasse que a prorrogação da validade das licenças das operadoras consubstanciava efetiva emissão de novo licenciamento – o art. 9º, III da Resolução nº 255/2001 não poderia fundamentar a cobrança em tela, por se tratar de disposição manifestamente contrária à legislação de regência.

canais; R\$ 536,32 para radioenlaces acima de 900 canais. Para o STF, os valores são cobrados conforme a capacidade da central de comutação, a saber: até 200 terminais – R\$ 740,00; de 201 a 500 terminais – R\$ 1.850,00; de 501 a 2000 terminais – R\$ 7.400,00; de 2001 a 4000 terminais: R\$ 14.748,00; de 4001 a 20000 terminais – R\$ 22.123,00; acima de 20000 terminais – R\$ 29.497,00.

Afinal, como se deduz dos textos legais colacionados, a TFI deve ser paga no momento da emissão do certificado de licença para funcionamento das estações de transmissão de telecomunicações. Contudo, isso não significa que a taxa de fiscalização de instalação seja devida *em razão da emissão do certificado de licença*. Este é apenas o momento em que se deve considerar ocorrido o fato tributável, gerando o dever de pagar a taxa. A TFI – e a obviedade neste ponto é acácia – é devida *em razão da fiscalização exercida na instalação das estações de transmissão das empresas de telefonia*. E na mera renovação de licença não há fiscalização da instalação (por inexistir a própria instalação a ser fiscalizada).

4. Da inexistência de “expedição de nova licença”. Inaplicabilidade do art. 9º, III da Resolução nº 255/2001 ao caso *sub examine*.

Para melhor compreensão da situação em análise, cumpre-nos fazer uma breve digressão acerca dos atos regulatórios que, em conjunto, permitem a operação das empresas de telefonia fixa e celular oriundas da privatização do Sistema Telebrás.

Na telefonia fixa, as empresas privatizadas possuem um contrato de concessão e, além deste, necessitam, para operar, do direito de uso de bandas de radiofrequência, assim como de licenças de operação para as suas estações ativas. Assim, é somente com a tríade *contrato de concessão <-> direito de uso de radiofrequência <-> licença para operação* que a concessionária do STFC pode levar a cabo a prestação de seus serviços.

Os contratos de concessão do STFC foram assinados em 02 de junho de 1998 e tinham vigência até 31 de dezembro de 2005, podendo ser renovados uma única vez por um período de 20 anos¹⁴. O direito de uso da radiofrequência tinha prazo de validade vinculado ao do vencimento do contrato; a seu turno, as licenças para operação das estações telefônicas venceriam quando do fim do direito de uso de radiofrequência.

Em 22 de dezembro de 2005 as concessionárias do STFC (Brasil Telecom, Telemar, Telefônica, Embratel, CTBC Telecom e Sercomtel) assinaram a *prorrogação*, por vinte anos, dos seus respectivos contratos de concessão. Os novos instrumentos passaram a vigorar em 1º de janeiro de 2006. Com a prorrogação da concessão, foram também *prorrogados* os pra-

¹⁴ Assim dispõe o art. 99 da Lei nº 9.472/97:

“Art. 99. O prazo máximo da concessão será de vinte anos, podendo ser prorrogado, uma única vez, por igual período, desde que a concessionária tenha cumprido as condições da concessão e manifeste expresso interesse na prorrogação, pelo menos, trinta meses antes de sua expiração.”

zos do direito de uso de radiofrequência e, por consectário, das licenças para operação das estações do STFC¹⁵.

Já na telefonia móvel, existem três atos essenciais que, quando vigentes e válidos, possibilitam a exploração do Serviço Móvel Pessoal (SMP). São eles:

- (a) a autorização para exploração do Serviço Móvel Pessoal;
- (b) a outorga do direito de uso de bandas de radiofrequência;
- (c) a licença para operação das estações móveis, bem como das estações repetidoras, estações radiobase e seus respectivos radioenlaces, nos termos da regulamentação.

A primeira e mais importante é a autorização para exploração do SMP, que foi conferido *por prazo indeterminado* às empresas celulares do antigo Sistema Telebrás¹⁶.

Contudo, para que a exploração do SMP seja efetivada, a operadora celular – tal como a fixa – deve ainda possuir o direito de utilização de

¹⁵ Nessa toada, veja-se a redação do contrato-padrão de concessão renovado:

“Cláusula 4.1. A utilização de radiofrequências na prestação do serviço objeto desta concessão será autorizada pela Anatel, a título oneroso e sem exclusividade, salvo se existir disposição em contrário na regulamentação, consoante o disposto nos arts. 83 e 163 da Lei nº 9.472, de 1997.

§1º. A concessionária terá direito de prorrogação, a título oneroso e sem exclusividade, das autorizações de uso de radiofrequência utilizadas à data de assinatura deste contrato e que sejam necessárias à continuidade da prestação do serviço.

(...)

§4º. As novas radiofrequências que venham a ser requeridas pela Concessionária terão seu uso autorizado, a título oneroso, com observância dos procedimentos definidos pela Anatel e pelas autorizações similares.

§5º. O prazo das autorizações de uso de radiofrequências objeto da presente cláusula terá seu termo final com a presente concessão.”

¹⁶ Confira-se, para tanto, as seguintes cláusulas-padrão do termo de autorização do SMP:

“Cláusula 1.1. O objeto deste Termo é a expedição de Autorização para exploração do Serviço Móvel Pessoal – SMP, prestado em regime privado, na área geográfica (...).

§1º. Compreende-se no objeto desta Autorização o Serviço Móvel Pessoal, prestado em regime privado, em conformidade com a regulamentação da Anatel, e, em especial, consoante disposições contidas no Regulamento do SMP e no Plano Geral de Autorizações do SMP.

(...)

Cláusula 1.2. Serviço Móvel Pessoal é o serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo que possibilita a comunicação entre estações móveis e de estações móveis para outras estações, observadas as disposições constantes da regulamentação.

(...)

Cláusula 1.4. O prazo desta autorização para exploração do SMP é indeterminado.”
(grifos nossos)

uma faixa de radiofrequência (assim como o licenciamento para suas estações radiobase, radioenlaces e móveis). O direito de uso de radiofrequência foi concedido até 30 de novembro de 2005, sendo prorrogável uma única vez (e a título oneroso) por mais 15 anos¹⁷ – tendo essa prorrogação efetivamente ocorrido entre o segundo semestre de 2005 e o primeiro de 2006 para diversas operadoras.

As licenças para operação das estações radiobase e móveis, a seu turno, têm seu prazo de validade vinculado àquele de vigência do direito de uso da radiofrequência. Assim, como este foi prorrogado até 2020, o mesmo ocorreu com as licenças.

Para logo, pode-se concluir que o direito de uso da radiofrequência:

- (a) não se confunde com a concessão do STFC ou com a autorização para prestação do SMP;
- (b) findará em:
 - (b.1) dezembro de 2025 (prazo máximo de vigência do contrato de concessão do STFC, que já foi prorrogado uma vez, consoante permite a legislação);
 - (b.2) novembro de 2020 (prazo máximo de vigência do atual direito de uso de radiofrequência das operadoras do SMP, que em novembro 2005 foi prorrogado por 15 anos).

Como as licenças de operação das estações de telefonia fixa e celular têm sua validade vinculada à do direito de uso de radiofrequência, pode-se entender que – em termos regulatórios – não haverá expedição de nova licença para a continuação das atividades das operadoras. O que se terá é apenas a prorrogação do prazo de licenciamento. Renovação somente ocorrerá em 2025 (para a telefonia fixa) e em 2020 (para a telefonia celular), quando os contratos de concessão e a outorga do direito de uso de radiofrequência atingirem seu termo final, não mais podendo ser prorrogados, sendo mandatória a sua substituição por novos instrumentos.

Por ora, contudo, não há que se falar em “renovação da validade da licença, *que acarrete expedição de nova licença*”, a qual, a teor do art. 9º, III da Resolução Anatel nº 255/2001, ensejaria o pagamento de nova TFI.

¹⁷ Assim dispõe o termo genérico de autorização do SMP:

“Cláusula 1.5. O serviço deve ser explorado com a utilização, pela Autorizada, da Subfaixa de radiofrequências prevista no Instrumento Substituído, abaixo indicada:
Transmissão da Estação Móvel: XXX a XXX MHz / XXX a XXX MHz
Transmissão da Estação Radiobase: XXX a XXX MHz / XXX a XXX MHz
Cláusula 1.6. O direito de uso das radiofrequências mencionadas na cláusula anterior terá vigência até 30 de novembro de 2005, que corresponde ao prazo remanescente, prorrogável, uma única vez, por 15 (quinze) anos, sendo essa prorrogação a título oneroso.” (grifos nossos)

O que se tem, repise-se, é mera prorrogação de validade da licença atualmente vigente.

De fato, é princípio jurídico basilar que o acessório segue o principal. A máxima é plenamente aplicável ao caso em análise. Se a licença se encerra quando do vencimento do direito de uso de radiofreqüência, e este somente se extinguirá em 2025 ou 2020, conforme o caso (tendo havido uma mera prorrogação da cessão de uso das freqüências no atual estágio), *não existe, por ora, em termos regulatórios, a expedição de nova licença mencionada pelo art. 9º, III da Resolução Anatel nº 255/2001* (em que pese ser necessária a emissão de novo comprovante de licenciamento).

De todo modo, ainda que assim não fosse – e que se entendesse existir efetiva expedição de nova licença (contrariando frontalmente os dispositivos regulatórios atinentes à matéria) – a exigência da TFI no presente caso não merece prosperar, face à manifesta ilegalidade do art. 9º, III da Resolução Anatel nº 255/2001 que, ao arrepio das disposições legais, determina a exigência da taxa em situação na qual inexistente qualquer procedimento fiscalizatório apto a ensejar sua cobrança.

É conferir.

5. Da inoccorrência do fato gerador da TFI na mera renovação de licença.

Para a adequada apreensão do fato gerador da exação em tela – que levará à inexorável conclusão pela ilegalidade do art. 9º, III da Resolução nº 255/2001 – faz-se mister, inicialmente, analisar a norma que determina a exigência da taxa ora objurgada. Vejamos.

5.1. A estrutura da norma tributária e a hipótese de incidência da TFI.

A norma tributária se divide em dois momentos: a hipótese de incidência (antecedente) e a consequência (mandamento). Os elementos de ambas são os seguintes:

Hipótese de incidência – fato previsto como jurígeno	Consequência jurídica – dever tributário decorrente
Aspecto material – o fato em si	A quem pagar (sujeito ativo)
Aspecto temporal – condições de tempo	Quem deve pagar (sujeito passivo)
Aspecto espacial – condições de lugar	Quanto se deve pagar (base de cálculo e alíquotas ou valor fixo, adições e subtrações)
Aspecto pessoal – condições e qualificações relativas às pessoas envolvidas com o fato	Como pagar
	Quanto pagar
	Onde pagar

A norma tributária que institui a Taxa de Fiscalização de Instalação das estações de transmissão do serviço telefônico, de acordo com o disposto no art. 6º da Lei nº 5.070/66 (com a redação da Lei nº 9.472/97), pode ser descrita da seguinte forma:

Hipótese de incidência – fato previsto como jurígeno	Conseqüência jurídica – dever tributário decorrente
<p>Aspecto material – <i>a fiscalização da instalação das estações de transmissão de telecomunicações</i></p> <p>Aspecto temporal – <i>momento da emissão do certificado de licença</i></p> <p>Aspecto espacial – <i>local da fiscalização</i></p> <p>Aspecto pessoal – <i>Anatel e empresa de telecomunicação</i></p>	<p>A quem pagar (sujeito ativo) – <i>Anatel</i></p> <p>Quem deve pagar (sujeito passivo) – <i>empresa de telecomunicação fiscalizada</i></p> <p>Quanto se deve pagar (base de cálculo e alíquotas ou valor fixo, adições e subtrações) – <i>valores definidos no anexo III da LGT</i></p> <p>Como pagar – <i>via boleto bancário</i></p> <p>Quanto pagar – <i>valor que varia conforme o nº e tipo de estações instaladas</i></p> <p>Onde pagar – <i>em qualquer banco, até o vencimento; no Banco do Brasil, após o vencimento</i></p>

A conseqüência jurídica só se materializa quando ocorre, no mundo fenomênico, a hipótese de incidência prevista na norma tributária. É dizer: o tributo somente se torna exigível quando da ocorrência de seu fato gerador.

No caso em análise, o fato gerador da TFI é a *fiscalização da instalação das estações de transmissão de telecomunicações* (aspecto material da h.i.). Seu aspecto temporal – momento no qual se considera finalizada a fiscalização (e devido o tributo) – é a emissão do certificado de licenciamento da estação¹⁸.

O aspecto temporal, portanto, denota apenas o momento em que o fato tributável é ultimado, autorizando-se, a partir de então, a exigência do tributo. Assim, o fato imponible – ou seja, o ato que enseja a tributação, identificado como o aspecto material da hipótese de incidência – remanesce como o núcleo da hipótese de incidência, constituindo o principal aspecto da norma jurídico-tributária¹⁹.

¹⁸ De acordo com ATALIBA, “define-se o aspecto temporal da h.i. como a propriedade que esta tem de designar (explícita ou implicitamente) o momento em que se deve reputar consumado (acontecido, realizado) um fato imponible.” (ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*, 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, pp. 86-7).

¹⁹ As lições do precitado ATALIBA corroboram a assertiva:

Na TFI, o fato tributável é fiscalizar a instalação de estações de transmissão de telecomunicações. Nada mais. Portanto, quando ocorrida a fiscalização – que se dá logo após a instalação, como pressuposto autorizativo da incidência da taxa – restará caracterizado o arquétipo material da exação em comento.

Assim é que a TFI tem por aspecto material a fiscalização da instalação de estações de telecomunicações e por aspecto temporal a emissão do certificado de licenciamento.

Assentadas essas premissas, passemos adiante.

5.2. O prévio pagamento da TFI pelas operadoras e a impossibilidade de nova exigência da exação.

Fiscalizar a instalação de um equipamento é algo que – por razões lógicas – somente pode ser feito uma única vez (salvo se, posteriormente à primeira instalação, forem feitas modificações técnicas, que impliquem em novas instalações, de tal modo a exigir nova fiscalização). No caso presente, se a licença de operação de estação de telecomunicação foi concedida, a TFI é devida na outorga (seu pagamento é pressuposto para o licenciamento). Caso, posteriormente, a licença seja prorrogada, uma nova exigência da TFI é infundada, pois o que se fiscaliza – uma vez instalados os equipamentos – é o adequado funcionamento das estações de transmissão, fato gerador da taxa de fiscalização de funcionamento – TFF, anualmente paga pelas operadoras²⁰.

Com base nas leis de regência da matéria, pode-se concluir, sem receio de errar, que como as estações em operação no final do ano de 2005 já possuíam licenças de funcionamento, a TFI relativa à instalação das mesmas já foi paga (pois é pressuposto para a operação das mesmas). E tal

“O aspecto mais complexo da hipótese de incidência é o material. Ele contém a designação de todos os dados de ordem objetiva, configuradores do arquétipo em que ela (h.i.) consiste; é a própria consistência material do fato ou estado de fato descrito pela h.i.

Este aspecto dá, por assim dizer, a verdadeira consistência da hipótese de incidência. Contém a indicação de sua substância essencial, que é o que de mais importante e decisivo há na sua configuração.

Assim, o aspecto material da h.i. é a própria descrição dos aspectos substanciais do fato ou conjunto de fatos que lhe servem de suporte.” (ATALIBA, Geraldo. *Op. cit.*, p. 99).

²⁰ O pagamento regular da TFF é comprovado pelo simples fato de as operadoras exercerem regularmente suas atividades de prestação de serviços de comunicação. Afinal, a cessação de pagamento da TFF pode acarretar, nos termos do art. 8º, §2º da Lei nº 5.070/66 (com a redação da Lei nº 9.472/97) a “caducidade da concessão, permissão ou autorização, sem que caiba ao interessado o direito a qualquer indenização”.

fato sequer se discute, uma vez que as operadoras, para atuarem regularmente, foram obrigadas a licenciar todas as suas estações.

Nessa toada, tendo havido o prévio pagamento da TFI e o conseqüente licenciamento das estações para operação, a “renovação da validade” das licenças – consectária da prorrogação do prazo de validade da autorização de uso de radiofreqüência – não é fato gerador da TFI.

5.3. Ilegalidade do art. 9º, III da Resolução Anatel nº 255/2001.

Não procede, nessa linha, o disposto no art. 9º, III da Resolução Anatel nº 255/2001, que se pede *venia* para novamente transcrever:

“Art. 9º. A TFI incidirá, ainda, sobre a estação na ocorrência das seguintes situações:

I – alteração de natureza técnica que implique em modificação do seu funcionamento, de acordo com a regulamentação específica de cada serviço;

II – alteração que implique no enquadramento da estação em nova faixa de tributação, de conformidade com o anexo II deste Regulamento;

III – renovação da validade da licença, que acarrete expedição de nova licença.

Parágrafo único. Ocorrendo a situação prevista no inciso II, o valor de arrecadação da TFI corresponderá à diferença entre o valor devido pelo licenciamento referente à nova faixa e o valor cobrado pelo licenciamento anterior.” (grifos nossos)

As situações descritas nos incisos I e II do art. 9º, por ensejam mudanças técnicas nas estações (que modificam seu funcionamento ou implicam no enquadramento em nova faixa de tributação, face ao aumento da capacidade de utilização), autorizam a cobrança de TFI. Afinal, se a estação previamente instalada sofreu modificação essencial que justifique nova fiscalização (sobre a ampliação da capacidade instalada ou sobre a alteração de componentes técnicos), a TFI pode ser exigida, haja vista que ocorrerá novo fato gerador da exação – fiscalização da instalação de novos componentes – autorizativo da cobrança.

Contudo, o inciso III do art. 9º da Resolução nº 255/2001 padece de vício de legalidade, na medida em que determina a cobrança da taxa de fiscalização de instalação quando da simples renovação de validade da licença (que acarrete a “expedição de nova licença”). Sua ilegalidade é patente, na medida em que inexistente qualquer procedimento fiscalizatório da instalação na mera renovação de prazo de validade. Isso porque a fiscalização da instalação, vale repisar, somente pode ocorrer uma única vez. Se

não houve mudança técnica nas estações²¹, não há instalação passível de ser fiscalizada. E a inexistência de fiscalização da instalação – já ocorrida no passado, quando da efetiva colocação em funcionamento das estações – impede a cobrança de TFI. Já a TFF, a seu turno, é regularmente exigida sobre as estações licenciadas até 31 de dezembro do ano anterior, e seu valor equivale a 50% do montante exigido a título de TFI (arts. 10 e 12 da Resolução nº 255/2001).

Ao regulamentar a matéria, a Anatel não pode se afastar do disposto nas leis de regência, sob pena de incorrer em ilegalidade. Isso porque os atos normativos podem – e devem – explicitar o conteúdo e o alcance das leis. Entretanto, não é lícito que os mesmos extrapolem a dicção legal, mormente em matéria tributária, na qual impera o princípio da legalidade estrita. É noção basilar de direito tributário – e imperativo constitucional, por força dos arts. 5º, II e 150, I da CR/88 – que somente a lei pode prever a exigência de tributos.

Os regulamentos expedidos pela Anatel são atos normativos complementares (definidos no art. 100, I do Código Tributário Nacional²²) e, como atos subordinados à lei, não poderão dela se afastar, sob pena de invalidade.

Assim é que o art. 9º, III da Resolução nº 255/2001, ao determinar o pagamento da TFI quando da *“renovação da validade da licença, que acarrete expedição de nova licença”*, previu nova hipótese de incidência da TFI não constante da lei que a instituiu.

Não há que se falar, portanto, em nova exigência da taxa em comento com fundamento na mera renovação da licença de operação das estações de telefonia, vista inexistir, na hipótese, nova instalação de equipamento que justifique a fiscalização a ser exercida pela Anatel. Entendimento diverso violaria não só a Lei nº 5.070/66 como também o próprio CTN e a CR/88, que somente autorizam a cobrança de taxa pelo exercício do poder de polícia quando este é efetivamente levado a cabo pelo agente público competente (art. 145, II da CR/88 c/c art. 77 do CTN).

Nem mesmo a interpretação jurisprudencial ampliativa do STJ e do STF, que legitima a cobrança anual de taxas de fiscalização quando existente o estabelecimento a ser fiscalização e o órgão fiscalizador – pre-

²¹ O que, em tese, autorizaria a exigência de nova TFI, nos termos do art. 9º, I e II da Resolução nº 255/2001, posto que, em tais situações, haveria necessidade de fiscalização de novos materiais instalados.

²² Código Tributário Nacional:

“Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I – os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;”

sumindo-se, *juris tantum*, a fiscalização – seria aplicável ao caso em tela. Afinal, neste há verdadeira **impossibilidade lógica de cobrança da taxa, posto que não se pode fiscalizar a instalação de equipamentos de telefonia se instalação não houve (note-se que a primeira instalação é sempre fiscalizada, não sendo lícito exigir-se o tributo pela mera expedição de nova licença). À míngua do objeto a ser fiscalizado, a cobrança da taxa caracteriza confisco e arbitrariedade.**

Quando muito, poder-se-ia falar em possibilidade de cobrança da Taxa de Fiscalização de Funcionamento anual, como de resto autorizado pela citada jurisprudência do STF e do STJ. Mas repise-se: neste caso, existe o objeto a ser fiscalizado – o funcionamento dos equipamentos de telefonia – fato este inexistente na fiscalização da instalação dos mesmos (que já ocorreu uma vez, no passado, e não é apta a gerar nova cobrança de taxa).

5.4. A questão atinente à inexigibilidade da TFI sobre estações móveis não titularizadas pela operadora.

Ainda que superados todos os argumentos anteriormente expostos, mesmo assim a cobrança da TFI, especificamente sobre as estações móveis (ao abusivo valor de R\$ 26,83 por aparelho celular, conforme disposto no Anexo I da Lei nº 5.070/66, com a redação do Anexo III da Lei nº 9.472/97), remanesceria ilegítima.

A ilegitimidade da TFI nessa hipótese decorre simplesmente do fato de que não há como fiscalizar-se a instalação de equipamento que não é de propriedade do contribuinte!

A questão beira as raias do absurdo, ferindo frontalmente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Querer-se cobrar taxa pelo exercício do poder de polícia sobre equipamentos que não são do contribuinte é manifestamente injurídico, para não dizer mais. Sobre o princípio da proporcionalidade (que está intrinsecamente ligado ao da razoabilidade), leciona RICARDO AZIZ CRETTON²³:

*“Compõe-se o princípio da proporcionalidade de **três máximas, elementos ou subprincípios**: (1) **idoneidade, pertinência, aptidão ou adequação** (Geeignetheit) do meio empregado para atingir determinado fim de interesse público; (2) **exigibilidade ou necessidade** (Erforderlichkeit) da medida, que não deve ultrapassar os limites indispensáveis à conservação do fim que se almeja (postulado do meio mais benigno); e (3) **proporcionalidade stricto sensu** (Verhältnismässigkeit), devendo a escolha do meio ou meios, no caso específico, considerar o conjunto dos interesses em pauta (postulado da ponderação).*

²³ CRETTON, Ricardo Aziz. *Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade e sua Aplicação no Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pp. 58-9.

O primeiro desses elementos ou subprincípios, o da adequação e conformidade do meio e da validade do fim, confunde-se com o da proibição do excesso ou vedação do arbítrio (Übermassverbot), denominação também utilizada com o significado do princípio (geral) da proporcionalidade. (...)

O segundo elemento ou subprincípio, o da exigibilidade ou necessidade, leva à dosagem do meio em vista do fim pretendido, podendo ser ilustrado pela máxima: de dois males, escolha-se o menor. Ou seja: cumpre optar, dentre as várias medidas que atendem a determinada finalidade, pela menos prejudicial aos interesses do cidadão, o que leva à escolha do meio mais suave, à menor ingerência possível, como repete Canotilho, averbando que, em face da relatividade do subprincípio, a doutrina lhe adita outros elementos de maior operacionalidade prática:

‘a) a necessidade material, pois o meio deve ser o mais ‘poupado’ possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) a exigibilidade pessoal significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados.’

Quanto ao terceiro elemento ou subprincípio, o da proporcionalidade em sentido estrito, que pondera meios e fins, avaliando se aqueles são proporcionais a estes e sopesando se as desvantagens coativas dos meios se justificam em relação às vantagens dos fins, sua aplicação envolve ao mesmo tempo uma obrigação e uma interdição: obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionais.”

A ação da Anatel nesse caso fere, ainda, os princípios do não-confisco, da moralidade e da eficiência, que devem orientar a ação da Administração Pública direta e indireta, mormente em matéria tributária, consoante prediz a CR/88:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).”

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

IV – utilizar tributo com efeito de confisco;”

Confisco é a expropriação da propriedade do particular, pelo Poder Público, sem indenização. No caso objurgado, tem-se que o não-proprietário de um equipamento sofre a exigência de taxa para fiscalização da instalação do mesmo (equipamento este que já se encontra em operação, ressalte-se). Ora, então por que exigir do não-proprietário taxa de fisca-

lização em razão da instalação de equipamento que sequer se encontra sob o seu poder e/ou propriedade? A pergunta não encontra resposta, nem no Direito, nem na Lógica...

A questão é por demais óbvia para merecer maiores delongas (assim como o são todas as questões acima expostas, com relação às quais a Anatel insiste em manter um posicionamento sabidamente ilegal).

De fato, a cobrança da TFI no caso em tela gera desequilíbrio econômico-financeiro no contrato celebrado entre as operadoras e a Anatel e, de resto, repercutirá inexoravelmente no consumidor final, quando das renegociações tarifárias.

O que a Anatel pretende com a exigência em tela é maximizar sua arrecadação, de modo absolutamente arbitrário, quase como um confisco sobre a propriedade privada. Exigir tributo com base em regulamento, à míngua de lei, é retornar a eras há muito superadas pela civilização.

A atitude da agência reguladora no caso em tela, a criar passivos descomuns (e indevidos) para as empresas de telefonia, é mais um dentre os vários fatores que geram o malsinado risco-Brasil, tão criticado na mídia mas visivelmente justificado por atitudes como a tomada pela Anatel no caso ora sob análise.

6. Considerações finais.

Como visto acima, a taxa de fiscalização de instalação das estações telefônicas fixas e móveis não pode ser exigida das operadoras pela mera prorrogação de suas licenças de operação, eis que:

- (a) não está havendo – em termos regulatórios – a expedição de novas licenças, mas, tão-somente, a prorrogação do prazo de vigência daquelas anteriormente expedidas. O fato de se ter uma impressão, em papel timbrado, de “nova” licença não modifica sua natureza, que é a de mera prorrogação de validade da anterior;
- (b) ainda que assim não fosse, é ilegítima a cobrança da TFI com base em mera renovação de licença de estações já anteriormente fiscalizadas (e sobre as quais já se recolheu a aludida taxa). Inexistindo modificações de caráter técnico nas estações de telecomunicações, não haverá nova instalação a ser fiscalizada. A taxa pelo exercício regular do poder de polícia pressupõe a efetiva consecução deste, inexistindo possibilidade de cobrança pela sua prestação em potencial;
- (c) ainda que afastados os argumentos postos nas alíneas “a” e “b” *supra*, melhor sorte não assiste à cobrança da TFI sobre aparelhos de telefonia celular já em operação (é dizer: que já foram objeto de recolhimento, no passado, da TFI, para expedição de sua licença original

de funcionamento), haja vista não estarem os mesmos na posse e/ou propriedade da empresa telefônica.