

um julgamento futuro, se porventura a posição objeto deste comentário vier a fazer escola.

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa

SOBRETARIFA — Instituição pela Lei 4.117/82, para vigorar pelo prazo de 10 anos, transmutou-se em imposto.

Sentença do MM. Juiz Federal da 2.ª Vara — Brasília — Autos 579-G/85.

Vistos etc. Comercial de Armarinhos Araújo Ltda. e mais 29 assinantes de telefones, todos devidamente qualificados na inicial que, nesse ponto, fica fazendo parte integrante desta, ajuizaram a presente ação contra a União Federal, na qual se insurgem, como usuários de serviços telefônicos, no Estado de Santa Catarina, contra a cobrança do percentual de 30% do valor dos serviços utilizados, alegando, em resumo, que a referida "sobretarifa" instituída pela Lei 4.117, de 27.8.82, para vigorar pelo prazo de 10 anos, "transmutou-se em imposto", com a edição da Lei 6.093, de 29.8.74, e que o caráter de tributo se tornou mais evidente após a edição dos Dec.-leis 1.754/79 e 1.859/81, este último extinguindo o FND e estabelecendo que o produto da arrecadação do FNT passaria a integrar o orçamento da União.

Entendem, assim, que a cobrança do FNT é ilegal e abusiva, por corresponder a um tributo previsto sem lei que lhe defina as hipóteses de incidência, a base de cálculo, a alíquota e o contribuinte, não se prestando para tanto a antiga Lei 4.117/62, acaso exumada, para legitimar a imposição, por padecer do pecado, sem remissão, de delegar a criação da sobretarifa e a competência para fixação dos critérios de incidência ao Conselho Nacional de Telecomunicações. Indelegabilidade de competência tributária.

Pediram fosse a União condenada a restituir-lhe o que indevidamente recebeu a título de FNT, nos últimos cinco anos, com correção monetária a partir dos recolhimentos, juros moratórios e honorários de 20%. Inicial instruída (fls. 11-93).

Contestando (fls. 101-107), apontou a União, preliminarmente, irregularidades na inicial e em seu aditamento, bem como na indicação do valor da causa e, também, a insuficiência da parcela recolhida a título de reparo. Disse, ainda, estar prejudicado o pedido de declaração de inexigibilidade do FNT com a edição do Dec.-lei 2.186/84 que instituiu o imposto sobre serviços de comunicações. Sustentou, por fim, perfilhando parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional, que a aludida sobretarifa constitui preço público e não imposto e que, ainda de imposto se tratasse, a sua instituição estaria no âmbito da competência tributária da União.

Resposta igualmente instruída (fls. 108-143).

Réplica a fls. 145-149, a que se seguiu o pronunciamento de fls. 152 e 153 da Procuradoria da República.

Por determinação deste Juízo, promoveram os autores a citação da empresa Telecomunicações de Santa Catarina S/A, como litisconsorte necessária, a qual também contestou (fls. 176-180), alegando, em preliminar, sua ilegitimidade *ad causam*, já que é "mera arrecadadora do FNT", em nome da União, descabendo, por isso, o litisconsórcio que se formou nestes autos, sendo certo, a seu ver, que qualquer decisão que venha a ser neles proferida não acarretará obrigação direta para a TELESC. No mérito, sustentou a legalidade do seu procedimento, como arrecadadora dos valores relativos ao FNT, para repasse à União.

Inexistindo matéria de fato pendente de prova, foi dispensada a audiência. É o relatório.

Não há ilegalidade nenhuma no fato de o valor da causa vir indicado em ORTNs.

A indicação do valor da causa em ORTNs e referenciada a cada um dos autores não fere nenhum dispositivo legal, constituindo já uma praxe na Justiça Federal, possibilitando, sem necessidade de qualquer cálculo, a verificação da incidência ou não da norma do art. 4.º da Lei 6.825/80.

Por outro lado, diante da interpretação dada ao aludido dispositivo legal pelo colendo TFR, segundo a qual o valor da causa deve ser considerado em relação a cada um dos autores, não se pode ver ilegalidade em que as custas sejam calculadas do mesmo modo.

O advento do Dec.-lei 2.186/84, em absoluto, não prejudicou o pedido, de vez que não teve, nem poderia ter, efeito retroativo.

Por fim, é de considerar-se razoável, na impossibilidade de apuração do real proveito econômico perseguido pelos autores, nesta ação, sem a realização de demorados cálculos aritméticos, o valor indicado pelos autores, já que não se privaram as partes do direito de recurso à 2.^a Instância.

A legitimidade da empresa TELESC para esta causa é indiscutível, por ser ela a responsável pela arrecadação da receita impugnada pelos autores, não podendo, portanto, ficar alheia aos efeitos da sentença.

É sabido que a dessemelhança entre "imposto e taxa" não está na destinação do produto da arrecadação nem na compulsoriedade, mas no fato gerador, que no primeiro tributo, na lição de Amílcar de Araújo Falcão, "há de ser alguma ocorrência da vida comum, não ligada diretamente a qualquer atividade específica recebida ou fruída, e simplesmente reveladora da capacidade contributiva", enquanto no segundo, "alguma ocorrência diretamente ligada a utilização, disposição ou requisição do serviço ou atividade determinada do Estado".

O preço, de sua vez, constitui retribuição pelo uso de bens ou serviços de natureza não estatal, ainda que de utilidade pública, de ordinário prestados por intermédio de entidades para tanto organizadas, ou por terceiros, mediante concessão.

Vale dizer que a distinção entre taxa e preço está na intrínseca natureza do serviço: no caso de taxa, há serviço público, de atribuição especificamente estatal, a exemplo da segurança, justiça, higiene, etc., enquanto que nos preços o que ocorre "é serviço industrial", de natureza privada, que pode ser prestado por terceiros, como energia elétrica, navegação, transporte em geral e "comunicações".

O serviço de telecomunicações, é inegavelmente, dessa segunda espécie, já que não caracteriza serviço público propriamente dito. Por conseguinte, a retribuição devida pelos usuários de telefone, telex, etc., não configura outra coisa senão preço ou tarifa, que tem por fim permitir "a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços" e assegurar "o equilíbrio econômico e financeiro do contrato", conforme previsto na Constituição Federal (art. 167, II).

Acontece, porém, que desde o advento da Lei 4.117/62, os usuários desses serviços, além da tarifa, obviamente devida às empresas concessionárias, passaram a pagar um adicional, ao Poder Público, para constituição do Fundo Nacional de Telecomunicações — FNT, "destinado à execução do Plano Nacional de Telecomunicações, cujo principal objetivo era dotar o país de um "sistema de telecomunicações integrado, capaz de satisfazer às necessidades do desenvolvimento e da segurança nacionais, estabelecendo comunicações eficientes, econômicas e seguras e possibilitando o efetivo controle e fiscalização das mesmas pelo Governo Federal".

Se, nessa época, a aludida sobretarifa já não guardava, como se vê, a menor característica de preço ou tarifa — já que era pago no interesse da União e não da prestadora do serviço — a distinção tornou-se muito mais acentuada com a edição da Lei 6.093, de 29.8.74, quando o produto de sua arrecadação foi destinado ao Fundo Nacional de Desenvolvimento — FND.

A partir de então, na verdade, já não se poderia falar, sequer, em contribuição especial destinada ao custeio de serviços e encargos com intervenção no domínio econômico "por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa" (CF, art. 163 e parágrafo único), dado que o então novel FND objetivava financiar, de maneira indiscriminada, "projetos prioritários em áreas estratégicas para o desenvolvimento econômico e social do País, especialmente quanto à infra-estrutura...", e não especificamente a expansão e melhoramento do sistema nacional de comunicações, como seria de mister, na hipótese de tratar-se de mencionada contribuição.

O Dec.-lei 1.859, de 17.2.81, finalmente, trouxe a certeza de que se estava diante de verdadeiro imposto, e não de preço industrial, de vez que, recebendo na caixa-única de seu Tesouro todo o produto da arrecadação do FNT, nenhuma vantagem ou serviço direto assegura a União, em contrapartida, ao contribuinte.

Note-se que o uso da rede telefônica, ou de telex, exerce, aí, o papel de mero indicador da capacidade contributiva, a exemplo do que ocorre com a aquisição de um imóvel, o licenciamento de um automóvel, a produção de um bem.

Como tributo que é, a aludida sobretarifa não poderia deixar de sujeitar-se aos “princípios da legalidade e da anualidade”, consagrados no art. 153, § 29, da CF.

Corolário do primeiro princípio é a regra contida no art. 97, I, III e IV, do CTN, segundo a qual, somente a lei pode instituir tributo, definir-lhe o fato gerador e fixar-lhe a alíquota e a base de cálculo.

A Lei 6.093, de 29.8.74, todavia, ao criar o tributo em tela, desatenta a esses cânones, limitou-se a incluir, entre as receitas que passaram a integrar o novel Fundo Nacional de Desenvolvimento, “o produto da arrecadação das sobretarifas a que se refere a alínea “a” do art. 51 da Lei 4.117, de 27.8.62” (art. 2.º, III), razão pela qual continuou ele a ser exigido à base de 30% do valor dos serviços utilizados pelo contribuinte, conforme havia sido previsto para o antigo FNT, pela Portaria 636, de 21.6.68, do Ministério das Comunicações.

Não se alegue que o dispositivo legal objeto da remissão em tela trazia expressamente definidos o fato gerador (serviço de telecomunicações), a base de cálculo (valor da tarifa) e a alíquota, porque se mostrará que, relativamente a esta última, previa ele simplesmente que a sobretarifa não poderia ir além de 30%, flagrante indeterminação de todo incompatível com as exigências de certeza e segurança que constituem garantia básica consagrada no art. 153, § 29, da Carta Magna.

A omissão não foi sanada pelo Dec.-lei 1.891/81.

Conclui-se, assim, sem maior esforço, que os dois mencionados diplomas legais malferiram o princípio da legalidade, violando a Constituição Federal, sendo de todo imprestáveis para respaldar a exigência fiscal impugnada.

Mas ainda que assim não fosse, não escapariam eles da eiva da inconstitucionalidade, dado haverem invadido flagrantemente esfera de competência tributária dos municípios.

Com efeito, conforme adverte Geraldo Ataliba (*Imposto sobre telecomunicações*, in “Estado de São Paulo”, ed. de 5.2.85, seção “Tribunais”):

“O município recebe da Constituição (art. 25, II), competência para tributar “serviços de qualquer natureza”. A União somente pode tributar os serviços de “transportes e comunicações transmunicipais” (art. 21, VII).

“São serviços de comunicações estritamente municipais (e, pois, privativamente tributáveis pelos municípios) aqueles em que as partes na comunicação estão no território de um município. Este município — onde estiverem ambos — é o competente para tributar.

“Ora, se essa competência tributária é privativa do município, a União não pode usá-la. É caso nítido de “inconstitucionalidade da lei, por invasão de competência alheia (Amílcar Falcão)”.

Assim, para guardarem fidelidade à Constituição, deveriam os diplomas legais em referência determinar que na elaboração das contas e organização da contabilidade dos prestadores dos citados serviços, fossem separadas as quantias relativas à remuneração do serviço local e dos serviços extra-locais, como observa ainda o renomado Mestre Paulista (ob. e loc. cit.).

Observe-se que, no final de 1984, as leis em foco eram expressamente revogadas pelo Dec.-lei 2.186/84, o qual, ao mesmo tempo, criou, no lugar da “sobretarifa” do FND o “imposto sobre telecomunicações”, com o mesmo fato gerador e a mesma alíquota daquela. Na verdade, mudou-se apenas a denominação do tributo, valendo a iniciativa por uma “confissão pública e solene” de que a aludida contribuição era inconstitucional.

O novel diploma legal, todavia, incidiu no mesmo vício de invasão de competência acima apontado, permanecendo indevida a cobrança indiscriminada do aludido imposto, sobre as tarifas das telecomunicações.

Observe-se, por derradeiro, que tanto o último decreto-lei citado quanto os diplomas legais por ele revogados também inobservaram a regra do art. 70 do CTN que elegeu para contribuinte do imposto sobre comunicações o prestador do serviço, no caso, a TELESC, o que torna juridicamente impossível exigí-lo diretamente dos usuários.

Ante tais evidências, não há senão reconhecer-se a ilegalidade da inclusão, nas contas telefônicas apresentadas pela segunda ré, da parcela alusiva ao mencionado tributo e, conseqüentemente, o direito irrecusável dos autores ao reembolso, à conta da União — beneficiária do produto de sua arrecadação — do total das quantias por eles pagas, a esse título, nos últimos cinco anos.

Assim, julgo procedente o pedido para declarar a ilegalidade da exigência tributária em tela e, ainda, para condenar a primeira ré à restituição acima especificada, com juros e correção monetária, calculados na forma da lei. Condeno, ainda, a União e a TELESC ao reembolso das custas e em honorários de advogado, que fixo em 10% do valor da condenação.

P.R.I.

Decorrido o prazo de lei, subam os autos à Colenda 2.^a Instância.

Brasília, 11 de setembro de 1985 — *Ilmar Nascimento Galvão*, Juiz Federal da 2.^a Vara.

COMENTÁRIO

A decisão monocrática supra estampada, a nosso perceber, foi acertada.

A matéria submetida à apreciação do órgão judicante envolveu a natureza jurídica da “sobretarifa”, referida no art. 51 da Lei 4.117, de 26.8.62 como uma das espécies de recursos a serem arrecadados para o Fundo Nacional de Telecomunicações.

Em síntese, os autores, na sua peça vestibular, sustentaram que, com o advento da Lei 6.093, de 29.8.74, a “sobretarifa” aludida transmudou-se em imposto e que o seu caráter tributário se tornou mais evidente após a edição dos Decs.-lei 1.754/79 e 1.859/81. Asseveraram, ainda, a ilegalidade da cobrança da “sobretarifa”, já que inexistente lei definidora da hipótese de incidência, a base de cálculo e o contribuinte, sendo certo que a Lei 4.117/62 não tem o condão de suportar tais requisitos essenciais, pois delegou ao Conselho Nacional de Telecomunicações os poderes para a criação da “sobretarifa” e para fixação dos critérios de incidência.

A ré, ao contestar o feito, alegou que estava prejudicado o pedido de declaração de inexigibilidade da “sobretarifa” formulado pelos autores, ante o advento do Dec.-lei 2.186/84, que instituiu o imposto sobre serviços de comunicações. Arrematou, advogando a tese de que a aludida “sobretarifa” constitui preço público e não imposto e mesmo se se tratasse de imposto, a sua instituição estaria no âmbito de competência tributária da ré.

O juiz, ao apreciar o mérito, julgou procedente a ação.

De plano faz-se mister ressaltar que, evidentemente, as eivas da ilegalidade e inconstitucionalidade existentes na cobrança da “sobretarifa” não desapareceram com o advento do Dec.-lei 2.186/84, tendo em vista o princípio da irretroatividade das leis em matéria tributária, prestigiado explicitamente no Texto Maior (art. 153, §§ 3.º e 29).

Como se não bastasse isso, o fato de o próprio ente tributante, ter expedido o Decreto-lei retromencionado, nas palavras do publicista Geraldo Ataliba, é uma confissão pública e solene de que a sobre-taxa de 30% a título de FNT era inconstitucional (artigo intitulado *Imposto sobre telecomunicações*, publicado no “O Estado de S. Paulo”, edição de 5.2.85).

O órgão judicante conclui que a retribuição devida pelos usuários de telefone, telex etc. não configura outra coisa senão preço ou tarifa, já que os serviços de telecomunicações são de natureza privada.

Doutrinariamente, muito se discute sobre a natureza jurídica da tarifa, existindo, basicamente, três correntes: a) a que entende tratar-se de preço público; b) outra que sustenta ser preço quase-público; c) e a última que categoriza a tarifa como tributo.

Discordamos das duas primeiras correntes, estribados nas ensinanças dos juristas Marco Aurélio Greco (in *Norma jurídica tributária*, São Paulo, Saraiva, Educ, 1974) e Geraldo Ataliba (artigo intitulado “Considerações em torno da teoria jurídica da taxa”, publicado na *RDP* 43/54), para quem a diferença entre tributo (taxa) e preço se dá em consonância ao regime jurídico que o legislador determinar. Isso nos leva a sustentar a ilegalidade e inconstitucionalidade da “tarifa” e da “sobretarifa” — ambas para nós com inequívoca natureza jurídica de tributo — desde o advento da Lei 4.117/62.

Os serviços de telecomunicações são públicos federais, podendo ser explorados, diretamente ou mediante autorização ou concessão (art. 8.º, XV, “a”, da CF). Existindo remuneração, surgirá necessariamente o tributo e não preço, que é a figura mais típica e expressiva da relação de direito privado. A concessão, no caso em exame, não descaracteriza o caráter tributário da “tarifa” e da “sobretarifa”, mesmo porque o referido ato administrativo não tem o condão de *per se* alterar a natureza do serviço de público para privado.

Atentos aos limites desse comentário, que deve adstringir-se à decisão em tela, fiquemos na retentiva quanto à natureza jurídica da “tarifa” propriamente dita e passemos à análise da “sobretarifa”.

Em outras palavras, não obstante o nosso entendimento sobre a natureza jurídica da “tarifa” como tributo, assumamos hipoteticamente que a “tarifa” tem a natureza jurídica de preço, para que possamos prosseguir nossos comentários à decisão prolatada.

Dada a suposição de que a natureza jurídica da “tarifa” é preço, podemos afirmar que as quantias cobradas pela concessionária do serviço público de telecomunicações (Telesc) têm indubitavelmente caráter remuneratório, subsumindo-se ao conceito de tarifa. Os valores arrecadados convergem para a empresa concessionária, que com eles desempenha e aprimora os serviços que presta aos usuários.

E a “sobretarifa” tem o mesmo caráter jurídico da “tarifa”?

Recorramos aos ensinamentos do tributarista Paulo de Barros Carvalho (artigo intitulado “FNT — Caráter tributário de sobretarifas”, publicado no *Diário Comércio & Indústria*, edição de 7.8.84), para que possamos responder à indagação supra.

Diz o jurista: “Para que as sobretarifas pudessem ter a natureza de tarifas, traduzindo mero aumento de 30%, na forma de adicional ou de sobretarifa mesmo, haveríamos de nos deparar com outro quadro bem diverso. Os valores cobrados ficariam à mercê das concessionárias, que poderiam assim prover às finalidades precípua de cobertura das despesas de custeio, justa remuneração do capital e melhoramento e expansão dos serviços. No entanto, nada disso aconteceu no curso da existência dessa figura canhestra. Jamais serviu para remunerar o prestador do serviço, concorrendo, inicialmente, para a constituição do Fundo Nacional de Telecomunicações, depois para o Fundo Nacional de Desenvolvimento e afinal para integrar as leis orçamentárias, como recursos ordinários do Tesouro da União. As empresas concessionárias, prestadoras efetivas dos serviços de telecomunicação, invariavelmente apareceram na relação jurídica como simples arrecadoras de valores, singelas intermediárias.”

Segue o brilhante expositor: “do exame atilado da legislação em vigor transparece, à mais clara evidência, que a sobretarifa, não tendo timbre remuneratório, não pode aspirar à consistência jurídica de tarifa.” Mais adiante assevera: “as sobretarifas realizam, em princípio, a feição jurídica do tributo, em todas as

suas cláusulas constitutivas, pelo art. 3.º do CTN.” Arremata, afirmando que “... podemos concluir que as sobretarifas cobradas para o Fundo Nacional de Telecomunicações, quando nuamente expostas no seu esquematismo formal, apresentam-se como um verdadeiro e autêntico tributo e ao seu regime jurídico-constitucional devem estar sotopostas.”

Após tal conclusão, com a qual concordamos integralmente, o ínclito professor arma a regra-matriz de incidência nos seguintes termos: “Dado o fato — usufruir dos serviços de telecomunicações, em qualquer lugar do Território Nacional, reputando-se acontecido o fato no momento em que o serviço for efetivamente prestado deve ser a conseqüência — a concessionária dos serviços de telecomunicações terá o direito subjetivo de exigir, do usuário, o valor correspondente a 30% da quantia estabelecida como tarifa.”

A fim de espancar de vez qualquer dúvida ainda restante sobre a natureza jurídica da “sobretarifa”, o eminente Paulo de Barros Carvalho aplica o princípio da tipologia tributária, ou seja, o binômio hipótese de incidência e base de cálculo (§§ 2.º e 5.º do art. 18 da CF), doutrinando assim: “Se trasladarmos a orientação para o nosso campo especulativo, veremos que o binômio hipótese de incidência e base de cálculo revela a presença de um imposto, tributo não vinculado a uma atuação do Estado. Tudo porque no núcleo hipotético não há atuação do Poder Público, além daquela que a tarifa já remunera. Com a fixação tarifária esgota-se a atividade do Estado, realizada por concessão de serviços públicos. Aquilo que vem a mais, a sobretarifa, nada tem que ver com os serviços propriamente ditos, a não ser como pretexto para a arrecadação de tributo. É a prova cabal de quanto dissemos está na base de cálculo, que não dimensiona o serviço prestado, já remunerado pela tarifa, mas a circunstância de alguém desfrutar os serviços e pagar com isso a quantia devida (tarifa). Estamos, decididamente, em face de um tributo não-vinculado a qualquer atividade estatal específica, direta ou indiretamente relacionada com o sujeito passivo. De modo mais incisivo, um imposto, e um imposto inominado.”

Detectada a natureza jurídica da “sobretarifa”, faz-se mister analisar se foram observados todos os cânones constitucionais tributários, ou como confere o publicista Geraldo Ataliba, o princípio da rigidez do sistema constitucional tributário brasileiro.

O § 2.º do art. 153 da Magna Carta dispõe *in verbis*: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Esse princípio constitucional da legalidade foi enfatizado e especificado no campo tributário e é conhecido como o princípio da estrita legalidade na tributação. O próprio Texto Constitucional assim o diz, *in verbis*: “Art 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I — instituir ou aumentar tributo sem que a lei o estabeleça...”; Art. 153, “§ 29. Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça...”

A Lei 4.117/62 não instituiu a “sobretarifa”, apenas fez alusão a ela, no seu art. 51, “a”: *o produto da arrecadação de sobretarifas criadas pelo Conselho Nacional de Telecomunicações* (grifos nossos).

Assim sendo, infere-se cristalinamente que o princípio da estrita legalidade foi ferido, uma vez que nem referida lei nem qualquer outra instituiu a “sobretarifa”, delegando tal competência ao Contel.

Tal “delegação” implica noutra inconstitucionalidade, desta vez abalando outra viga mestra do edifício constitucional, qual seja, o princípio (na Constituição

implícito; no CTN explícito — art. 7.º) da indelegabilidade da competência tributária.

O Conselho Nacional de Telecomunicações não tem competência legislativa, por conseguinte, carece de poderes para inovar inauguralmente o ordenamento jurídico.

Além disso, à luz solar, outra inconstitucionalidade se nos apresenta. Ante à discriminação constitucional das competências tributárias, à União está vedada a tributação de serviços de comunicação intra-municipais (art. 21, VII, c/c o art. 24, II, da CF), preceito que restou totalmente desprezado (invasão de competência).

A assertiva da União no sentido de que, mesmo se a “sobretarifa” revestisse o caráter de tributo, a sua instituição estaria no âmbito da sua competência, e com isso estaria imune à observância dos preceitos constitucionais, encerra um despropósito incomensurável e indigno de qualquer consideração.

À vista do exposto, o órgão julgador, ao expedir a norma individual, acolhendo a pretensão dos autores, sob o nosso ponto de vista, foi acertada.

Evidentemente procuramos expor nosso entendimento sobre a matéria, trazendo à baila fundamentos, alguns não invocados pelo órgão julgador, não obstante isso, a decisão monocrática, atendeu aos cânones constitucionais tributários, por conseguinte, prestigiô-la.

Mário Sérgio Milani