



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Ligia Maria Gusso

**Repetição do Indébito Tributário e
Legitimidade Ativa na Lei Geral de
Telecomunicações - Artigo 108, parágrafo 3º
da Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito
Econômico e Social

Curitiba, março de 2005



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Ligia Maria Gusso

**Repetição do Indébito Tributário e Legitimidade Ativa na
Lei Geral de Telecomunicações - Artigo 108, parágrafo 3º
da Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Catalano Botelho Ferraz

Curitiba
Março de 2005



Ligia Maria Gusso

**Repetição do Indébito Tributário e Legitimidade Ativa na
Lei Geral de Telecomunicações - Artigo 108, parágrafo 3º
da Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Social. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Roberto Catalano Botelho Ferraz
Orientador
Departamento de Direito – PUC-PR

Prof. Dr. Roberto França de Vasconcellos

Prof. Dr. Dalton Luiz Dallazem

Profª Dra. Cláudia Maria Barbosa
Coordenadora da Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, ___ de março de 2005

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, da autora e do orientador.

Ligia Maria Gusso

Graduou-se em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, em 2000 e em Letras – Português pela Universidade Federal do Paraná, em 1999. Atualmente é bolsista CAPES; integrante do Grupo de Pesquisa “Política Jurídico-Fiscal”, vinculado ao Mestrado em Direito Econômico e Social da PUC-PR; e advogada em Curitiba-PR, atuando em especial no Direito Tributário.

Ficha Catalográfica

G982r 2005	<p>Gusso, Ligia Maria</p> <p>Repetição do indébito tributário e legitimidade ativa na Lei Geral de Telecomunicações: artigo 108, parágrafo 3º da Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997 / Ligia Maria Gusso; orientador, Roberto Catalano Botelho Ferraz. - 2005. xi, 157 f. ; 30 cm</p> <p>Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2005 Inclui bibliografia</p> <p>1. Direito tributário - Brasil. 2. Telecomunicações – Legislação. 3. Enriquecimento ilícito. 4. Brasil. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. I. Ferraz, Roberto Catalano Botelho. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestrado em Direito. III. Título.</p> <p>Doris - 4.ed. 341.390981 342.1551</p>
---------------	--

*“Ao Fábio, por seu grande amor e companheirismo sempre presentes,
ainda que certas vezes distante...
t.a.m...sem economia.”*

AGRADECIMENTOS

A Deus, por Sua proteção e iluminação, que se mostram infinitas a cada projeto iniciado...

Aos meus pais, Pedro e Diso, meu marido, Fábio, minha irmã, Cintia, e minha mais nova família, Lopes, pelo amor e paciência transmitidos durante o desenvolvimento deste trabalho e sempre!

Ao Prof. Roberto Ferraz, pela idéia, por sua amizade e orientação, delimitando-me o caminho a seguir.

Ao meu grande amigo e sempre “Professor” André da Costa Ribeiro, por sua dedicação e disposição em me auxiliar sempre que preciso, independentemente da hora, dando-me segurança para buscar o êxito deste trabalho.

Ao também amigo José Renato Gaziero Cella, por suas sugestões, essenciais para o aprimoramento da discussão travada sobre o tema.

Aos amigos e colegas de profissão que me auxiliaram na revisão deste trabalho, objetivando clareza nos estudos que procurei traçar: Érico, Fernanda, Marta, Nadja e Saulo, o meu eterno Agradecimento.

Aos colegas Daniel, Enio, Firmino, Francielle, Gisele, Jefferson, Levy, pela bondade com que responderam as minhas solicitações e pelo auxílio técnico.

Aos demais amigos que entenderam a minha “falta de tempo” e souberam revertê-la em carinho e apoio. Àqueles que não entenderam, minhas desculpas.

Aos funcionários da Biblioteca de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ – pelo auxílio prestado.

A Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES, sem a qual o sonho definitivamente não teria se realizado!

RESUMO

Gusso, Ligia Maria; Ferraz, Roberto Catalano Botelho. **Repetição do indébito tributário e legitimidade ativa na Lei Geral de Telecomunicações – artigo 108, parágrafo 3º da Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997.** Curitiba, 2005, 168 p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

O presente estudo aborda o tema da legitimidade ativa no artigo 108, parágrafo 3º da Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997, Lei Geral de Telecomunicações. Questões basilares sobre aspectos gerais das telecomunicações no Brasil, o regime concorrencial adotado pelas empresas do setor e os resultados desse regime para o consumidor são enfrentados interdisciplinarmente. Em matéria tributária, os estudos são concentrados na legitimidade ativa para a repetição do indébito fruto do tributo indireto e para a promoção de discussões tributárias que objetivam o afastamento da tributação na prestação de serviços de telecomunicações, mediante concessão. São identificadas hipóteses de sujeitos capazes de promover a discussão tributária conforme orientação do dispositivo legal supracitado, problemática essa resolvida a partir da análise do aparato legislativo, doutrinário e jurisprudencial sobre o tema. A determinação da legitimidade ativa evita, assim, o enriquecimento ilícito de qualquer um dos entes envolvidos na relação apresentada (Estado, empresa de telecomunicação e consumidor), objetivo este da Lei e, essencialmente, do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave

DIREITO TRIBUTÁRIO – DIREITO DE EMPRESA – TELECOMUNICAÇÕES – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – LEGITIMIDADE ATIVA – ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – CONCORRÊNCIA – CONSUMIDOR – DIREITO ECONÔMICO.

SUMMARY

Gusso, Ligia Maria; Ferraz, Roberto Catalano Botelho. **Tributary indebt repetition and active legitimacy in the Telecommunications' General Law – article 108, 3rd paragraph of Federal Law n° 9.472, of July 16, 1997.** Curitiba, 2005, 168 p. Master Degree Dissertation – Law Department, Pontifical University Catholic of Paraná.

This study approach the subject of active legitimacy in the article 108, 3rd paragraph of Federal Law n° 9.472 of July 16 of 1997, Telecommunications' General Law. Questions about general aspects of telecommunications in Brazil, the competition regime adopted by the companies of the sector and the results of this regime to the consumer are faced establishing connections. In tributary subject, the studies are focused in the active legitimacy for the repetition of the indebt originated in the indirect tribute and for the promotion of tributary discussions that objectify the remotion of the taxation in the telecommunications services by concession. Here are identified the hypothesis of capable guys to promote the tributary discussion in agreement with the guidance of the legal device mentioned, problematic that is resolved by the analysis of the legislative, doctrinaire and jurisprudential pomp about the subject. The determination of the active legitimacy avoids the illicit enrichment of any one involved in the relation presented (Public Power, telecommunication company and consumer), object of the Law and especially of the Democratic State of Law.

Key-Words

TRIBUTARY LAW – COMPANY LAW – TELECOMUNICATIONS – INDEBT REPETITION – ACTIVE LEGITIMACY – ILLICIT ENRICHMENT – COMPETITION – CONSUMER – ECONOMIC LAW.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. NOÇÕES GERAIS SOBRE TELECOMUNICAÇÕES	15
1.1. CONTEXTO DAS TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL E NO MUNDO.....	15
1.2. LEI FEDERAL Nº 9.472, DE 16 DE JULHO DE 1997 - “LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES” E ANATEL	20
1.3. DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DO CONSUMIDOR NA LGT	24
1.3.1. Livre Concorrência	25
1.3.2. Defesa do Consumidor.....	29
1.4. SÍNTESE CONCLUSIVA.....	34
2. LEGITIMIDADE ATIVA E REPETIÇÃO DO TRIBUTO INDIRETO	35
2.1. LEGITIMIDADE ATIVA.....	35
2.1.1. Sujeitos da Obrigação Tributária	35
2.1.2. Sujeitos na Relação Processual.....	43
2.2. LEGITIMIDADE ATIVA NA REPETIÇÃO DO INDÉBITO	47
2.2.1. Fundamentos do Direito à Restituição do Indébito.....	47
2.2.2. O Fenômeno da Repercussão dos Tributos.....	57
2.2.3. Código Tributário Nacional - Dispositivos Legais acerca da Restituição do Indébito Tributário e sua Legitimidade Ativa	63
2.3. SÍNTESE CONCLUSIVA.....	74

3. LEGITIMIDADE ATIVA PARA DISCUTIR TRIBUTOS NO ARTIGO 108, PARÁGRAFO 3º DA LGT.....	76
3.1. HIPÓTESE DA LEGITIMIDADE ATIVA DAS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES.....	80
3.2. HIPÓTESE DA LEGITIMIDADE ATIVA DOS CONSUMIDORES	84
3.2.1. Consumidor considerado individualmente.....	84
3.2.2. Defesa do consumidor coletivamente.....	86
3.3. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 108, PARÁGRAFO 3º DA LGT	99
3.4. SÍNTESE CONCLUSIVA.....	107
CONCLUSÕES	109
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	113
ANEXO.....	126

LISTA DE ABREVIATURAS

Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Contel - Conselho Nacional de Telecomunicações

CBT – Código Brasileiro de Telecomunicações – Lei Federal nº 4.117, de 27 de agosto de 1962 (D.O.U. 05.10.1962)

CC – Código Civil - Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (D.O.U. 11.01.2002)

CDC – Código de Defesa do Consumidor – Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (D.O.U. 12.09.1990)

CF – Constituição da República Federativa do Brasil (Promulgada em 05.10.1988)

CPC – Código de Processo Civil – Lei Federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (D.O.U. 17.01.1973)

CTN – Código Tributário Nacional - Lei Federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (D.O.U. 27.10.1966, retificada D.O.U. 31.10.1966)

Dentel - Departamento Nacional de Telecomunicações

Embratel – Empresa Brasileira de Telecomunicações

Estatuto da Concessão e Permissão de Serviços e Obras Públicas – Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. (D.O.U. 14.02.1995; republicada D.O.U. 28.09.1998)

ICMS – Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior

IPI – Imposto sobre produtos industrializados

LACP – Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (D.O.U. 25.07.1985)

Lei Antitruste – Lei Federal nº 8.884, de 11 de junho de 1994. (D.O.U. 13.06.1994)

LGT – Lei Geral de Telecomunicações – Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (DOU 17.07.1997)

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

Telebrás – Telecomunicações Brasileiras S.A.

INTRODUÇÃO

O tema da legitimidade ativa em matéria tributária pode produzir inúmeros questionamentos, pois, não raro são os casos em que aparece a figura do contribuinte ou do responsável como sujeito passivo da exação tributária. Essa distinção de sujeitos, atrelada aos terceiros que possam estar envolvidos na relação fática, reflete-se no campo processual, essencialmente, quando se há de conferir legitimidade a um dos sujeitos para pleitear a repetição do indébito ou promover discussões tributárias.

A Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei Geral de Telecomunicações - LGT, além de disciplinar o setor de telecomunicações no Brasil, enuncia em seu artigo 108, parágrafo 3º, importante discussão sobre o tema da legitimidade ativa.

Para compreender tal dispositivo, faz-se mister percorrer alguns estudos sobre a repetição do indébito tributário.

O dever de restituir é um atributo designado àqueles que recebem indevidamente algo. No Direito Tributário, a figura da restituição do tributo encontra-se disposta nos artigos 165 a 169 da Lei Federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, o Código Tributário Nacional - CTN. Merece destaque o artigo 166 do referido Código, o qual dispõe que “a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la”.

O CTN faz ressalva quanto à restituição de valores nos casos de tributos ditos indiretos. O artigo 166, já descrito, determina que nos casos de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do encargo financeiro, o sujeito passivo para pleitear a restituição deverá provar que assumiu o referido encargo e, caso tenha transferido esse a terceiro, deverá provar que foi expressamente autorizado pelo terceiro a receber os valores.

O Supremo Tribunal Federal – STF, por sua vez, preocupado com o fenômeno da repercussão dos tributos ditos indiretos, inicialmente afirmou através da Súmula 71 que “embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto”. Entretanto, passou a reconsiderar o assunto e reverteu seu

posicionamento, determinando, de acordo com a Súmula 546, que “cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte *de jure* não recuperou do contribuinte *de facto* o *quantum* respectivo”.

A análise do tributo indireto comporta questionamentos sobre a repercussão do ônus tributário nos preços e serviços e, por conseqüência, a legitimidade ativa para se pleitear a repetição do indébito.

Definidos os entes que têm legitimidade ativa para repetir o indébito e emprestando seus fundamentos, retoma-se a análise do artigo 108, parágrafo 3º da LGT, o qual enuncia que “serão transferidos integralmente aos usuários os ganhos econômicos que não decorram diretamente da eficiência empresarial, em casos como os de diminuição de tributos ou encargos legais e de novas regras sobre os serviços”.

Tem-se, assim, situação onde um sujeito poderá questionar os tributos exigidos na prestação de serviços de telecomunicações. O dispositivo legal, além de exigir o estudo da matéria tributária interdisciplinarmente com a proteção do consumidor e regulação da concorrência, cita casos específicos que não decorrem das atividades empresariais, quais sejam, a diminuição de tributos ou encargos legais e novas regras sobre os serviços.

A interpretação do artigo 108, parágrafo 3º da LGT, portanto, conduz a caracterização da legitimidade ativa para discutir tributos na perspectiva da empresa de telecomunicações e do consumidor, no intuito de afastar a tributação indevida.

Enquanto a primeira é o contribuinte considerado pelo Fisco, o segundo, em sede de tributos indiretos, pode-se colocar na posição também de contribuinte, pois, arca com o ônus tributário, o que, por conseqüência, pode gerar inúmeros questionamentos.

O presente trabalho procurará delimitar os conceitos acima descritos pertinentes à legitimidade na repetição de indébito tributário, esclarecendo-os na medida em que se fizerem necessários para a compreensão do artigo 108, parágrafo 3º da LGT.

O estudo será apresentado em três capítulos. O primeiro, voltado para aspectos gerais das telecomunicações no Brasil, especialmente, quanto à prestação

de serviços de telecomunicações, no regime da concessão, privilegia os aspectos sobre a defesa da concorrência e do consumidor nesse diploma legal.

O segundo capítulo apresentará fundamentos para a compreensão da legitimidade ativa no processo tributário e a sua indicação no caso da repetição do indébito. Analisar-se-ão os artigos 165 a 169 do CTN, definindo o fenômeno da repercussão e a caracterização dos tributos intitulados por “diretos” e “indiretos”.

O terceiro capítulo, por fim, pretende expor os legitimados ativos a discutir tributos frente ao artigo 108, parágrafo 3º da LGT. A legitimidade ativa para discutir tributos no artigo em comento será apresentada sob as duas perspectivas: empresas de telecomunicações e consumidor, na certeza de que o estudo pormenorizado dessas hipóteses fará concluir pela interpretação mais acertada do dispositivo legal, interpretação esta que efetivará os preceitos constitucionais da legalidade, propriedade e moralidade pública, inviabilizando o enriquecimento sem causa de qualquer uma das partes envolvidas na relação apresentada.

1. NOÇÕES GERAIS SOBRE TELECOMUNICAÇÕES

1.1. CONTEXTO DAS TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL E NO MUNDO

Desde os tempos mais remotos, o relacionamento humano se estrutura a partir da troca de idéias ou sentimentos, viabilizando a interação social. Esse fenômeno, analisado singularmente, é chamado “comunicação”.¹

A evolução e os meios tecnológicos promoveram a comunicação entre os indivíduos e, a partir de fios, cabos, eletricidade e outros instrumentos, conduziram tal fenômeno para a transmissão de sons, sinais e, inclusive, imagem.

Denominou-se telecomunicação as “comunicações a longa distância que abrangem a transmissão, emissão ou recepção de sinais, sons ou mensagens por fio, rádio, eletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético”.² Portanto, pode-se compreender telecomunicação como uma espécie de comunicação.

Historicamente, além da transmissão de informações por tochas e sinais de fumaça, a primeira técnica de telecomunicação pode ser atribuída a Eneo, durante o século IV a.C., o qual trabalhava com a transmissão de mensagens por recipientes de água, torneira, palavras e bandeirolas. A partir do século III a.C. esse sistema foi substituído por outro que combinava letras com bandeiras e bengalas.³

¹ Dentre as interpretações adotadas pelo por Antonio Houaiss e Mauro Salles Villar, no **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa** (Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 781), pode-se definir comunicação como “ação de transmitir uma mensagem e, eventualmente, receber outra mensagem como resposta. Processo que envolve a transmissão e a recepção de mensagens entre uma fonte emissora e um destinatário receptor, no qual as informações, transmitidas por intermédio de recursos físicos (fala, audição, visão, etc.) ou de aparelhos e dispositivos técnicos, são codificadas na fonte e decodificadas no destino com o uso de sistemas convencionados de signos ou símbolos sonoros, escritos, iconográficos, gestuais, etc”.

² HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro Salles. **Dicionário Houaiss...** Ob. cit. p. 2686.

³ João Carlos Mariense Escobar (**O Novo Direito de Telecomunicações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 22) descreve os mecanismos nas seguintes passagens: “Segundo esse mecanismo (séc. IV a.C.), o emissor e o receptor da mensagem possuíam um recipiente d’água, dotado de um dispositivo mecânico de marcação do nível da água existente no seu interior (bóia e

Entretanto, todo este aparato mecânico não conferiu praticidade à comunicação.

A invenção do telégrafo e do código de sinais por Samuel Finley Breese Morse em 1840 pode ser apontada como marco inicial das telecomunicações. A partir daí, evoluem experimentos como o telefone de Alexander Graham Bell, que patenteia sua invenção em 1876 e como o rádio de Marconi, em 1895.

Entretanto, embora a maioria da doutrina aponte Alexander Graham Bell como inventor do telefone⁴, o Congresso Nacional dos Estados Unidos, em 15 de junho de 2002, reconheceu oficialmente Antonio Meucci como o verdadeiro inventor. Entre 1850 e 1862, Meucci teria construído alguns tipos diferentes de telefones, teria apresentado sua invenção a um jornal de língua italiana e, inclusive, feito uma petição provisória de patente. Mas, por não ter os meios para estendê-la, deixou a patente expirar em 1874. Dois anos mais tarde, em 1876, a patente do telefone foi dada a Graham Bell, que trabalhava no mesmo laboratório em que Meucci havia depositado seu material.⁵

A evolução das telecomunicações no Brasil pode ser apresentada como uma viagem no tempo em três escalas, conforme expõe Ethevaldo Siqueira: a primeira marcada pela visita de Dom Pedro II à Exposição do Primeiro Centenário da Independência dos Estados Unidos, na Filadélfia, em junho de 1876, quando dialoga publicamente com Graham Bell ao telefone. Esse contato do imperador

régua), e uma torneira na base. Na parte externa dos recipientes havia iguais palavras em ambos os recipientes, em diferentes alturas. Quando o emissor levantava uma bandeirola, ambos, simultaneamente, abriam a torneira do recipiente d'água, que começava a vazar. Quando o nível da água chegava até o vocábulo desejado, o emissor baixava a bandeira de sinalização e fechava a torneira do seu recipiente, transmitindo ao receptor, que também fechava a sua, o término da mensagem. Enchia-se novamente o recipiente, e se recomeçava a telecomunicação, até que toda a mensagem fosse transmitida. No século III a.C. esse sistema foi substituído por outro, que combinava letras com bandeiras e bengalas. As bandeiras indicavam cada letra, e as bengalas, o grupo a que pertenciam, numa espécie de telegrafia ótica que, paralelamente às margens por sinais de fumaça, não evolui muito até o final do século XVIII”.

⁴ Nesse sentido: ESCOBAR, João Carlos Mariense. Ob. cit.; SIQUEIRA, Ethevaldo. **Três Momentos das Telecomunicações no Brasil**. São Paulo: Dezembro Editorial, 1997; MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. **Telecomunicações: Linha do Tempo**. Disponível em: <<http://www.mc.gov.br/historico/telefonica/default.htm>>. Acesso em: 21.jan.2005; e, MUSEU DO TELEFONE. **A Invenção do telefone**. Disponível: <<http://www.museudotelefone.org.br/invencao.htm>>. Acesso em: 21.jan.2005.

⁵ As informações que atribuem à Antonio Meucci a invenção do telefone estão disponíveis nos seguintes endereços eletrônicos: KAMINSKI, Omar. **Injustiça reparada - Antonio Meucci é o verdadeiro inventor do telefone**. Revista Consultor Jurídico, 20 de junho de 2002. Disponível em: <<http://conjur.uol.com.br/textos/11236/>>. Acesso em: 21.jan.2005; FOLHA ON LINE. **Invenção do telefone é atribuída a ítalo-americano**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/foha/mundo/ult94u42476.shl>>. Acesso em: 21.jan.2005.

brasileiro com o invento dá credibilidade ao telefone e impulsiona seu uso e aprimoramento. No Rio de Janeiro, em 1877 é instalado o primeiro telefone do Brasil, presente de Alexander Graham Bell a Dom Pedro II. A segunda escala está compreendida entre os anos de 1962 a 1994, período que registra a criação do Código Brasileiro de Telecomunicações, da Embratel, do Ministério das Comunicações e da Telebrás. A terceira escala, por sua vez, começa com a Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, publicada no Diário Oficial da União em 16 de agosto do mesmo ano, que quebra o monopólio estatal das telecomunicações e dá início a implantação de um novo modelo institucional do setor, baseado na privatização e na competição.⁶

Até meados dos anos 60, o Brasil não progrediu no campo das telecomunicações. Somente em 1962, com a Lei Federal nº 4.117, de 27 de agosto, “Código Brasileiro de Telecomunicações” - CBT, o setor ganha uma política nacional e, dentre os avanços significativos, pode-se ressaltar a criação do Sistema Nacional de Telecomunicações, colocando sob a jurisdição da União os serviços de telégrafo, radiocomunicação e telefonia interestadual; a instituição do Conselho Nacional de Telecomunicações - Contel - e do Departamento Nacional de Telecomunicações – Dentel - na tentativa de estabelecer diretrizes para o setor de telecomunicações e coordenar expansões das redes e dos serviços; a autorização do Poder Executivo para constituir uma empresa pública com a finalidade de explorar industrialmente o Sistema Nacional de Telecomunicações (essa empresa pública será a Embratel); a instituição do Fundo Nacional de Telecomunicações – FNT - com a finalidade de financiar as atividades da Embratel; e a definição do relacionamento entre o poder concedente e o concessionário no campo da radiodifusão.

Em 16 de setembro de 1965 é criada a Empresa Brasileira de Telecomunicações - Embratel, empresa pública, incumbida da implantação do sistema à distância e das comunicações internacionais.

Pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, por sua vez, cria-se o Ministério das Comunicações, que assume as funções do Contel, por aquele extinto, e são vinculados a ele o Dentel e a Embratel, reafirmando-se a

⁶ SIQUEIRA, Ethevaldo. **Três momentos...** Ob. cit. p. 13 - 99.

importância do setor de telecomunicações e a necessidade de um Ministério exclusivo para cuidar de seu desenvolvimento.

Pela Lei Federal nº 5.792, de 11 de julho de 1972, cria-se a Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebrás) e transforma-se a Embratel em sociedade de economia mista, subsidiária da Telebrás. A Telebrás objetiva, assim, planejar os serviços públicos de telecomunicações; gerir a participação acionária do governo federal nas empresas de serviços públicos de telecomunicações; promover, por intermédio de subsidiárias ou associadas, a implantação e exploração de serviços públicos de telecomunicações no território nacional e no exterior, dentre outros aspectos.

Os anos 70 e 80 constituem a fase da grande expansão e do início da grande turbulência do Sistema Telebrás. O Brasil passa a contar com o sistema de discagem direta à distância - DDD – e a discagem direta internacional - DDI, há a implantação do sistema de comunicações via satélite e, por fim, o sistema de modernos cabos submarinos que ligam o país à Europa, aos Estados Unidos e à África. Por outro lado, a partir dos anos de 1980, começam a surgir problemas do monopólio, resultando no represamento da demanda, na politização das diretorias da Telebrás e de suas subsidiárias e na defasagem extrema dos serviços (telefonia celular, comunicação de dados, serviços telemáticos, redes de valor agregado, etc.). Enfim, os telefones se tornam cada dia mais escassos e caros, os serviços se degradam e as operadoras passam a não cumprir os prazos.⁷

O cenário decadente das telecomunicações no Brasil somente é alterado com a publicação da Lei Federal nº 9.295, de 19 de julho de 1996, que privatiza a Banda B Celular e, principalmente, com a Lei Federal nº 9.472, 16 de julho de 1997, a LGT⁸, a qual extingue o monopólio estatal (Telebrás), criando condições para competição em todo o setor, enfim, redefine o modelo institucional e cria a Agência Nacional de Telecomunicações. O consumidor passa a ter liberdade de escolha para receber serviços de qualidade por preços acessíveis, pois, os novos regramentos estimulam a competição dinâmica, assegurando a separação entre o organismo regulador e os operadores de telecomunicações.

⁷ SIQUEIRA, Ethevaldo. **Três momentos...** Ob. cit. p. 71.

⁸ A Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997 se encontra no “Anexo” deste trabalho.

Constitucionalmente, a Carta de 1967⁹ atribuiu o poder de explorar ou outorgar os serviços públicos de telecomunicações exclusivamente à União. A Constituição Federal de 1988 em seu texto original manteve a competência exclusiva da União para explorar diretamente ou mediante concessões as empresas sob controle estatal de capital, os serviços de telecomunicações.¹⁰ Entretanto, o texto constitucional foi alterado com a Emenda Constitucional nº 08, de 15 de agosto de 1995, atribuindo-se à União a competência para “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”.¹¹

Pode-se apontar, portanto, como marco das telecomunicações no Brasil a nova redação dada ao dispositivo constitucional e a publicação da LGT, instrumentos legais que passaram a promover o desenvolvimento e a competição no setor.

Embora atualmente o aparato das telecomunicações seja imenso, é ainda passível de novas reformulações e criações. A comunicação digital dá margem a uma rede de serviços integrados por voz, som e imagem, trabalhando conjuntamente com o telefone, telex, fac-símile, teleprocessamento, bancos de dados, serviços de videoconferência, videotexto e televisão. A convergência de tecnologias permite facilidades para os usuários no campo profissional e no mundo do lazer, efetivando a modernidade em todas as suas acepções.

⁹ Dispunha a Constituição Federal de 1967:

“Art. 8º. Compete à União:

(...) XV – explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão:

a) serviços de telecomunicação”.

¹⁰ Redação da Constituição Federal de 1988 antes da Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995:

“Art. 21.

(...) XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União”.

¹¹ Conforme artigo 21, inciso XI da Constituição Federal de 1988.

1.2.**LEI FEDERAL Nº 9.472, DE 16 DE JULHO DE 1997 - “LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES” E ANATEL**

A Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997 - LGT, está estruturada em quatro livros: o primeiro dispõe sobre os princípios fundamentais das telecomunicações; o segundo estabelece o órgão regulador e as políticas setoriais; o terceiro trata da organização dos serviços de telecomunicações; e, o quarto estabelece as linhas da reestruturação e da desestatização das empresas federais de telecomunicações.

Os primeiros artigos da LGT trazem determinações sobre os deveres do Poder Público e os direitos e deveres do usuário de serviços de telecomunicações. De maneira geral, o Poder Público deve estimular a prestação dos serviços de telecomunicações no país, garantindo a toda a população a sua fruição, a tarifa e preços razoáveis. Além disso, deve contribuir para o aprimoramento das técnicas e pesquisas no setor, instigando o mercado concorrencial sadio entre empresas do ramo.¹²

Cabe ao usuário dos serviços de telecomunicações o acesso a estes serviços, com qualidade e regularidade, com informações de seus preços e tarifas, gerando a livre escolha da prestadora de serviço. A relação do usuário com os prestadores desses serviços deve estar embasada na relação de confiança e sigilo, sabendo-se que o mesmo somente será suspenso no caso de débito diretamente decorrente de sua utilização ou por descumprimento contratual.¹³

¹² Artigo 2º da LGT:

“Art. 2º. O Poder Público tem o dever de:

- I. garantir a toda população o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;
- II. estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira;
- III. adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;
- IV. fortalecer o papel regulador do Estado;
- V. criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo;
- VI. criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País”.

¹³ Artigo 3º da LGT:

“Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

Ademais, nas relações econômicas do setor de telecomunicações deverão ser observados “os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público”.¹⁴

A Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel - é órgão regulador do setor de telecomunicações criado pela LGT¹⁵ e tem seu regulamento aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 07 de outubro de 1997.¹⁶

A Anatel é uma autarquia em regime especial, criada por lei específica, com sede no Distrito Federal. Trata-se de uma entidade autônoma, dotada de personalidade jurídica de direito público, com patrimônio próprio e atribuições específicas. Tem natureza de autarquia especial por sua independência

-
- I – de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional;
 - II – à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço;
 - III - de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço;
 - IV – à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços;
 - V – à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas;
 - VI – à não divulgação, caso o requeira, de seu código de acesso;
 - VII – à não suspensão de serviço prestado em regime público, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização ou por descumprimento de condições contratuais;
 - VIII – ao prévio conhecimento das condições de suspensão do serviço;
 - IX – ao respeito de sua privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora do serviço;
 - X – de resposta às suas reclamações pela prestadora do serviço;
 - XI – de peticionar contra a prestadora do serviço perante o órgão regulador e os organismos de defesa do consumidor;
 - XII – à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos”.

¹⁴ Conforme artigo 5º da LGT.

¹⁵ Conforme dispõe o art. 8º da LGT:

“Art. 8º Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

§ 1º A Agência terá como órgão máximo o Conselho Diretor, devendo contar, também, com um Conselho Consultivo, uma Procuradoria, uma Corregedoria, uma Biblioteca e uma Ouvidoria, além das unidades especializadas incumbidas de diferentes funções.

§2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”.

¹⁶ Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (**Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 360) as agências reguladoras são criadas por lei; possuem personalidade jurídica pública; capacidade de auto-administração; especialização dos fins ou atividades; e, estão sujeitas a controle ou tutela. A tais características se amolda a Anatel.

administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

A Anatel, além de exercer o poder concedente, celebra e gerencia os contratos de concessão, tendo funções de planejamento, fiscalização e normatização de serviços de telecomunicações e de suas tarifas, evitando-se o reajuste abusivo de preços pelas concessionárias ou de preços predatórios que impeçam a entrada de novos concorrentes no mercado. Ademais, cabe também à Anatel o controle, a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, consideradas as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.¹⁷

Nos termos da LGT, o conceito de telecomunicação “é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”.¹⁸ As atividades que, em conjunto, possibilitam a oferta da telecomunicação são denominadas “serviços de telecomunicações”.¹⁹ Estes são classificados quanto à abrangência - de interesse coletivo e restrito - e quanto ao regime jurídico de sua prestação – públicos e privados.²⁰

Os serviços de telecomunicações em regime público podem ser prestados mediante concessão ou permissão, e em regime privado mediante autorização, dependendo de prévia outorga da Anatel.²¹

¹⁷ GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia Duarte. **Finanças Públicas: teoria e prática no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 410.

¹⁸ Conforme artigo 60, parágrafo 1º da LGT.

¹⁹ Conforme artigo 60, *caput*, da LGT.

²⁰ Artigos 62 e 63 da LGT:

“Art. 62. Quanto à abrangência dos interesses a que atendem, os serviços de telecomunicações classificam-se em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito.

Parágrafo único. Os serviços de interesse restrito estarão sujeitos aos condicionamentos necessários para que sua exploração não prejudique o interesse coletivo”.

“Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados.

Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade”.

²¹ A seguir os conceitos dispostos nos artigos 83, 118 e 131, todos da LGT:

A origem dos regramentos sobre a prestação de serviços públicos mediante concessão encontra-se na Constituição Federal, ao afirmar que incumbe ao Poder Público, diretamente ou mediante a concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.²²

A regulamentação do dispositivo constitucional se deu através da Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, o “Estatuto da Concessão e Permissão de Serviços e Obras Públicas”, estabelecendo, dentre outras orientações, que “toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório”.²³

“Art. 83. A exploração do serviço no regime público dependerá de prévia outorga pela Agência, mediante concessão, implicando esta o direito de uso das radiofrequências necessárias, conforme regulamentação.

Parágrafo único. Concessão de serviço de telecomunicações é a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causa”.

“Art. 118. Será outorgada permissão pela Agência, para prestação de serviço de telecomunicações em face de situação excepcional comprometedor do funcionamento do serviço que, em virtude de suas peculiaridades, não possa ser atendida, de forma conveniente ou em prazo adequado, mediante intervenção na empresa concessionária ou mediante outorga de nova concessão.

Parágrafo único. Permissão de serviço de telecomunicações é o ato administrativo pelo qual se atribui a alguém o dever de prestar serviço de telecomunicações no regime público e em caráter transitório, até que seja normalizada a situação excepcional que a tenha ensejado.”

“Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.

§ 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias”.

O presente trabalho analisará a matéria tomando por base a prestação de serviço de telecomunicações em regime público, mediante concessão. A análise restringir-se-á à relação jurídico-tributária entre o Poder Público, a empresa de telecomunicações e o consumidor.

²² Artigo 175 da Constituição Federal:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

- I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II – os direitos dos usuários;
- III – política tarifária;
- IV – a obrigação de manter serviço adequado”.

²³ Conforme artigo 14 da Lei Federal nº 8.987/1995.

Destarte, o setor de telecomunicações no Brasil, além da Constituição Federal e da LGT, também deve observar os ditames da Lei nº 8.989, de 13 de fevereiro de 1995 e, por consequência, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 - Lei de Licitações.

A inobservância das regras de telecomunicações sujeita o infrator a sanções administrativas, aplicadas pela Anatel, além das cíveis e penais aplicáveis ao caso.²⁴

1.3. DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DO CONSUMIDOR NA LGT

Ao tratar da concessão dos serviços prestados em regime público a LGT dispôs sobre as “tarifas”.

Dentre outras determinações, atribui a Anatel competência para estabelecer a estrutura tarifária de cada modalidade de serviço a ser prestado pelas concessionárias. Após três anos da celebração do contrato, existindo ampla e efetiva competição entre as prestadoras de serviços, a Anatel poderá revê-la, submetendo a concessionária ao regime de liberdade tarifária. Poderão as concessionárias cobrar tarifas inferiores às fixadas pela Anatel, desde que a redução se baseie em critério objetivo e favoreça indistintamente todos os usuários, sendo vedado o abuso do poder econômico. Cabe, ainda, a Anatel estabelecer os mecanismos para acompanhamento das tarifas praticadas pelas concessionárias, os casos de serviços gratuitos e os mecanismos para garantir a publicidade das tarifas.

Estas determinações viabilizam a Anatel a fiscalização das atividades de prestações de serviços de telecomunicações pelas empresas concessionárias,

²⁴ Artigo 173 da LGT:

“Art. 173. A infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis, bem como a inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão ou dos atos de permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofrequência, sujeitará os infratores às seguintes sanções, aplicáveis pela Agência, sem prejuízo das de natureza civil e penal:

I - advertência;

II - multa;

III - suspensão temporária;

IV - caducidade;

V - declaração de inidoneidade”.

efetivando os princípios constitucionais da ordem econômica que tutelam a livre concorrência e a defesa do consumidor.²⁵

Afinal, a regulação do setor de telecomunicações “manifesta-se especialmente através da imposição de um regime de preços controlados, (...) buscando-se evitar abusos tanto em relação aos consumidores, como em relação aos demais concorrentes”.²⁶

1.3.1.

Livre Concorrência

Pressuposto da ordem econômica, conforme diretriz apontada pelo texto constitucional, a defesa da concorrência merece atenção por se traduzir no mercado nacional, muitas vezes, em aumento de produtividade, diminuição de preços e melhoria dos serviços e produtos prestados.²⁷

A livre concorrência é a efetivação da liberdade no âmbito da economia, ao permitir que a empresa atue no mercado, dispute, participe de uma “competição”, em torno do mesmo objeto, tempo e mercado.²⁸ Afinal, o fenômeno da concorrência se desenvolve através da disputa pela preferência de terceiro, o qual acontecerá partindo de um referencial de objeto, tempo e mercado similares.

A legislação ordinária, e em especial a Lei Federal nº 8.884, de 11 de junho de 1994, denominada de “Lei Antitruste”, procura garantir a livre concorrência através da repressão ao abuso do poder econômico e a concorrência desleal.

²⁵ Conforme disciplina a Constituição Federal:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV – livre concorrência

V – defesa do consumidor”.

²⁶ FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e Direito Concorrencial (As Telecomunicações)**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p. 74.

²⁷ Conforme artigo 170, IV da Constituição Federal supracitado.

²⁸ Isabel Vaz (**Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 24-27) ressalta esta forma de efetivação da concorrência pautada nos estudos da tese de Ferreira de Souza “União de empresas concorrentes” (Rio de Janeiro, 1939).

O direito brasileiro se preocupou em reprimir a “concorrência desleal” e a “infração da ordem econômica”. A primeira envolve unicamente os interesses particulares dos empresários concorrentes, e é reprimida civil e penalmente; a segunda, reprimida também administrativamente, compromete todas as estruturas da economia de mercado atingindo um universo muito maior de interesses juridicamente relevantes.²⁹

Por concorrência desleal pode-se admitir os casos de violação de segredo profissional de empresa, espionagem econômica, publicidade enganosa, dentre outros exemplos que se valem da conduta imoral e desonesta de alguns empresários.

Com relação à infração da ordem econômica, os atos empresariais condenados visam “à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.³⁰ Modalidades, portanto, consideradas juridicamente abusivas e que colocam em risco a estrutura do livre mercado.

A caracterização de infração à ordem econômica dá ensejo à repressão de natureza administrativa, para a qual é competente o CADE, autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça.³¹

A Lei Antitruste descreve diversas condutas infracionais. As mesmas, no entanto, não podem ser analisadas isoladamente. Para a caracterização do ilícito é necessário que a conduta descrita no artigo 21³², tenha ou possa ter, alguns dos

²⁹ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 1. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 188-9.

³⁰ Conforme artigo 173, § 4º da Constituição Federal:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...) § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

³¹ O CADE foi instituído pela Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962, como órgão da administração direta federal, vinculado inicialmente ao Conselho de Ministros e, posteriormente, ao Ministério da Justiça.

³² Artigo 21 da Lei Antitruste:

“Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

efeitos delineados pela norma constitucional descrita no parágrafo 4º do artigo 173 e reproduzidos no artigo 20³³ da Lei sob comento.

-
- IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
 - V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
 - VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;
 - VII - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;
 - VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;
 - IX - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;
 - X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;
 - XI - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;
 - XII - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;
 - XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;
 - XIV - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;
 - XV - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;
 - XVI - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;
 - XVII - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada;
 - XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;
 - XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos códigos Antidumping e de subsídios do Gatt;
 - XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada;
 - XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;
 - XXII - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;
 - XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;
 - XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço
- Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:
- I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;
 - II - o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;
 - III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;
 - IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos³³.

³³ Artigo 20 da Lei Antitruste:

De interesse particular neste estudo, cabe salientar as disposições sobre as condutas nas quais a variação do preço importa em infração.

O artigo 21, inciso I da Lei Antitruste caracteriza infração da ordem econômica “fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou serviços ou de prestação de serviços”. Os “preços concertados”, acordados entre empresas, são uma das principais modalidades de infração à ordem econômica e podem significar aumento ou redução de preços. Quando importam no aumento concertado dos preços há transferência de renda dos consumidores para as empresas do oligopólio; quando ocorre a redução concertada dos preços, tem-se o efeito econômico de obstaculizar o acesso de outros empresários no mesmo mercado.³⁴

Para se caracterizar esta modalidade de infração, não basta a padronização de preços e condições de negócio. Há que existir o “acordo” entre os agentes envolvidos, o qual efetive a dominação dos mercados, inviabilize a concorrência ou promova o aumento arbitrário dos lucros aos agentes.

Ademais, o artigo 21, incisos VIII, IX, XI, XII, XVIII, XXIV da Lei Antitruste dispõe, por sua vez, que caracterizarão infrações à ordem econômica, respectivamente, “combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa”; “utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros”; “impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou

“Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia”.

³⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 1. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, pgs. 219-220.

quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros”; “discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio de fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços”; “vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo” (preço predatório); e, “impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço do bem ou serviço”. Ressalta-se que todas essas modalidades só configurarão infração à ordem econômica se objetivarem a dominação de mercado, eliminação da concorrência ou aumento de lucros ou, ainda, objetivarem alguns dos efeitos descritos no artigo 20 da Lei Antitruste.

1.3.2.

Defesa do Consumidor

O consumo inclui-se ou, até mesmo é, um dos objetivos econômicos em face da produção, da circulação e da distribuição de riquezas.³⁵

O texto constitucional, além da livre concorrência, privilegia a defesa do consumidor na ordem econômica brasileira.³⁶ Afinal, o consumidor é um dos elos da economia de mercado e, portanto, merece proteção do Estado. “Protege-se o consumidor dentro de uma perspectiva microeconômica e microjurídica; mas ao Estado interessa, também como uma das formas de preservar e garantir a livre concorrência, proteger o consumidor através da adoção de políticas econômicas adequadas”.³⁷

A regulamentação do texto constitucional aconteceu com a publicação da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor – CDC, considerando-se consumidor “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”³⁸; e fornecedor

³⁵ QUEIRÓZ, José Wilson Nogueira de. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 116.

³⁶ Conforme artigo 170, inciso V da Constituição Federal supracitado.

³⁷ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito Econômico**. 3ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 90.

³⁸ Conforme artigo 2º do CDC. Ademais, entende-se também como consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que acabe intervindo nas relações de consumo.

toda “pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira ou ainda, entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.³⁹

Neste sentido, somente aqueles que participem do fornecimento de produtos ou serviços no mercado de consumo com o caráter profissional, ou seja, exercício habitual do comércio, é que estão sujeitos às normas de defesa do consumidor e integram a relação de consumo. Essa relação, no entanto, pode ser de forma efetiva ou potencial (v.g. propaganda).

O Poder Público ou o concessionário que presta serviços públicos, tais como energia elétrica, telecomunicações, esgoto, dentre outros, encaixa-se no conceito de fornecedor de serviços e, portanto, a relação de consumo criada é protegida pelo CDC. Referido diploma legal estabelece que “os órgãos públicos, por si ou por suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.⁴⁰ No mesmo sentido, a Lei Federal nº 8.987/1995 - Estatuto da Concessão e Permissão de Serviços e Obras Públicas - reiterou a observância do CDC, prevendo que toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários”.⁴¹

A fim de resguardar as relações de consumo, o CDC traz regramentos de direito à segurança, à educação, à informação, à proteção contratual, à melhoria dos serviços públicos, dentre outros aspectos que tutelam o consumidor nas questões fáticas. Enuncia como direito do consumidor “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.⁴²

³⁹ Conforme artigo 3º do CDC.

⁴⁰ Conforme artigo 22 e seguintes do CDC.

⁴¹ Conforme artigo 6º do Estatuto da Concessão e Permissão de Serviços e Obras Públicas:
“Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato”.

⁴² Conforme artigo 6º, inciso III do CDC.

A informação clara sobre o “preço” do produto, inclusive sobre os valores que o compõem é um direito do consumidor e matéria afeta também à defesa da concorrência.⁴³

Ademais, a Constituição Federal afirma que “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”.⁴⁴

A explicação da teoria dos preços parte da análise da “lei da oferta e da procura”. Segundo Sérgio Varella Bruna uma explicação básica para a compreensão do “preço” é analisar a assertiva proposta, concluindo-se que “o preço dos bens no mercado varia em relação diretamente proporcional à intensidade da procura respectiva e inversamente proporcional à quantidade ofertada”.⁴⁵

Na antiguidade, o preço era caracterizado pelas trocas de bens ou serviços (escambo) em prol de certas necessidades ou desejos. Atualmente, o preço é uma das variáveis da política de marketing das empresas, podendo se concluir inclusive que alguns produtos podem até mesmo ter estimulado a sua venda por meio de preços mais elevados.

Ademais, com a evolução das estruturas sociais, a gerência de preço torna-se um assunto cada vez mais delicado. “Isso porque a busca da melhoria na qualidade de vida exige um padrão de transações, cuja eficiência e satisfação resultantes sejam as máximas possíveis para as partes envolvidas. O preço de um bem ou de um serviço deve ser ótimo para a empresa que o oferta e ótimo para o consumidor que demanda, numa relação recíproca de ganho”.⁴⁶

⁴³ Conforme assevera F. Nepomuceno (**Formação do Preço de Venda**. São Paulo: SEI – Sociedade Editora Ipanema Ltda, 1976, p. 74), “(...) a formulação de preços é problemática que requer imensa agilidade sob pena de se perder dinheiro ou poder concorrencial”.

⁴⁴ Conforme artigo 150, parágrafo 5º da Constituição Federal.

⁴⁵ BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 18.

Essa visão não tem qualquer caráter científico, mas ajuda a compreender o tema, já que este trabalho não pretende esgotá-lo. Salieta Sérgio Varella Bruna que a “formação do preço” merece análise mais aprofundada, o que ele faz nas páginas seguintes em inúmeros gráficos e códigos. Entretanto, o presente trabalho pretende compreender apenas alguns aspectos do “preço”, a fim de tomá-lo como um dos objetos que resultarão na análise da legitimidade ativa para repetir, este sim, tema de análise detalhada. Esta nota, entretanto, demonstra a dificuldade, inclusive de estudiosos de Economia e áreas correlatas, para se estabelecer os elementos que compõem o preço.

O Estatuto da Concessão e Permissão de Serviços e Obras Públicas, sobre a política tarifária dispõe que a “a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato”.⁴⁷ Ademais, o mesmo Estatuto prevê que os contratos podem prever mecanismos de revisão, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro⁴⁸. “Salvo o imposto de renda, se os demais tributos ou encargos legais, advindos ou alterados após a apresentação da proposta, causarem impacto comprovado, cabe revisão da tarifa, para mais ou para menos”.⁴⁹

Ainda que se reconheça o poder que a Administração Pública tem de alterar as cláusulas contratuais, deve o contrato administrativo de concessão de serviço público “alcançar também o fator econômico-financeiro daquele, a fim de resguardar o preço, e não o nominalismo monetário anteriormente estipulado em condições diversas”.⁵⁰

A tarifa não tem natureza contratual imutável. “O contratual – e que, por isso, não pode ser unilateralmente modificado pelo Poder Público – é o valor resultante do equilíbrio econômico-financeiro, de que a tarifa é uma expressão, dentre outras”.⁵¹ Ela deve ser constituída a fim de propiciar ao concessionário, condições de prestar adequadamente o serviço e significar justa remuneração dos recursos comprometidos na execução da prestação.⁵²

⁴⁶ Sardinha, José Carlos. **Formação do Preço: a Arte do Negócio**. São Paulo: Makron Books, 1995, p. 18.

⁴⁷ Conforme artigo 9º do Estatuto da Concessão e Permissão de Serviços e Obras Públicas.

⁴⁸ Conforme artigo 9º, parágrafo 2º do Estatuto da Concessão e Permissão de Serviços e Obras Públicas.

⁴⁹ Conforme artigo 9º, parágrafo 3º do Estatuto da Concessão e Permissão de Serviços e Obras Públicas.

⁵⁰ Conforme José Renato Gaziero Cella (**Contrato Administrativo: Equilíbrio Econômico-Financeiro**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 126-7), “caso não se admitisse a restauração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, na hipótese de haver uma subversão na conjuntura econômica imprevisível no momento da contratação, cujos efeitos fossem favoráveis à Administração em detrimento do particular, que ficaria prejudicado, estar-se-ia, por via oblíqua, a admitir o enriquecimento sem causa da Administração”.

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 684.

⁵² Luiz Alberto Blanchet (**Concessão de Serviços Públicos**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2001, p. 56) faz ressalva quanto à diferença entre “tarifas ou preços públicos”, descritos na lei, e “preços políticos”,

No regime de concessão de serviço público apresentado pela LGT, a Anatel exerce o poder concedente, celebrando e gerenciando os contratos de concessão, responsabilizando-se pela fixação, controle e acompanhamento das tarifas dos serviços. Destarte, o concessionário, ao invés de receber do Estado, recebe dos usuários do serviço público as denominadas ‘tarifas’, pagas durante o prazo de concessão.⁵³

A prestação de serviços de telecomunicações, além dos ditames legais traçados pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Concessão e Permissão de Serviços e Obras Públicas, pela LGT, merece observação o CDC, assegurando ao consumidor disponibilidade do serviço, qualidade e opção na escolha das empresas de telecomunicações.

Desta forma, as relações jurídicas existentes numa prestação de serviço público mediante concessão permeiam o Poder Público, os prestadores de serviços e os destinatários finais dos serviços públicos, seus usuários ou consumidores. “E, da mesma forma, não há porque desconsiderar as relações havidas pelos prestadores de serviço público em si, dizendo respeito, por exemplo, à livre

nos seguintes termos: “Note-se que a lei refere-se à modicidade das *tarifas*, ou *preços públicos*, isto é, daqueles valores pagos pelo usuário a título de contraprestação pelo serviço efetivamente prestado. Se a lei fizesse menção à *modicidade dos preços*, a conclusão seria mais preocupante, pois *preço* é gênero ao qual pertencem os *preços públicos* e também os *preços políticos*, e, enquanto os preços públicos devem ser compatíveis com os custos do concessionário, os preços políticos podem ser bem inferiores aos custos necessários para a execução do serviço, de tal forma que a diferença entre o valor cobrado e o efetivo custo será remunerado mediante utilização de recursos derivados da arrecadação de impostos”. Adiante, o autor salienta: “O vocábulo *tarifa*, a rigor, não seria sinônimo da expressão *preço público*, conforme alerta BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, o qual cita ALIOMAR BALEEIRO, para quem o vocábulo *tarifa* designa uma tabela de preços, e não os próprios preços. Na prática, entretanto, nada impede o uso das duas expressões como sinônimas”. Do exposto, conclui-se que embora alguns autores, conforme os acima citados, diferenciem os termos “tarifa” e “preço público”, todos se referem ao valor de um serviço público, apresentado pela concessionária, vencedor de uma licitação. Esse valor a ser pago pelo usuário deve incluir a proposta de serviço adequado e a remuneração para a consecução prática do serviço. Nesse ínterim, a composição do valor, além de consignar a matéria-prima, mão-de-obra e outros materiais, pode refletir os tributos exigidos para a referida prestação. No presente trabalho, com base na orientação de Luiz Alberto Blanchet, utilizar-se-á a expressão “preço” ou “tarifa” como sinônimos para apontar o valor cobrado pelas concessionárias na prestação de serviços públicos.

⁵³ Ressalta-se que a análise conjugada dos itens 1.3.1 e 1.3.2 contribuem para o entendimento do preço na prestação de serviços de telecomunicações, resultado este de licitação. Após esta fase, a empresa vencedora do setor de telecomunicações ainda passa pelo crivo da agência reguladora, Anatel, a qual têm poderes de fiscalizar a política tarifária apresentada aos consumidores.

competição de mercado, em busca de novos consumidores e oportunidades para o aumento de seus ganhos econômicos”.⁵⁴

1.4. SÍNTESE CONCLUSIVA

As telecomunicações surgiram com o intuito de fomentar as relações. Desde meados de 1840 mecanismos eram colocados à disposição do homem a fim de produzir o desenvolvimento econômico e social.

O telefone, por sua vez, realiza esses objetivos. No Brasil, mesmo com o conhecimento do invento e certos regulamentos, somente a partir de 1962, com a Lei Federal nº 4.117, de 27 de agosto de 1962 - CBT, o setor de telecomunicações ganha impulso.

A Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, por sua vez, dispõe sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais. Mais tarde, a LGT realiza os ditames constitucionais, redefinindo o modelo institucional do setor e criando a Anatel, a qual além de celebrar e gerenciar os contratos de concessão das empresas de telecomunicações, recebe as funções de planejamento, fiscalização e normatização dos serviços de telecomunicações.

As telecomunicações ganham uma estrutura competitiva, regramentos que viabilizam a concorrência leal entre empresas do setor. Por sua vez, aos usuários dos serviços é assegurada a opção pelo melhor serviço e melhor preço, garantindo-se a efetividade dos princípios constitucionais da ordem econômica que tutelam a livre concorrência e a defesa do consumidor.

⁵⁴ MIRAGEM, Bruno. A Regulação do Serviço Público de energia elétrica e o Direito do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 51, ano 13, jul-set., 2004, p. 79.

2. LEGITIMIDADE ATIVA E REPETIÇÃO DO INDÉBITO

2.1. LEGITIMIDADE ATIVA

2.1.1. Sujeitos da Obrigação Tributária

O CTN reconhece a existência de obrigações de fazer ou não fazer, que chama de acessórias, e obrigações de dar, com caráter patrimonial, que denomina de principal.⁵⁵

A obrigação tributária surge do vínculo entre o Fisco (sujeito ativo) e o contribuinte ou responsável (sujeito passivo), proveniente da subsunção do fato ocorrido no plano fático ao imperativo descrito na lei tributária.

Como em toda obrigação, os elementos subjetivos da relação jurídica tributária são o sujeito ativo e o sujeito passivo. O sujeito ativo é assim o “credor” que tem o direito de exigir de outrem, o sujeito passivo, o cumprimento da obrigação.

2.1.1.1. De acordo com o CTN, “sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir o seu cumprimento”.⁵⁶ Destarte, pode-se identificar como sujeitos ativos da obrigação tributária a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal.

A capacidade tributária ativa, capacidade esta que habilita a parte a figurar no pólo ativo da obrigação tributária e cobrar tributos se distingue da competência

⁵⁵ Artigo 113, parágrafos 1º e 2º do CTN:

“Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorrente da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária”.

⁵⁶ Conforme artigo 119 do CTN.

tributária, aptidão atribuída constitucionalmente a determinados entes para instituir tributos. Entretanto, regra geral, o sujeito ativo é a pessoa constitucional titular da competência tributária.

Em casos específicos, a lei pode atribuir a titularidade da exigibilidade de determinado tributo à pessoa diversa daquela dotada da competência para instituí-lo. Nesses casos, caracteriza-se a figura da parafiscalidade, quando autarquias dotadas de capacidade tributária ativa (INSS, DNER, etc.) ou entidades paraestatais arrecadam tributos em benefício de suas próprias finalidades.⁵⁷

Para Paulo de Barros Carvalho outras pessoas poderiam ainda figurar como sujeito ativo de obrigações tributárias. Nesse sentido, aponta além das pessoas jurídicas de direito público, pessoas sem competência tributária, mas credenciadas à titularidade de direitos subjetivos (parafiscalidade) e, ainda, arrisca-se ao apontar a possibilidade jurídica de uma pessoa física vir a ser sujeito ativo de obrigação tributária. “A hipótese traz como pressuposto que tal pessoa desempenhe, em determinado momento, atividade exclusiva e de real interesse público”.⁵⁸

Ademais, com relação à sucessão e recepção legislativa, o CTN enuncia que “salvo disposição de lei em contrário, a pessoa jurídica de direito público, que se constituir pelo desmembramento territorial de outra, sub-roga-se nos direitos desta, cuja legislação aplicará até que entre em vigor a sua própria”.⁵⁹ Enquanto a primeira parte do dispositivo admite a sucessão nos direitos de ente político cujo território tenha sido desmembrado, com a criação de nova entidade política (sucessão legislativa); o segundo informa que, enquanto o novo ente não dispuser de sua própria legislação, deverá aplicar a da entidade desmembrada (recepção legislativa).

2.1.1.2. O sujeito passivo da obrigação, por sua vez, é o devedor da obrigação tributária, o qual tem o dever de prestar ao sujeito ativo o objeto da obrigação.

⁵⁷ ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 82.

⁵⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 10ªed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 212.

⁵⁹ Conforme artigo 120 do CTN.

O CTN distingue o sujeito passivo da obrigação principal, a quem incumbe pagar o montante do débito (tributo ou penalidade pecuniária), do sujeito passivo da obrigação acessória, a quem cabe a realização dos deveres acessórios (prestações que constituam o objeto). É, assim, o sujeito passivo da obrigação principal aquele que “tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador”, chamado de contribuinte. Por força de lei, entretanto, poderá ainda ser sujeito passivo o responsável “quando sem revestir a condição de contribuinte, tem a obrigação de recolher o tributo”.⁶⁰

De acordo com o CTN a exigência do tributo poderá ser formulada independentemente de “achar-se a pessoa natural sujeita a medidas que importem privação ou limitação do exercício de atividades civis, comerciais ou profissionais, ou da administração direta de seus bens ou negócios”. Do mesmo modo, não tem nenhuma relevância a circunstância “de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando uma unidade econômica ou profissional”.⁶¹ Essas características, portanto, não inviabilizam a capacidade de ser parte – passiva – na obrigação tributária.

A análise do sujeito passivo comporta, portanto, a análise das figuras do contribuinte e do responsável. Contribuinte, como já delineado, é o sujeito que tem relação direta e pessoal com o fato gerador da obrigação tributária.⁶²

⁶⁰ CTN:

“Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único: O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a relação que constitua o respectivo fato gerador;

II – responsável, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.”

⁶¹ CTN:

“Art. 126. A capacidade tributária passiva independe:

I - da capacidade civil das pessoas naturais;

II - de achar-se a pessoa natural sujeita a medidas que importem privação ou limitação do exercício de atividades civis, comerciais ou profissionais, ou da administração direta de seus bens ou negócios;

III - de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional.”

⁶² Quando da distinção de impostos ditos “diretos” e “indiretos” (item 2.2.2), declinar-se-á a nomenclatura “contribuinte de direito” e “contribuinte de fato”, relevante para os ditos “tributos indiretos”. Seria, portanto, nos casos dos tributos indiretos, “contribuinte de direito” o sujeito passivo obrigado a pagar o tributo, ainda que este encargo seja transferido a terceiro (o chamado “contribuinte de fato”). Observa-se que o “contribuinte de fato” não participa da relação jurídica tributária.

Há entendimento doutrinário que o CTN “limitou” o conceito de contribuinte, ao exigir que ele tenha relação pessoal e direta com o fato gerador, pois “conforme seja a descrição do fato gerador, o contribuinte já poderá ser caracterizado a partir dessa descrição”.⁶³

Quando a situação-base ostenta natureza de fato econômico, o que geralmente se verifica na Constituição Federal, o legislador ordinário qualifica como contribuinte o operador econômico que realiza o pressuposto tributário (v.g. importação e exportação de mercadorias). Por sua vez, quando a situação-base ostenta a natureza de fato jurídico (relevância do *intentio juris* em detrimento da *intentio facti*), o legislador poderá qualificar como contribuinte qualquer das partes envolvidas na relação jurídica, pois ambas são partícipes do ato jurídico bilateral (v.g. art. 42⁶⁴ CTN).⁶⁵

Responsável, por sua vez, é o sujeito que tem relação com o fato gerador da obrigação tributária expressada nos termos da lei. Embora o fato gerador seja realizado por uma pessoa, a lei tem a possibilidade de escolher um terceiro, vinculado a esse fato gerador.

A doutrina tem atribuído ao conceito de sujeito passivo responsável a nomenclatura “sujeição passiva indireta”. Por sujeição passiva direta se entendem os casos em que o tributo é cobrado do contribuinte, aquele que tem relação pessoal e direta com o respectivo fato gerador da obrigação tributária.⁶⁶ A sujeição passiva indireta, por sua vez, apresenta duas modalidades: substituição⁶⁷ e transferência.⁶⁸

⁶³ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 9ªed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 294.

⁶⁴ CTN:

“Art. 42. Contribuinte do imposto é qualquer das partes na operação tributada, como dispuser a lei”.

⁶⁵ DENARI, Zelmo. **Sujeito Ativo e Passivo da Relação Jurídica Tributária**. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Curso de Direito Tributário. Vol. 1. 4ª ed. Belém: CEJUP – Centro de Extensão Universitária, 1995, p. 198.

⁶⁶ De acordo com o inciso I do artigo 121 do CTN.

⁶⁷ De acordo com a doutrina pátria a expressão “substituto legal tributária” teria sido criada por Amílcar Falcão, indicando a responsabilidade, por expressa disposição de lei, para o pagamento de tributo era de terceiro, no lugar do devedor principal; observados os regramentos do artigo 128 do CTN. (BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 549).

⁶⁸ Observa-se que a classificação adotada por Rubens Gomes de Souza (**Compêndio de Legislação Tributária** (Obra Póstuma 1975. Coord. IBET – Instituto Brasileiro de Estudos

Segundo Rubens Gomes de Souza, a substituição “ocorre quando, em virtude de uma disposição expressa da lei, a obrigação tributária *surge desde logo contra uma pessoa diferente* daquela que esteja em relação econômica com o ato, fato ou negócio tributado: nesse caso, é a própria lei que substitui o sujeito passivo direto por outro indireto”(grifos no original).⁶⁹

Para Alfredo Augusto Becker o substituto legal tributário é “espécie” do gênero contribuinte *de jure*. O fenômeno da substituição tributária opera-se no “momento político” em que o legislador cria a regra jurídica. “E a substituição que ocorre neste momento consiste na escolha pelo legislador de *qualquer outro* indivíduo em substituição daquele determinado indivíduo de cuja renda ou capital a hipótese de incidência é fato-signo presuntivo” (grifos no original).⁷⁰

O substituto legal tributário, destarte, tem a responsabilidade pela obrigação principal e acessória, recaindo a ele todos os deveres perante o Fisco. Nessas condições, tem o direito de impugnar a legitimidade do débito tributário que lhe incumbe satisfazer, quer ilegal, quer inconstitucional.

A exclusão da responsabilidade do contribuinte e sua transferência ao substituto estão de acordo com o imperativo do CTN, o qual preceitua que a lei pode atribuir a responsabilidade do crédito a terceira pessoa, inclusive “excluindo” a responsabilidade do contribuinte.⁷¹

Destaca-se a distinção entre a substituição e o chamado contribuinte de fato, a fim de não caracterizá-los genericamente de contribuinte. Alfredo Augusto Becker elabora sete esclarecimentos sobre o tema. No primeiro, observa que o

Tributários. São Paulo: Editora Resenha Tributária Ltda., 1981, p. 84-95) que subdivide a sujeição passiva indireta ou responsabilidade (em termos genéricos) em substituição e transferência, essa última desdobrando-se em sucessão, solidariedade responsabilidade, foi posteriormente seguida por alguns autores, Luciano Amaro (Ob. cit., p. 295) e Alexandre Barros Castro (**Teoria e Prática do Direito Processual Tributário**. São Paulo: Sariaiva, 2000, p. 88). Entretanto, passou por reformulações, de tal forma que aquilo que configura sujeição passiva direta para uns passou a ser indireta para outros (Nesse sentido: Zelmo Denari, **Curso de Direito Tributário**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 212-238). Especialmente quanto a substituição tributária, há ainda hoje muito dissenso na doutrina pátria.

⁶⁹ SOUZA, Rubens Gomes de. **Compendício de Legislação...** Ob. cit. p. 93.

⁷⁰ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral...** Ob. cit., p. 555.

⁷¹ Conforme artigo 128 do CTN:

“Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação”.

substituto legal tributário é uma espécie do gênero contribuinte de direito, e assim, no momento da escolha pelo legislador do sujeito passivo, ele escolhe qualquer outro indivíduo em substituição daquele. No seguinte esclarecimento, ressalta que o substituto não tem qualquer relação com o chamado “contribuinte de fato”, pois esse é utilizado apenas para exploração do fenômeno da repercussão. No terceiro, menciona que a mesma hipótese de incidência serve à estruturação lógica de duas regras jurídicas, conforme pode acontecer, v.g., com imposto de renda de médicos, onde o substituído, na sua declaração de renda, oferece à tributação aquele rendimento que percebera já descontado da retenção na fonte efetuada pelo substituto. Calcula-se o imposto sobre este rendimento como se não tivesse havido a retenção na fonte e, somente depois de verificado o montante do imposto de renda total é que o substituído poderá descontar de seu débito aquela parcela que, antecipadamente, foi paga pelo substituto. O quarto esclarecimento retoma o conceito de contribuinte de fato, informando que este não tem qualquer relação com o sujeito passivo. O quinto aponta que a relação de reembolso ou retenção na fonte que a lei pode conferir entre o substituído e o substituto não tem qualquer relação tributária, o que o primeiro paga ao segundo não é tributo. O sexto esclarecimento complementa que o direito de reembolso ou o direito de retenção na fonte não é essencial para a substituição tributária. Por fim, o sétimo distingue o substituto legal tributário do responsável tributário, informando que apesar da distinção, a doutrina tem visto o substituto legal quando da compreensão do responsável tributário.⁷²

Ademais, há duas modalidades de substituição: substituição para trás, ocorrida quando o responsável substitui alguém que o procede numa operação; e, substituição para frente, em que o responsável substitui alguém que lhe sucede na operação.

O CTN traz ainda a hipótese de responsabilidade tributária por transferência, que ocorre em razão de um fato posterior à exação.

Rubens Gomes de Souza expõe que a transferência “ocorre quando a obrigação tributária, depois de ter surgido contra uma pessoa determinada (que seria o sujeito passivo direto), entretanto, *em virtude de um fato posterior*, transfere-se para outra pessoa diferente (que será o sujeito passivo indireto)”

⁷² BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral...** Ob. cit. p. 554-557.

(grifos no original).⁷³ Nesse caso, paga-se tributo de terceiro, razão pela qual a lei elenca as hipóteses de responsabilidade tributária por solidariedade, por sucessão e por responsabilidade de terceiros.

Na solidariedade há a possibilidade de a Fazenda Pública poder exigir o tributo de mais de uma pessoa vinculada ao fato gerador. É, portanto, uma hipótese em que duas ou mais pessoas são simultaneamente obrigadas pela mesma obrigação. Serão solidárias as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal e as pessoas que assim a lei destacar, mesmo que não tenham relação alguma com o fato.⁷⁴

Na sucessão, extinta a pessoa jurídica ou falecida pessoa física que ocupavam posições passivas numa relação tributária, a pessoa sucessora passa a responder pela obrigação, assegurando assim a continuidade das relações jurídicas.⁷⁵

⁷³ SOUZA, Rubens Gomes de. **Compêndio de Legislação....** Ob. cit. p. 92.

⁷⁴ CTN:

“Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.”

⁷⁵ CTN:

“Art. 129. O disposto nesta Seção aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data.

Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.

Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço.

Art. 131. São pessoalmente responsáveis:

I - o adquirente ou remitente, pelos tributos relativos aos bens adquiridos ou remidos;

II - o sucessor a qualquer título e o cônjuge meeiro, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da partilha ou adjudicação, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão do legado ou da meação;

III - o espólio, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da abertura da sucessão.

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome

A responsabilidade de terceiros acontece quando a lei arrola um terceiro como responsável pelo pagamento do tributo caso este não seja pago pelo devido sujeito passivo; ou seja, o terceiro somente é chamado para cumprir a obrigação tributária se o sujeito passivo não puder fazê-lo.⁷⁶

Pelo texto da lei, não interessa se o responsável agiu com dolo ou culpa, a infração consuma-se independentemente do *animus*, da efetividade, natureza e extensão dos atos.⁷⁷ O CTN enumera taxativamente as hipóteses de responsabilidade pessoal do agente por infrações cometidas⁷⁸; e, estabelece forma

individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

- I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;
- II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão”.

⁷⁶ CTN:

“Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

- I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;
- II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;
- III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;
- IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;
- V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;
- VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;
- VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

- I - as pessoas referidas no artigo anterior;
- II - os mandatários, prepostos e empregados;
- III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.”

⁷⁷ CTN:

“Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

⁷⁸ CTN:

“Art. 137. A responsabilidade é pessoal ao agente:

- I - quanto às infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções, salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito;
- II - quanto às infrações em cuja definição o dolo específico do agente seja elementar;
- III - quanto às infrações que decorram direta e exclusivamente de dolo específico:
 - a) das pessoas referidas no artigo 134, contra aquelas por quem respondem;
 - b) dos mandatários, prepostos ou empregados, contra seus mandantes, preponentes ou empregadores;
 - c) dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, contra estas.”

de exclusão de responsabilidade, denominada de denúncia espontânea, acompanhada quando necessário, do pagamento do tributo em débito e dos juros de mora, desde que prévia a qualquer procedimento ou fiscalização concernente.⁷⁹

Do exposto, quando se pretende propor uma demanda, questionar algum tributo, os pólos ativo e passivo são alterados e o sujeito passivo da obrigação tributária transforma-se em sujeito ativo da relação processual voltada contra a exigência tributária (autor), por consequência, o sujeito ativo da obrigação altera-se para o sujeito passivo da relação processual (réu).

2.1.2. Sujeitos na Relação Processual

Francesco Carnelutti diferencia as partes no sentido processual e no sentido material: “Partes são os sujeitos da lide ou do negócio. Como tais, as partes estão sujeitas ao processo, não são sujeitos do processo, no sentido de que sofrem seus efeitos, mas não lhe prestam sua obra (noção passiva)”. Adiante o autor expõe: “No mais, precisamente porque o resultado do processo beneficia ou prejudica seu interesse, a parte é estimulada por este a alguns atos que são necessários ou pelo menos sumamente úteis ao processo”. E conclui: “A palavra parte tem, portanto, um duplo significado; para evitar confusão, o sujeito da lide se denomina parte no sentido material; e o sujeito do processo se chama parte no sentido processual”.⁸⁰

⁷⁹ CTN:

“Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.”

⁸⁰ “Partes son los sujetos de la litis o del negocio. Como tales, las partes están sujeitas ao proceso, no son sujetos del proceso, en el sentido de que sufren sus efectos, pero no le prestan su obra”. E adiante informa “Por lo demás, precisamente porque el resultado del proceso beneficia o perjudica a su interés, la parte es estimulada por éste a algunos actos que son necesarios o por lo menos sumamente útiles al proceso”. E conclui: “La palabra parte tiene, por tanto, un doble significado; para evitar confusión, al sujeto de la litis se lo denomina parte en sentido material; y al sujeto del proceso se lo llama parte en sentido procesal”. (CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil, vol I**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1973, p. 174 e s.)

Baseando-se numa análise eminentemente processual, a compreensão do termo “partes” pode ser resumida como sujeitos do processo, que são: aquele que formula o pedido referente à sua pretensão que se diz titular – autor; e aquele contra quem se pede a tutela jurisdicional - réu. Entretanto, vale ressaltar que nem sempre estará como parte autora o titular da pretensão deduzida em juízo, mas outro, que em lugar desse titular, exerce a ação e formula o pedido de tutela jurisdicional.

Ter capacidade para ser parte é ter capacidade para ser sujeito de uma dada relação jurídica processual.

A Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil – CC, dispõe que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.⁸¹ Logo, toda pessoa possui o que convencionou chamar de “capacidade de direito” ou “capacidade jurídica”.

Entretanto, para figurar no pólo ativo ou passivo de uma relação processual não basta a capacidade de direito. Exige-se, também, a capacidade de fato para estar em juízo (capacidade processual), presente àqueles que podem, por si mesmos, praticar os atos da vida civil.⁸² Aqueles que não possuem capacidade processual (incapazes relativa ou absolutamente⁸³) devem integrar sua capacidade através dos institutos da assistência e da representação.

A distinção entre capacidade jurídica e capacidade processual, segundo Piero Calamandrei, está em que na primeira, a idoneidade se reconhece a todo

⁸¹ Conforme artigo 1º do Código Civil.

⁸² Lei Federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil – CPC:
“Art. 7º Toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo”.

⁸³ Código Civil:
“Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
I - os menores de dezesseis anos;
II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.
Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:
I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
IV - os pródigos.
Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.”

homem desde o momento de seu nascimento, para ser sujeito de direitos; na segunda, a idoneidade é reconhecida por lei a quem tenha cumprido uma determinada idade, para prover com sua vontade ao exercício dos próprios direitos.⁸⁴

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery entendem que a capacidade de ser parte decorre da capacidade de direito, significando aptidão para ser autor, réu ou interveniente em ação judicial. É pressuposto pré-processual. A capacidade processual, por sua vez, é pressuposto processual de validade, sendo manifestação da capacidade de exercício no plano do direito processual.⁸⁵

Além da capacidade de ser parte, regra geral, os interessados não podem realizar pessoalmente os atos processuais, exigindo a presença de alguém legalmente especializado, dotado do chamado *jus postulandi* (capacidade postulatória). Exige-se, assim, que a parte seja representada em juízo por advogado habilitado, em pleno gozo de suas prerrogativas profissionais, a quem a parte haja outorgado o competente mandato para representá-lo em juízo.⁸⁶

No processo tributário, portanto, há que se analisar os pressupostos processuais ligados à existência e validade da relação jurídica processual e as condições da ação, antes do mérito. Por pressupostos de existência da relação jurídica processual tem-se demanda formalizada numa petição inicial; jurisdição; citação da parte contrária; capacidade postulatória, representada pela exigência de postular em juízo mediante advogado, salvo exceções legais. Por pressupostos de validade da relação processual, petição inicial regular; competência do juízo e imparcialidade do juiz; capacidade do autor para estar em juízo. Os pressupostos de validade da relação processual devem ser aferíveis após os pressupostos de existência, porque a validade somente pode ser aferida se constatada a existência do processo.⁸⁷ Por fim, a análise das condições da ação comporta a análise da

⁸⁴ CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999, p. 279-280.

⁸⁵ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil extravagante em vigor: atualizado até 01.08.1997**. 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 266.

⁸⁶ Conforme artigo 133 da CF, artigo 36 CPC e artigo 1º, inciso I da Lei n. 8.906, de 4 julho de 1994 (Estatuto da Advocacia).

⁸⁷ CAIS, Cleide Previtali. **O Processo Tributário**. 22ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 222.

possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual.⁸⁸

Autor e réu devem ser partes legítimas. O primeiro deve ter relação com o objeto afirmado em juízo, o segundo, deve ter relação de sujeição diante da pretensão do autor. “Para aferição da legitimidade, não importa saber se procede ou não a pretensão do autor; não importa saber se é verdadeira ou não a descrição do conflito por ele apresentada. Isso constituirá o próprio julgamento do mérito”.⁸⁹

Legitimidade difere de capacidade. Tem-se legitimidade com relação a um sujeito e a um objeto, ou seja, a uma relação jurídica. “Na capacidade, apreciam-se as qualidades do sujeito em si, e na legitimação as qualidades do sujeito em relação a um objeto ou a outros objetos. Na capacidade, o pressuposto é estabelecido com abstração do ato; na legitimação, ao revés, em função dos objetos, sujeitos e campo de interesses em que o ato incide”.⁹⁰

A doutrina diferencia a legitimidade *ad causam* da legitimidade *ad processum*. A primeira é atribuição do direito de ação ao autor. A segunda é sinônimo de capacidade para estar em juízo, caracterizando a existência e validade do processo. “Lendo-se o texto legal (art. 3º e 295, III do CPC), porém, se deve ter presente que só poderá haver dissociação das duas legitimidades quando isto for autorizado por lei, como na representação, ou na substituição processual, o que decorre do art. 6º”.⁹¹

Luiz Rodrigues Wambier cita como exemplo da legitimidade *ad causam* o caso de A e B que celebram um contrato e têm legitimidade para estar em juízo discutindo a validade deste contrato. Como exemplo da legitimidade *ad*

⁸⁸ Código de Processo Civil - CPC:

“Art. 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”.

“Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:

(...) VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”

⁸⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.) **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo do Conhecimento**. Vol. 1. 6ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 139

⁹⁰ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Processo Civil**. Vol. II. 4ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 135.

⁹¹ ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. V. 1. Parte Geral. 7ªed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2000, p. 415.

processum, cita dispositivo do Código de Processo Civil⁹² o qual enuncia que alienada a coisa litigiosa no curso do processo, ainda que o terceiro que a adquiriu fosse aquele que devesse figurar no pólo passivo, remanesce réu aquele contra quem a ação foi originariamente proposta, que terá somente depois da alienação, legitimidade *ad processum*.⁹³

2.2. LEGITIMIDADE ATIVA NA REPETIÇÃO DO INDÉBITO

2.2.1. Fundamentos do Direito à Restituição do Indébito

O dever de restituir surgiu a partir de estudos sobre o “enriquecimento injusto ou sem causa”. No Direito Romano, no intuito de evitá-lo, foram instituídas as “*condictiones*” e suas várias espécies, e dentre elas, a fim de restituir o que foi pago indevidamente, a “*condictio indebiti*”.⁹⁴

Segundo Moreira Alves, a evolução do enriquecimento sem causa no Direito Romano pode ser apresentada em duas teorias. A primeira, defendida entre outros por Pernice e Girard, destacava que os contratos reais, antes de serem sancionados por outras ações, foram defendidos pelas “*condictiones*”. A segunda corrente, por sua vez, defendida por Perozzi, Monier e Iglesias, entendia que a

⁹² CPC:

“Art. 42. A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes”.

⁹³ Para Luiz Rodrigues Wambier (**Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo do Conhecimento**. Vol. 1. 6ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 236) “a legitimidade *ad causam* decorre de uma simetria que deve haver entre os titulares da relação jurídica de direito material subjacente à demanda e da relação jurídica de direito processual”.

⁹⁴ Raphael Corrêa de Meira (**Curso de Direito Romano**. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 214) descreve as modalidades de “*condictio*” nos seguintes moldes: (i) “*condictio indebiti*”, para pedir a restituição de pagamento feito a quem não era credor; (ii) “*condictio ob causam datorum*”, para exigir a devolução da prestação paga a quem se negara a efetuar a contraprestação; (iii) “*condictio ob turpem causam*”, para a devolução de dinheiro pago para um fim torpe ou imoral; e (iv) “*condictio sine causa*”, para os próprios casos de enriquecimento sem causa e outros de feição especial, não enquadrados nos três primeiros. Vale salientar que a expressão “indébito”, etimologicamente, origina-se do latim, “*indebitus*”, significando “indevido”. O indébito, portanto, é um pagamento ou prestação que foi realizado mesmo sem a existência de uma obrigação da qual fosse objeto.

evolução foi paulatina, de uma inexistência completa de ações de defesa pelo enriquecimento injustificado (direito pré-clássico), passando pela construção de uma ação (“*condictio*”) para algumas hipóteses (período clássico), até encontrar amplitude de ações nas diversas “*condictiones*” (período de Justiniano) para sancionar o princípio genérico de que não deve haver o enriquecimento sem causa.⁹⁵

Os valores pagos indevidamente, quando não restituídos ao seu legítimo proprietário, conferem àquele que os recebeu um estado de enriquecimento condenado pelo Direito. Afinal, toda forma de pagamento se constitui em decréscimo de propriedade daquele que pagou e acréscimo àquele que recebeu. Quando se verificam três requisitos: pagamento efetivo, falta de obrigação e erro do “*solvens*”, a ação de restituição é cabível.

Segundo Clóvis Beviláqua, o enriquecimento ilegítimo é indicado como lucro “*sine causa*” e origina a obrigação de restituir. “O que se locupleta com o alheio, está na posição do que toma alguma coisa por empréstimo: tem de restituí-la”.⁹⁶

No Direito Civil Brasileiro a vedação ao enriquecimento sem causa sofreu significativas alterações. O Código Civil de 1916 não distinguia os casos de pagamento indevido do enriquecimento sem causa.⁹⁷ Por outro lado, o Novo Código Civil de 2002, definiu tais casos dentre os atos unilaterais das Obrigações.⁹⁸ Poder-se-ia compreender, contudo, aquele como espécie deste, conferindo a ambas categorias a necessidade da restituição.⁹⁹

⁹⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. Vol. II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p. 268-269.

⁹⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Rio – Sociedade Cultural, 1977, p. 111.

⁹⁷ Artigo 964 do Código Civil de 1916:

“Art. 964. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir. A mesma obrigação incumbe ao que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição”.

⁹⁸ Artigos 876 e 884 do CC:

“Art. 876. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição”.
 “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o que indevidamente auferido, feita a atualização dos valores mobiliários”.

⁹⁹ Para Francesco Astone (**L’Arricchimento senza causa**. Il Diritto Privato Oggi. Serie a cura di Paolo Cendon. Milão: Giuffrè Editore. 1999) o Código Civil Italiano de 1942 sancionou de modo expresso a proibição do enriquecimento as custas de outra parte, sem uma justa causa. A ação de

Ademais, de acordo com o direito privado, existem condições para a ação de enriquecimento sem causa, ação *in rem verso*, a qual para se materializar exige o enriquecimento de alguém; o empobrecimento correlativo; a ausência de causa jurídica; e, a ausência de interesse pessoal do empobrecido.

Para o direito público no Brasil a noção do enriquecimento sem causa ganhou os mesmos delineamentos do privado, sendo inadmitido juridicamente.¹⁰⁰ Afinal, “o direito à repetição se configura quando o contribuinte ou responsável

enriquecimento sem causa se baseia em cinco requisitos: enriquecimento de um sujeito; empobrecimento de outro; nexos causal entre o enriquecimento de um e empobrecimento do outro; inexistência de uma justa causa para o enriquecimento, inexistência de outra ação cujo prejudicado possa se utilizar para se indenizar do prejuízo sofrido. Entretanto, a diferença entre o enriquecimento sem causa e a repetição do indébito se apresenta problemática. As duas ações se distinguem sobre o aspecto do plano dos seus pressupostos. A repetição postula apenas a existência de um pagamento e a sua não obrigatoriedade, ao invés de postular sobre uma obrigação e sua respectiva *causa solvendi*. Ademais, a repetição necessita de um fato objetivo, de um pagamento sem causa, onde o enriquecimento e o empobrecimento seja o resultado econômico da prestação não devida. Já para o enriquecimento é relevante o prejuízo econômico. Sobre o conteúdo das obrigações, a repetição do indébito comporta somente uma obrigação de restituir o que foi pago indevidamente; enquanto as ações de enriquecimento indevido geram a obrigação de pagar indenização.

¹⁰⁰ Brandão Machado (Repetição do Indébito no Direito Tributário. In: _____. (Coord.). **Direito Tributário: Estudos em homenagem Ruy Barbosa Nogueira**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 62-8) afirma que o direito alemão, a partir de estudos de Wilhelm Glässing (“Das Recht der Rückförderung im Gebiete des deutschen öffentlichen Rechts”, 1896), foi pioneiro ao demonstrar que o direito a restituição de imposto pago indevidamente é de natureza pública e não se funda nos pressupostos específicos da *condictio*. Entretanto, outros sistemas jurídicos não seguiram tais fundamentos. “Enquanto alguns ainda mantêm viva, no instituto, a idéia que norteou a criação da *condictio indebiti* dos romanos, como é o caso do México, do Brasil, do Uruguai, outros, como o italiano, o belga, o francês, o holandês, fundamentam a repetição do indébito no princípio geral de que ‘quem recebe o que não lhe é devido fica obrigado a restituir’, princípio que poderia ser invocado nas questões assim de direito privado como de direito público, sendo irrelevante, por isso, o fato de estar inscrito em norma positiva de direito civil”. Com relação ao direito tributário italiano, o autor menciona que falta uma norma de alcance geral que imponha ao fisco a obrigação de restituir o imposto indevido e uma norma de alcance específico que imponham o reembolso nos casos específicos (Tesauro, “Il Rimborso dell’Imposta”, Turim, 1975, p. 4). Assim, a doutrina e jurisprudência italiana acabam aplicando o Código Civil que conteria princípio geral de direito invocável também no direito público. No direito belga e francês, Brandão Machado cita que também é invocado o preceito do Código Civil para justificar a repetição do indébito. Vale ressaltar que o direito francês admite ainda a ação de indenização, inclusive perante juiz administrativo, para quem os recolheu indevidamente. Com relação ao direito tributário do Brasil, do México e do Uruguai, o autor menciona que não mais se aplicam diretamente as normas de direito civil, pois esses países possuem Código Tributário que disciplinam a matéria. “Eliminaram o requisito do erro do *solvens*, que por largo período constituiu objeto de controvérsia nos tribunais, mas não deixaram de condicionar o atendimento da pretensão de quem pagou o tributo ilegal à demonstração do seu empobrecimento, ou do seu prejuízo”.

paga indevidamente um tributo sem sustentação jurídica, nascendo o direito à reintegração pelo Estado que o tenha percebido”.¹⁰¹

Conforme leciona Marcelo Fortes de Cerqueira, o ordenamento jurídico outorga ao contribuinte o direito de ser tributado com base em estritas regras jurídicas. Logo, através do instituto da repetição do indébito, equacionam-se situações nas quais da aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto resultou um pagamento indevido de tributo.¹⁰²

O direito à restituição do indébito tributário tem sólidas bases na Constituição Federal através das disposições sobre o direito à propriedade e dos princípios da legalidade e da moralidade dos atos da Administração Pública.

Estes princípios conjugados garantem ao sujeito que pagou indevidamente valores a títulos de tributos, o merecido ressarcimento, evitando-se o enriquecimento sem causa vedado pelo Direito.

2.2.1.1. O texto constitucional enuncia que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.¹⁰³ A sujeição do Estado ao princípio da legalidade é elemento indispensável à formação de um legítimo Estado Democrático de Direito.

O Estado para ser de Direito precisa necessariamente da figura da lei para se concretizar, de sorte que a legalidade é decorrência lógica do Estado de Direito. Ademais, somente a lei é capaz de concretizar os ideais de justiça e regular a vida dos cidadãos, inclusive do Estado. “Cumprir asseverar que, a par do Estado de Direito, está o Estado Democrático, de modo que não há como separar um do outro; o sentido de um está estritamente condicionado ao sentido do outro; um só encontra sentido em função do sentido do outro”.¹⁰⁴

¹⁰¹ Conforme Mirta B. Cacciolato. Reclamo y Demanda de Repetición. In: ALTAMIRANO, Alejandro C. (Coord.). **El Procedimiento Tributario**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003, p. 364. Texto original: “El derecho a la repetición se configura cuando el contribuyente o responsable ha pagado indebidamente un tributo sin sustento jurídico, naciendo el derecho al reintegro del Estado que lo ha percibido”.

¹⁰² CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. **Repetição do Indébito Tributário – Delineamentos de uma teoria**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 234-235.

¹⁰³ Conforme artigo 5º, inciso II da Constituição Federal.

¹⁰⁴ STRAPASSON, Maria das Graças. **Princípio Constitucional da Legalidade Tributária**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 138.

Segundo Roque Antônio Carrazza, o dispositivo constitucional supracitado impede que o Estado aja com arbítrio em suas relações com o indivíduo, que, afinal, tem o direito de fazer tudo quanto a lei não lhe proíbe.¹⁰⁵

Em matéria tributária, o princípio ganha maior expressão através do artigo 150, inciso I¹⁰⁶ da Constituição Federal, em que fica assegurado ao contribuinte que não haverá exigência ou aumento de tributos sem prévia lei.¹⁰⁷

Marcelo Fortes de Cerqueira, por sua vez, expõe que “o fundamento jurídico-positivo da norma geral e abstrata que atribui o direito à repetição no Sistema Tributário Brasileiro há de ser encontrado na própria Constituição Federal”.¹⁰⁸ Dentre os princípios constitucionais tributários, encontra-se o da estrita legalidade o qual é a base do direito à devolução do pagamento indevido. Esse seria o fundamento “remoto” ou “mediato” de validade do direito à repetição do indébito. Entretanto, para o autor, há também o fundamento “imediato” do direito à repetição, pois a obrigação de devolução é típica obrigação “ex lege”, tendo o direito à devolução, portanto, fundamentação direta ou imediata na regra-matriz da repetição do indébito veiculada pelo artigo 165 do Código Tributário Nacional.

Segundo César Garcia Novoa, “seria indevido qualquer tributo exigido sem base legal posto que somente a lei pode determinar os fatos que definem o direito

¹⁰⁵ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 18ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 213.

¹⁰⁶ Constituição Federal de 1988:

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

I – exigir ou aumentar tributos sem lei que o estabeleça.”

¹⁰⁷ Segundo José Afonso da Silva (**Curso de Direito Constitucional Positivo**, 10ªed. nos termos da Revisão Constitucional de 1994. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 402) a Constituição Federal descreve em seus artigos o princípio da legalidade (legalidade genérica – art. 5º, II) e o da reserva da lei (legalidade específica – art. 150, I). Ressalta-se que este último é complementado pelo princípio da anterioridade (art. 150, III), com exceção do disposto no artigo 153, §1º, onde é facultado ao Poder Executivo alterar certas alíquotas de impostos, atendidas as condições e limites estabelecidos em lei.

¹⁰⁸ Marcelo Fortes de Cerqueira (**Repetição do Indébito...** Ob. cit., p. 281 - 315) contesta outros fundamentos sobre o direito à devolução do indevidamente pago, inclusive a teoria do enriquecimento sem causa, a equidade, a teoria do “quase contrato” de direito privado, o princípio da responsabilidade do Estado, sanção pela prática de ato ilícito pela Administração. O direito à devolução poderia apenas decorrer “de inspiração” dos princípios gerais do direito, mas não ser sustentado por eles. Para o autor, o princípio da estrita legalidade previsto constitucionalmente, além de abranger outros princípios como o da isonomia e da capacidade contributiva, presta-se como justificativa maior para o reconhecimento, pelo artigo 165 do CTN, de um direito à devolução ao titular do pagamento indevido.

do Estado a exigir os tributos e legitimar a retenção das somas pagas. Deste ponto de vista adquire plena certeza a afirmação do Tesouro de que a ‘repetição do indébito’ em matéria tributária é um corolário necessário do princípio da legalidade”.¹⁰⁹

Ramon Valdez Costa assevera que o princípio da legalidade vai além dos preceitos sobre a vedação ao enriquecimento sem causa, pois, o fisco não tem direito de exigir e reter tributos, nem o sujeito passivo está obrigado a pagá-los, sem lei que os estabeleça. “Na jornada considerando que em um Estado de Direito a administração somente pode perceber importâncias tributárias que surjam da lei, se declarou que a repetição tributária se fundamenta no princípio constitucional da legalidade por si só e sem exceções”.¹¹⁰

No Brasil, no período entre 1937 a 1946, prevaleceu a regra do “solve et repete”, onde o contribuinte deveria pagar o tributo para somente depois contestá-lo. No âmbito da regra “solve et repete” o fisco ocupava posição de preeminência em face do contribuinte, na relação jurídica tributária.

Essa regra foi abolida com a Constituição de 1946, quando se consagrou a cláusula, então inédita, de que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.¹¹¹ Atualmente, a cláusula permanece na Constituição Federal de 1988, determinando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.¹¹²

¹⁰⁹ “(...) sería indebido cualquier tributo exigido sin base legal puesto que solo la ley puede determinar los hechos que definen el derecho del Estado a exigir los tributos y legitimar la retención de las sumas pagadas. Desde este punto de vista adquire plena certeza la afirmación de Tesouro de que ‘la repetición del indebido en materia tributaria es un corolario necesario del principio de legalidad’. (NOVOA, Garcia Cesar. **La Devolucion de Ingresos Tributarios Indebidos**. Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 60).

¹¹⁰ Ramón Valdez Costa (**Curso de Derecho Tributario**. Buenos Aires: Santa Fé de Bogotá, Madrid: Depalma, Temis, Marcial Pons, 1996, p. 366) no original: “Sin perjuicio de la utilización de los precedentes fundamentos, el que tiene mayor apoyo, dentro de la esfera del derecho tributario, es el principio fundamental de la legalidad, según el cual el fisco no tiene derecho a ingresar y retener un importe, ni el sujeto pasivo esta obligado a pagarlo, sin ley que así lo establezca. (...) En la jornada, considerando que en un Estado de derecho ‘la administración solo puede percibir importes tributarios que surjan de la ley’, se declaró que ‘la repetición tributaria se fundamenta en al principio constitucional de la legalidad’ por si sola y sin excepciones”.

¹¹¹ Conforme artigo 141, § 4º da Constituição Federal de 1946.

¹¹² BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 878-880.

Afinal, diante dos vigentes imperativos constitucionais, essa regra feriria os princípios da universalidade da jurisdição e o princípio da igualdade, pois, impediria o livre acesso dos contribuintes ao Poder Judiciário e, ainda, dispensaria aos contribuintes tratamento diferenciado àqueles que teriam ou não condições de pagar o tributo.¹¹³

Atualmente, o princípio da legalidade tributária traduz-se na reserva absoluta da lei, exigindo-se desta tudo sobre o tributo e os atos administrativos pertinentes, evitando-se qualquer forma de discricionariedade e analogia da administração ou do juiz. Afinal, “o Estado tem o poder soberano de exigir tributos e o cidadão contribuinte tem o dever de pagá-los. Ressalte-se que, a essa relação jurídica, é que o princípio da legalidade vem se contrapor, com a finalidade de impor limites ao poder tributante do Estado, com isso servindo como garantia individual do contribuinte”.¹¹⁴

2.2.1.2. A Constituição Federal de 1988 assegurou também o direito à propriedade privada como garantia individual de qualquer cidadão desde que cumpra sua função social, o qual não pode ser suprimido face ao seu caráter de cláusula pétrea.¹¹⁵

A cobrança ou o valor pago indevidamente afeta diretamente a esfera patrimonial do indivíduo e, portanto, acaso ocorra, deve ser equacionada através da restituição.

Ademais, na medida em que a Constituição Brasileira reconhece e garante o direito de propriedade e veda o tributo com efeito de confisco¹¹⁶ a tributação não pode, por via indireta, torná-lo ilusório.¹¹⁷

¹¹³ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito...** Ob. cit., p. 232.

¹¹⁴ STRAPASSON, Maria das Graças. **Princípio Constitucional...** Ob. cit. p. 139.

¹¹⁵ Conforme artigo 5º, incisos XXII, XXIII e XXIV da Constituição Federal 1988:
 “Art. 5º. (...)
 XXII – é garantido o direito de propriedade;
 XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;
 XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.”

¹¹⁶ Artigo 150 da Constituição Federal:
 “Art. 150. Sem prejuízos 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”.

O princípio da legalidade e da propriedade estão intimamente ligados, sendo aquele um complemento deste, não bastando a garantia de que em havendo expropriação esta seria indenizada. “Como o tributo é parcela da propriedade dos indivíduos, é necessário que o Estado receba ou exija essa parcela, com base na lei, como garantia de que a intervenção dele na esfera de sua propriedade não se faça ao arbítrio do coletor”.¹¹⁸

2.2.1.3. O artigo 37¹¹⁹ da Constituição Federal, por sua vez, garante o princípio à moralidade pública, objetivando que o Estado, seus agentes e seus administrados atuem na conformidade de princípios éticos.

A Administração Pública deve ser conduzida pelos valores de justiça, equidade e moralidade, em razão da legalidade. Segundo Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, “é princípio apolítico, no bom dizer, que a Administração não deve ser injusta, não deve ser arbitrária e não deve ser imoral. O Estado (Administração) tem obrigações que correspondem a direitos dos administrados. Uma dessas obrigações é a correta forma quanto à norma. Outra, de apreciação jurídica no tocante ao mérito de eficácia do ato”.¹²⁰

Entretanto, não raras vezes, o Poder Público protela o pagamento de restituições de indébito através de exigências burocráticas e recursos infundados, em casos nos quais a procedência do pedido é absolutamente indubitosa. Nesses casos, considera-se que tais meios protelatórios consubstanciam verdadeiro abuso de direito.

O comportamento das partes envolvidas na relação tributária deve estar pautado na lei e em consonância com a idéia de honestidade, bons costumes e regras de boa administração.

¹¹⁷CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito...** Ob. cit., p. 345.

¹¹⁸MACHADO, Brandão. **Repetição do Indébito...** Ob. cit. p. 86.

¹¹⁹Constituição Federal 1988:

“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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”.

¹²⁰FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa.** 2ª ed. Curitiba: Gênese, 1993, p. 95.

Caso haja desvirtuamento deste princípio, estar-se-á diante de atos viciados e sujeitos a invalidação. No campo tributário, toda exigência de valores a título de tributos com ofensa ao princípio da moralidade deve ser restituída de pronto ao contribuinte lesado.

2.2.1.4. O direito à propriedade e os princípios da moralidade e da legalidade acima expostos contribuem para a compreensão da vedação ao enriquecimento sem causa no âmbito tributário, pois, este pode ser resultado da ofensa daqueles.

De toda sorte, o ressarcimento do indébito tributário é direito do contribuinte e dever do Estado. A devolução do indébito pelo Estado é dever de ordem pública e só se esgota quando ocorrer efetivamente o ressarcimento ou quando o contribuinte renunciar expressamente a seu direito, transformando-se, nesta hipótese, o indébito tributário em doação ao Estado.¹²¹

Tarcísio Neviani contesta a prática do Estado em locupletar-se de valores pagos indevidamente. Afirma não haver nada de mais “antidemocrático” e de mais “totalitário” que a teoria que coloca o Estado em situação de privilégios frente ao cidadão, “fazendo dos cidadãos instrumentos do Estado ao invés de ser o Estado o instrumento dos cidadãos”. Contesta salientando que “arrecadar tributo indevido é ato ilícito e, como tal, não deveria apenas comportar *restitutio in integrum*, mas também indenização pelo erário, com exceção dos casos de mero erro do pagante, em que a restituição me parece suficiente para reparar a situação”.¹²²

A compreensão de tais fundamentos corrobora para a efetividade da obrigação de devolver o que foi indevidamente recebido, evitando-se afronta aos ditames legais, seja aos princípios da legalidade, da moralidade e da propriedade, seja aos de enriquecimento sem causa.

¹²¹ Gabriel Lacerda Troianelli (“Repetição de Indébito e Compensação: Prazos para o seu exercício. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Problemas de Processo Judicial Tributário**, 2000, p. 111) menciona a hipótese da “doação” do indébito tributário, a qual, ainda que raramente ocorra, evita o enriquecimento ilícito do Estado.

¹²² NEVIANI, Tarcísio. Repetição de Indébito. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **Repetição do Indébito**. Caderno de Pesquisas Tributárias n. 8. São Paulo: Resenha Tributária e Centro de Estudos de Extensão Universitária (co-edição), 1983, p. 311-312.

Ademais, a caracterização do indébito pode ser admitida como prestação indevida e como tributo propriamente dito. Fundamenta-se a primeira hipótese na afirmação de que tributo é uma obrigação exigida por lei, legalmente devido. Destarte, o tributo indevido não existiria. Existiria apenas uma prestação de fato que resultaria em direito a restituição ao contribuinte.

Para Alfredo Augusto Becker aquilo que se devolve ao sujeito passivo da obrigação tributária em virtude de um pagamento indevido não passa de mera prestação pecuniária, não podendo subsumir-se tais importâncias ao conceito de tributo.¹²³

Aqueles que entendem o indébito como um tributo indevido, fundamentam que suas características seriam idênticas às descritas no artigo 3º do CTN¹²⁴. Assim, indevido é o termo que indica um pagamento despropositado, aquilo que excede o montante real exigido ou recolhido espontaneamente pelo sujeito passivo da obrigação.

Brandão Machado entende ser tributo a cobrança do indébito em matéria tributária. “Se todo pagamento pressupõe uma obrigação, basta qualificar de indevido o pagamento, para se ter por inexistente a obrigação. Da mesma forma, basta adjetivar como indevido o tributo, para se identificar o conceito, não obstante despido de legitimidade que têm os tributos devidos”.¹²⁵

Sob o mesmo fundamento, Paulo de Barros Carvalho caracteriza o indébito tributário como tributo propriamente dito. “A contingência de virem a ser devolvidas pelo Poder Público não as descaracteriza como tributo e para isso é que existem os sucessivos controles de legalidade que a Administração exerce e dos quais também participa o sujeito passivo”.¹²⁶

¹²³ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral...** Ob. cit. p. 573.

¹²⁴ Código Tributário Nacional:
“Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

¹²⁵ MACHADO, Brandão. **Repetição do Indébito...** Ob. cit. p. 76.

¹²⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito...** Ob. cit., p. 307.

Conforme comentários de alguns doutrinadores brasileiros¹²⁷ há imprecisão nos termos dispostos sobre “Restituição do Indébito” no Código Tributário Nacional. O artigo 165, em seu caput e inciso I, v.g., cita como objeto de “restituição, parcial ou total”, o “tributo indevido”. Do exposto, poder-se-ia compreender que não se trata de “tributo indevido”, e sim de valores pagos a “título de tributos”, pois se tributos fossem seriam devidos. Sob outro aspecto, poder-se-ia compreender que não se tem devolução “parcial” de valores. Ainda que haja a obrigação tributária, tudo o que for pago a maior, deverá ser restituído na sua totalidade.

Do exposto, observa-se que não há consenso na doutrina sobre a natureza jurídica do indébito. Independente desta, analisar-se-á o instituto da repetição do indébito, protegendo-se, assim, o direito do contribuinte em reaver as somas que prestou ao Fisco indevidamente.¹²⁸

2.2.2. O Fenômeno da Repercussão dos Tributos

Repercutir é sinônimo de “refletir, transmitir efeito, reenviar”. Para o direito tributário, é sinônimo de reflexo do ônus tributário a terceiro que não o sujeito discriminado na lei. Conforme assevera Aliomar Baleeiro em seus conceitos, “repercussão, ou translação, palavra esta última preferida pelos italianos, é o fenômeno pelo qual o contribuinte paga o imposto, mas liberta-se do sacrifício transferindo-o a terceiros, no todo ou em parte”.¹²⁹

Alfredo Augusto Becker salienta que o fenômeno da repercussão do tributo para os operadores do Direito se caracteriza como a “simplicidade de ignorância” apontada por Seligman¹³⁰, na medida em que não tem qualquer caráter científico;

¹²⁷ E nesse sentido: MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de Direito Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2001, p. 245; FANUCCHI, Fábio. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Vol I. 3ª ed. São Paulo: Resenha Tributária; Brasília: INL, 1975, p. 391; AMARO, Luciano. **Direito Tributário...** Ob. cit. p. 409; dentre outros autores.

¹²⁸ Neste trabalho, a matéria será tratada através das expressões “repetição do indébito tributário”, “tributos indevidos” ou “valores a título de tributo” indistintamente.

¹²⁹ BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. Rev. e atual. Dejalma dos Campos. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 164.

todos os tributos podem repercutir; as faturas podem não necessariamente discriminar o valor dos tributos; não são feitas comparações no mesmo tempo e lugar sobre os preços (produtos e impostos); e, por fim, normalmente se outorga ao contribuinte de *jure* o direito de reembolso ou retenção na fonte, sem as ressalvas merecidas.¹³¹

O fenômeno da repercussão dos tributos está diretamente ligado à composição do preço final dos produtos. Por exemplo, na venda de cigarros, além do custo para a sua produção, o fabricante deve efetuar o pagamento do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI. Entretanto, para não arcar com tal ônus, o fabricante pode embutir no preço o valor referente ao IPI e cobrá-lo do varejista. Este, por sua vez, com os demais encargos, ainda pode repassar os valores ao consumidor final.

No exemplo acima, há três fases na composição do preço final do produto ao consumidor. Segundo Aliomar Baleeiro a primeira fase, quando o imposto sobre produto industrializado atinge o fabricante, é chamada de “percussão” ou “impacto”; na segunda fase, a da transferência do ônus tributário do fabricante ao varejista, é chamada de “primeira repercussão” ou “translação”; e, por fim, na fase em que o varejista transfere seus impostos e os do fabricante ao consumidor, é chamada de “segunda repercussão”. Ocorre, assim o fenômeno da “repercussão

¹³⁰ SELIGMAN. “Théorie de la Répercussion et de L’Incidence de L’Impôt, Paris, 1910, p. 1. *apud* Alfredo Augusto Becker. **Teoria Geral ...** Ob. cit. p. 544.

¹³¹ Por certo, o tema da repercussão nos tributos rendeu inúmeros estudos. Insta salientar as principais formas de repercussão apontadas por M. Duverger (Institutions Financières, 2ª ed. , Paris, 1957, p. 135-141) citadas por Alfredo Augusto Becker (**Teoria Geral...** Ob. cit., p. 544-545):

“(a) Repercussão simples e por estágios: Será simples quando uma pessoa transfere a outra o ônus econômico do tributo. Poderá ser por estágios se esta pessoa que recebeu ônus transferir o encargo a uma terceira, e esta, por sua vez, a uma quarta e, assim, sucessivamente.

(b) Repercussão econômica para frente e para trás: A primeira se dá quando o contribuinte *de jure* transfere o ônus do tributo para o contribuinte *de fato*. A segunda acontece quando o terceiro, que comprará o produto, solicita uma redução do preço e é atendido pelo contribuinte *de jure*. Esta redução compensará o tributo que o terceiro (comerciante) depois irá pagar.

(c) Dupla incidência econômica: Ocorre quando há uma incidência econômica mais elevada que o tributo, ou seja, o contribuinte *de jure* acrescenta outro valor além do valor do tributo.

(d) Capitalização e Amortização: Para explicar estes dois fenômenos, utiliza-se o exemplo de um título da dívida pública cuja cotação na Bolsa esteja ao par. Se o Governo eleva o imposto de renda incidente sobre o juro do título, o preço de venda na Bolsa baixa na mesma proporção do imposto criado ou elevado (“amortização” ou “absorção”). Se o Governo, pelo contrário, reduz ou isenta o imposto mencionado, o preço de venda do título na Bolsa será aumentado na mesma proporção do imposto revogado ou reduzido (“capitalização”).”

para frente”. Entretanto, pode ser verificado, ainda que com maior dificuldade, a “repercussão para trás”, isto é, do comprador para o vendedor que, então, suporta, no todo ou em parte, o tributo; e, a “repercussão em superfície”, quando a carga é suportada parcialmente pelo contribuinte de *direito*, pelo de *fato* e pelos intermediários.¹³²

Em que pesem os arrazoados motivos dos tributaristas sobre a matéria, valem as considerações de Ricardo Lobo Torres ao afirmar que insta ao Direito conhecê-las.¹³³

A repercussão não é vedada no âmbito tributário. Caso não fosse possível repassar ao consumidor final todos os encargos, inclusive tributários, estar-se-ia correndo o risco da destruição empresarial.

Com relação à composição do preço final de produtos ou serviços, a Constituição Federal estabelece que “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”.¹³⁴

Sendo assim, é imperativo que os valores referentes aos tributos componham o preço a ser pago pelos consumidores. O fato de se discriminar os valores referentes aos tributos é uma forma de expor com clareza a formação do preço, permitindo ao consumidor analisar e optar pelo produto ou serviço que apresente o menor valor final.

A repercussão é apenas um fato macroeconômico, compreendendo os casos em que são agregados ao preço final do produto todos os custos, inclusive o ônus tributário. Entretanto, sob o ponto de vista microeconômico, ela pode não acontecer, como nas hipóteses de promoções, excessos de ofertas, “queima” de estoques, etc. Portanto, o repasse econômico do tributo é regra relativa, podendo ou não acontecer dependendo do caso concreto.¹³⁵

¹³² BALEEIRO, Aliomar. **Introdução à Ciência ...** Ob. cit. p. 165.

¹³³ Segundo Ricardo Lobo Torres (**Restituição de Tributos**. Restituição de Tributos. 1ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 38) “se a repercussão da carga tributária é fenômeno econômico e se os impostos indiretos constituem uma realidade financeira, claro está que o direito não pode ficar à margem desses fatos. A repercussão do ônus fiscal, como mecanismo vinculado à capacidade contributiva, é assunto também jurídico”.

¹³⁴ Conforme artigo 150, parágrafo 5º da Constituição Federal e análise do item 1.3.

¹³⁵ Segundo Roberto Ferraz (Repetição do Indébito Tributário e Legitimidade Ativa – Telecomunicações – Lei n. 9.472/97, art. 108. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São

Para o direito tributário brasileiro, a repercussão dos tributos nos preços tem relevância quando descrita em lei, como é o caso do artigo 166 do CTN e do artigo 108, parágrafo 3º da LGT, que serão adiante abordados.

Analisado o fenômeno da repercussão dos tributos, deve-se compreender as classificações dos tributos em diretos e indiretos e suas abordagens doutrinárias, a fim de que conjugados tais estudos, facilitem a compreensão da legitimidade ativa para repetir o tributo indireto.

A classificação em tributos diretos e indiretos mais conhecida decorre do critério da repercussão econômica. É direto quando não há o repasse do ônus tributário no preço final do produto e indireto quando este ocorre.

Além do critério da repercussão econômica, Alfredo Augusto Becker cita os critérios do lançamento e da temporalidade da hipótese de incidência como possíveis critérios para classificar os tributos em diretos e indiretos. Pelo primeiro, são diretos os tributos cujo sistema de arrecadação é feito pelo lançamento e indireto quando não ocorre o lançamento. Pelo segundo, pode ser entendido como direto o tributo cuja hipótese de incidência é uma situação permanente, durável ou continuada no tempo; e indireto, quando a hipótese de incidência for uma situação instantânea ou que possa ser isolada no tempo.¹³⁶ Entretanto, segundo o autor, o critério do lançamento estaria infundado, pois o lançamento é um momento lógico existente em qualquer tributo. Ademais, quanto ao critério da temporalidade da hipótese de incidência, não há como conferir à hipótese de incidência uma única fase, pois, ela é formada da combinação de atos, fatos e estados de coisas.¹³⁷

O critério da repercussão na classificação dos tributos em diretos e indiretos não pode ser tido como regra absoluta. A economia é muito instável e o mesmo tributo pode repercutir em determinadas situações fáticas e, em outros momentos, em idênticas situações, pode não sofrer esta repercussão. Aliomar Baleeiro inclusive cita que o mesmo tributo pode ser direto ou indireto, “conforme a

Paulo: Dialética, nº 100, jan., 2004, p. 107-108) “esse fato somente será relevante do ponto de vista jurídico na exata medida em que a lei lhe dê relevância, eis que, caso não exista lei que fixe regime jurídico específico, nenhuma importância jurídica tem o fato de um agente econômico computar ou não em seus custos os encargos tributários”.

¹³⁶ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral...** Ob. cit. p. 537-538.

¹³⁷ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral...** Ob. cit. 537/538.

técnica de incidência e até conforme os oscilantes e variáveis circunstâncias do mercado ou a natureza da mercadoria ou a do ato tributado”.¹³⁸

Rubens Gomes de Souza, por sua vez, ao classificar os impostos em diretos e indiretos, distingue o critério econômico e o jurídico. Pelo critério econômico, “impostos *diretos* são os suportados em definitivo pelo contribuinte obrigado por lei ao seu pagamento; *indiretos* os que são ou podem ser transferidos pelo sujeito passivo para outra pessoa que por sua vez os transferirá ou suportará em definitivo; por isso se diz que no imposto indireto há dois contribuintes, o de direito (a pessoa obrigada por lei ao pagamento) e o de fato (a pessoa que arcará em definitivo com o ônus do imposto)”. Pelo critério jurídico, que trabalha com a natureza do fato gerador, “são *diretos* os impostos cujo fato gerador seja uma *situação permanente* (ex. a propriedade) ou pelo menos *durável* ou *continuada* no tempo (ex. a renda); ao contrário; são *indiretos* os impostos cujo fato gerador seja uma situação *instantânea* ou que possa ser isolada no tempo (ex. uma compra e venda, um consumo)”.¹³⁹

José Mörschbacher analisa os impostos ditos diretos e indiretos e os classifica seguindo o critério da repercussão econômica dos impostos, dos fisiocratas, segundo o qual seriam indiretos os impostos que repercutem economicamente, e diretos os que não repercutem economicamente; o critério administrativo do lançamento, *role nominatif* dos franceses, segundo o qual seriam diretos os impostos sujeitos a lançamento e indiretos os não sujeitos a lançamento; o critério dos elementos constantes, duráveis ou contínuos nos fatos geradores dos impostos diretos, conquanto que os fatos geradores dos impostos indiretos estariam representados por atos ou fatos intermitentes, isolados ou particulares, de Foville; o critério da ficção legal ou legal, segundo o qual seriam indiretos apenas aqueles impostos que a lei expressamente nomeasse, diretos os demais; e, o critério dos campos econômicos imponíveis, segundo o qual seriam diretos os impostos que recaem sobre o patrimônio e a renda, e indiretos os que recaem sobre o consumo, gasto ou despesa.¹⁴⁰

¹³⁸ BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário...** Ob. cit., p. 884.

¹³⁹ SOUZA, Rubens Gomes de. **Compêndio de Legislação...** Ob. cit., p. 170

¹⁴⁰ MÖRSCHBÄCHER, José. **Repetição do Indébito Tributário Indireto.** 3ªed. São Paulo: Dialética, 1998, p. 19-20.

Entretanto, ainda que estudados com profundidade, referidos critérios não são suficientes para explicar uma classificação dos tributos no Direito Tributário. José Mörschbacher cita como os mais adotados pela doutrina o critério da repercussão econômica e o dos fatos geradores, separada ou conjuntamente. “Esta multiplicidade de critérios até hoje propostos tem demonstrado, por si só, a dificuldade, senão o insucesso em se distinguir com segurança o imposto direto do imposto indireto”.¹⁴¹

Ressalta-se, em tempo, a visão de Marcelo Fortes de Cerqueira ao analisar as figuras do contribuinte de fato e de direito nos tributos indiretos. Contribuinte de direito é a pessoa obrigada por lei ao pagamento do tributo, colocado originariamente no pólo passivo da obrigação tributária. O contribuinte de fato, entretanto, pode se apresentar sob duas concepções discretamente distintas: aquele que sofre a incidência econômica do tributo em definitivo, ou aquele que sustenta a carga do tributo, podendo suportá-la em definitivo ou transferi-la a terceiro, momento em que deixaria de ser contribuinte de fato e passaria a contribuinte de direito.¹⁴²

Em que pesem as considerações negativas a respeito da classificação dos tributos em diretos e indiretos pelo critério da repercussão econômica dos tributos, por certo, essa classificação vem sendo apresentada pelos doutrinadores brasileiros na tentativa de facilitar os estudos, inclusive sobre o tema da repetição do indébito tributário.¹⁴³

¹⁴¹ MÖRSCHBÄCHER, José. **Repetição do Indébito...** Ob. cit. p. 20.

¹⁴² Marcelo Fortes de Cerqueira. (**Repetição do Indébito...** Ob. cit. p. 389 – 392) observa que dependendo da adoção de uma das duas concepções da expressão “contribuinte de fato”, o “terceiro não será de todo irrelevante, porque por expressa autorização legal, o mesmo pode fazer parte numa nova relação jurídica, com direito a transferir o encargo financeiro do tributo, tudo isso para implementar o primado constitucional da não-cumulatividade, em que participa o terceiro de uma relação jurídica de direito ao crédito”. Entretanto, esclarece que “em qualquer situação, independentemente da aceção adotada, pode-se concluir que, para o Direito Tributário, o que comumente se chama de ‘contribuinte de fato’ jamais será contribuinte, nem de fato, pois em qualquer uma das relações jurídicas que participar não o será na condição de contribuinte”.

¹⁴³ Nesse sentido: Vittorio Cassone (**Direito Tributário: Fundamentos Constitucionais, Análise dos Impostos, Incentivos à Exportação, Doutrina, Prática e Jurisprudência**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1993, p. 70); Ruy Barbosa Nogueira (**Curso de Direito Tributário**. 14ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 159), Zelmo Denari (**Curso de Direito Tributário**. 6ª ed., rev. e atual. nos termos da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pgs. 72-75); Luciano Amaro (**Direito Tributário...** Ob. cit., p.410), dentre outros.

Tributos diretos são, portanto, aqueles que não comportam transferência do ônus do tributo, e, tributos indiretos são os que comportam transferência do ônus tributário do sujeito indicado por lei ao pagamento do tributo (contribuinte de direito) para um terceiro que se apresenta na situação fática (contribuinte de fato).

Esta classificação terá valor exclusivamente na medida em que a lei conceda o caráter da repercussão a determinados tributos. Caso isto não ocorra, não haverá qualquer efeito a tomada dos conceitos expostos.

2.2.3.

Código Tributário Nacional - Dispositivos Legais acerca da Restituição do Indébito Tributário e sua Legitimidade Ativa

O direito subjetivo do contribuinte ou responsável em reivindicar as somas pagas aos órgãos arrecadadores vem disciplinado no CTN, o qual dispõe, dentre outras determinações, sobre o “pagamento indevido” em matéria tributária, bem como, os regramentos sobre a repetição¹⁴⁴ de tal pagamento acaso ele se materialize.

O pagamento indevido é a prestação de valores efetuada por erro de quem não deve pagar a alguém que não merece receber.

A legislação tributária brasileira confere ao sujeito que pagou indevidamente tributos a restituição dos valores pagos, com exceção dos casos de pagamento por

¹⁴⁴ A doutrina estrangeira diferenciou os termos “restituição” e “reembolso”, atribuindo aos conceitos, respectivamente, a idéia de restituição por ingressos indevidos e restituição a título de incentivos, em virtude de circunstâncias ulteriores. Sobre as variações terminológicas Luiz Dias Fernandes (**Repetição do Indébito Tributário: O Inconstitucional Artigo 166 do CTN**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pgs. 5-7) menciona que a distinção pioneira na doutrina aconteceu em 1906, por Myrbach-Rheinfeldl entre os termos “restituição” (steuerstaatung) e “reembolso” (steuervergüttung) no Código Tributário Alemão, designando, respectivamente, a devolução de ingressos indevidos e a devolução por motivo de incentivo fiscal. Por sua vez, a doutrina italiana (A. Berliri, E. Potito, F. Tesauro, M. Pugliese E A.D. Giannini) entendeu por “rimborso” a devolução do pagamento indevido ab initio e por “restituzione” o pagamento devido e legal, devolvido a título de incentivo, em virtude de circunstâncias ulteriores.

Conforme De Plácido e Silva (**Vocabulário Jurídico**. Vol. IV. Rev. e atual. por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.715 e 703), o termo “restituição” imprime o significado de “devolução” de algo a seu legítimo proprietário. Por sua vez, o termo “repetição” recebe o caráter de ação, agir para ver restituído o que por direito lhe pertence, podendo também ser entendido como sinônimo de “restituição”.

A legislação tributária brasileira, por sua vez, segundo enuncia Ricardo Lobo Torres (**Restituição de Tributos...** Ob. cit., p. 6-7) não traz qualquer diferença terminológica, tratando por “restituição de tributos” toda matéria afeta a devolução de pagamentos indevidos.

estampilha, quando esta tenha sido perdida ou destruída ou ocorrer erro no pagamento por esta modalidade.¹⁴⁵ Ressalvada essa hipótese, mostra-se irrelevante a modalidade de pagamento para conferir direito à restituição.

As hipóteses previstas de pagamento indevido de tributo estão discriminadas no artigo 165, sendo a primeira a “cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido”.

O primeiro inciso caracteriza duas hipóteses de erro: de direito e de fato. De direito, porque o tributo mostra-se incompatível com a legislação, seja ilegal ou inconstitucional. De fato, porque o pagamento foi indevido com base na natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador. “Aquilo que a autoridade (ou o próprio sujeito passivo) pensou ser a situação de fato definida na lei, para gênese da obrigação tributária, não era; na realidade, tal situação nem a ela poderia ser racionalmente equiparada”.¹⁴⁶

A segunda hipótese descrita traz o “erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento”. Enuncia, portanto, situações de equívocos da parte do sujeito passivo e da autoridade fiscal que ensejaram o pagamento indevido.

Por fim, a terceira hipótese cita os casos de “reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória”. Discrimina, assim, o caso do crédito já apreciado pelo Poder Judiciário e pela via administrativa. Segundo Aliomar Baleeiro, “se o texto não distingue, nem é lógica ou fundada a recusa de restituição do tributo, e se a decisão administrativa foi cassada por qualquer forma, há de concluir-se que esse inciso III abrange também os casos de revogação, anulação, reforma etc., das decisões administrativas ou dos órgãos jurisdicionais da Administração, como Conselho de Contribuintes etc”.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Conforme artigo 162, § 2º do CTN:
“Art. 162.

(...) § 4º A perda ou destruição da estampilha, ou o erro no pagamento por esta modalidade, não dão direito à restituição, salvo nos casos expressamente previstos na legislação tributária, ou naquelas em que o erro seja imputável à autoridade administrativa.”

¹⁴⁶ BALEEIRO, A. **Direito Tributário...** Ob. cit. p. 881.

¹⁴⁷ BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário...** Ob. cit. p. 881.

Há possibilidade de se pleitear a restituição do indébito a partir de outras formas extintivas do crédito tributário, semelhantes ao pagamento, tais como a compensação ou a conversão de depósito em renda, quando terminado o procedimento administrativo o sujeito passivo não tenha logrado êxito.¹⁴⁸

O artigo 165 e seguintes do CTN cuidaram apenas da repetição da importância que era devida na data do pagamento, não estando compreendidas, portanto, a restituição do indébito a causa superveniente, a restituição a título de incentivo fiscal e a restituição do empréstimo compulsório. Essas situações quando não tiverem solução nas respectivas leis, podem, por analogia, submeterem-se às normas do CTN.¹⁴⁹

No que tange ao meio probatório em tema de repetição do indébito, o direito privado regulamentou a matéria distintamente do direito público. Regra geral, pode-se compreender que no direito civil há exigência da prova do erro no pagamento por tratar-se de um vínculo obrigacional, pois, ao solicitar a prova, procura-se proteger a autonomia da vontade.¹⁵⁰ Ao contrário, no direito tributário isto não ocorre, pois há obrigação legal com o tributo, independente do consentimento do obrigado.¹⁵¹ O direito à restituição se impõe ainda que o pagamento tenha sido efetuado voluntariamente pelo sujeito passivo da obrigação tributária, mediante cobrança, erro de fato ou de direito. “O erro do credor tributário ou do devedor não desencadeia o dever; que nasce da vontade da lei. Essa posição do CTN, que singelamente reflete a posição da Constituição”.¹⁵²

Contudo, o artigo 166¹⁵³ do CTN enuncia que “(...) a restituição de tributos (...) somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo”. Essa

¹⁴⁸ AMARO, Luciano. **Direito Tributário...** Ob. cit. p. 407.

¹⁴⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 11ª ed. atual. até a publicação da Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 291.

¹⁵⁰ Conforme artigos 876 e 884 do CC já transcritos (item 2.2.1).

¹⁵¹ Conforme se depreende do *caput* do artigo 165 do CTN:
“Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento (...)”.

¹⁵² BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário...** Ob. cit, p. 882.

¹⁵³ Código Tributário Nacional:
“Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este autorizado a recebê-la”.

referência vem sendo entendida como uma possível exigência de “prova” na restituição do indébito em matéria tributária.

A expressão supracitada pode dar margem à conclusão de que existem tributos que comportam e tributos que não comportam a transferência de encargos. No primeiro caso, para se ter direito à restituição, dever-se-ia comprovar que assumiu o encargo ou recebeu a autorização do terceiro. No segundo, não haveria a necessidade da prova, facilitando a restituição.

O artigo 166 do CTN determina que caberá a restituição do indébito no caso de valores pagos a título de tributos que comportem a transferência do ônus financeiro, desde que o contribuinte prove ter assumido o encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, receber deste uma autorização.¹⁵⁴

A Súmula 71¹⁵⁵ do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, mencionava que “embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto”. Numa primeira análise, a Súmula retirava o questionamento da legitimidade ativa para repetir o indébito em tributos indiretos até mesmo do sujeito obrigado por lei ao pagamento do tributo.

O preceito foi superado com a edição da Súmula 546¹⁵⁶ do mesmo Tribunal, informando que “cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando

¹⁵⁴ Brandão Machado (**Repetição do Indébito...** Ob. cit. p. 90-97) menciona que na Alemanha, nas ações repetitórias do indébito tributário julgadas procedentes, sempre se admitiu como credor da restituição o contribuinte formal do tributo, o sujeito indicado pela lei em relação direta com o Estado, respeitando-se absolutamente o princípio de que o credor da restituição é o devedor da restituição (*Steuerschuldner*), mesmo diante de impostos ditos repercutíveis. Na Itália, também não se impugna o direito do *solvens* com a alegação de haver transferido o ônus financeiro do tributo repercutível, consagrando-se o entendimento de que o fenômeno econômico da translação não pode interferir na relação entre o Estado e o *solvens*. Por fim, Brandão Machado expõe que na Espanha, Bélgica, Suíça e outros países europeus, também se repele ou ignora o argumento de que o *solvens* deixa de ser titular do direito à restituição do indébito tributário, se ele transferir ao consumidor o respectivo ônus financeiro.

¹⁵⁵ Decisão em 16.12.1963. Disponível em: <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SUMU&n=&s1=71&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SUMUN&p=1&r=15&f=G>. Acesso em: 15.dez.2004.

¹⁵⁶ Decisão em 03.10.1969. Publicação no D.J. 10.12.1969. Disponível em: <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SUMU&n=&s1=546&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SUMUN&p=1&r=1&f=G>. Acesso em: 15.dez.2004.

reconhecido, por decisão, que o contribuinte *de jure* não recuperou do contribuinte *de facto* o *quantum* respectivo”.¹⁵⁷

Através da Súmula 546 do STF, em entendimento correlato ao do artigo 166 do CTN, a legitimidade ativa para repetir o indébito fruto de tributos indiretos foi conferida ao contribuinte, dito de direito, comprovando-se que este não repassou o encargo a terceiro ou, ainda que tenha repassado, tenha recebido do terceiro a devida autorização para pleitear o indébito.

Para Brandão Machado, o terceiro que assume o encargo tributário não pode ser equiparado ao sujeito passivo e, portanto, ser considerado parte na relação jurídica tributária. A relação existente entre o terceiro e o *solvens* não é de índole tributária, é apenas de direito privado. “Tributo aí é apenas o nome de uma parcela dentre outras tantas que compõem o preço, mas que não é paga pelo terceiro a título de tributo, uma vez que o terceiro nada deve a este título”. Desta forma, acrescenta, “não há, portanto, como possa o ‘solvens’ enriquecer injustificadamente com o recebimento de tributo, se o terceiro somente lhe paga preço de bens ou de serviços, e não de tributo que não lhe compete pagar”.¹⁵⁸

Segundo Marcelo Fortes de Cerqueira é “ao sujeito passivo da obrigação tributária ou responsável, que realizou o evento jurídico do pagamento indevido, que pertence o direito subjetivo de figurar no pólo ativo da obrigação de devolução do indébito tributário, quer efectual, quer intranormativa”.¹⁵⁹ O terceiro teria apenas uma relação de direito privado com o contribuinte tributário.

A respeito da transferência do encargo financeiro do tributo, Marco Aurélio Greco alude que o elemento vinculador entre o Poder Público e o sujeito passivo decorre da própria lei tributária. Desta forma, não é a vontade das partes que

¹⁵⁷ Tarcísio Neviani (**A Restituição de Tributos Indevidos, seus Problemas, suas Incertezas**. Resenha Tributária, 1983) e José Mörschbacher (**Repetição do Indébito Tributário Indireto**. Ob. cit) abordam a evolução do pensamento do STF, passando da fase em que se prevalecia o princípio da reposição da ordem jurídica violada quando tributo indevido era pago, para outra, em que se exigia a prova do repasse do encargo tributário, evitando que o contribuinte de direito se locuplete com a repetição do que não foi por ele efetivamente suportado.

¹⁵⁸ MACHADO, Brandão. **Repetição do Indébito...** Ob. cit. p. 87.

¹⁵⁹ CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. **Repetição do Indébito...** Ob. cit. p. 405.

determina a transferência referida no artigo 166 do CTN. Esta decorre da própria natureza do tributo.¹⁶⁰

Enfatizando o caráter de legitimidade do contribuinte de direito, Rubens Gomes de Souza explicita ser parte na relação jurídica tributária somente o contribuinte legalmente obrigado ao pagamento do tributo. Nos mesmos moldes de Brandão Machado, acrescenta que o fato do contribuinte “(...) ter recuperado de terceiro o respectivo montante, além de ser um fato econômico e não jurídico e por isso mesmo impossível de apurar com segurança, daria, quando muito, ao terceiro o direito de pleitear por sua vez do contribuinte a reposição de parte do preço”.¹⁶¹

Zelmo Denari, ao tratar do tema esclarece que liame existente entre o consumidor e o sujeito passivo dos tributos sobre a venda de mercadorias é puramente de direito privado. O consumidor é um terceiro estranho à relação jurídica tributária instaurada entre o fisco e o contribuinte ou responsável. É partícipe apenas de uma relação jurídica, mas distinta da de direito público. Em sendo um estranho à relação tributária, é inadmissível qualquer postulação do consumidor contra o fisco.¹⁶²

Conforme ensina Djalma de Souza Vilela a regra nas empresas é computar tudo quanto gastou para produzir ou continuar produzindo o produto ou serviço na fixação de preço. Desde matéria-prima, produtos intermediários, até a energia, os tributos, inclusive aqueles não vinculados ao produto como o imposto predial, a taxa de licença de localização, as contribuições previdenciárias, dentre outros gastos, todos são calculados no montante das despesas ponderadas na composição do preço. Nesse sentido, não se poderia pleitear restituição de nenhum tributo (direto ou indireto), pois todos entram na composição econômica dos preços, são, por esta forma, transferidos ao consumidor. Acrescenta, ainda, não estar o artigo

¹⁶⁰ GRECO, Marco Aurélio. Repetição do Indébito. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **Repetição do Indébito**. Caderno de Pesquisas Tributárias. Vol. 8. São Paulo: Resenha Tributária, Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1991, p. 281.

¹⁶¹ SOUZA, Rubens Gomes de. **Compêndio de Legislação...** Ob. cit. p. 123.

¹⁶² DENARI, Zelmo. Repetição do Indébito. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **Repetição do Indébito**. Caderno de Pesquisas Tributárias. Vol. 8. 2ª tir. São Paulo: Resenha Tributária; Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1983, p. 134. Segundo Zelmo Denari, “embora o consumidor não tenha legitimidade ativa para pedir restituição contra o fisco, não há recusar-lhe legitimidade para exercer a *actio in rem verso* contra o contribuinte, no âmbito da relação jurídica tributária”.

166 do CTN regulando a economia e o fenômeno da repercussão dos encargos. O CTN trata apenas da transferência do “respectivo encargo financeiro”, ficando adstrito à obrigação eminentemente tributária. Nesses termos, não se poderia cogitar de legitimidade para o consumidor e nem da repercussão econômica.¹⁶³

Tarcísio Neviani observa inclusive que a prova exigida de quem arcou com o respectivo encargo estabelecida no artigo 166 do CTN é de difícil consecução, levando o contribuinte a suportar o prejuízo, ao invés de enfrentar os tribunais, os custos das perícias e demais encargos de uma demanda.¹⁶⁴

Destarte, caso o contribuinte de direito não tenha agregado ao preço o tributo devido, deve comprovar por seus livros e arquivos este fato ou demonstrar a impossibilidade concreta de assim proceder. Caso o contribuinte tenha repassado o valor do tributo no preço final, deve receber do terceiro a autorização para pleitear a devida restituição.¹⁶⁵

Na ausência das duas hipóteses, poder-se-ia interpretar o dispositivo do CTN a favor do Estado, o qual apropriar-se-ia dos valores pagos indevidamente. Apesar de confirmar espécie de enriquecimento sem causa, condenado pelo Direito, tem-se entendido por alguns doutrinadores como melhor solução, conforme acentua Gilberto de Ulhôa Canto: “Assim penso porque ela atenderia aos aspectos morais que tanto importam àqueles que sustentam que se alguém tiver de se locupletar a expensas de terceiro ele deverá ser o Erário, que presumivelmente emprega no

¹⁶³ Segundo Djalma de Souza Vilela (A Restituição de Indébito Fiscal e a Transferência do Encargo Financeiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 709, nov., 1994, p. 259-260) “o cumpridor de uma obrigação tributária – considerada indevida – é que tem direito à restituição, pouco importa que tenha embutido este custo no preço da mercadoria e tenha ‘economicamente’ transferido para frente este ônus”.

¹⁶⁴ NEVIANI, Tarcísio. Repetição do Indébito. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **Repetição do Indébito**. Caderno de Pesquisas Tributárias vol. 8. 2ª tiragem. São Paulo: Resenha Tributária; Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1983, p. 312.

¹⁶⁵ Nesse sentido encontram-se os precedentes jurisprudenciais da Súmula 546 do STF (D.J. 10.12.1969): Recurso Extraordinário nº 58660-SP-Embargos, TP, Min. Amaral Santos, j. 28.05.1969, D.J. 30.05.1969; Recurso Extraordinário nº 58290-SP, 3ªT., Min. Luiz Gallotti; j. 23.11.1966, D.J. 23.11.1966; Recurso Extraordinário nº 45977-ES, 2ªT., Min. Aliomar Baleeiro, j. 22.02.1967, D.J. 22.01.1967. A jurisprudência do STF mantém o posicionamento da referida Súmula, a título exemplificativo, seguem: Recurso Extraordinário nº 82.877-SP, 2ª Turma, Min. Rel. Aldir Passarinho, por unanimidade, j. 09.08.1983, D.J. 18.11.1983; Recurso Extraordinário nº 114.556-SP, 1ª Turma, Min. Rel. Moreira Alves, por unanimidade, j. 16.10.1987, D.J. 11.12.1987; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 441.964-SP, 1ª Turma, Min. Rel. Eros Grau, por unanimidade, j. 21.09.2004, D.J. 15.10.2004, dentre outros.

interesse coletivo a receita que auferir, e guarda o devido respeito aos princípios jurídicos aplicáveis”.¹⁶⁶

Além da apropriação de valores pelo Poder Público configurar enriquecimento injustificado, por certo, estará ferindo o princípio da legalidade, imperativo do direito público.

Entretanto, a adoção da legitimidade ativa do contribuinte de direito, com base no artigo 166 do CTN e na Súmula 546 do STF, não está pacificada. Há entendimentos divergentes quanto à legitimidade para pleitear o indébito.

A legitimidade para pleitear a repetição pode ser conferida ao terceiro que arcou com o ônus do tributo. Deste entendimento comunga José Mörschbacher, admitindo que a parte final do artigo 166 do CTN (“ou no caso de tê-lo transferido a terceiros, estar por este expressamente autorizado a recebê-la”) reconhece o contribuinte de fato como titular do crédito contra o Fazenda Pública, pois, somente ele poderá autorizar ou outorgar mandato para outrem receber em seu nome tal crédito. Ademais, é o contribuinte de fato que experimenta o prejuízo da tributação.¹⁶⁷

Ricardo Lobo Torres, baseando-se no conceito de que a legitimidade ativa a repetir o indébito é daquele que suportou o ônus da cobrança, ou seja, daquele que sofreu redução em sua capacidade contributiva, aponta como legitimado para os casos de tributos indiretos o sujeito que suportou a carga fiscal – o contribuinte de fato.¹⁶⁸

Assim, para legitimar a ação de repetição do indébito, não basta o enriquecimento ilícito do ente público, mas também o empobrecimento do contribuinte. Nos casos de tributos indiretos, se o contribuinte de direito recuperou do terceiro os valores pagos a título de tributo, não sofreu em seu patrimônio nenhum decréscimo e, não poderia, portanto, estar legitimado para recuperá-lo via ação de repetição tais valores. Caberia, assim, ao terceiro,

¹⁶⁶ CANTO, Gilberto de Ulhôa. Repetição de Indébito. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Repetição do Indébito**. Caderno de Pesquisas Tributárias n. 8. São Paulo: Resenha Tributária e Centro de Estudos de Extensão Universitária (co-edição), 1983, p. 5.

¹⁶⁷ MÖRSCHBÄCHER, José. **Repetição do Indébito Tributário Indireto**. Ob. cit. p. 56.

¹⁶⁸ Ricardo Lobo Torres (**Restituição de Tributos...** Ob. cit, p. 16) afirma que “nos impostos indiretos, em que repercute o ônus da imposição distinguindo-se as figuras do contribuinte de jure (aquele que providencia o recolhimento) e o do contribuinte de fato (o que suporta a carga fiscal), legitimado ativamente é o contribuinte de fato”.

entendido como contribuinte de fato, essa legitimidade, pois, arcou com o desembolso financeiramente.¹⁶⁹

Aroldo Gomes de Mattos, nos casos de tributos indiretos, aponta para uma solução intermediária no intuito de compatibilizar o artigo 166 do CTN. Acaso o contribuinte de direito não consiga demonstrar que não repassou o encargo tributário e não tenha autorização do terceiro para pleitear a repetição do indébito, caberá ao terceiro tal intento. Questiona, destarte, “se o contribuinte de fato tem poder de delegar a outrem o exercício do direito à restituição, porque não poderia exercê-lo em seu próprio nome e diretamente? Afinal, quem pode o mais, pode o menos. É o que ocorre, *mutatis mutandis*, no caso do contribuinte substituído em relação ao substituto”.¹⁷⁰

Roberto Ferraz consigna seu entendimento pela legitimidade ativa tanto do contribuinte quanto do consumidor. Pautado no texto do CTN e da jurisprudência dos tribunais, entende possível conferir ao terceiro que suportou o repasse do encargo financeiro do tributo a legitimidade para repetir o indébito, afirmando que “a condição de legitimidade ativa do contribuinte de fato não é exclusiva, mantendo-se a do contribuinte de direito, nas condições estabelecidas pelo 166 do CTN”.¹⁷¹

Em inúmeros julgados o Superior Tribunal de Justiça – STJ - vem entendendo que caberá ao contribuinte de fato, se esse suportar o encargo tributário, a legitimidade ativa para repetir o indébito. Por exemplo, “assentou a Primeira Turma que o contribuinte de fato tem legitimidade ativa para propor a ação em que se discute cobrança de ICMS”.¹⁷²

¹⁶⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **Restituição de Tributos...** Ob. cit. p. 20; e TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário.** 11ª ed. atual. até publicação da Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 293.

¹⁷⁰ MATTOS, Aroldo Gomes de. Repetição do Indébito, Compensação e Ação Declaratória. *In*: MACHADO, Hugo de Brito. (Coord.). **Repetição do Indébito e Compensação no direito Tributário.** São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET, 1999, p. 51.

¹⁷¹ FERRAZ, Roberto. **Repetição do Indébito Tributário...** Ob. cit. p. 110.

¹⁷² Tributário. ICMS. Energia Elétrica. Legitimidade do consumidor. Contribuinte de fato.
 1. Assentou a Primeira Turma que o contribuinte de fato tem legitimidade ativa para propor a ação em que se discute cobrança de ICMS.
 2. Precedentes.
 3. Recurso não provido.
 (Resp nº 183.087-SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 21.06.2001, D.J. 11.03.2002, 1ª Turma, STJ).

Da mesma forma, a Segunda Turma do STJ entendeu que “o consumidor de fato que assume o ônus econômico do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica está legitimado a pleitear a repetição do indébito da exação que lhe desfalcou o patrimônio”.¹⁷³

Assim, as duas Turmas do STJ vêm conferindo legitimidade ativa ao terceiro para repetir o indébito, sob o fundamento de ser ele, nos tributos indiretos, quem arca com o ônus tributário.

O CTN assegura, além da restituição do principal, a restituição dos juros moratórios e demais penalidades pecuniárias a partir da decisão transitada em julgado.¹⁷⁴

Com relação ao direito para pleitear a repetição do indébito ele decai em 5 (cinco) anos, conforme artigo 168¹⁷⁵ do CTN contados da extinção do crédito nas

¹⁷³ PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – ERRO MATERIAL – ICMS – ENERGIA ELÉTRICA – REPETIÇÃO DO INDÉBITO – LEGITIMIDADE DO CONTRIBUINTE DE FATO.

1. Erro material no julgamento do recurso especial, no qual se discutiu a legitimidade do substituto tributário e não a do contribuinte de fato.

2. O consumidor de fato que assume o ônus econômico do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica está legitimado a pleitear a repetição do indébito da exação que lhe desfalcou o patrimônio (precedentes do STJ).

3. Embargos de Declaração acolhidos para rejeitar o recurso especial e negar-lhe provimento.

(E.Resp. 209.485-SP, Min. Rel. Eliana Calmon, j. 15.05.2003, D.J. 01.09.2003, 2ª Turma, STJ).

Os Embargos de Declaração foram opostos pela Fazenda Pública contra acórdão que teria incorrido em equívoco ao apreciar a legitimidade do substituído para discutir o sistema de recolhimento do ICMS pelo regime de substituição tributária. O Ministro Francisco Peçanha Martins reconhece o equívoco e examinando os autos traz à discussão julgados de sua relatoria, nos quais entende que a relação jurídica tributária se estabelece unicamente entre o poder tributante e o contribuinte ou responsável, na forma da lei. Entretanto, vale ressaltar o entendimento da Ministra Eliana Calmon em seu voto-vista vencedor. Analisando a ação de repetição de indébito ajuizada pelos consumidores de energia elétrica, a Ministra justifica através de outros julgados que o STJ tem reiteradamente admitido o contribuinte de fato sujeito ativo na repetição do indébito, por ser este o verdadeiro ente que suporta o encargo financeiro do tributo.

Vale citar alguns dos julgados do STJ mencionados pela Ministra Eliana Calmon, os quais conferem ao contribuinte de fato a legitimidade para pleitear a repetição do indébito de tributos indiretos: Agravo Regimental no Recurso Especial nº 436.894-PR, D.J. 17/02/2003, Rel. Min. José Delgado; Agravo Regimental no Recurso Especial nº 440.300-SP, D.J. 09/12/2002, Rel. Min. Luiz Fux; Recurso Especial nº 197.345-SP, D.J. 10/05/1999, Rel. Min. Garcia Vieira, dentre outros.

¹⁷⁴ Código Tributário Nacional:

“Art. 167. A restituição total ou parcial do tributo dá lugar à restituição, na mesma proporção, dos juros de mora e das penalidades pecuniárias, salvo as referentes a infrações de caráter formal não prejudicadas pela causa da restituição.

Parágrafo único. A restituição vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar.”

¹⁷⁵ Código Tributário Nacional:

hipóteses dos incisos I e II do artigo 165 do CTN, ou da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou judicial que anulou, reformou ou rescindiu a decisão condenatória, no caso previsto do inciso III do artigo 165.¹⁷⁶

Se ocorrer decisão administrativa denegatória da restituição, o sujeito passivo tem o prazo prescricional de 2 (dois) anos da publicação deste ato para pleitear judicialmente a anulação do ato administrativo, conforme o artigo 169¹⁷⁷ do Código Tributário Nacional.

O pedido de restituição de quantias pagas indevidamente pode ser efetuado pelas vias administrativa ou judicial. A primeira não é condição de procedibilidade para a segunda, sendo, manifestamente inconstitucional qualquer

“Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.”

¹⁷⁶ Dalton Luiz Dallazem (O Código Civil de 2002 e o prazo pra pleitear a repetição do indébito tributário. In: **Direito Tributário e o Novo Código Civil**. São Paulo, 2004, p. 341-362) traça três proposições quanto ao termo inicial do prazo para o pleito da repetição do indébito tributário, quais sejam, a data da extinção do crédito tributário; a declaração de inconstitucionalidade proferida no âmbito do controle concentrado, ou ainda, no controle difuso com posterior suspensão pelo Senado Federal; e, o momento em que a ilegitimidade dos lançamentos lastreados em disposição inconstitucional é expressamente reconhecida pela administração tributária. O autor conclui pela primeira proposição, assim como a maioria da doutrina: Hugo de Brito. Machado (“O prazo extintivo do direito de pleitear Restituição e o Direito de Compensar tributo indevidamente pago”. **Problemas de Processo Judicial Tributário**. vol. 2. 1998, p. 120); Aroldo Gomes Mattos (Ação de Repetição de Indébito: Possibilidade de Opção pela Compensação e o Prazo para seu Exercício. In: **Problemas de Processo Judicial Tributário**. 1998, p. 25-28); Adriana de França Costa (A Repetição do Indébito e a Compensação tributária. In: MARINS, James; MARINS, Gláucia Vieira. (Coord.). **Processo Tributário**. 2000, p. 399), dentre outros.

Com a Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005, publicada no D.O.U em 09 de fevereiro de 2005, edição extra, que “altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, e dispõe sobre a interpretação do inciso I do art. 168 da mesma Lei”, a interpretação do prazo para pleitear a restituição deve corresponder ao enunciado:

“Art. 3º. Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei”.

Extinto o crédito tributário mediante o pagamento antecipado no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, tem-se 5 (cinco) anos para pleitear a restituição do indébito.

Tal disposição legal deve ser analisada e as discussões com relação ao prazo para repetir o indébito tributário tendem a prosseguir.

¹⁷⁷ Código Tributário Nacional:

“Art. 169. Prescreve em 2 (dois) anos a ação anulatória da decisão administrativa que denegar a restituição.

Parágrafo único. O prazo de prescrição é interrompido pelo início da ação judicial, recomeçando o seu curso, por metade, a partir da data da intimação validamente feita ao representante judicial da Fazenda Pública interessada”.

lei que subordine o ingresso do contribuinte ao Judiciário ao prévio exaurimento das vias administrativas.

2.3. SÍNTESE CONCLUSIVA

A obrigação tributária está solidificada em dois sujeitos, aquele que exige (ativo) e aquele que realiza a exigência (passivo) da obrigação.

Na obrigação tributária, são sujeitos ativos a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Em casos especiais, chamados de parafiscalidade, a lei pode atribuir a titularidade da exigibilidade de determinado tributo à pessoa diversa daquela de competência para instituí-lo.

Os sujeitos passivos podem ser nomeados de contribuintes ou responsáveis. Contribuinte é aquele que tem relação direta e pessoal com o fato gerador da obrigação tributária; responsável é o sujeito que tem relação com o fato gerador da obrigação tributária expressada nos termos da lei. Vale ressaltar que na figura do responsável estão compreendidas a da substituição e a responsabilidade por transferência.

Quando em uma relação processual, pode o sujeito passivo da obrigação voltar-se contra a exigência do sujeito ativo, expressando-se através do sentido de partes, respectivamente, como autor e réu.

Atribuir autoria numa demanda exige a verificação da legitimidade. Para se intentar alguma demanda, quer administrativa ou judicialmente, o sujeito deve estar imbuído de legitimidade ativa, ou seja, precisa estar diretamente ligado à relação jurídica ora questionada.

Na repetição do indébito tributário não é diferente.

A repetição do indébito tributário pode ser pleiteada quando houver cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido; por erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

ou, ainda, por reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, nos termos do artigo 165 do CTN.

Quando, diante de tributos ditos diretos, a repetição pode ser pleiteada por aquele que efetivou o pagamento indevido. A problemática é criada frente à repetição de tributos ditos indiretos.

Tributos indiretos são aqueles que possibilitam a repercussão do ônus tributário. Diante de uma situação de pagamento indevido desses tributos, apontam-se dúvidas quanto à legitimidade do ente capaz de pleitear o indébito.

O artigo 166 do CTN e a Súmula 546 do Supremo Tribunal Federal expõem que está legitimado para pleitear o indébito de tributo indireto o sujeito que demonstrar que não repassou o ônus tributário a terceiro, ou, caso tenha repassado, obtenha deste a autorização que viabilize a discussão.

Por sua vez, a doutrina brasileira não está assente nessa interpretação. Ademais, a jurisprudência do STJ tem entendido pela possibilidade do terceiro, contribuinte de fato, repetir o indébito, haja vista ter ele suportado o ônus do tributo.

A partir dos delineamentos traçados, a repetição de tributo indireto pago indevidamente pode admitir as duas interpretações, pois, elas não se anulam. Diante de tributo indireto, a repetição deve se orientar no sentido de atribuir legitimidade ativa ao contribuinte que comprove não ter repassado o ônus tributário a terceiro, ou, caso tenha repassado, obtenha a autorização exigida por lei. Deixando de ocorrer tais hipóteses, a legitimidade para repetir deve ser atribuída ao terceiro que arcou com o ônus tributário.

A conclusão acima exposta é a que mais se coaduna com os objetivos do Direito, pois, evita que ocorra desvirtuamento das leis tributárias e, por conseqüência, promova o enriquecimento ilícito das partes envolvidas na relação jurídica apresentada.

3. LEGITIMIDADE ATIVA PARA DISCUTIR TRIBUTOS NO ARTIGO 108, PARÁGRAFO 3º DA LGT

Os temas sobre a repetição do indébito tributário e a legitimidade ativa anteriormente abordados auxiliarão na compreensão do artigo 108¹⁷⁸, parágrafo 3º da LGT, o qual enuncia que “serão transferidos integralmente aos usuários os ganhos econômicos que não decorram diretamente da eficiência empresarial, em casos como os de diminuição de tributos ou encargos legais e de novas regras sobre os serviços”.

Ao afirmar que os ganhos econômicos, como a diminuição dos tributos, serão imediatamente repassados aos usuários, criou-se diretamente uma espécie de proteção ao consumidor e, indiretamente, promoveu-se a livre concorrência entre as empresas do setor de telecomunicações. Afinal, quando se questionam os encargos tributários, objetiva-se a alteração ou diminuição dos mesmos, acarretando também na diminuição dos preços apresentados aos usuários dos serviços.¹⁷⁹

Depreende-se do enunciado a hipótese de afastamento da tributação, por mudança da legislação fiscal, planejamento fiscal ou por decisão judicial, resultando na eliminação da fonte de enriquecimento do Estado, pois, este não mais poderá cobrar das empresas de telecomunicações determinados encargos tributários.

¹⁷⁸ Artigo 108 da LGT:

“Art. 108. Os mecanismos para reajuste e revisão das tarifas serão previstos nos contratos de concessão, observando-se, no que couber, a legislação específica.

§ 1º A redução ou o desconto de tarifas não ensejará revisão tarifária.

§ 2º Serão compartilhados com os usuários, nos termos regulados pela Agência, os ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, bem como de novas receitas alternativas.

§ 3º Serão transferidos integralmente aos usuários os ganhos econômicos que não decorram diretamente da eficiência empresarial, em casos como os de diminuição de tributos ou encargos legais e de novas regras sobre os serviços.

§ 4º A oneração causada por novas regras sobre os serviços, pela álea econômica extraordinária, bem como pelo aumento dos encargos legais ou tributos, salvo o imposto sobre a renda, implicará a revisão do contrato.”

¹⁷⁹ Neste trabalho utilizar-se-ão as expressões “usuários dos serviços de telecomunicações” e “consumidor” como sinônimos, por entender-se que esta última expressão, ao lado de Estado e contribuinte, neste contexto, serve para indicar a situação exposta. Afinal, o artigo 2º do CDC, antes analisado, descreve o consumidor como a “pessoa física ou jurídica que adquire o utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

A própria legislação intitulou as discussões tributárias como ganhos independentes da eficiência empresarial. A norma é clara ao comandar que os ganhos tributários devem ser transferidos ao consumidor.

Cabe analisar a legitimidade para promover tais discussões tributárias. Ou seja, na relação entre Poder Público, empresa de telecomunicações e usuário dos serviços, a quem caberia a discussão.¹⁸⁰

Primeiramente, há que se analisar as figuras envolvidas na relação jurídica e, então, apontar o legitimado para propor a devida demanda.

Ao instituir as competências tributárias da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a Constituição Federal confere a cada uma dessas pessoas políticas uma área delimitada, dentro da qual poderá criar seus tributos.

Ao Estado e ao Distrito Federal, por exemplo, no campo das telecomunicações, cabe instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior - ICMS.¹⁸¹

Para permitir melhor visualização do tema, adota-se o exemplo do ICMS no Estado do Paraná.

¹⁸⁰ De acordo com Roberto Ferraz (Da Hipótese ao Pressuposto de Incidência – em Busca do Tributo Justo. In: SCHOUERI, Luis Eduardo (Coord.) **Direito Tributário** – Homenagem a Alcides Jorge Costa. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 218 e 222) “Faltando a destinação do produto da arrecadação de acordo com a promoção do bem comum (cognoscível histórica, política e filosoficamente), inválida é a norma que institui o tributo, não importando sua perfeita adequação (apenas forma) à norma de competência”. E adiante o autor acrescenta: “Exige-se hoje do sistema tributário uma racionalidade que supera enormemente a simples forma jurídica”. Qualquer tributo, quer na situação da prestação de serviços de telecomunicações, quer em qualquer outra esfera tributária, deve estar de acordo com tais ditames; do contrário, pode e deve ser discutido e afastada sua exigibilidade.

Destarte, através de seus ensinamentos, todo tributo deve ser fruto da análise do pressuposto de incidência tributária, a qual “**é o conjunto de condições estabelecidas expressa ou implicitamente pela Constituição para a imposição de tributos, tanto no tocante à cobrança,** isto é, condições estabelecendo hipóteses de incidência, bases de cálculo, contribuintes, e demais elementos da exigência válida, incluídos isonomia, legalidade, irretroatividade, capacidade contributiva e progressividade, conforme o caso, bem como, no tocante às condições estabelecidas constitucionalmente *quanto à destinação do produto da arrecadação*, que igualmente integram o elenco de requisitos para a validade da exação, para todas as espécies tributárias. O estabelecimento de tais pressupostos de incidência define não apenas condições de *vigência*, mas todo um programa de *interpretação* do sistema tributário” (grifos do autor.).

¹⁸¹ Conforme artigo 155, inciso II da Constituição Federal.

O ICMS é um imposto sobre a circulação de mercadorias e prestações de serviços, inclusive sobre os serviços de telecomunicações. Nesse caso, poder-se-ia entender como um imposto sobre consumo, imposto indireto.

A Lei nº 11.580 do Estado do Paraná, de 14 de novembro de 1996, instituiu o ICMS, informando o Estado como sujeito ativo da obrigação tributária.¹⁸² Em linhas gerais, com relação aos serviços de comunicação, gênero no qual se encontram as telecomunicações como espécie, o imposto incide sobre “as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza”.¹⁸³ O fato gerador dessas atividades acontece no momento que ocorre a prestação onerosa do serviço de comunicação.¹⁸⁴

A base de cálculo do imposto nos casos de prestação de serviço é o preço do serviço¹⁸⁵. A Lei conferiu à prestação de serviços de telecomunicações a alíquota de 27% (vinte e sete por cento) sobre a prestação.¹⁸⁶ Ademais, trata dos sujeitos passivos do tributo, nomeando-os de contribuinte e responsável.¹⁸⁷

¹⁸² Referida Lei Estadual foi regulamentada pelo Decreto nº 5.141, de 12 de dezembro de 2001, publicado no Diário Oficial do Estado em 13 de dezembro do mesmo ano (com atualizações), o qual aprovou o Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – RICMS, para o Estado do Paraná.

¹⁸³ Lei do Estado do Paraná nº 11.580/1996:
 “Art. 2º O imposto incide sobre:
 (...) III – prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza”.

¹⁸⁴ Lei do Estado do Paraná nº 11.580/1996:
 “Art. 5º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:
 (...)
 VII – das prestações onerosas de serviços de comunicação, feitas por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza”.

¹⁸⁵ Lei do Estado do Paraná nº 11.580/1996:
 “Art. 6º A base de cálculo do imposto é:
 (...)
 III – na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço”.

¹⁸⁶ Lei do Estado do Paraná nº 11.580/1996:
 “Art. 14. As alíquotas internas são seletivas em função da essencialidade dos produtos ou serviços, assim distribuídas:
 (...)
 VI – alíquota de 27% (vinte e sete por cento) para operações e prestações com:

Desta forma, a obrigação tributária se perfaz tendo por objeto a prestação onerosa de serviços de telecomunicação, o Estado como sujeito ativo e a empresa de telecomunicações como sujeito passivo, sendo que esta deve repassar àquele 27% (vinte e sete por cento) sobre o valor do serviço no momento em que efetivar a prestação ao usuário.

Nas relações de consumo há possibilidade de repercussão do ônus tributário. Uma vez pago o ICMS pela empresa de telecomunicação ao Estado do Paraná, a mesma poderia agregá-lo às tarifas cobradas dos usuários. Dessa forma, tem-se como sujeito passivo da obrigação tributária a empresa.

Entretanto, a análise do parágrafo 3º do artigo 108 da LGT tende a gerar questionamentos com relação à legitimidade ativa para se discutir tributos na prestação de serviços de telecomunicações e as conseqüências do resultado judicial alcançado. Podem ser vislumbradas duas hipóteses: das empresas de telecomunicações e do consumidor, as quais serão a seguir analisadas.

(...)
b) prestação de serviços de comunicação”.

¹⁸⁷ Seguem os artigos mais relevantes para o setor de telecomunicações dispostos na Lei do Estado do Paraná nº 11.580/1996 quanto à caracterização de contribuinte e responsável:

“Art. 16. Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. (...)”.

“Art. 18. São responsáveis pelo pagamento do imposto:

(...)

IV – o contribuinte ou depositário a qualquer título, na qualidade de substituto tributário, em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes – inclusive quanto ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte do imposto, localizado neste Estado – na forma a ser regulamentada em Decreto do Poder Executivo, em relação a:

(...)

u) serviços de transporte e de comunicação

(...)

X – o contratante de serviço ou terceiro que participe de prestação de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal e de comunicação”.

3.1. HIPÓTESE DA LEGITIMIDADE ATIVA DAS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES

O artigo 108, parágrafo 3º da LGT viabiliza que algum dos entes envolvidos na relação apresentada discuta tributos no intuito de excluir a cobrança advinda destes ou ao menos diminuí-la.

Um dos interessados em ver a tarifa dos serviços diminuir é a própria empresa de telecomunicação. A seguir, far-se-á uma análise dos argumentos postos à defesa da legitimidade ativa das empresas de telecomunicações nas discussões em matéria tributária frente o dispositivo legal da LGT.

3.1.1. Legitimidade ativa na relação processual contra a exigência tributária é daquele que paga o tributo.

A legitimidade ativa para discutir tributos pertence àquele que está obrigado por lei a pagar o referido tributo. A empresa de telecomunicações é o sujeito passivo da obrigação tributária e, assim, tem a legitimidade ativa nas ações cujo objeto é discuti-la.

Para facilitar a compreensão, retoma-se o exemplo do ICMS no Estado do Paraná. A própria legislação estadual enuncia o Estado do Paraná como sujeito ativo e a empresa de telecomunicações como sujeito passivo da obrigação tributária, sendo que esta deve repassar àquele 27% (vinte e sete por cento) sobre o valor do serviço no momento em que efetivar a prestação ao usuário.

Além do ICMS, outros tributos oneram a empresa de telecomunicações, e ainda que alguns sejam transferidos para cobrança dos usuários, quem está obrigado por lei a eles é a empresa de telecomunicações.

Alguns questionamentos podem surgir quando se tratam de tributos ditos indiretos. Tributos diretos são aqueles que não comportam transferência do ônus tributário a um terceiro envolvido na situação fática (contribuinte de fato). Tributos indiretos comportam a referida transferência. Todavia, em nenhum momento a legislação brasileira inviabilizou o repasse de encargos ao preço final de produtos ou serviços.

De acordo com parte dos ensinamentos traçados quando se discutiu a legitimidade ativa para repetição do tributo indireto¹⁸⁸, a relação jurídica tributária determinada em lei se estabelece somente entre o Estado e o contribuinte ou responsável; qualquer terceiro que venha a integrá-la não terá legitimidade frente à Fazenda Pública. A relação existente entre o sujeito passivo e o terceiro pode ser de cunho meramente econômico, e por consequência, não interessa à Fazenda Pública.

A construção do preço, inclusive admitindo a carga tributária e a sua transferência na cadeia econômica, é uma incógnita da matemática financeira e não do direito; acontecendo, muitas vezes, de qualquer tributo sofrer repercussão.

Ademais, ainda que certos tributos comportem por natureza a transferência do respectivo encargo financeiro e admitam a possibilidade de terceiro arcar com o ônus tributário em virtude do fenômeno da repercussão, não deve recair ao usuário a legitimidade ativa para a discussão, haja vista a possibilidade de este não ter pago pelo serviço. Ora, inexistente o repasse do ônus tributário, quando inexistente o pagamento dos serviços prestados. Destarte, não teria legitimidade o usuário dos serviços de telecomunicações para questionar o tributo em si ou sua repetição, mesmo diante dos chamados tributos “indiretos”.

O STF tem se pronunciado a respeito da discussão e tentado afastar a legitimidade de terceiro para discutir tributos, nos mesmos moldes apresentados sobre repetição do indébito¹⁸⁹, ou seja, tem legitimidade apenas o contribuinte empresa de telecomunicações. O terceiro que arca com o ônus tributário não participa da relação jurídico-tributária, pois consumidor paga preço e não tributo.

3.1.2. Ainda que ocorra a repercussão econômica de tributos, o consumidor pode ter um percentual irrisório para pleitear judicialmente, o que frente à burocracia do Judiciário ou da Administrativa, acabaria não sendo efetivado.

¹⁸⁸ Conforme Item 2.2.3.

¹⁸⁹ Vale ressaltar que não serão apresentadas neste capítulo novas jurisprudências sobre o tema, haja visto elas já constarem desses estudos quando da discussão sobre a legitimidade para repetição do tributo indireto (item 2.2.3). Afinal, ainda que nesse tópico seja abordada “a legitimidade para discutir tributos”, os argumentos que apontam tal legitimidade se baseiam nas discussões sobre tributos diretos e indiretos e contribuintes de fato e de direito, argumentos esses apresentados no capítulo anterior.

Existem tributos que podem repercutir economicamente e atribuir a um terceiro o pagamento de tal encargo. No caso de repetição do indébito, para se pleitear valores pagos indevidamente a empresa de telecomunicações deve provar que assumiu referido encargo ou estar pelo terceiro autorizado, conforme orientação do artigo 166 do CTN. Entretanto, em ocorrendo essa repercussão, dificilmente se tem como fazer tal prova.

Atribuir legitimidade ativa exclusiva aos consumidores configuraria, na prática, a apropriação indébita pelo Estado do tributo pago, pois, os valores indevidamente cobrados e pagos pelos consumidores nas faturas telefônicas normalmente são ínfimos, incapazes, muitas vezes, de fundamentar uma demanda judicial ou administrativa.

Essa análise promoveria o enriquecimento sem justa causa do Estado. “Caso se entendesse que somente o chamado contribuinte de fato, o consumidor, teria legitimidade para discutir os tributos incidentes em vendas ao consumidor, vazia ficaria a norma que proíbe o enriquecimento ilícito, pois efetivamente não haveria quem pudesse discutir as exigências indevidas do Fisco”.¹⁹⁰

3.1.3. O imperativo da LGT sob análise é um exemplo propulsor de concorrência sadia entre empresas do mesmo setor.

Conforme antes apresentado¹⁹¹, a LGT estabelece em seus artigos uma política tarifária a ser adotada pelas empresas concessionárias dos serviços de telecomunicações. Dentre outros mandamentos, atribui à Anatel a função de estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço a ser prestado pelas concessionárias. Ainda que fixe valores máximos para cada serviço, há a possibilidade de a concessionária cobrar tarifas inferiores, desde que a redução se baseie em critério objetivo e favoreça a todos os usuários, evitando-se a concorrência desleal.

Os ditames legais, portanto, contribuem para a efetividade dos princípios constitucionais da livre concorrência e da defesa do consumidor. Por sua vez, o artigo 108, parágrafo 3º da LGT também contribui para tal efetividade. Afinal, entendendo a empresa de telecomunicações como legitimada a discutir encargos

¹⁹⁰ FERRAZ, Roberto Ferraz. **Repetição do Indébito...** Ob. cit. p. 112.

¹⁹¹ Conforme Item 1.

tributários almeja-se, implicitamente, que todas as empresas de telecomunicações busquem melhores preços e qualidade de serviço.

Promover a concorrência sadia entre as empresas do setor é um dos objetivos da LGT. A concorrência pode ser marcada por discussões tributárias que tenham como finalidade a diminuição ou a suspensão de exigências tributárias.

Ademais, a empresa ao buscar o afastamento da tributação apresentando preços menores dos serviços, conquista um maior número de usuários.

3.1.4. O dispositivo enuncia que haverá “repasse” dos ganhos econômicos, “após” a conquista judicial, ou seja, após a demanda pleiteada pela empresa de telecomunicações.

A fim de esclarecer este fundamento, vale reescrever trecho do parágrafo 3º do artigo 108 da LGT, o qual informa que “serão transferidos integralmente aos usuários os ganhos econômicos”.

A norma é enfática ao estabelecer que os ganhos econômicos, fruto de discussões tributárias, “serão” transferidos integralmente aos usuários, ou seja, “após” a discussão, e não “antes” ou “durante”.

A discussão tributária passa a ser privilégio da empresa de telecomunicações. Ela deve se insurgir contra as cobranças tributárias ilegais e perseguir de todas as formas o afastamento da tributação, quer através de discussões tributárias, quer através do planejamento fiscal.

Desta forma, os imperativos da lei serão resguardados e o resultado será vantajoso para as partes envolvidas. Instigar-se-á a propositura de contendas no intuito de melhorar os preços ofertados aos consumidores, os quais, por via reflexa, se aproveitarão de tais atos das empresas, pois, pagarão preços menores pela prestação dos serviços.

3.1.5. O artigo 108, parágrafo 3º da LGT enuncia que os ganhos econômicos provenientes do afastamento da tributação devem ser repassados ao consumidor. Assim, uma vez pleiteado tal afastamento, os valores conquistados até a decisão devem ser apropriados pela própria empresa de telecomunicações. Fator esse que define e corrobora para a concretização do princípio da livre concorrência, pois,

promoverá uma disputa entre as empresas para ver suas tarifas com preços melhores.

Portanto, os valores enquanto discutidos até a solução da lide são de propriedade da empresa de telecomunicações. Os valores que deixarem de ser exigidos dos consumidores, por força da atuação das empresas frente à discussão de tributos levada ao Judiciário ou a Tribunal Administrativo, deverão, a partir da decisão definitiva, ser diminuídos do preço final ao consumidor, mediante desoneração tarifária. Afinal, o conteúdo do parágrafo 3º em questão é expressivo ao informar que os ganhos econômicos deverão ser transferidos integralmente aos consumidores. Caso isto não se realize de pronto, deve-se pleitear judicialmente o cumprimento da lei.

Nesse momento, os consumidores podem ser interpretados como legitimados ativos para uma demanda acaso não se realize o repasse previsto em lei. Assim, eles deverão pleitear a minoração da tarifa e a devolução das quantias pagas indevidamente à empresa de telecomunicações.

A relação passa a ser meramente civil, pois há apropriação indevida de valores pela empresa na prestação de serviços. Poder-se-ia, inclusive, admitir que a violação da regra da LGT enseja uma ofensa direta ao direito do consumidor. E, assim, aplicar-se-ia a regra do CDC, na qual “o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.¹⁹²

3.2. HIPÓTESE DA LEGITIMIDADE ATIVA DOS CONSUMIDORES

3.2.1. Consumidor considerado individualmente

3.2.1.1. A questão da legitimidade ativa para propor discussões em matéria tributária frente ao imperativo do artigo 108, parágrafo 3º da LGT pode ser conferida ao consumidor do serviço prestado pela concessionária de

¹⁹² Conforme artigo 42, parágrafo único do CDC.

telecomunicações. Afinal, diante de certos tributos indiretos, o terceiro é quem arca com o ônus tributário.

Nas relações de consumo, usuários dos serviços de telecomunicações são consumidores e as empresas de telecomunicações são os fornecedores, sendo ambos, portanto, protegidos pelo CDC.¹⁹³

Além de consumidores, os usuários podem se colocar na posição de contribuintes, tendo em vista poderem arcar financeiramente com o pagamento de alguns tributos no preço dos produtos ou serviços. Isso acontece, normalmente, com os chamados tributos indiretos.

Esses tributos indiretos sofrem repercussão. Dessa forma, ainda que a lei privilegie determinado sujeito, chamado de contribuinte de direito, poderá o encargo tributário ser repassado a um terceiro, nomeado de contribuinte de fato, e a esse ser conferida a legitimidade ativa.

Sob este aspecto, se o entendimento é válido para o artigo 166 do CTN, válido o é também para o parágrafo em questão do artigo 108 da LGT. Assim como pode ser consignada a legitimidade ativa do terceiro para pleitear o indébito, pode ser atribuída a ele a legitimidade para propor a discussão de tributos que oneram sua fatura telefônica. Ademais, da mesma forma que o terceiro pode autorizar a repetição, tem ele legitimidade para em nome próprio discutir tributos.

A jurisprudência brasileira, essencialmente o STJ¹⁹⁴, vem admitindo reiteradamente a legitimidade do terceiro (contribuinte de fato) para pleitear o indébito e discutir tributos lhe são exigidos sob o fundamento de que ele é quem arca com o ônus tributário definitivamente.

3.2.1.2. Ao argumento de que o repasse do tributo no preço cobrado pelo serviço é apenas mera equação financeira pode ser contraposto o de que os tributos indiretos vêm destacados nas faturas e, portanto, facilitam o direito à devolução quando pagos indevidamente.

¹⁹³ Conforme orientação do CDC, consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (art. 2º). Serviços estes prestados pelo fornecedor, “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços” (art. 3º CDC).

¹⁹⁴ Conforme Item. 2.2.3.

O não cabimento da demanda por valores ínfimos acaba sendo desprestigiado em face da argumentação posta. Mesmo que se admita a existência de pequenos valores indicados individualmente nas contas telefônicas, estes considerados por determinado período podem perfazer um alto valor final, facilitando a propositura de demanda.

3.2.1.3. Ocorrendo a possibilidade legal de afastamento da tributação exigida na prestação de serviços de telecomunicações cabe aos interessados promover a discussão. Diante do repasse do ônus tributário ao consumidor ou no caso de inércia da empresa de telecomunicações, tem legitimidade para tal intento o próprio consumidor. Os ganhos econômicos, destarte, devem ser revertidos diretamente para suas faturas telefônicas.

3.2.2.

Defesa do consumidor coletivamente - legitimidade ativa do Ministério Público

Admitindo-se o consumidor como legitimado ativo para discutir tributos no caso do artigo 108, parágrafo 3º da LGT, poder-se-ia vislumbrar a defesa coletiva desses consumidores.

Com o objetivo de atender aos imperativos sociais, o ordenamento jurídico passou a tutelar os interesses coletivos. Baseado na “class actions”¹⁹⁵ do direito norte-americano, as medidas legais coletivas passaram a figurar no Brasil a partir da Lei Federal nº 4.717, de 29 de junho de 1965, a qual regulou a “Ação Popular” e ganharam efetividade após a Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985, denominada “Lei da Ação Civil Pública” - LACP, o próprio texto da Constituição Federal de 1988, o CDC, dentre outras legislações.

A Ação Popular delineada pela Lei Federal nº 4.717/1965 garante ao cidadão, ainda que em litisconsórcio com outros cidadãos, a proteção restrita à

¹⁹⁵ Conforme José Batista de Almeida (**A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 148) “nas *class action* americana qualquer interessado pode ingressar com a ação coletiva (de classe), representando os demais, obrigando a todos a decisão. Na ação coletiva brasileira isso não acontece, porquanto os legitimados estão definidos em lei, e dentre eles não se inclui o lesado individualmente considerado. Além disso, na *class action* o juiz aprecia o requisito da representatividade, para avaliar se o representante do grupo está técnica e adequadamente instrumentado para a defesa dos interesses do grupo, o que inócorre no direito brasileiro, em que só as entidades legitimadas podem ajuizar a ação coletiva”.

preservação do patrimônio público. A Lei Federal nº 7.347/1985, por sua vez, disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos ao meio ambiente, ao consumidor e outros bens coletivos.

Entretanto, apenas com a Constituição de 1988 obteve-se uma proteção ampla e efetiva aos interesses metaindividuais.¹⁹⁶ A Constituição Federal, dentre outras determinações, previu a possibilidade do mandado de segurança coletivo¹⁹⁷ e ampliou o alcance das ações populares¹⁹⁸.

A Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – CDC - dispôs sobre a defesa dos interesses difusos e coletivos, ampliando ainda a categoria para a defesa dos interesses individuais homogêneos.

O CDC conceitua categorias de interesses protegidos coletivamente em difusos, coletivos e individuais homogêneos.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Hugo Nigro Mazzili explica que entre os interesses públicos (cujo titular é o Estado) e os interesses privados (cujo titular é o cidadão) há o que a doutrina denominou de interesses “metaindividuais”. Seriam, portanto, interesses que excedem o âmbito individual, mas não chega a se constituir em interesse público (“**A Defesa do Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor e interesses difusos e coletivos.** 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 4). O CDC adota a nomenclatura de “transindividuais” (art. 81, parágrafo único, CDC).

¹⁹⁷ Artigo 5º, inciso LXX da Constituição Federal:
 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:
 (...) LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:
 a) partido político com representação no Congresso Nacional;
 b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”

¹⁹⁸ Artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal:
 “Art. 5º
 (...) LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

¹⁹⁹ Código de Defesa do Consumidor:
 “Art. 81.(...)
 Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
 I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
 II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
 III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

A doutrina brasileira comunga com tais conceitos. Os interesses difusos são caracterizados pela “indeterminação dos sujeitos, indivisibilidade do objeto, intensa litigiosidade interna e tendência à transição ou mutação no tempo ou no espaço”.²⁰⁰ Os interesses difusos são, portanto, interesses de grupos indeterminados de pessoas, interligadas por certas contingências, mas sem qualquer vínculo jurídico. Com relação ao objeto, este não pode ser distribuído em quotas; há certa comunhão e uma vez ofendido, atinge a toda coletividade envolvida. Exemplo típico de interesse difuso é a tutela do meio ambiente. Todos desejam um ambiente hígido e, caso ocorra qualquer situação fática que o agrida (v.g. desmatamento de certa região), poderá deflagrar uma demanda, convergindo interesses de todas pessoas efetivamente atingidas, no intuito de restabelecer o equilíbrio natural.

Os interesses coletivos se revelam por sua relação entre um determinado grupo e uma relação jurídica base. Observa-se, portanto, que ambos interesses, difusos e coletivos, são indivisíveis, mas se distinguem na medida que os difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias fáticas, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas pela mesma relação jurídica. A relação jurídica que caracteriza os interesses coletivos deve ser anterior ao evento agressor sofrida pelo grupo, não sendo este o fator de união dos componentes do grupo. Exemplo desta categoria de interesse pode ser dado através do direito dos alunos de uma determinada escola em ver assegurado, ainda que judicialmente, a mesma qualidade de ensino em determinado curso.

Os interesses individuais homogêneos, por sua vez, caracterizam a proteção coletiva por decorrerem de uma origem comum. De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso esses interesses se caracterizam por sujeitos identificados ou identificáveis e objeto divisível a cada um dos sujeitos. “Nos individuais homogêneos, é o fato circunstancial de derivarem de origem comum que lhes conferem coalizão, agregação e, portanto, uniformidade, qualidade essa que,

²⁰⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos – Conceito e Legitimação para Agir**. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 125.

aliada ao expressivo número dos sujeitos concernentes, recomenda o ajuizamento da ação em modalidade coletiva”.²⁰¹

Os interesses individuais homogêneos e os interesses difusos são decorrentes de circunstâncias fáticas; aqueles se caracterizam por sujeitos determinados ou determináveis e objeto divisível ou individualmente variável, estes, por sujeitos indeterminados e objeto indivisível.

Com relação aos interesses coletivos, os interesses individuais homogêneos se diferenciam pela divisibilidade do objeto presente nestes e ausentes naqueles. Ademais, somente nos interesses coletivos há um vínculo jurídico anterior.

Tendo em vista essas categorias de interesses, alguns direitos passíveis de serem protegidos coletivamente passaram a ser classificados. De interesse para o presente estudo, cabe analisar os direitos dos contribuintes e dos consumidores.

O CDC dispõe que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.²⁰²

O interesse individual do consumidor é defendido pela legislação ordinária, pela qual cada lesado, ainda que representado, defende seu próprio direito. O interesse coletivo do consumidor, por sua vez, pode ser defendido via ação coletiva.²⁰³ O CDC estabelece que a defesa coletiva será exercida quando se tratar de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.²⁰⁴

Estão legitimados concorrentemente para defender coletivamente os interesses dos consumidores o Ministério Público, a União, Estado, Municípios, Distrito Federal, entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, (ainda que sem personalidade jurídica específica) e as associações.²⁰⁵

²⁰¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sobre a legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 440.

²⁰² Conforme artigo 81 do CDC.

²⁰³ Conforme Adriano Perácio de Paula (Aspectos da Ação Civil Pública em Matéria de Consumo. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, nº 110, abril-jun., 2003, p. 98-99): “Não existem procedimentos diferenciados para a tutela dos interesses difusos, dos direitos coletivos ou dos interesses individuais homogêneos, não obstante alguns segmentos doutrinários entenderem que há uma ação civil pública a tutelar os interesses difusos e os direitos coletivos, e um outro procedimento, que se denominaria ação civil coletiva, a proteger os interesses individuais homogêneos”. E acrescenta a seguir: “Não importa o pedido em sede de tutela coletiva em juízo, a ação é ‘uma única’, qual seja: a ação civil pública”.

²⁰⁴ Conforme parágrafo único do artigo 81 do CDC.

Os direitos dos contribuintes, enquanto consumidores finais de determinados produtos e serviços podem ser classificados conforme a orientação do CDC. Quando assim acontece, podem ser classificados como interesses coletivos ou como interesses individuais homogêneos.²⁰⁶

O Ministério Público tem como funções promover a aplicação e a execução das leis, no zelo de interesses sociais ou individuais indisponíveis, difusos e coletivos.²⁰⁷ Ademais, dentro de seus misteres, suas funções institucionais podem

²⁰⁵ Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos art. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.”

Salienta-se que há as associações de defesa do consumidor, como por exemplo, o Instituto de Defesa do Consumidor de São Paulo – IDEC, a Associação Paranaense de Defesa do Consumidor – APADECO, também poderiam buscar a legitimidade para proporem discussões tributárias na defesa dos consumidores considerados coletivamente. Entretanto, o presente estudo analisará somente a figura do Ministério Público.

²⁰⁶ Conforme José Marcelo Menezes Vigliar (**Ação Civil Pública**, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 73-74), existiria, assim, quatro correntes doutrinárias sobre a matéria:

(a) há quem entenda que o Ministério Público estará sempre legitimado para a defesa de quaisquer dos interesses supra-individuais (difusos, coletivos ou individuais homogêneos);

(b) há quem entenda que o Ministério Público sempre estará legitimado somente para a defesa dos interesses difusos e dos interesses coletivos, porque os individuais homogêneos não teriam sido disciplinados pelo art. 129, III, do Texto Supremo, em que algumas de suas funções institucionais acham-se elencadas;

(c) há quem reconheça a legitimação para a defesa dos interesses individuais homogêneos, pelo Ministério Público, apresentando algumas restrições. É a corrente que conta com grande simpatia da doutrina (...).

(d) há, ainda, outra corrente, cujos adeptos à própria defesa dos interesses coletivos, em sentido estrito, entendendo também que há que se perquirir essa hipótese sobre a comunhão existente entre o interesse coletivo lesado ou ameaçado de lesão e a destinação institucional do Ministério Público, assim como os casos de defesa de interesses individuais homogêneos.”

²⁰⁷ Conforme artigo 127, *caput*, e 129, inciso III e parágrafo 1º Constituição Federal:

“Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

(...)

§ 1º - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”

ser privativas (v.g. promover a ação penal pública) ou sem exclusividade (v.g. promover a ação civil pública).

Nesse ínterim, o Ministério Público, no processo civil, pode atuar como parte da relação jurídico-processual (órgão agente) ou como órgão interveniente, atuando na defesa de um determinado interesse em processos que se desenvolvem entre outras partes. A Constituição Federal ainda permite ao órgão ministerial exerça outras funções que lhe forem conferidas desde que compatíveis com sua finalidade.²⁰⁸

De interesse especial, cabe frisar que nos casos em que a lei concede ao Ministério Público a possibilidade de propositura da ação civil pública, se está diante de uma legitimação para agir, reconhecida extraordinariamente a esse órgão por lei.²⁰⁹

Ademais, a Lei Complementar Federal nº 75, de 20 de maio de 1993, dispôs sobre a organização, atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, caracterizando como funções institucionais “zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos ao sistema tributário, às limitações do poder de tributar, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e aos direitos do contribuinte”.²¹⁰ Adiante, elenca como de sua competência, dentre outras atribuições, a promoção da ação civil pública para a proteção de interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos ao consumidor e para outros interesses e a promoção de outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.²¹¹

²⁰⁸ Conforme artigo 129, inciso IX da Constituição Federal:

“Art. 129.

(...)

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

²⁰⁹ Conforme orientação de Carlos Alberto de Sales (Legitimidade para Agir: Desenho Processual da Atuação do Ministério Público. In: CAMARGO FERRAZ, Antonio Augusto de (Coord.). **Ministério Público: Instituição e Processo**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 247-249), esta conclusão é a mais aceita pela doutrina brasileira. Ainda que alguns considerem como “legitimidade ordinária”, pois embora o Ministério Público possa representar a sociedade, não se pode pretender que ele a personifique, colocando-se como titular dos interesses daquela.

²¹⁰ Conforme artigo 5º, inciso II, alínea “a” da Lei Complementar nº 75/1993.

²¹¹ Artigo 6º, inciso VII, alíneas “c”, “d” e incisos XII e XIV da Lei Complementar nº 75/1993.

“Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

Em que pesem as distinções sobre a categoria de interesses que melhor se amoldam os direitos do contribuinte²¹², merece atenção a defesa desses direitos pelo Ministério Público, inclusive analisando as semelhanças e distinções no tratamento do “contribuinte-consumidor”.

A legislação tratou de apontar os interesses passíveis de serem defendidos pelo Ministério Público. Quanto aos direitos do contribuinte, buscou-se, durante muito tempo, elencá-los nas categorias de interesses coletivos ou individuais homogêneos, para então, garantir a proteção coletiva por ação civil pública pelo Ministério Público.

Segundo Hugo Nigro Mazzilli, ao tratar do tema da legitimidade para a ação civil pública, o Ministério Público poderá se valer dessa ação na defesa de interesses difusos e coletivos, bem como na defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis. Quanto a esses últimos, caberá a defesa pelo órgão ministerial desde que isto convenha de alguma forma à coletividade.²¹³

(...)

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos;

(...)

XII – propor ação civil coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos;

(...)

XIV - promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto:

a) ao Estado de Direito e às instituições democráticas;

b) à ordem econômica e financeira;

c) à ordem social;

d) ao patrimônio cultural brasileiro;

e) à manifestação de pensamento, de criação, de expressão ou de informação;

f) à probidade administrativa;

g) ao meio ambiente”.

²¹² O entendimento da terceira corrente supracitada, apontada por José Marcelo Menezes Vigliar (**Ação Civil Pública...** Ob. cit. p. 74), se apresenta mais completo por entender que a Constituição Federal, ao se referir em seu artigo 129, III, a “outros interesses difusos e coletivos”, pretendeu abranger toda a esfera de interesses e direitos transindividuais, somente “nomeados” como tal pelo CDC em 1990, mas desde a Constituição presente e passível de ser protegido também pelo Ministério Público. E, a seguir, nesse sentido, conclui-se Ada Pellegrini Grinover (“Código de Defesa do Consumidor Comentado”, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 675/676): “Em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao MP desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX); e a dimensão comunitária de demandas coletivas, qualquer que seja seu objeto, insere-se, sem dúvida, na tutela dos interesses sociais referidos no artigo 127 da Constituição”.

²¹³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público: análise da Lei Orgânica Nacional do MP, aprovada pela Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. São Paulo: Saraiva,

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro expõe que antes da Constituição Federal de 1988 poder-se-ia ter ainda dúvidas quantos aos interesses capazes de serem discutidos pelo Ministério Público. Entretanto, após a referida data, nada mais se teria a discutir, pois a Constituição foi geral e emblemática ao proferir “outros interesses difusos e coletivos”²¹⁴, os quais englobariam, por certo, os direitos difusos, indisponíveis, de interesse geral e “qualquer situação imaginável, que apresente uma dessas características, legitimaria o MP à propositura de ação civil pública”.²¹⁵

Por sua vez, Ada Pellegrini Grinover, em Parecer ao Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC, conclui pela legitimidade do Ministério Público na defesa de interesses individuais homogêneos, exemplificado no Parecer como os dos contribuintes que pagaram o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia ou álcool instituído pelo Decreto-Lei n. 2.288, de 23 de julho de 1986. Tal conclusão é afirmada pelo entendimento que os direitos dos contribuintes na hipótese apresentada, por serem direitos individuais homogêneos, devem ser tratados numa dimensão coletiva, assumindo relevância social.²¹⁶

Em contrapartida, Ives Gandra da Silva Martins contesta o entendimento de que os direitos dos contribuintes são direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos. Segundo o autor, os direitos dos contribuintes, como no caso da cobrança de taxa de iluminação pública, são direitos disponíveis e divisíveis, pois procedem de determinada comunidade que não concorda com a imposição tributária ou sobre a constitucionalidade das leis fiscais. Com relação à

1993, p. 160. O autor cita que a Lei n. 7.347/85 contou com um veto presidencial à norma pela qual se pretendia permitir ao Ministério Público a defesa de outros interesses coletivos e difusos, o que somente foi conquistado com a Constituição Federal em 1988 (art. 129, III). Posteriormente, o Código do Consumidor (Lei n. 8.078/90, art. 90) devolveu a norma vetada à Lei n. 7.347/85 (art. 21).

²¹⁴ Conforme artigo 129, inciso III da Constituição Federal.

²¹⁵ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no Processo Civil e Penal: Promotor Natural: Atribuição e Conflito**. Rio de Janeiro, 1995, p. 27 e 28.

²¹⁶ Segundo Ada Pellegrini Grinover (A Ação Civil Pública e a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos. **Revista de Direito do Consumidor**. Nº 5. Jan.-Março 1993. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.125) “os direitos individuais assumem relevância social, inserindo-se sua tutela, pela legitimação do MP, no art. 127 da CF, c/c o art. 129, IX. Não é por outra razão que o CDC determinou a atuação obrigatória do MP no processo, se não for ele autor da ação em defesa dos interesses (ou direitos) individuais homogêneos (art. 92 CDC)”.

heterogeneidade da tributação, o autor destaca que devido a níveis diferentes de tributação (tributos progressivos, seletivos ou proporcionais), tornam sempre, em qualquer espaço geográfico ou período histórico a tributação heterogênea.²¹⁷

A jurisprudência brasileira não tem admitido a legitimidade do Ministério Público na defesa dos direitos dos contribuintes. O Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária de 09 de dezembro de 1999, decidiu que o “O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto - no caso o IPTU - pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo (...), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com ‘interesses sociais e individuais indisponíveis’”.²¹⁸

²¹⁷ Conforme Ives Gandra da Silva Martins (**Aspectos Práticos da Teoria da Imposição Tributária**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996, p. 231) os direitos dos contribuintes poderiam ser defendidos individualmente por mandados de segurança, ou por mandados de segurança coletivos, se determinada categoria tiver direitos comuns, embora individuais, divisíveis e disponíveis.

²¹⁸

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSTOS: IPTU. MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE. Lei 7.374, de 1985, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. C.F., artigos 127 e 129, III.

I. - A ação civil pública presta-se à defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei 7.374/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25.

II. - Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se à defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa. C.F., art. 127, caput, e art. 129, III.

III. - O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto - no caso o IPTU - pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo (Lei 7.374/85, art. 1º, II, art. 21, redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625/93, art. 25, IV; C.F., art. 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com "interesses sociais e individuais indisponíveis". (C.F., art. 127, caput).

IV. - R.E. não conhecido.

(RE nº 195.056-PR, Min. Rel. Carlos Velloso, por maioria, j. 09.12.1999, D.J.U 30.05.2003, Tribunal Pleno, STF)

O cerne da discussão travada estava em estabelecer se as questões de ordem tributárias poderiam ser tuteladas pelo Ministério Público.

O Ministro Relator Carlos Velloso admitiu, em que pesem as discussões a respeito da possibilidade ou não da defesa pelo Ministério Público dos interesses individuais homogêneos, que esse órgão ministerial teria legitimidade para tal defesa, quando seus titulares estivessem na condição de consumidores. E prossegue na análise da legitimidade do Ministério Público na defesa de outros interesses transindividuais, como no caso de ação civil pública que tenha por

No mesmo período da decisão supracitada foi discutida a legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública sob a alegação de inconstitucionalidade na taxa de iluminação pública e, novamente, o Tribunal Pleno, do STF, por maioria de votos, não conheceu do Recurso Extraordinário em favor do Ministério Público, afirmando “ausência de legitimação do Ministério Público para ações da espécie, por não configurada, no caso, a hipótese de interesses difusos, como tais considerados os pertencentes concomitantemente a todos e a cada um dos membros da sociedade, como um bem não individualizável ou divisível, mas, ao revés, interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária cuja impugnação, por isso, só pode ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva”.²¹⁹

objeto a defesa dos interesses ou direitos decorrentes da fixação e pagamento de mensalidades escolares, proferida por ele no Recurso Extraordinário nº 185.360-SP. Observa que para discussão de tributos, seria necessária a propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) para qual o Ministério Público teria legitimidade. Por fim, conclui seu voto expondo que o “direito do contribuinte ao não pagamento de um tributo e o seu direito à restituição de tributos que teriam sido pagamos indevidamente, não se identificam com interesses sociais”, e, portanto, não poderiam ser tutelados pelo Ministério Público.

O Ministro Mauricio Corrêa, ao proferir seu voto, discorda da amplitude apontada pelo Relator quanto ao termo “outros interesses difusos e coletivos” presente no artigo 129, III da CF, expondo que o termo não alcança a todos os interesses assim nomeados. Adianta, assim, que nos casos de legitimação extraordinária não cabe interpretação extensiva, para se alcançar todos os interesses difusos e coletivos. Entende que a expressão é indefinida e sua eficácia depende de lei regulamentadora. Ademais, os direitos dos contribuintes e dos consumidores não se confundem e não são espécies ou sub-espécie um do outro. A lei prevê a defesa de direitos dos consumidores e para estes o Ministério Público tem legitimidade. Entretanto, o ordenamento jurídico não traz qualquer previsão legal que legitime o Ministério Público a defesa dos contribuintes. Destarte, o Ministro também não conheceu do Recurso.

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, entende que o artigo 129, III da CF não é *numerus clausus*, e, portanto, seu rol de interesses ou direitos pode ser ampliado, desde que por outros direitos difusos e coletivos, albergando assim os individuais homogêneos. Acrescenta, inclusive, que com a defesa coletiva de tais matérias, diminuiria a burocratização do Poder Judiciário, concentrando pretensões em um único processo. Por fim, menciona a Lei Complementar nº 75/1993 do Ministério Público, a qual, dentre suas funções, impõe como atividades do Ministério Público zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos ao sistema tributário nacional e entre elas estão as limitações ao poder de tributar.

219

MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE RIO NOVO-MG. EXIGIBILIDADE IMPUGNADA POR MEIO DE AÇÃO PÚBLICA, SOB ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACÓRDÃO QUE CONCLUIU PELO SEU NÃO-CABIMENTO, SOB INVOCAÇÃO DOS ARTS. 102, I, a, E 125, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO.

Ausência de legitimação do Ministério Público para ações da espécie, por não configurada, no caso, a hipótese de interesses difusos, como tais considerados os pertencentes concomitantemente a todos e a cada um dos membros da sociedade, como um bem não individualizável ou divisível, mas, ao revés, interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária cuja impugnação, por isso, só pode ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva.

As decisões proferidas pelo Tribunal Pleno do STF declaram pela ilegitimidade do Ministério Público para discutir questões tributárias, afirmando que o Órgão Ministerial tem apenas legitimidade para defender interesses coletivos e difusos, e há tendência em compreender os direitos dos contribuintes como individuais homogêneos, o que não viabilizaria a defesa por aquele órgão. Ademais, ainda que fosse entendido como direito individual homogêneo, os direitos dos contribuintes não poderiam ser protegidos pelo Ministério Público, pois, este deve tutelar interesses sociais em geral (englobados os individuais homogêneos com caráter social), e numa visão tributária, a discussão de tributos para sua diminuição, exclusão ou repetição, não convergem para interesses sociais. Pelo contrário, no plano fiscal, arrecadar tributos é o interesse social. Ademais, os fundamentos discutidos nos recursos concluem pela legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos dos consumidores, e os contribuintes com estes não se confundem.

Estes enfoques vêm sendo apresentados pelo STF nos julgamentos de recursos, concluindo pela ilegitimidade do Ministério Público na defesa dos direitos dos contribuintes.

No STJ não foram diferentes os posicionamentos acerca da matéria. Enquanto alguns julgados isolados defendem a legitimidade do Ministério Público para casos específicos²²⁰, outros entendem pela ilegitimidade deste na defesa dos

Recurso não conhecido. (RE Nº 213.631-MG, Min. Rel. Ilmar Galvão, por maioria, j. 09.12.1999, D.J.U. 07.04.2000, Tribunal Pleno, STF).

Vale ressaltar o voto vencido do Ministro Marco Aurélio, mas conforme seu voto no Recurso Extraordinário nº 195.056-PR (antes analisado), admitindo que o artigo 129, III da CF comporta, além do seu enunciado “outros interesses difusos e coletivos”, os interesses individuais homogêneos, nos quais estariam albergados os direitos dos contribuintes. Ademais, estes são interesses sociais, ao passo que a medida pleiteada judicialmente, se deferida, seria aproveitada por todos os moradores do Município. E termina seu voto enunciando que, conforme havia mencionado o Ministro Ilmar Galvão, havia inclusive “acomodação” por parte dos indivíduos em buscar o Judiciário em questões tributárias, tendo em vista os trâmites e despesas necessárias para se propor a demanda. Dessa forma, uma ação coletiva proposta pelo Ministério Público imperaria na defesa da sociedade, excluiria esta “acomodação”, no caso em tela, de todo o Município.

Observa-se que em ambos os recursos analisados, a decisão em não conhecer do Recurso Extraordinário ocorreu por maioria de voto, sendo voto vencido o Ministro Marco Aurélio.

²²⁰ O Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 515808-RJ do Superior Tribunal de Justiça conduziu a compreensão do tema no seguinte sentido:

PROCESSUAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TAXA - LEI INCONSTITUCIONAL - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. O Ministério Público tem legitimidade para exercer ação civil pública contra a cobrança de Taxa, e pedir a declaração incidental de inconstitucionalidade da lei que criou o tributo malsinado. (Min. Rel. José Delgado, Min. Rel. p. acórdão Humberto Gomes de Barros, por maioria, j. 16.12.2003, D.J. 05.04.2004, 1ª Turma, STJ).

direitos do contribuinte²²¹. Houve notável progressão de entendimento sobre a matéria. Enquanto os julgados mais antigos, meados de 1999 a 2002, traziam discussão sobre a nomenclatura correta aplicável aos direitos dos contribuintes, entendendo a princípio que se tratava de direitos disponíveis dos contribuintes, incabíveis de serem protegidos via ação civil pública; os julgados mais recentes, a partir de 2003, já compreendiam que as normas legais ampliavam a compreensão

²²¹ Nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 106.993-MS, por maioria de votos, a Corte Especial do STJ, entendeu pela ilegitimidade do Ministério Público em ação civil pública em matéria tributária. E dentre discussões e retificações de votos entenderam não haver divergência sobre a matéria no STJ.

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – HIPÓTESES DIVERSAS – MINISTÉRIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MATÉRIA TRIBUTÁRIA.

O conceito de consumidor não se confunde com o de contribuinte.

Sendo a tese debatida no acórdão embargado diversa da exposta nos arestos paradigmas, inexistente a divergência a ensejar a oposição de embargos.

Embargos não conhecidos. (Min. Rel. Garcia Vieira, por maioria, j. 01.09.1999, D. J. 22.10.2001, Corte Especial, STJ, grifos nossos)

Da mesma forma que entenderam que o “conceito de consumidor não se confunde com o de contribuinte”, entenderam que os direitos deste não podem ser tutelados pelo Ministério Público. O órgão ministerial não teria legitimidade para discutir matéria tributária na defesa dos direitos dos contribuintes.

No Recurso Especial nº 574.410-MG, julgado pela 1ª Turma do STJ o Ministério Público recorre de decisão que o considerou parte ilegítima na defesa dos direitos dos contribuintes por ação civil pública, inclusive por entender tal ação instrumento inadequado para questionar a constitucionalidade de lei em matéria tributária. O acórdão proferido em 2º grau foi reformado, consignando em ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. DIREITOS DE CONTRIBUÍNTES.

1. Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público anteriormente à MP 2.180-35 de 24.08.2001. Legitimatō ativa ad causam. A legitimidade, como uma das condições da ação, rege-se pela Lei vigente à data da propositura da ação. À época da propositura vigorava no E. STJ e no E. STF o entendimento acerca da legitimação do Ministério Público, por força do art. 129, III, da CF/88, para promover qualquer espécie de ação na defesa de direitos transindividuais, nestes incluídos os direitos dos contribuintes de Taxa de Iluminação Pública, ainda que por Ação Civil Pública, cuja eficácia da decisão acerca do objeto mediato é erga omnes ou ultra partes. A soma dos interesses múltiplos dos contribuintes constitui o interesse transindividual, que possui dimensão coletiva, tornando-se público e indisponível, apto a legitimar o Parquet a velá-lo em juízo.

2. Deveras, a arguição, in casu, é incidental de inconstitucionalidade de norma tributária em sede de Ação Civil Pública, porquanto nesses casos a questão da ofensa à Carta Federal tem natureza de "prejudicial", sobre a qual não repousa o manto da coisa julgada. Precedente do E. STF.

3. Recurso Especial provido. (Min. Rel. Luiz Fux, por unanimidade, j. 01.06.2004, D.J. 05.08.2004, 1ª Turma, STJ.).

Vale ressaltar o voto do Ministro Relator Luiz Fux o qual faz análise do controle de constitucionalidade na ação civil pública e ação direta de inconstitucionalidade e os efeitos das decisões tomadas em cada uma delas. Conclui que a decisão proferida em ação civil pública tem caráter incidental. Nessa seara, aponta o Ministério Público como ente legitimado na ação civil pública na tutela de interesses dos contribuintes, desde que referida ação tenha sido proposta anteriormente à Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001.

dos termos quanto a interesses transindividuais, enunciando os direitos dos contribuintes como tais, passíveis, portanto, de serem defendidos via ação civil pública pelo Ministério Público, demonstrando a possibilidade de mudança no posicionamento dos Tribunais Superiores.

Destarte, o artigo 108, parágrafo 3º da LGT sob análise estabelece uma possível discussão sobre a relação de encargos tributários entre a empresa concessionária prestadora de serviços de telecomunicações e os usuários destes serviços. Admitida a hipótese do consumidor como legitimado para discutir os tributos que lhe são exigidos, poder-se-ia vislumbrar essas discussões em caráter coletivo, mediante representação do Ministério Público.

Quando os usuários, consumidores finais dos serviços de telecomunicações, se prestam a questionar tributos cobrados em suas contas telefônicas, se está diante de uma situação coletiva, compreendida por todos aqueles usuários dos serviços prestados por determinada empresa telefônica concessionária. Os interesses desses consumidores podem ser admitidos como individuais homogêneos, pois decorrem de uma origem comum, se caracterizam por sujeitos identificados ou identificáveis e objeto divisível a cada um dos sujeitos.

Analisados sob este prisma, poder-se-ia compreender que tais interesses poderiam ser protegidos também por ação civil pública e assim ter como ente legitimado o Ministério Público. Estar-se-ia diante de uma análise dos direitos do contribuinte tutelados pelo Ministério Público.

A assertiva poderia ser efetivada caso não fosse editada a Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001. Afinal, tal Medida Provisória acrescentou à LACP uma exceção, informando que “não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviços – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.²²²

Em que pesem as discussões sobre legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos dos contribuintes, e os julgados sobre a matéria, certo é que a

²²²Art.1º da Lei de Ação Civil Pública:

“Art. 1º

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

supracitada Medida Provisória trouxe um impeditivo legal à propositura da ação civil pública.

Contudo, se parte da doutrina entende pela legitimação do Ministério Público na defesa dos contribuintes, o faz na certeza de que tais direitos merecem proteção também coletiva, pois podem ser compreendidos numa esfera social.

Ademais, ainda que sob o manto da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001²²³, a qual eternizou as medidas provisórias editadas até então, a supracitada disposição legal não está imune à inconstitucionalidade.²²⁴

Por certo, a defesa por ação civil pública garantiria, além de desafogar o Poder Judiciário de inúmeras ações idênticas, a mesma solução para a controvérsia que afetou social e igualmente os cidadãos.

O que resta àqueles que ainda entendem pela possibilidade da legitimidade do Ministério Público em matéria tributária é questionar a Medida Provisória editada em 2001 e buscar que a mesma seja extirpada do mundo jurídico, alegando se tratar de matéria contrária a Constituição Federal.

3.3. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 108, PARÁGRAFO 3º DA LGT

As considerações até o momento traçadas contribuem para a compreensão do tema proposto inicialmente, qual seja, apontar a legitimidade ativa para discutir tributos no caso especial do parágrafo 3º do artigo 108 da LGT.

Esse dispositivo traz um regime relativo às vantagens obtidas em matéria tributária pelas empresas de telecomunicações, privilegiando a livre concorrência e os direitos dos consumidores. Afinal, indica que ganhos econômicos que não

²²³ Salienta-se que a vigência da Medida Provisória nº 2.180-35 foi prorrogada pelo artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001: “As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional”.

²²⁴ Segundo Dalton Luiz Dallazem (As Medidas Provisórias, a EC 32 e o Depósito Recursal Administrativo. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, nº 83, agosto, 2002, p. 26) o próprio artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001 pode ser declarado inconstitucional, “caso venha a ferir as chamadas “cláusulas pétreas” do artigo 60, § 4º, e eis que é exatamente o caso do artigo 2º da EC nº 32/2001, dado que fere o princípio republicano e dois direitos individuais (legalidade e segurança jurídica)”.

decorram diretamente da eficiência empresarial devem ser revertidos em favor dos usuários.

Interpretando-se literalmente o enunciado do artigo 108, parágrafo 3º da LGT, tem-se que os ganhos econômicos decorrentes de casos como os de diminuição de tributos ou encargos legais e de novas regras sobre os serviços, ganhos esses não decorrentes diretamente da eficiência empresarial, deverão ser transferidos integralmente aos consumidores finais dos serviços de telecomunicações.

Em matéria tributária, tais ganhos podem ser provenientes da mudança de legislação fiscal, do planejamento fiscal e de discussões administrativas ou judiciais, os quais acarretam o afastamento da tributação.

Destarte, o conteúdo implícito no dispositivo da LGT em comento exige um direcionamento do sujeito capaz de realizar a contento as discussões tributárias quando essas se fizerem necessárias. Mesmo se entendendo que todos os tributos podem ser repassados para o preço do serviço ou produto (análise econômica), tem-se que os tributos indiretos (por exemplo, ICMS), em especial, encontram respaldo jurídico para tal repasse, merecendo assim maiores estudos.²²⁵

Como demonstrou a análise jurisprudencial realizada nos itens anteriores, não raras vezes, o Poder Público procura inviabilizar as discussões tributárias, ora apontando ilegitimidade de parte, ora atribuindo ao feito outro procedimento que não o realizado.²²⁶ Apesar das vozes a favor da apropriação de quantias pagas indevidamente ao Poder Público, reitera-se que esse entendimento está incorreto.

²²⁵ Para Misabel Abreu Machado Derzi (atualização a Aliomar Baleeiro, **Direito Tributário Brasileiro**, Ob. cit. p. 890) “afirmar que tributos como o imposto de importação (II), o imposto sobre operações de circulação de mercadorias e serviços de transporte e comunicação (ICMS), o imposto sobre produtos industrializados (IPI), o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS) ou a contribuição para o financiamento da seguridade social (Cofins) são indiretos ou suportados pelo consumidor, é uma conclusão de cunho econômico. Mas essa afirmação que é simplesmente econômica para a maior parte dos tributos que oneram a pessoa independentemente do resultado da atividade, no caso do ICMS e do IPI, ao contrário, encontra apoio jurídico da Constituição Brasileira”.

²²⁶ Aroldo Gomes de Mattos (IPI. Operações com energia elétrica consumida no processo industrial. Direito ao Crédito. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 59, ano 12, nov.-dez., 2004, p. 16) traça considerações preliminares observando a gigantesca carga tributária que assola o Brasil e além de afirmar que essa é consequência da voracidade fiscal, reconhece dois fatores que levam o País a esta estimativa desanimadora, nos seguintes termos:

“1º) as inúmeras, cavilosas e malfeitas leis tributárias tendem, freqüentemente, a ensejar mais de uma interpretação; pois bem, ao invés de ser adotada a que for mais consentânea com os pressupostos constitucionais (sociais, políticos e econômicos), vem prevalecendo aquela que, invariavelmente, proporciona maior arrecadação;

Constata-se, muitas vezes, o Poder Público exigindo tributos e repelindo qualquer meio de questioná-los. Para tanto, se aproveita do disposto no artigo 166 do CTN e alegando não ocorrer a comprovação do não repasse econômico do tributo e nem autorização do terceiro, consegue amealhar definitivamente as importâncias pagas indevidamente.

No intuito voraz da arrecadação, acabam-se suplantando os ditames legais e ferindo conceitos como a vedação ao enriquecimento injusto, ao direito de propriedade e ao princípio da moralidade pública e, essencialmente, o princípio da legalidade.

Conforme assevera Roberto Ferraz, “não assiste razão ao Fisco ao pretender que o contribuinte não possa discutir a incidência tributária, mesmo não tendo recolhido o tributo, e, especialmente, de que o art. 166 do CTN impediria o contribuinte de legitimar-se processualmente a discutir tributo sobre consumo”.²²⁷

Uma norma legal não existe para aniquilar outra. Qualquer interpretação que procure esvaziar o conteúdo da norma e permita que os valores arrecadados indevidamente permaneçam com quem não é de direito, merece ser repugnada.

Dirigir ao Estado tais recursos é afrontar diretamente o imperativo da estrita legalidade e a vedação ao enriquecimento injusto. Para evitá-lo na prestação de serviços de telecomunicações, em matéria tributária, foram demonstrados dois sujeitos – empresa de telecomunicações e consumidor - que poderiam figurar como legitimados ativos para a discussão tributária e repetição do indébito.

A empresa de telecomunicações deve prestar seus serviços através da concessão dada pelo Poder Público. Nessa prestação de serviços há, por exemplo, tributos ditos de consumo capazes de sofrer repercussão, como é o caso típico do ICMS. Apesar do valor do imposto ser repassado ao usuário do serviço, quem se acha na posição de sujeito passivo da obrigação tributária é a empresa de telecomunicações.

2º) porém, quando a exação cobrada é sabidamente ilegal ou inconstitucional, há uma feroz e estranha resistência estatal, denominada acertadamente de ‘litigância temerária’ pelo ilustre Ministro da Suprema Corte Celso de Melo” E acrescenta: “É preciso reconhecer – e lamentar – que o Poder Público, muitas vezes, tem assumido, em alguns casos, a inaceitável posição de *improbis litigator*, incidindo, com essa inadequada conduta processual, em atitude caracterizadora de litigância temerária, intensificando, de maneira verdadeiramente compulsiva, o volume das demandas múltiplas que hoje afetam, gravemente, a regularidade e a celeridade na efetivação da prestação jurisdicional pelo próprio Estado”.

²²⁷ Conforme Roberto Ferraz. **Repetição do Indébito e Legitimidade...** Ob. cit. p. 113.

A repercussão econômica é um fenômeno que pode ou não ocorrer, e juridicamente só terá relevância se a lei lhe atribuir esse caráter. Entretanto, ainda que a lei possibilite a repercussão do ônus tributário, a prática pode não efetivá-la. Portanto, seria temerário adotar a regra de que todos os tributos sobre o consumo repercutem no preço.

No caso do ICMS, como a empresa de telecomunicações é o sujeito obrigado ao pagamento do imposto, ela teria legitimidade ativa para discutir sua obrigatoriedade.

Caberia, assim, às empresas de telecomunicações a promoção de meios que assegurem os ganhos econômicos. Aquelas que efetivamente os conquistarem, devem repassar aos consumidores através da diminuição nos preços dos serviços.

Fica a opção das empresas estabelecerem meios administrativos ou judiciais no intuito de diminuir as exações tributárias, gerando a concorrência entre empresas do setor. Por consequência, o consumidor terá a possibilidade de averiguar e escolher a que melhor apresentar desempenho profissional e tarifa.

Essa leitura do dispositivo da LGT em comento bastaria para fundamentar a legitimidade ativa das empresas de telecomunicações. Entretanto, vale ainda pontuar outros fatores que conduzem a mesma conclusão.

O primeiro deles, seguindo o raciocínio ainda sobre o sujeito passivo da obrigação tributária e o fenômeno da repercussão dos tributos, seria o do repasse do tributo ao consumidor, caso este não tenha realizado o pagamento da sua fatura telefônica. Não teria, assim, qualquer possibilidade de se apresentar como legitimado ativo o consumidor, e sim, apenas, a empresa de telecomunicações.

O segundo fator, complementação do primeiro, perquire o fato do consumidor ter sofrido o repasse do tributo e ter realizado o pagamento da sua fatura telefônica. Nesse caso, o valor que poderia objetivar uma discussão tributária poderia ser ínfimo, incapaz de, individualmente, produzir uma demanda judicial ou administrativa.

Poder-se-ia pensar numa solução coletiva, e, portanto, na figura do Ministério Público para representar os consumidores. Entretanto, como antes expressado, a Lei Federal nº 7.347/1985, que trata da ação civil pública, inviabilizou a discussão de matéria tributária pelo Ministério Público. Em que pesem os entendimentos de que os consumidores dos serviços de telecomunicações podem ter seus interesses tributários protegidos pelo Ministério

Público, certo é que a partir da alteração de 2001 na referida lei, o caminho para tê-la como meio processual tornou-se mais árduo, exigindo medidas anteriores que questionem e tornem tal alteração inconstitucional.

Outro fator que merece análise é o fato do artigo 108, parágrafo 3º da LGT privilegiar a concorrência entre as empresas do setor. Caso não se entendesse cabível a elas a legitimidade ativa para discussões tributárias, vazio ficaria o dispositivo legal, uma vez que ele é pontual ao afirmar que os ganhos devem ser repassados aos consumidores. As empresas de telecomunicações têm suficiente compreensão dos tributos que permeiam a prestação de serviços de sua responsabilidade e, dentre eles, quais poderiam ser questionados, minimizados ou extintos.

Atribuídas tais considerações e apresentado a empresa de telecomunicações (contribuinte) como legitimada ativa para discutir as exações tributárias a que está sujeita, insta complementar a análise do parágrafo 3º, artigo 108 da LGT.

Se o consumidor é o sujeito que arca ao final com o repasse do ônus financeiro do tributo, retirar-lhe a possibilidade de questioná-lo, seria uma afronta aos termos da Constituição Federal quando enuncia que “a Lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito”.²²⁸

Conforme asseveram Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo, “se a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, é da maior evidência que o seu intérprete também não pode fazê-lo, adotando opção interpretativa que exclui o acesso ao Poder Judiciário àqueles que, além de serem titulares do Direito, são os verdadeiros interessados na remoção da ilegalidade e do arbítrio”.²²⁹

Essas afirmações podem ser emprestadas ao tema discutido, pois, de fato, quem tem o interesse maior em não pagar tributos indevidos ou vê-los restituídos é o próprio consumidor.

²²⁸ Conforme artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

²²⁹ MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Parecer. CIDE. Lei n. 10.336/2002. Distribuidores e Varejistas de Combustíveis. Mandado de Segurança. Legitimidade “ad Causam”. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, nº 89, fev. 2003, p. 124.

A interpretação do caso concreto conjugado às normas legais garantem efetividade a estas em sua amplitude. Segundo Roberto Ferraz, “não existe direito sem fato, não é possível interpretar qualquer norma sem um caso concreto de aplicação. Daí que seja sempre possível aprofundar no conhecimento de seu significado e que seja possível que este se altere significativamente ao longo do tempo”.²³⁰

As opiniões contrárias à legitimidade dos consumidores por estes não figurarem na relação jurídico-tributária parecem, à primeira vista, justificáveis. Entretanto, em exame de maior profundidade tal raciocínio não prospera.

Ainda que não figure como sujeito passivo da relação jurídico-tributária, o consumidor pode receber a carga tributária destacada através das tarifas que lhe são cobradas pela empresa na prestação de serviços de telecomunicação. Não se pode admitir que pelo fato de ter sido agregado ao “preço do serviço” o tributo em si perca sua característica e determine ao final uma relação apenas de consumo.

Como leciona a doutrina brasileira²³¹, o fenômeno da repercussão, quer jurídica ou econômica, merece a atenção do operador do direito. Diante de tributos indiretos a repercussão pode ocorrer e acometer o consumidor, dando-lhe credibilidade para, frente a tributos indevidos, discuti-los ou pleitear a sua restituição. Esse fato, portanto, terá relevância na medida em que a lei lhe importe tal caráter, como acontece no artigo 166 do CTN e no artigo 108, parágrafo 3º da LGT.

O STJ, inclusive nos termos da pacífica e reiterada orientação, informam que o contribuinte de fato, nesse caso o consumidor, tem legitimidade para questionar exigências que entendam indevidas, agindo em seu próprio nome.

Conforme orientação de Hugo de Brito e Hugo de Brito Machado Segundo, “seria realmente incoerente e injusto, verdadeiramente *kafkiano*, invocar a ocorrência de ‘repercussão’ do tributo apenas para negar a restituição ao contribuinte de direito, voltando a utilizar a argumentação formal da ‘tularidade

²³⁰ FERRAZ, Roberto. A função política do judiciário e o conteúdo político da constituição (O caso concreto de desvio na aplicação da arrecadação das CIDEs). **Revista de Doutrina do TRF 4ª Região**. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br>. Acesso em: 20.jan.2005.

²³¹ Conforme José Mörschbacher. **Repetição do Indébito Tributário Indireto...** Ob. cit. p. 56; Ricardo Lobo Torres. **Restituição de Tributos...** Ob. cit. p. 38, Roberto Ferraz. **Repetição do Indébito...** Ob. cit. p. 108, Aroldo Gomes de Mattos. **Repetição do Indébito, Compensação e Ação Declaratória ...**, Ob. cit. p. 51.

da relação jurídica com o Fisco' para negar a legitimidade ao contribuinte de fato". E acrescentam: "Criar-se-ia, com isso, arapuca na qual o direito fundamental à jurisdição restaria oblíqua e completamente afastado, o que é inadmissível".²³²

Quando o tributo indireto sofrer repercussão e o terceiro efetuar o pagamento da fatura com o tributo embutido, caberá ao terceiro a propositura da ação. Afinal, se ele pode autorizar uma demanda, ele próprio pode intentá-la.

A prestação dos serviços de telecomunicações somente se perfaz por ter em um dos pólos o consumidor. Caso fosse ele retirado, o serviço de telecomunicação não se sustentaria. O consumidor faz parte da relação jurídico-tributária, ainda que indiretamente.

O fator "quantidade" para a demanda, apontado para conferir legitimidade à empresa de telecomunicações pode ser sopesado, mas não motivo para abandonar a defesa da legitimidade do consumidor para discutir tributos. Os valores tributários individualmente cobrados dos consumidores podem ser ínfimos e, até mesmo, impossíveis de validar qualquer demanda. Todavia, tais valores somados por um período considerável podem configurar um valor razoável capaz de ensejar algum procedimento. Como antes mencionado, esse aspecto pode ser analisado, mas, não pode ser sinônimo de obstáculo para se conferir legitimidade ativa ao consumidor.

Poder-se-ia, contudo, questionar a viabilidade do mandado de segurança pelo consumidor, para os casos em que o contribuinte não promova as discussões tributárias necessárias e que trariam como conseqüência a eliminação da cobrança tributária no preço final do serviço. Afinal, conforme enuncia o CTN, a medida liminar em mandado de segurança suspende exigibilidade do crédito tributário, mostrando-se cabível quando ocorrer situações de afronta a direito líquido e certo em matéria tributária.²³³ Além do titular do direito ameaçado, a Lei Federal nº

²³² MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **CIDE...** Ob. cit. p. 131.

²³³ Código Tributário Nacional:

"Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - a moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

1.533, de 31 de dezembro de 1951, que dispõe sobre o mandado de segurança, admite a possibilidade do titular de direito decorrente impetrá-lo.²³⁴

Segundo Hugo de Brito Machado, “o adquirente de um produto tem direito líquido e certo de não ter incluído em seu preço o valor de tributo inconstitucional. Não é, porém, sujeito passivo da relação tributária e por isso não pode questionar a exigência diretamente. Pode, porém, fazê-lo como substituto processual, desde que antes notifique judicialmente o contribuinte”.²³⁵

Mantovani Colares Cavalcante, na mesma linha de Hugo de Brito Machado, atesta que “seria, portanto, uma substituição processual condicionada à inércia do primeiro interessado ou titular do direito originário, comprovando-se tal indolência processual mediante a notificação”.²³⁶

Poder-se-ia entender que o consumidor não figura como substituto processual. Entretanto, o disposto no artigo 3º da Lei Federal nº 1.533/1951 aborda essa questão e confere por lei legitimidade àquele que não se encontra na posição de sujeito passivo.²³⁷

Destarte, caso não se entendesse legitimado ativo o consumidor pelos motivos salientados quanto à relevância de sua presença na relação com a empresa de telecomunicações e o Poder Público; a possibilidade de ele sofrer a repercussão e arcar com o ônus tributário em suas tarifas; poder-se-ia, ainda, legitimá-lo frente à previsão legal do artigo 3º da Lei Federal nº 1.533/1951.

VI – o parcelamento.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

²³⁴ Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951:

“Art. 3º O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro, poderá impetrar mandado de segurança a favor de direito originário, se o seu titular não o fizer, em prazo razoável, apesar de para isso notificado judicialmente”.

²³⁵ MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de Segurança em Matéria Tributária**. 4ª ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 52.

²³⁶ CAVALCANTE, Mantovani Colares. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 64.

²³⁷ Conforme ensinamentos de Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo (CIDE... Ob. cit. p. 128) “nessa hipótese de substituição processual, é evidente, não se há de exigir vinculação direta do impetrante com a relação jurídico-tributária. Se tal vinculação houvesse, poderia ele impetrar o *writ* desde logo e estaria em juízo direito que não seria decorrente de direito alheio”. E acrescenta: “A referida legitimação extraordinária é a fórmula utilizada pelo legislador para dar efetividade à garantia constitucional da jurisdição, assegurando o uso do *writ* por aquele que eventualmente pode ser o único verdadeiramente interessado na remoção da ilegalidade”.

Tem, portanto, legitimidade ativa para discutir tributos indiretos, seguindo os ditames do artigo 108, parágrafo 3º da LGT, em primeira análise, a empresa de telecomunicações. Num segundo momento, se a empresa se mostrar inerte frente à cobrança de tributos indevidos, pode o consumidor, que pagou o tributo, questioná-los, evitando-se, destarte, o enriquecimento sem causa quer do Poder Público, quer da empresa de telecomunicações.

3.4. SÍNTESE CONCLUSIVA

A legitimidade ativa para a discussão de tributos indiretos proposta pelo artigo 108, parágrafo 3º da LGT enseja a análise de entes envolvidos na prestação de serviços de telecomunicações, quais sejam, a empresa de telecomunicações, o consumidor, e ainda, estudos sobre o Ministério Público.

A legitimidade ativa poderia ser atribuída à empresa de telecomunicações, pois, somente ela figura como sujeito passivo do tributo indireto; o repasse do ônus tributário, quando acontece, é tido como um repasse apenas financeiro, descaracterizando qualquer análise tributária; e, através da discussão de tributos pela empresa de telecomunicação, efetiva-se a livre concorrência.

A legitimidade ativa poderia ser atribuída ao consumidor sob o fundamento maior de que ele é o sujeito que arca com o ônus tributário no caso de tributos indiretos.

A partir desses apontamentos, a melhor interpretação ao artigo 108, parágrafo 3º da LGT está em atribuir à empresa de telecomunicação a legitimidade ativa para promover discussões tributárias e pleitear o indébito tributário quando tais questões se mostrarem viáveis. A conquista pelo afastamento da tributação e os valores repetidos serão aproveitados pela própria empresa de telecomunicação. Ademais, afastada a tributação, após o trânsito em julgado ou inalterabilidade da decisão, as empresas devem transferir para as tarifas de seus serviços o que foi conquistado, minorando-as na medida do possível.

Uma vez não repassado ao consumidor os ganhos tributários, pode ele próprio pedir a sua repetição à empresa de telecomunicações, pois se está diante de uma forma de enriquecimento ilícito, vedado pelo Direito.

Ademais, caso a empresa de telecomunicações se mostre inerte em matéria tributária, pois, afinal, se ela repassar o ônus financeiro do tributo para o consumidor, não estará “perdendo” tais valores, o consumidor pode figurar como legitimado ativo para discutir tributos.

Essas considerações privilegiam a melhor compreensão do aparato legal colocado sob análise, essencialmente quanto ao artigo 108, parágrafo 3º da LGT.

Configurar legitimidade ativa para a empresa de telecomunicações, sujeito passivo dos tributos sobre o consumo incidentes nas relações jurídico-tributárias no setor de telecomunicações, e na sua ausência, ao consumidor, aquele que arca em definitivo com os custos tributários, é interpretar a lei no seu sentido mais amplo e coerente, evitando-se, destarte, o enriquecimento ilícito dos entes envolvidos na prestação de serviços de telecomunicações.

CONCLUSÕES

1. A LGT estabelece os princípios fundamentais das telecomunicações, traz regramentos sobre o órgão regulador do setor - Anatel, trata da organização dos serviços de telecomunicações e estabelece as linhas da reestruturação e da desestatização das empresas federais de telecomunicações.

Dentre esses regramentos, destacou-se o artigo 108, parágrafo 3º, o qual menciona que “serão transferidos integralmente aos usuários os ganhos econômicos que não decorram diretamente da eficiência empresarial, em casos como os de diminuição de tributos e encargos legais e de novas regras sobre os serviços”.

Além da discussão tributária privilegiada pelo dispositivo, há relação intrínseca com o direito de defesa do consumidor e da livre concorrência.

2. O artigo 108, parágrafo 3º da LGT ao estabelecer a possibilidade de discutir tributos como ganhos econômicos e caracterizar o seu repasse aos consumidores privilegiou a análise da legitimidade ativa.

Discutir tributos enseja apresentar os sujeitos que têm legitimidade para tanto. O CTN definiu sujeito ativo da obrigação tributária, aquele que exige o tributo, a pessoa jurídica de direito público, identificando-se União, Estados, Municípios e Distrito Federal, ressalvados ainda os casos de parafiscalidade. Quanto ao sujeito passivo, aquele que tem o dever de pagar o tributo, o CTN aponta o contribuinte e o responsável. Quando o sujeito passivo da obrigação tributária se propõe a questionar alguma cobrança, figura como autor da demanda e, por sua vez, o sujeito ativo, como réu.

3. Na prestação de serviços de telecomunicações muitos tributos podem ser ponderados para a formação do preço final do serviço. Esses tributos podem ser pagos indevidamente e, por consequência, merecem ser restituídos.

Na Constituição Federal de 1988, há emblemática defesa ao dever de restituir através essencialmente do princípio da legalidade e da proteção à propriedade e à moralidade administrativa, convergindo todos para o fim maior, qual seja, evitar o locupletamento sem causa.

4. O CTN caracteriza em seus artigos 165 a 169 o dever de restituir através das hipóteses de pagamento indevido tributário e o direito a sua restituição.

O artigo 166 do CTN traz a discussão da classificação dos tributos em diretos e indiretos. Para classificá-los a doutrina tem utilizado o conceito de repercussão do tributo.

Tributos diretos são aqueles suportados pelo sujeito obrigado por lei ao seu pagamento; e, tributos indiretos são aqueles que comportam transferência do ônus tributário do sujeito obrigado por lei para um terceiro que se apresenta na situação fática.

Em que pesem as considerações sobre o fenômeno da repercussão do tributo na composição do preço ou serviços, certo é que ela não é vedada no direito tributário. Ela, entretanto, somente terá relevância na exata medida da lei que a descreveu, como é o caso do artigo 166 do CTN e do artigo 108, parágrafo 3º da Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

5. A legitimidade ativa para repetir o indébito fruto de tributos indiretos apresenta duas correntes, a primeira, na qual o sujeito indicado por lei (contribuinte de direito) é o ente legitimado a pleitear o indébito, fundamentando tal conclusão, de maneira geral, pelo fato de somente ele estar obrigado ao pagamento do tributo; e a segunda, que apresenta o terceiro (contribuinte de fato) a pleitear o indébito, pois ele é quem arca com o ônus tributário efetivamente.

Os dois fundamentos, entretanto, não se anulam. O artigo 166 do CTN é incisivo ao exigir a prova do não repasse do ônus tributário, ou caso esse tenha se efetivado, a autorização do terceiro, para assim, conferir legitimidade ativa ao contribuinte de direito. Logo, ausentes as duas exigências do CTN, cabe ao terceiro que pagou pelo preço ou serviço e, portanto, arcou com o ônus tributário, a legitimidade ativa.

6. A interpretação que confere a legitimidade ativa tanto do contribuinte de direito quanto do de fato para repetir o indébito quando necessário, contribui para a análise do artigo 108, parágrafo 3º da LGT.

O dispositivo da LGT em comento enuncia que os ganhos econômicos como a diminuição de tributos, deverão ser revertidos aos usuários. A análise permeia,

destarte, a legitimidade ativa para discutir tributos sob as hipóteses da empresa de telecomunicações e do consumidor.

7. A interpretação que confere legitimidade ativa à empresa de telecomunicações fundamenta-se em quatro aspectos, quais sejam, a legitimidade ativa é do sujeito que tem a obrigação legal de pagar o tributo; ainda que haja repasse, os valores que poderiam ser pleiteados pelos consumidores poderiam ser irrisórios; o dispositivo legal privilegia o direito à livre concorrência, e somente as empresas de telecomunicações, através das discussões tributárias, poderiam promovê-la; e, por fim, o dispositivo legal enuncia que haverá o repasse dos ganhos econômicos “após” a conquista judicial, determinando, portanto, que cabe à empresa de telecomunicação promover a discussão e, após a conquista, repassar às tarifas os valores diminuídos ou extintos pela decisão administrativa ou judicial.

As contendas no intuito de diminuir ou extinguir as exigências tributárias quando propostas pelas empresas de telecomunicações, podem gerar concorrência entre as empresas do setor, todas com o objetivo de ver suas tarifas desoneradas o máximo possível. Por consequência, os consumidores podem aproveitar esta concorrência e obter excelência nos serviços de telecomunicações a preços razoáveis.

8. Confere-se legitimidade ativa ao consumidor para pleitear a repetição do indébito fruto de tributo indireto com base na afirmação de que o consumidor, contribuinte de fato, é quem suporta definitivamente o ônus tributário. Destarte, como ele é quem efetivamente “paga” o tributo, ele teria a legitimidade ativa para discuti-lo.

Da mesma forma que pode ser conferida a legitimidade ativa para o consumidor repetir, pode ser admitida a legitimidade ativa dele para discutir tributos indiretos a que está submetido diante de uma prestação de serviços de telecomunicações.

9. Admitindo-se a hipótese do consumidor como contribuinte de fato do tributo e, portanto, legitimado para discussões tributárias, poder-se-ia estender a compreensão viabilizando uma demanda coletiva, através do Ministério Público.

Até meados de 2001 poder-se-ia defender essa tese. Entretanto, com a Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que alterou a Lei Federal nº 7.347/1985, dispondo que não seria cabível veicular por ação civil pública pretensões que envolvessem tributos, a possibilidade foi praticamente aniquilada, restando àqueles que a entenderam inconstitucional, a busca de tal declaração judicialmente.

10. O artigo 108, parágrafo 3º da LGT, enuncia que após a conquista, quer judicial ou administrativa, os ganhos devem ser imediatamente transferidos aos consumidores.

A melhor leitura do dispositivo, portanto, concentra-se na defesa da empresa de telecomunicações como legitimada ativa para discutir tributos, aproveitando-se dos valores conquistados em seu próprio benefício.

Afastada a tributação, insta a empresa de telecomunicações repassá-la ao consumidor, reduzindo as tarifas de seus serviços.

11. Caso a empresa de telecomunicações não promova discussões no intuito de afastar a tributação, o consumidor está também legitimado para agir, objetivando a diminuição dos tributos indiretos que arca em suas faturas telefônicas.

Ademais, quando a empresa de telecomunicações promover as discussões e sair vitoriosa, o fato de não repassar a conquista para o consumidor através do preço, pode ser perseguido judicialmente.

12. Traçadas considerações sobre as hipóteses de legitimidade ativa na discussão de tributos conforme os ditames da LGT cabe aos operadores do direito, representando quer as empresas de telecomunicações, quer os consumidores, levá-las aos tribunais administrativos ou judiciários no intuito de ver desoneradas de tributos indevidos as faturas telefônicas, ou mesmo, de efetivar a restituição do indébito tributário a quem por direito merecer.

O que não se pode admitir é o enriquecimento sem justa causa de qualquer das partes envolvidas na situação fática, pois, isto corresponderia ofensa direta à Lei e, por conseqüência, ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Tomo I. Traducción 3ª ed. Italiana por Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970.

ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1993.

ALMEIDA, João Batista de. Ministério Público. Interposição de ação civil pública diante da inconstitucionalidade de cobrança de taxa de iluminação pública. Legitimidade. Controle difuso de constitucionalidade. (Parecer). **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 42, ano 11, p. 233 – 240, abril-junho, 2002.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. V. 1. Parte Geral. 7ªed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2000.

ALVIM, Eduardo Pellegrini Arruda. **Mandado de Segurança no Direito Tributário**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 9ªed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. Coleção Textos de Direito Tributário – v. 8. 4ªed. ampl. e atual. em função da Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ASTONE, Francesco. **L'Arricchimento senza causa**. Il Diritto Privato Oggi. Serie a cura di Paolo Cendon. Milão: Giuffrè Editore, 1999.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. Rev. e atual. por Dejalma de Campos. 15ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª ed. Edição revista e complementada à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional 10/96 por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário**. 5ªed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

BECHO, Renato Lopes. **Sujeição Passiva e Responsabilidade Tributária**. São Paulo: Dialética, 2000.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Rio – Sociedade Cultural, 1977.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão de Serviços Públicos**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2001.

BORGES, Arnaldo. **O Sujeito Passivo da Obrigação Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BRANCO, Carlos Augusto Coelho. Tributação sobre os Serviços Conexos aos Serviços de Telecomunicação. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, nº 63, p. 29 – 41, dez. 2000.

BRITO, Edvaldo. Problemas Jurídicos Atuais do ICMS. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Coord.). **O ICMS, a Lei Complementar 87/96 e Questões Jurídicas Atuais**. São Paulo: Dialética, p. 83 – 117, 1997.

BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CACCIOLATO, Mirta B. Reclamo y Demanda de Repetición. In: ALTAMIRANO, Alejandro C. (Coord.). **El Procedimiento Tributario**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003.

CAIS, Cleide Previtalli. **O Processo Tributário**. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 22. 2ªed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. 3º V. (Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbieri). Campinas: Bookseller, 1999.

CAMPOS, Dejalma de. **Direito Processual Tributário**. 4ªed. São Paulo: Atlas, 1995.

CANTO, Gilberto de Ulhôa. Imposto sobre operações de câmbio (IOC). Aplicabilidade. Importações licenciadas, condição e pressuposto da operação de câmbio. Fato Gerador. Anterioridade da lei tributária. Restituição de Imposto. In: CANTO, Gilberto de Ulhôa. **Direito Tributário Aplicado: Pareceres**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 01 – 22, 1992.

_____. Repetição do Indébito. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord). **Repetição do Indébito**. Caderno de Pesquisas Tributárias. Vol. 8. 2ª tir., p. 1 – 16, São Paulo: Resenha Tributária; Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1983.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no Processo Civil e Penal: Promotor Natural: Atribuição e Conflito**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Vol. I. (Traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentis Melendo). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 18ªed. rev. ampl. e atual. até Emenda Constitucional 38/2002. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **ICMS**. São Paulo: Malheiros, 1994.

CARVALHO, Paulo de Barros Carvalho. **Curso de Direito Tributário**. 10ªed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.

CASSONE, Vittorio. **Direito Tributário: Fundamentos Constitucionais, Análise dos Impostos, Incentivos à Exportação, Doutrina, Prática e Jurisprudência**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1993.

CASTRO, Alexandre Barros. **Teoria e Prática do Direito Processual Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAVALCANTE, Mantovani Colares. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Dialética, 2002.

CELLA, José Renato Gaziero. **Contrato Administrativo: Equilíbrio Econômico-Financeiro**. Curitiba: Juruá, 2004.

CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. **Repetição do Indébito Tributário – Delineamentos de uma teoria**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CERVEIRA, Fernanda Pessoa. Enriquecimento sem Causa: da Legislação Civil Atual ao Novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 44, ano. 11, p. 141 – 167, out.-dez. 2002.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Manual de Direito Comercial**. 13ª ed., rev. e atual. de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002) e alterações da LSA e ampliado com estudo sobre comércio eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 1. 8ªed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

COSTA, Adriana de França. **A Repetição do Indébito e a Compensação Tributária**. In: MARINS, James; MARINS, Gláucia Vieira. (Coord.). **Processo Tributário Administrativo e Judicial**. Curitiba: Juruá, p. 387 – 415, 2000.

COSTA, Ramón Valdes. **Curso de Derecho Tributário**. Buenos Aires: Santa Fé de Bogotá, Madrid: Depalma, Temis, Marcial Pons, 1996.

CRETELLA JR., José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Vol. VII. (arts. 154 a 169). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

DALLAZEM, Dalton Luiz. A Declaração de Inconstitucionalidade e a Repetição do Indébito Tributário – Prescrição. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, Vol. 3, p. 195-201, 2003.

_____. A Repetição do Indébito e a Atividade de Cobrança do Crédito Tributário. Tradução de Enrico de Mita. “Forme della Riscossione e Ripetizione d’Indébito”. **Revista de Direito Tributário**. nº 89. São Paulo: Malheiros, p. 20-27, 2004.

_____. As Medidas Provisórias, a EC 32 e o Depósito Recursal Administrativo. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, nº 83, p. 19-27, agosto, 2002.

_____. **Cisão e Responsabilidade Tributária**. Curitiba: Juruá, 2000.

_____. O Código Civil de 2002 e o prazo pra pleitear a repetição do indébito tributário. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger. (Coord.). **Direito Tributário e o Novo Código Civil**. São Paulo: Quartier Latin, p. 341-362, 2004.

DALTON, Hugh. **Princípios de Finanças Públicas**. Original em inglês: “Principles of public finance”. Trad. De Maria de Lourdes Modiano – Revista por Aliomar Baleeiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.

DENARI, Zelmo. **Curso de Direito Tributário**. 6ª ed., rev. e atua. nos termos da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Repetição do Indébito. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **Repetição do Indébito**. Caderno de Pesquisas Tributárias. São Paulo: Resenha Tributária; Centro de Estudos de Extensão Universitária, Vol. 8. 2ª tir., p. 105 – 153, 1983.

_____. Sujeito Ativo e Passivo da Relação Jurídica Tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **Curso de Direito Tributário**. Vol. 1. 4ª ed. Belém: CEJUP – Centro de Extensão Universitária, p. 191 – 222, 1995.

DE PAULA, Adriano Perácio. Aspectos da Ação Civil Pública em Matéria de Consumo. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, nº 110, p. 95 –114, abril-jun., 2003.

EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES. **EMBRATEL 18 ANOS**. São Paulo: Bloch Editores S.A. 1983.

ESCOBAR, João Carlos Mariense. **O Novo Direito de Telecomunicações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

FALCAO, Amílcar. **Introdução ao Direito Tributário**. Atual. Flavio Bauer Novelli. 3ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FANUCCHI, Fábio. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Vol. I. 3ª ed. São Paulo: Resenha Tributária; Brasília: INL, 1975.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e Direito Concorrencial (As Telecomunicações)**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

FARENA, Duciran Van Marsen. Telefonía: Crise do Modelo e Desrespeito ao Consumidor. Alguns casos (PIS/Cofins e supressão do atendimento pessoal). **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 44, ano 11, p. 106 –121, out.-dez., 2002.

FERNANDES, Luiz Dias. **Repetição do Indébito: O Inconstitucional Artigo 166 do CTN**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. (Coord.). **Ministério Público: Instituição e Processo**. São Paulo: Atlas, 1997.

FERRAZ, Roberto. A função política do judiciário e o conteúdo político da constituição (O caso concreto de desvio na aplicação da arrecadação das CIDES). **Revista de Doutrina do TRF 4ª Região**. Disponível em: www.revistadoutrina.trf4.gov.br Acesso em: 20.jan.2005.

_____. Da Hipótese ao Pressuposto de Incidência – em Busca do Tributo Justo. In: SCHOUERI, Luis Eduardo. (Coord.). **Direito Tributário – Homenagem a Alcides Jorge Costa**. São Paulo: Quartier Latin, p. 176 – 238, 2003.

_____. Repetição do Indébito Tributário e Legitimidade Ativa – Telecomunicações – Lei 9.472/97, art. 108. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, nº 100, p. 106 – 114, jan., 2004.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. rev., ampl. e atual. com as Emendas 19 e 20, de 1998. São Paulo: Malheiros, 2000.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1991.

FOLHA ON LINE. **Invenção do telefone é atribuída a ítalo-americano**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u42476.shl>>. Acesso em: 21.jan.2005.

FONROUGE, C. M. Giuliani. **Conceitos de Direito Tributário**. Trad. da 2ª ed. argentina do livro “Derecho Financeiro” (Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1970) por Geraldo Ataliba e Marco Aurélio Greco. São Paulo: Lael, 1973.

FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. **O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa**. 2ª ed. Curitiba: Gênese, 1993.

GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia Duarte. **Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil**. 2ªed. rev. atual. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

GODOY, Adriana Mikrut Ribeiro de. Restituição de ICMS incidente sobre os serviços de transporte aéreo. In: BITTENCOURT, Ruben. (Coord.). **ICMS: no Estado do Paraná**: sinopse do ICMS do Estado do Paraná; pareceres do MP; jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; comentários de advogados e procuradores do Estado do Paraná. Vol. II. Juruá: Curitiba, p. 247 – 251, 2003.

GOMES, Fábio. **Comentários ao Processo Civil: do Processo do Conhecimento**. Arts. 243 a 269. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor; Algumas Notas. **Revista de Direito do Consumidor**. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 183 –189, jan.-março., 1993.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol 1. (Teoria Geral do Processo a Auxiliares da Justiça) 14ªed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRECO, Marco Aurélio. COFINS e PIS – Preço dos Serviços de Telecomunicação e Ausência de Repasse Jurídico aos Consumidores. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, nº 85, p. 131 –155, out., 2003.

_____. Repetição do Indébito. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **Repetição do Indébito**. Caderno de Pesquisas Tributárias. Vol. 8. São Paulo: Resenha Tributária, Centro de Estudos de Extensão Universitária, p. 277-291, 1983.

GRINBERG, Rosana. O Ministério Público e a Defesa do Consumidor individualmente considerado. **Revista de Direito do Consumidor**. Revista dos Tribunais, nº 22, p. 167 – 170, abril-jun., 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Ação Civil Pública e a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos (Parecer). **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 5, p. 206 – 229, jan.-março.,1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini (et. al.). **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto**. 7ª ed., rev. e ampl. até junho.2001. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. A Inaplicabilidade do Disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional à Repetição do Indébito do ISS. In: SCHOUERI, Luís Eduardo. (Coord.). **Direito Tributário – Homenagem a Alcides Jorge Costa**. Vol I. São Paulo: Quartier Latin, p. 565 – 580, 2003.

GUIMARAES, Paulo Nazareno Roriz. A Responsabilidade Patrimonial da Agência Nacional de Telecomunicações. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**. Cuiabá: Edunic, vol. I, n. 1, p. 67 – 80, jul.-dez., 1999.

HARADA, Kiyoski. **Sistema Tributário na Constituição de 1988: Tributação Progressiva**. São Paulo: Saraiva, 1991.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LACOMBE, Américo Masset. **Obrigação Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

LAZZARINI, Álvaro. Serviços Públicos nas Relações de Consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 29, p. 21 – 28, jan.-maio., 1999.

LEGISLAÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ. Governo do Estado do Paraná. Disponível em: <http://www.fazenda.pr.gov.br>

LEGISLAÇÃO FEDERAL. Presidência da República do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito Econômico**. 3ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LUQUI, Juan Carlos. **Derecho Constitucional Tributario**. Buenos Aires: Depalma, 1993.

KAMINSKI, Omar. Injustiça reparada - Antonio Meucci é o verdadeiro inventor do telefone. **Revista Consultor Jurídico**, 20 de junho de 2002. Disponível em: <http://conjur.uol.com.br/textos/11236/>. Acesso em: 21.jan.2005;

MACHADO, Antônio Claudio da Costa. **A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro**. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

MACHADO, Brandão. Repetição do Indébito no Direito Tributário. In: _____. (Coord.) **Direito Tributário: Estudos em homenagem a Ruy Barbosa Nogueira**. São Paulo: Saraiva, 1984.

MACHADO, Eduardo Muniz. A Repercussão Jurídica do Tributo e a sua Influência na Restituição do Indébito. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 57, ano 12, p. 76 – 84, jul.-ago., 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. Imposto Indireto, Repetição do Indébito e Imunidade Subjetiva. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, nº 2, p. 32 – 35, nov. 1995.

_____. **Mandado de Segurança em Matéria Tributária.** 4ª ed. São Paulo: Dialética, 2000.

_____. O Princípio da Moralidade no Direito Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **O Princípio da Moralidade no Direito Tributário.** Caderno de Pesquisas Tributárias. Nova Série 2. São Paulo: Centro de Extensão Universitária; Revista dos Tribunais, p. 62 – 71, 1996.

_____. (Coord.) **Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário.** São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET, 1999.

_____. **Temas de Direito Tributário II.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Parecer. CIDE. Lei n. 10.336/2002. Distribuidores e Varejistas de Combustíveis. Mandado de Segurança. Legitimidade “ad Causam”. **Revista Dialética de Direito Tributário.** São Paulo: Dialética, nº 89, p. 122 – 136, fev. 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores (Lei 7347/85 e legislação complementar).** 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Interesses Difusos: Conceitos e Legitimação para Agir.** 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Sobre a Legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos. In: MILARÉ, Edis. (Coord.). **Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/85: reminiscências e reflexões após 10 anos de aplicação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 438 – 450, 1995.

MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro: Administrativo e Judicial.** 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Processo Civil.** Vol. II. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

_____. **Manual de Direito Processual Civil.** Vol. 1. Atual. por Wilson Rodrigues Alves. 2ªed. Campinas: Millennium, 2001.

MARTINEZ, Soares. **Direito Fiscal.** 10ªed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Aspectos Práticos da Teoria da Imposição Tributária.** Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996.

_____. (Coord.) **Comentários ao Código Tributário Nacional.** Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. (Coord.). **Repetição do Indébito**. Caderno de Pesquisas Tributárias. Vol. 8. 2ª tiragem. São Paulo: Resenha Tributária Ltda.; Centro de Estudos de Extensão Universitária, p. 155 –194, 1983.

MATTOS, Aroldo Gomes de. Ação de Repetição de Indébito: Possibilidade de Opção pela Compensação e o Prazo para seu Exercício. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Problemas de Processo Judicial Tributário**. 2º Vol. São Paulo: Dialética, p. 19 – 28, 1998.

MATTOS, Aroldo Gomes de. IPI. Operações com energia elétrica consumida no processo industrial. Direito ao Crédito. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 59, ano 12, p. 17 – 29, nov. - dez.2004.

MATTOS, Aroldo Gomes de. Repetição do Indébito, Compensação e Ação Declaratória. In: MACHADO, Hugo de Brito. (Coord.) **Repetição do Indébito Tributário e Compensação no Direito Tributário**. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários, ICET, p. 47 – 72, 1999.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo – Meio Ambiente, Consumidor e outros Interesses Difusos e Coletivos**. 9ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **O Ministério Público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Regime Jurídico do Ministério Público: Análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, aprovada pela Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. São Paulo: Saraiva, 1993.

MEDAUAR, Odete. A Figura da Concessão. In: MEDAUAR, Odete. (Coord.). **Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 11 – 17, 1995.

_____. **Direito Administrativo Moderno**. 5ªed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRA, Raphael Corrêa de. **Curso de Direito Romano**. São Paulo: Saraiva, 1983.

MEIRA, Silvio A. B. **Instituições de Direito Romano**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, s/d.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22ª ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Delcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ªed. rev. e atual. até Emendas ns. 41 (da Previdência) e 42, de 2003. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de Direito Tributário**. 2ªed. Rev. e atual. de conformidade com a Emenda Constitucional, inclusive a de nº 31, de 19.12.2002 e Lei Complementar 102, de 11 de julho de 2000 e 104 e 105 de 10 de janeiro de 2001. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. **ICMS. Teoria e Prática**. São Paulo: Dialética, 1995.

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. **Telecomunicações: Linha do Tempo**. Disponível em: <<http://www.mc.gov.br/historico/telefonica/default.htm>>. Acesso em: 21.jan.2005.

MIRAGEM, Bruno. A Regulação do Serviço Público de energia elétrica e o Direito do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 51, ano 13, p. 68-100, jul-set., 2004.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo XXVI. 3ª ed. reimpressa. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. Vol. II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

MÖRSCHBÄCHER, José. **Repetição do Indébito Tributário Indireto**. 3ªed. São Paulo: Dialética, 1998.

_____. Repetição do Indébito Tributário e Compensação. In: MACHADO, Hugo de Brito. (Coord.) **Repetição do Indébito Tributário e Compensação no Direito Tributário**. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários, ICET, p. 243 – 280, 1999.

MONTEIRO NETO, Nelson. Problemas de Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, nº 104, p. 55 – 61, 2004.

MUSEU DO TELEFONE. **A Invenção do telefone**. Disponível: <<http://www.museudotelefone.org.br/invencao.htm>>. Acesso em: 21.jan.2005.

NABAIS, José Casalta. **Direito Fiscal**. Coimbra: Almedina, 2000.

NEPOMUCENO, F. **Formação do Preço de Venda**. São Paulo: SEI – Sociedade Editora Ipanema Ltda., 1976.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil – Comentado e Legislação Processual Civil extravagante em vigor: atualizado até 01.08.1997**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NEVIANI, Tarcísio. **A Restituição de Tributos Indevidos, seus Problemas, suas Incertezas**. São Paulo: Resenha Tributária, 1983.

NEVIANI, Tarcísio. Repetição de Indébito. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Repetição do Indébito**. Caderno de Pesquisas Tributárias n. 8. São

Paulo: Resenha Tributária e Centro de Estudos de Extensão Universitária (co-edição), p. 303-337, 1983.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 14ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

NOVOA, César Garcia. **La Devolucion de Ingresos Tributários Indevidos**. Madrid: Marcial Pons, 1993.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 3ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Dennison de. **Estado & Mercado: Telecomunicações no Brasil**. Curitiba: Prephacio, 1991.

PAES, Pedro. **Enriquecimento sem Causa**. São Paulo: Resenha Universitária, 1977.

PASTE – Perspectivas para Ampliação e Modernização do Setor de Telecomunicações. Anatel. Brasília, 2000.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição Federal e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 2ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado; ESMAFE, 2000.

PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. **Ação de Repetição do Indébito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1988.

PEREIRA, Caio Mauro da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 7ª ed. Vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1983.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Tutela Coletiva da Livre Concorrência. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 49, ano 13, p. 11 – 39, jan.–março 2004, p. 11 – 39.

QUEIROZ, José Wilson Nogueira de. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

REMÉDIO JR., José Ângelo. O Estado Democrático de Direito e a Defesa da Concorrência. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 42, ano 10, p. 184 – 207, jan.-fev., 2002.

RIBEIRO, André da Costa. Lei Complementar Tributária. In: MARINS, James. (Coord.). **Direito Tributário Atual**. Curitiba: Juruá, p. 165-191, 2000.

_____. Processo Administrativo Fiscal: O Regime Jurídico do Decreto 70.235/1972. In: MARINS, James. (Coord.). **Tributação e Processo**. Livro 5 – Tomo II. Coleção Tributação em Debate. Curitiba: Juruá, p. 117-162, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.

RODRIGUES, Walter Piva. Substituição Tributária para Frente e Realidade Afins: Legitimidade “ad causam”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Coord.). **Problemas de Processo Judicial Tributário**. 4º Vol. São Paulo: Dialética, p. 249 – 255, 2000.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. 3º Vol. (Trad. da 6ª ed. italiana por Paolo Capitanio; atual. por Paulo Roberto Benasse). Campinas: Bookseller, 1999.

SANCHES, J.L. Saldanha. **Manual de Direito Fiscal**. Lisboa: Lex, 1998.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de.; CONRADO, Paulo César. Controle Direto de Constitucionalidade e Repetição do Indébito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, nº 86, p. 27 – 33, nov., 2002.

SANTIAGO, Igor Mauler. Repasse do Ônus Econômico de Tributos Diretos: a Controvérsia sobre o PIS e a COFINS das Companhias Telefônicas. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, nº 96, p. 36 – 41, Set.2003.

SARDINHA, José Carlos. **Formação do Preço: a Arte do Negócio**. São Paulo: Makron Books, 1995.

SIQUEIRA, Ethevaldo. **Telecomunicações: Privatização ou Caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993.

_____. **Três Momentos da História das Telecomunicações no Brasil**. São Paulo: Dezembro Editorial, 1997.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Vol. IV . Rev. e atual. por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10ªed. nos termos da Revisão Constitucional de 1994. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Do Processo do Conhecimento. Arts. 1º a 100. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Curso de Processo Civil**. Vol. 1. Processo do Conhecimento. 4ªed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SOUZA, Gelson Amaro de. **Responsabilidade Tributária e Legitimidade Ativa na Execução Fiscal**. s/l: Data Júris, s./d.

SOUZA, Rubens Gomes de. **Compêndio de Legislação Tributária**. Obra Póstuma 1975. Coord. IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. São Paulo: Editora Resenha Tributária Ltda., 1981.

STRAPASSON, Maria das Graças. **Princípio Constitucional da Legalidade Tributária**. Curitiba: Juruá, 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>

TILBERY, Henry (et. al.) **Direito Tributário 2**. São Paulo: Bushatsky, 1972.

TIPKE, Klaus. A Necessidade da Igualdade na Execução das Leis Tributárias. In: SCHOUERI, Luis Eduardo. (Coord.). **Direito Tributário** – Homenagem a Alcides Jorge Costa. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, p.361 - 373, 2003.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 11ª ed. atual. até publicação da Emenda Constitucional n. 42 de 19.12.2003. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Restituição de Tributos**. 1ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. Substituição Tributária e Cobrança Antecipada do ICMS. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Coord.). **ICMS Problemas Jurídicos**. São Paulo: Dialética, p. 185 – 202, 1996.

TROIANELLI, Gabriel Lacerda. Repetição do Indébito e Compensação: Prazos para o seu exercício. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Coord.). **Problemas de Processo Judicial Tributário**. 4º Vol. São Paulo: Dialética, p. 97 – 114, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo do Conhecimento**. Vol. 1. 6ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. 1ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação Civil Pública**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

VILELA, Djalma de Souza. A Restituição de Indébito Fiscal e a Transferência do Encargo Financeiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 709, p. 247 – 262, nov., 1994.

VILLELA, Gilberto Etchaluz. **A Responsabilidade Tributária: as Obrigações Tributárias e as Responsabilidades: individualizadas, solidárias, subsidiárias individualizadas, subsidiárias solidárias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ANEXO

LEI Nº 9.472, DE 16 DE JULHO DE 1997.

Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

LIVRO I

DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

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.

Art. 2º O Poder Público tem o dever de:

I - garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;

II - estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira;

III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;

IV - fortalecer o papel regulador do Estado;

V - criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo;

VI - criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País.

Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

I - de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional;

II - à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço;

III - de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço;

IV - à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços;

V - à inviolabilidade e ao sigilo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas;

VI - à não divulgação, caso o requeira, de seu código de acesso;

VII - à não suspensão de serviço prestado em regime público, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização ou por descumprimento de condições contratuais;

VIII - ao prévio conhecimento das condições de suspensão do serviço;

IX - ao respeito de sua privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora do serviço;

X - de resposta às suas reclamações pela prestadora do serviço;

XI - de peticionar contra a prestadora do serviço perante o órgão regulador e os organismos de defesa do consumidor;

XII - à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos.

Art. 4º O usuário de serviços de telecomunicações tem o dever de:

I - utilizar adequadamente os serviços, equipamentos e redes de telecomunicações;

II - respeitar os bens públicos e aqueles voltados à utilização do público em geral;

III - comunicar às autoridades irregularidades ocorridas e atos ilícitos cometidos por prestadora de serviço de telecomunicações.

Art. 5º Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.

Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.

Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§ 1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador.

§ 3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

LIVRO II

DO ÓRGÃO REGULADOR E DAS POLÍTICAS SETORIAIS

TÍTULO I

DA CRIAÇÃO DO ÓRGÃO REGULADOR

Art. 8º Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

§ 1º A Agência terá como órgão máximo o Conselho Diretor, devendo contar, também, com um Conselho Consultivo, uma Procuradoria, uma Corregedoria, uma Biblioteca e uma Ouvidoria, além das unidades especializadas incumbidas de diferentes funções.

§ 2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

Art. 9º A Agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.

Art. 10. Caberá ao Poder Executivo instalar a Agência, devendo o seu regulamento, aprovado por decreto do Presidente da República, fixar-lhe a estrutura organizacional.

Parágrafo único. A edição do regulamento marcará a instalação da Agência, investindo-a automaticamente no exercício de suas atribuições.

Art. 11. O Poder Executivo encaminhará ao Congresso Nacional, no prazo de até noventa dias, a partir da publicação desta Lei, mensagem criando o quadro efetivo de pessoal da Agência, podendo remanejar cargos disponíveis na estrutura do Ministério das Comunicações.

Art. 12. Ficam criados os Cargos em Comissão de Natureza Especial e do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, com a finalidade de integrar a estrutura da Agência, relacionados no Anexo I. (Revogado pela Lei nº 9.986, de 18.7.2000)

Art. 13. Ficam criadas as funções de confiança denominadas Funções Comissionadas de Telecomunicação - FCT, de ocupação privativa por servidores do quadro efetivo, servidores públicos federais ou empregados de empresas públicas ou sociedades de economia mista, controladas pela União, em exercício na Agência Nacional de Telecomunicações, no quantitativo e valores previstos no Anexo II desta Lei. (Revogado pela Lei nº 9.986, de 18.7.2000)

§ 1º O servidor investido na Função Comissionada de Telecomunicação exercerá atribuições de assessoramento e coordenação técnica e perceberá remuneração correspondente ao cargo efetivo ou emprego permanente, acrescida do valor da Função para a qual foi designado. (Revogado pela Lei nº 9.986, de 18.7.2000)

§ 2º A designação para Função de Assessoramento é inacumulável com a designação ou nomeação para qualquer outra forma de comissionamento, cessando o seu pagamento durante as situações de afastamento do servidor, inclusive aquelas consideradas de efetivo exercício, ressalvados os períodos a que se referem os incisos I, IV, VI, VIII, alíneas a e e, e inciso X do art. 102 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

§ 3º O Poder Executivo poderá dispor sobre alteração dos quantitativos e da distribuição das Funções Comissionadas de Telecomunicação dentro da estrutura organizacional, observados os níveis hierárquicos, os valores de retribuição correspondentes e o respectivo custo global estabelecidos no Anexo II. (Revogado pela Lei nº 9.986, de 18.7.2000)

Art. 14. A Agência poderá requisitar, com ônus, servidores de órgãos e entidades integrantes da administração pública federal direta, indireta ou fundacional, quaisquer que sejam as funções a serem exercidas. (Revogado pela Lei nº 9.986, de 18.7.2000)

§ 1º Durante os primeiros vinte e quatro meses subsequentes à instalação da Agência, as requisições de que trata o caput deste artigo serão irrecusáveis quando feitas a órgãos e entidades do Poder Executivo, e desde que aprovadas pelo Ministro de Estado das Comunicações e pelo Ministro de Estado Chefe da Casa Civil. (Revogado pela Lei nº 9.986, de 18.7.2000)

§ 2º Quando a requisição implicar redução de remuneração do servidor requisitado, fica a Agência autorizada a complementá-la até o limite da remuneração percebida no órgão de origem. (Revogado pela Lei nº 9.986, de 18.7.2000)

Art. 15. A fixação das dotações orçamentárias da Agência na Lei de Orçamento Anual e sua programação orçamentária e financeira de execução não sofrerão limites nos seus valores para movimentação e empenho.

Art. 16. Fica o Poder Executivo autorizado a realizar as despesas e os investimentos necessários à instalação da Agência, podendo remanejar, transferir ou utilizar saldos orçamentários, empregando como recursos dotações destinadas a atividades finalísticas e administrativas do Ministério das Comunicações, inclusive do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL.

Parágrafo único. Serão transferidos à Agência os acervos técnico e patrimonial, bem como as obrigações e direitos do Ministério das Comunicações, correspondentes às atividades a ela atribuídas por esta Lei.

Art. 17. A extinção da Agência somente ocorrerá por lei específica.

TÍTULO II

DAS COMPETÊNCIAS

Art. 18. Cabe ao Poder Executivo, observadas as disposições desta Lei, por meio de decreto:

I - instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado;

II - aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público;

III - aprovar o plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público;

IV - autorizar a participação de empresa brasileira em organizações ou consórcios intergovernamentais destinados ao provimento de meios ou à prestação de serviços de telecomunicações.

Parágrafo único. O Poder Executivo, levando em conta os interesses do País no contexto de suas relações com os demais países, poderá estabelecer limites à participação estrangeira no capital de prestadora de serviços de telecomunicações.

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações;

II - representar o Brasil nos organismos internacionais de telecomunicações, sob a coordenação do Poder Executivo;

III - elaborar e propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, a adoção das medidas a que se referem os incisos I a IV do artigo anterior, submetendo previamente a consulta pública as relativas aos incisos I a III;

IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

V - editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público;

VI - celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;

VII - controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes;

VIII - administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas;

IX - editar atos de outorga e extinção do direito de uso de radiofrequência e de órbita, fiscalizando e aplicando sanções;

X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

XI - expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções;

XII - expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;

XIII - expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos;

XIV - expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais;

XV - realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência;

XVI - deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos;

XVII - compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações;

XVIII - reprimir infrações dos direitos dos usuários;

XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE;

XX - propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministério das Comunicações, a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à implantação ou manutenção de serviço no regime público;

XXI - arrecadar e aplicar suas receitas;

XXII - resolver quanto à celebração, alteração ou extinção de seus contratos, bem como quanto à nomeação, exoneração e demissão de servidores, realizando os procedimentos necessários, na forma em que dispuser o regulamento;

XXIII - contratar pessoal por prazo determinado, de acordo com o disposto na Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993;

XXIV - adquirir, administrar e alienar seus bens;

XXV - decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada, sempre admitido recurso ao Conselho Diretor;

XXVI - formular ao Ministério das Comunicações proposta de orçamento;

XXVII - aprovar o seu regimento interno;

XXVIII - elaborar relatório anual de suas atividades, nele destacando o cumprimento da política do setor definida nos termos do artigo anterior;

XXIX - enviar o relatório anual de suas atividades ao Ministério das Comunicações e, por intermédio da Presidência da República, ao Congresso Nacional;

XXX - rever, periodicamente, os planos enumerados nos incisos II e III do artigo anterior, submetendo-os, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, ao Presidente da República, para aprovação;

XXXI - promover interação com administrações de telecomunicações dos países do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL, com vistas à consecução de objetivos de interesse comum.

TÍTULO III

DOS ÓRGÃOS SUPERIORES

Capítulo I

Do Conselho Diretor

Art. 20. O Conselho Diretor será composto por cinco conselheiros e decidirá por maioria absoluta.

Parágrafo único. Cada conselheiro votará com independência, fundamentando seu voto.

Art. 21. As sessões do Conselho Diretor serão registradas em atas, que ficarão arquivadas na Biblioteca, disponíveis para conhecimento geral.

§ 1º Quando a publicidade puder colocar em risco a segurança do País, ou violar segredo protegido ou a intimidade de alguém, os registros correspondentes serão mantidos em sigilo.

§ 2º As sessões deliberativas do Conselho Diretor que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos e entre estes e consumidores e usuários de bens e serviços de telecomunicações serão públicas, permitida a sua gravação por meios eletrônicos e assegurado aos interessados o direito de delas obter transcrições.

Art. 22. Compete ao Conselho Diretor:

I - submeter ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, as modificações do regulamento da Agência;

II - aprovar normas próprias de licitação e contratação;

III - propor o estabelecimento e alteração das políticas governamentais de telecomunicações;

IV - editar normas sobre matérias de competência da Agência;

V - aprovar editais de licitação, homologar adjudicações, bem como decidir pela prorrogação, transferência, intervenção e extinção, em relação às outorgas para prestação de serviço no regime público, obedecendo ao plano aprovado pelo Poder Executivo;

VI - aprovar o plano geral de autorizações de serviço prestado no regime privado;

VII - aprovar editais de licitação, homologar adjudicações, bem como decidir pela prorrogação, transferência e extinção, em relação às autorizações para prestação de serviço no regime privado, na forma do regimento interno;

VIII - aprovar o plano de destinação de faixas de radiofrequência e de ocupação de órbitas;

IX - aprovar os planos estruturais das redes de telecomunicações, na forma em que dispuser o regimento interno;

X - aprovar o regimento interno;

XI - resolver sobre a aquisição e a alienação de bens;

XII - autorizar a contratação de serviços de terceiros, na forma da legislação em vigor.

Parágrafo único. Fica vedada a realização por terceiros da fiscalização de competência da Agência, ressalvadas as atividades de apoio.

Art. 23. Os conselheiros serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

Art. 24. O mandato dos membros do Conselho Diretor será de cinco anos. (“vedada a recondução” foi suprimido na redação dada ao caput pelo art 36 da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000)

Parágrafo único. Em caso de vaga no curso do mandato, este será completado por sucessor investido na forma prevista no artigo anterior, que o exercerá pelo prazo remanescente.

Art. 25. Os mandatos dos primeiros membros do Conselho Diretor serão de três, quatro, cinco, seis e sete anos, a serem estabelecidos no decreto de nomeação.

Art. 26. Os membros do Conselho Diretor somente perderão o mandato em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. (Revogado pela Lei nº 9.986, de 18.7.2000)

§ 1º Sem prejuízo do que prevêem a lei penal e a lei da improbidade administrativa, será causa da perda do mandato a inobservância, pelo conselheiro, dos deveres e proibições inerentes ao cargo, inclusive no que se refere ao cumprimento das políticas estabelecidas para o setor pelos Poderes Executivo e Legislativo. (Revogado pela Lei nº 9.986, de 18.7.2000)

§ 2º Cabe ao Ministro de Estado das Comunicações instaurar o processo administrativo disciplinar, que será conduzido por comissão especial, competindo ao Presidente da República determinar o afastamento preventivo, quando for o caso, e proferir o julgamento. (Revogado pela Lei nº 9.986, de 18.7.2000)

Art. 27. O regulamento disciplinará a substituição dos conselheiros em seus impedimentos, bem como durante a vacância.

Art. 28. Aos conselheiros é vedado o exercício de qualquer outra atividade profissional, empresarial, sindical ou de direção político-partidária, salvo a de professor universitário, em horário compatível. (Revogado pela Lei nº 9.986, de 18.7.2000)

Parágrafo único. É vedado aos conselheiros, igualmente, ter interesse significativo, direto ou indireto, em empresa relacionada com telecomunicações, como dispuser o regulamento. (Revogado pela Lei nº 9.986, de 18.7.2000)

Art. 29. Caberá também aos conselheiros a direção dos órgãos administrativos da Agência.

Art. 30. Até um ano após deixar o cargo, é vedado ao ex-conselheiro representar qualquer pessoa ou interesse perante a Agência.

Parágrafo único. É vedado, ainda, ao ex-conselheiro utilizar informações privilegiadas obtidas em decorrência do cargo exercido, sob pena de incorrer em improbidade administrativa.

Art. 31. O Presidente do Conselho Diretor será nomeado pelo Presidente da República dentre os seus integrantes e investido na função por três anos ou pelo que restar de seu mandato de conselheiro, quando inferior a esse prazo, vedada a recondução. (Revogado pela Lei nº 9.986, de 18.7.2000)

Art. 32. Cabe ao Presidente a representação da Agência, o comando hierárquico sobre o pessoal e o serviço, exercendo todas as competências administrativas correspondentes, bem como a presidência das sessões do Conselho Diretor.

Parágrafo único. A representação judicial da Agência, com prerrogativas processuais de Fazenda Pública, será exercida pela Procuradoria.

Capítulo II

Do Conselho Consultivo

Art. 33. O Conselho Consultivo é o órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência.

Art. 34. O Conselho será integrado por representantes indicados pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelo Poder Executivo, pelas entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, por entidades representativas dos usuários e por entidades representativas da sociedade, nos termos do regulamento.

Parágrafo único. O Presidente do Conselho Consultivo será eleito pelos seus membros e terá mandato de um ano.

Art. 35. Cabe ao Conselho Consultivo:

I - opinar, antes de seu encaminhamento ao Ministério das Comunicações, sobre o plano geral de outorgas, o plano geral de metas para universalização de serviços prestados no regime público e demais políticas governamentais de telecomunicações;

II - aconselhar quanto à instituição ou eliminação da prestação de serviço no regime público;

III - apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor;

IV - requerer informação e fazer proposição a respeito das ações referidas no art. 22.

Art. 36. Os membros do Conselho Consultivo, que não serão remunerados, terão mandato de três anos, vedada a recondução.

§ 1º Os mandatos dos primeiros membros do Conselho serão de um, dois e três anos, na proporção de um terço para cada período.

§ 2º O Conselho será renovado anualmente em um terço.

Art. 37. O regulamento disporá sobre o funcionamento do Conselho Consultivo

TÍTULO IV

DA ATIVIDADE E DO CONTROLE

Art. 38. A atividade da Agência será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade.

Art. 39. Ressalvados os documentos e os autos cuja divulgação possa violar a segurança do País, segredo protegido ou a intimidade de alguém, todos os demais permanecerão abertos à consulta do público, sem formalidades, na Biblioteca.

Parágrafo único. A Agência deverá garantir o tratamento confidencial das informações técnicas, operacionais, econômico-financeiras e contábeis que solicitar às empresas prestadoras dos serviços de telecomunicações, nos termos do regulamento.

Art. 40. Os atos da Agência deverão ser sempre acompanhados da exposição formal dos motivos que os justifiquem.

Art. 41. Os atos normativos somente produzirão efeito após publicação no Diário Oficial da União, e aqueles de alcance particular, após a correspondente notificação.

Art. 42. As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca.

Art. 43. Na invalidação de atos e contratos, será garantida previamente a manifestação dos interessados.

Art. 44. Qualquer pessoa terá o direito de peticionar ou de recorrer contra ato da Agência no prazo máximo de trinta dias, devendo a decisão da Agência ser conhecida em até noventa dias.

Art. 45. O Ouvidor será nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, admitida uma recondução.

Parágrafo único. O Ouvidor terá acesso a todos os assuntos e contará com o apoio administrativo de que necessitar, competindo-lhe produzir, semestralmente ou quando oportuno, apreciações críticas sobre a atuação da Agência, encaminhando-as ao Conselho Diretor, ao Conselho Consultivo, ao Ministério das Comunicações, a outros órgãos do Poder Executivo e ao Congresso Nacional, fazendo publicá-las para conhecimento geral.

Art. 46. A Corregedoria acompanhará permanentemente o desempenho dos servidores da Agência, avaliando sua eficiência e o cumprimento dos deveres funcionais e realizando os processos disciplinares.

TÍTULO V

DAS RECEITAS

Art. 47. O produto da arrecadação das taxas de fiscalização de instalação e de funcionamento a que se refere a Lei nº 5.070, de 7 de julho de 1966, será destinado ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL, por ela criado.

Art. 48. A concessão, permissão ou autorização para a exploração de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência, para qualquer serviço, será sempre feita a título oneroso, ficando autorizada a cobrança do respectivo preço nas condições estabelecidas nesta Lei e na regulamentação, constituindo o produto da arrecadação receita do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL.

§ 1º Conforme dispuser a Agência, o pagamento devido pela concessionária, permissionária ou autorizada poderá ser feito na forma de quantia certa, em uma ou várias parcelas, ou de parcelas anuais, sendo seu valor, alternativamente:

I - determinado pela regulamentação;

II - determinado no edital de licitação;

III - fixado em função da proposta vencedora, quando constituir fator de julgamento;

IV - fixado no contrato de concessão ou no ato de permissão, nos casos de inexigibilidade de licitação.

§ 2º Após a criação do fundo de universalização dos serviços de telecomunicações mencionado no inciso II do art. 81, parte do produto da arrecadação a que se refere o caput deste artigo será a ele destinada, nos termos da lei correspondente.

Art. 49. A Agência submeterá anualmente ao Ministério das Comunicações a sua proposta de orçamento, bem como a do FISTEL, que serão encaminhadas ao Ministério do Planejamento e Orçamento para inclusão no projeto de lei orçamentária anual a que se refere o § 5º do art. 165 da Constituição Federal.

§ 1º A Agência fará acompanhar as propostas orçamentárias de um quadro demonstrativo do planejamento plurianual das receitas e despesas, visando ao seu equilíbrio orçamentário e financeiro nos cinco exercícios subsequentes.

§ 2º O planejamento plurianual preverá o montante a ser transferido ao fundo de universalização a que se refere o inciso II do art. 81 desta Lei, e os saldos a serem transferidos ao Tesouro Nacional.

§ 3º A lei orçamentária anual consignará as dotações para as despesas de custeio e capital da Agência, bem como o valor das transferências de recursos do FISTEL ao Tesouro Nacional e ao fundo de universalização, relativos ao exercício a que ela se referir.

§ 4º As transferências a que se refere o parágrafo anterior serão formalmente feitas pela Agência ao final de cada mês.

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.

Art. 51. Os arts. 2º, 3º, 6º e seus parágrafos, o art. 8º e seu § 2º, e o art. 13, da Lei nº 5.070, de 7 de julho de 1966, passam a ter a seguinte redação:

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

a) dotações consignadas no Orçamento Geral da União, créditos especiais, transferências e repasses que lhe forem conferidos;

b) o produto das operações de crédito que contratar, no País e no exterior, e rendimentos de operações financeiras que realizar;

c) relativas ao exercício do poder concedente dos serviços de telecomunicações, no regime público, inclusive pagamentos pela outorga, multas e indenizações;

d) relativas ao exercício da atividade ordenadora da exploração de serviços de telecomunicações, no regime privado, inclusive pagamentos pela expedição de autorização de serviço, multas e indenizações;

e) relativas ao exercício do poder de outorga do direito de uso de radiofrequência para qualquer fim, inclusive multas e indenizações;

f) taxas de fiscalização;

g) recursos provenientes de convênios, acordos e contratos celebrados com entidades, organismos e empresas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras;

h) doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados;

i) o produto dos emolumentos, preços ou multas, os valores apurados na venda ou locação de bens, bem assim os decorrentes de publicações, dados e informações técnicas, inclusive para fins de licitação;

j) decorrentes de quantias recebidas pela aprovação de laudos de ensaio de produtos e pela prestação de serviços técnicos por órgãos da Agência Nacional de Telecomunicações;

l) rendas eventuais."

"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:

.....

d) no atendimento de outras despesas correntes e de capital por ela realizadas no exercício de sua competência."

"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 radiofrequência, 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 e de uso de radiofrequência, anualmente, pela fiscalização do funcionamento das estações."

"Art. 8º A Taxa de Fiscalização de Funcionamento será paga, anualmente, até o dia 31 de março, e seus valores serão os correspondentes a cinquenta por cento dos fixados para a Taxa de Fiscalização de Instalação.

.....

§ 2º O não-pagamento da Taxa de Fiscalização de Funcionamento no prazo de sessenta dias após a notificação da Agência determinará a caducidade da concessão, permissão ou autorização, sem que caiba ao interessado o direito a qualquer indenização.

....."

"Art. 13. São isentos do pagamento das taxas do FISTEL a Agência Nacional de Telecomunicações, as Forças Armadas, a Polícia Federal, as Polícias Militares, a Polícia Rodoviária Federal, as Polícias Civis e os Corpos de Bombeiros Militares."

Art. 52. Os valores das taxas de fiscalização de instalação e de funcionamento, constantes do Anexo I da Lei nº 5.070, de 7 de julho de 1966, passam a ser os da Tabela do Anexo III desta Lei.

Parágrafo único. A nomenclatura dos serviços relacionados na Tabela vigorará até que nova regulamentação seja editada, com base nesta Lei.

Art. 53. Os valores de que tratam as alíneas i e j do art. 2º da Lei nº 5.070, de 7 de julho de 1966, com a redação dada por esta Lei, serão estabelecidos pela Agência.

TÍTULO VI

DAS CONTRATAÇÕES

Art. 54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública.

Parágrafo único. Para os casos não previstos no caput, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão.

Art. 55. A consulta e o pregão serão disciplinados pela Agência, observadas as disposições desta Lei e, especialmente:

I - a finalidade do procedimento licitatório é, por meio de disputa justa entre interessados, obter um contrato econômico, satisfatório e seguro para a Agência;

II - o instrumento convocatório identificará o objeto do certame, circunscreverá o universo de proponentes, estabelecerá critérios para aceitação e julgamento de propostas, regulará o procedimento, indicará as sanções aplicáveis e fixará as cláusulas do contrato;

III - o objeto será determinado de forma precisa, suficiente e clara, sem especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

IV - a qualificação, exigida indistintamente dos proponentes, deverá ser compatível e proporcional ao objeto, visando à garantia do cumprimento das futuras obrigações;

V - como condição de aceitação da proposta, o interessado declarará estar em situação regular perante as Fazendas Públicas e a Seguridade Social, fornecendo seus códigos de inscrição, exigida a comprovação como condição indispensável à assinatura do contrato;

VI - o julgamento observará os princípios de vinculação ao instrumento convocatório, comparação objetiva e justo preço, sendo o empate resolvido por sorteio;

VII - as regras procedimentais assegurarão adequada divulgação do instrumento convocatório, prazos razoáveis para o preparo de propostas, os direitos ao contraditório e ao recurso, bem como a transparência e fiscalização;

VIII - a habilitação e o julgamento das propostas poderão ser decididos em uma única fase, podendo a habilitação, no caso de pregão, ser verificada apenas em relação ao licitante vencedor;

IX - quando o vencedor não celebrar o contrato, serão chamados os demais participantes na ordem de classificação;

X - somente serão aceitos certificados de registro cadastral expedidos pela Agência, que terão validade por dois anos, devendo o cadastro estar sempre aberto à inscrição dos interessados.

Art. 56. A disputa pelo fornecimento de bens e serviços comuns poderá ser feita em licitação na modalidade de pregão, restrita aos previamente cadastrados, que serão chamados a formular lances em sessão pública.

Parágrafo único. Encerrada a etapa competitiva, a Comissão examinará a melhor oferta quanto ao objeto, forma e valor.

Art. 57. Nas seguintes hipóteses, o pregão será aberto a quaisquer interessados, independentemente de cadastramento, verificando-se a um só tempo, após a etapa competitiva, a qualificação subjetiva e a aceitabilidade da proposta:

I - para a contratação de bens e serviços comuns de alto valor, na forma do regulamento;

II - quando o número de cadastrados na classe for inferior a cinco;

III - para o registro de preços, que terá validade por até dois anos;

IV - quando o Conselho Diretor assim o decidir.

Art. 58. A licitação na modalidade de consulta tem por objeto o fornecimento de bens e serviços não compreendidos nos arts. 56 e 57.

Parágrafo único. A decisão ponderará o custo e o benefício de cada proposta, considerando a qualificação do proponente.

Art. 59. A Agência poderá utilizar, mediante contrato, técnicos ou empresas especializadas, inclusive consultores independentes e auditores externos, para executar atividades de sua competência, vedada a contratação para as atividades de fiscalização, salvo para as correspondentes atividades de apoio.

LIVRO III

DA ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

TÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Capítulo I

Das Definições

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.

Capítulo II

Da Classificação

Art. 62. Quanto à abrangência dos interesses a que atendem, os serviços de telecomunicações classificam-se em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito.

Parágrafo único. Os serviços de interesse restrito estarão sujeitos aos condicionamentos necessários para que sua exploração não prejudique o interesse coletivo.

Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados.

Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade.

Art. 64. Comportar-se prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.

Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral.

Art. 65. Cada modalidade de serviço será destinada à prestação:

I - exclusivamente no regime público;

II - exclusivamente no regime privado; ou

III - concomitantemente nos regimes público e privado.

§ 1º Não serão deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, sendo essenciais, estejam sujeitas a deveres de universalização.

§ 2º A exclusividade ou concomitância a que se refere o caput poderá ocorrer em âmbito nacional, regional, local ou em áreas determinadas.

Art. 66. Quando um serviço for, ao mesmo tempo, explorado nos regimes público e privado, serão adotadas medidas que impeçam a inviabilidade econômica de sua prestação no regime público.

Art. 67. Não comportarão prestação no regime público os serviços de telecomunicações de interesse restrito.

Art. 68. É vedada, a uma mesma pessoa jurídica, a exploração, de forma direta ou indireta, de uma mesma modalidade de serviço nos regimes público e privado, salvo em regiões, localidades ou áreas distintas.

Capítulo III

Das Regras Comuns

Art. 69. As modalidades de serviço serão definidas pela Agência em função de sua finalidade, âmbito de prestação, forma, meio de transmissão, tecnologia empregada ou de outros atributos.

Parágrafo único. Forma de telecomunicação é o modo específico de transmitir informação, decorrente de características particulares de transdução, de transmissão, de apresentação da informação ou de combinação destas, considerando-se formas de telecomunicação, entre outras, a telefonia, a telegrafia, a comunicação de dados e a transmissão de imagens.

Art. 70. Serão coibidos os comportamentos prejudiciais à competição livre, ampla e justa entre as prestadoras do serviço, no regime público ou privado, em especial:

I - a prática de subsídios para redução artificial de preços;

II - o uso, objetivando vantagens na competição, de informações obtidas dos concorrentes, em virtude de acordos de prestação de serviço;

III - a omissão de informações técnicas e comerciais relevantes à prestação de serviços por outrem.

Art. 71. Visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, a Agência poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações.

Art. 72. Apenas na execução de sua atividade, a prestadora poderá valer-se de informações relativas à utilização individual do serviço pelo usuário.

§ 1º A divulgação das informações individuais dependerá da anuência expressa e específica do usuário.

§ 2º A prestadora poderá divulgar a terceiros informações agregadas sobre o uso de seus serviços, desde que elas não permitam a identificação, direta ou indireta, do usuário, ou a violação de sua intimidade.

Art. 73. As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.

Parágrafo único. Caberá ao órgão regulador do cessionário dos meios a serem utilizados definir as condições para adequado atendimento do disposto no caput.

Art. 74. A concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações não isenta a prestadora do atendimento às normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou do

Distrito Federal relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos.

Art. 75. Independente de concessão, permissão ou autorização a atividade de telecomunicações restrita aos limites de uma mesma edificação ou propriedade móvel ou imóvel, conforme dispuser a Agência.

Art. 76. As empresas prestadoras de serviços e os fabricantes de produtos de telecomunicações que investirem em projetos de pesquisa e desenvolvimento no Brasil, na área de telecomunicações, obterão incentivos nas condições fixadas em lei.

Art. 77. O Poder Executivo encaminhará ao Congresso Nacional, no prazo de cento e vinte dias da publicação desta Lei, mensagem de criação de um fundo para o desenvolvimento tecnológico das telecomunicações brasileiras, com o objetivo de estimular a pesquisa e o desenvolvimento de novas tecnologias, incentivar a capacitação dos recursos humanos, fomentar a geração de empregos e promover o acesso de pequenas e médias empresas a recursos de capital, de modo a ampliar a competição na indústria de telecomunicações.

Art. 78. A fabricação e o desenvolvimento no País de produtos de telecomunicações serão estimulados mediante adoção de instrumentos de política creditícia, fiscal e aduaneira.

TÍTULO II

DOS SERVIÇOS PRESTADOS EM REGIME PÚBLICO

Capítulo I

Das Obrigações de Universalização e de Continuidade

Art. 79. A Agência regulará as obrigações de universalização e de continuidade atribuídas às prestadoras de serviço no regime público.

§ 1º Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público.

§ 2º Obrigações de continuidade são as que objetivam possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso.

Art. 80. As obrigações de universalização serão objeto de metas periódicas, conforme plano específico elaborado pela Agência e aprovado pelo Poder Executivo, que deverá referir-se, entre outros aspectos, à disponibilidade de instalações de uso coletivo ou individual, ao atendimento de deficientes físicos, de instituições de caráter público ou social, bem como de áreas rurais ou de urbanização precária e de regiões remotas.

§ 1º O plano detalhará as fontes de financiamento das obrigações de universalização, que serão neutras em relação à competição, no mercado nacional, entre prestadoras.

§ 2º Os recursos do fundo de universalização de que trata o inciso II do art. 81 não poderão ser destinados à cobertura de custos com universalização dos serviços que, nos termos do contrato de concessão, a própria prestadora deva suportar.

Art. 81. Os recursos complementares destinados a cobrir a parcela do custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de prestadora de serviço de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço, poderão ser oriundos das seguintes fontes:

I - Orçamento Geral da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - fundo especificamente constituído para essa finalidade, para o qual contribuirão prestadoras de serviço de telecomunicações nos regimes público e privado, nos termos da lei, cuja mensagem de criação deverá ser enviada ao Congresso Nacional, pelo Poder Executivo, no prazo de cento e vinte dias após a publicação desta Lei.

Parágrafo único. Enquanto não for constituído o fundo a que se refere o inciso II do caput, poderão ser adotadas também as seguintes fontes:

I - subsídio entre modalidades de serviços de telecomunicações ou entre segmentos de usuários;

II - pagamento de adicional ao valor de interconexão.

Art. 82. O descumprimento das obrigações relacionadas à universalização e à continuidade ensejará a aplicação de sanções de multa, caducidade ou decretação de intervenção, conforme o caso.

Capítulo II

Da Concessão

Seção I

Da outorga

Art. 83. A exploração do serviço no regime público dependerá de prévia outorga, pela Agência, mediante concessão, implicando esta o direito de uso das radiofrequências necessárias, conforme regulamentação.

Parágrafo único. Concessão de serviço de telecomunicações é a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar.

Art. 84. As concessões não terão caráter de exclusividade, devendo obedecer ao plano geral de outorgas, com definição quanto à divisão do País em áreas, ao número de prestadoras para cada uma delas, seus prazos de vigência e os prazos para admissão de novas prestadoras.

§ 1º As áreas de exploração, o número de prestadoras, os prazos de vigência das concessões e os prazos para admissão de novas prestadoras serão definidos considerando-se o ambiente de competição, observados o princípio do maior benefício ao usuário e o interesse social e econômico do País, de modo a propiciar a justa remuneração da prestadora do serviço no regime público.

§ 2º A oportunidade e o prazo das outorgas serão determinados de modo a evitar o vencimento concomitante das concessões de uma mesma área.

Art. 85. Cada modalidade de serviço será objeto de concessão distinta, com clara determinação dos direitos e deveres da concessionária, dos usuários e da Agência.

Art. 86. A concessão somente poderá ser outorgada a empresa constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País, criada para explorar exclusivamente os serviços de telecomunicações objeto da concessão.

Parágrafo único. A participação, na licitação para outorga, de quem não atenda ao disposto neste artigo, será condicionada ao compromisso de, antes da celebração do contrato, adaptar-se ou constituir empresa com as características adequadas.

Art. 87. A outorga a empresa ou grupo empresarial que, na mesma região, localidade ou área, já preste a mesma modalidade de serviço, será condicionada à assunção do compromisso de, no prazo máximo de dezoito meses, contado da data de assinatura do contrato, transferir a outrem o serviço anteriormente explorado, sob pena de sua caducidade e de outras sanções previstas no processo de outorga.

Art. 88. As concessões serão outorgadas mediante licitação.

Art. 89. A licitação será disciplinada pela Agência, observados os princípios constitucionais, as disposições desta Lei e, especialmente:

I - a finalidade do certame é, por meio de disputa entre os interessados, escolher quem possa executar, expandir e universalizar o serviço no regime público com eficiência, segurança e a tarifas razoáveis;

II - a minuta de instrumento convocatório será submetida a consulta pública prévia;

III - o instrumento convocatório identificará o serviço objeto do certame e as condições de sua prestação, expansão e universalização, definirá o universo de proponentes, estabelecerá fatores e critérios para aceitação e julgamento de propostas, regulará o procedimento, determinará a quantidade de fases e seus objetivos, indicará as sanções aplicáveis e fixará as cláusulas do contrato de concessão;

IV - as qualificações técnico-operacional ou profissional e econômico-financeira, bem como as garantias da proposta e do contrato, exigidas indistintamente dos proponentes, deverão ser compatíveis com o objeto e proporcionais a sua natureza e dimensão;

V - o interessado deverá comprovar situação regular perante as Fazendas Públicas e a Seguridade Social;

VI - a participação de consórcio, que se constituirá em empresa antes da outorga da concessão, será sempre admitida;

VII - o julgamento atenderá aos princípios de vinculação ao instrumento convocatório e comparação objetiva;

VIII - os fatores de julgamento poderão ser, isolada ou conjugadamente, os de menor tarifa, maior oferta pela outorga, melhor qualidade dos serviços e melhor atendimento da demanda, respeitado sempre o princípio da objetividade;

IX - o empate será resolvido por sorteio;

X - as regras procedimentais assegurarão a adequada divulgação do instrumento convocatório, prazos compatíveis com o preparo de propostas e os direitos ao contraditório, ao recurso e à ampla defesa.

Art. 90. Não poderá participar da licitação ou receber outorga de concessão a empresa proibida de licitar ou contratar com o Poder Público ou que tenha sido declarada inidônea, bem como aquela que tenha sido punida nos dois anos anteriores com a decretação de caducidade de concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações, ou da caducidade de direito de uso de radiofrequência.

Art. 91. A licitação será inexigível quando, mediante processo administrativo conduzido pela Agência, a disputa for considerada inviável ou desnecessária.

§ 1º Considera-se inviável a disputa quando apenas um interessado puder realizar o serviço, nas condições estipuladas.

§ 2º Considera-se desnecessária a disputa nos casos em que se admita a exploração do serviço por todos os interessados que atendam às condições requeridas.

§ 3º O procedimento para verificação da inexigibilidade compreenderá chamamento público para apurar o número de interessados.

Art. 92. Nas hipóteses de inexigibilidade de licitação, a outorga de concessão dependerá de procedimento administrativo sujeito aos princípios da publicidade, moralidade, impessoalidade e contraditório, para verificar o preenchimento das condições relativas às qualificações técnico-operacional ou profissional e econômico-financeira, à regularidade fiscal e às garantias do contrato.

Parágrafo único. As condições deverão ser compatíveis com o objeto e proporcionais a sua natureza e dimensão.

Seção II

Do contrato

Art. 93. O contrato de concessão indicará:

I - objeto, área e prazo da concessão;

II - modo, forma e condições da prestação do serviço;

III - regras, critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da implantação, expansão, alteração e modernização do serviço, bem como de sua qualidade;

IV - deveres relativos à universalização e à continuidade do serviço;

V - o valor devido pela outorga, a forma e as condições de pagamento;

VI - as condições de prorrogação, incluindo os critérios para fixação do valor;

VII - as tarifas a serem cobradas dos usuários e os critérios para seu reajuste e revisão;

VIII - as possíveis receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados;

IX - os direitos, as garantias e as obrigações dos usuários, da Agência e da concessionária;

X - a forma da prestação de contas e da fiscalização;

XI - os bens reversíveis, se houver;

XII - as condições gerais para interconexão;

XIII - a obrigação de manter, durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação exigidas na licitação;

XIV - as sanções;

XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.

Parágrafo único. O contrato será publicado resumidamente no Diário Oficial da União, como condição de sua eficácia.

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

I - empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infra-estrutura que não lhe pertencam;

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

§ 1º Em qualquer caso, a concessionária continuará sempre responsável perante a Agência e os usuários.

§ 2º Serão regidas pelo direito comum as relações da concessionária com os terceiros, que não terão direitos frente à Agência, observado o disposto no art. 117 desta Lei.

Art. 95. A Agência concederá prazos adequados para adaptação da concessionária às novas obrigações que lhe sejam impostas.

Art. 96. A concessionária deverá:

I - prestar informações de natureza técnica, operacional, econômico-financeira e contábil, ou outras pertinentes que a Agência solicitar;

II - manter registros contábeis separados por serviço, caso explore mais de uma modalidade de serviço de telecomunicações;

III - submeter à aprovação da Agência a minuta de contrato-padrão a ser celebrado com os usuários, bem como os acordos operacionais que pretenda firmar com prestadoras estrangeiras;

IV - divulgar relação de assinantes, observado o disposto nos incisos VI e IX do art. 3º, bem como o art. 213, desta Lei;

V - submeter-se à regulamentação do serviço e à sua fiscalização;

VI - apresentar relatórios periódicos sobre o atendimento das metas de universalização constantes do contrato de concessão.

Art. 97. Dependerão de prévia aprovação da Agência a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário.

Parágrafo único. A aprovação será concedida se a medida não for prejudicial à competição e não colocar em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7º desta Lei.

Art. 98. O contrato de concessão poderá ser transferido após a aprovação da Agência desde que, cumulativamente:

I - o serviço esteja em operação, há pelo menos três anos, com o cumprimento regular das obrigações;

II - o cessionário preencha todos os requisitos da outorga, inclusive quanto às garantias, à regularidade jurídica e fiscal e à qualificação técnica e econômico-financeira;

III - a medida não prejudique a competição e não coloque em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7º desta Lei.

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.

§ 1º A prorrogação do prazo da concessão implicará pagamento, pela concessionária, pelo direito de exploração do serviço e pelo direito de uso das radiofrequências associadas, e poderá, a critério da Agência, incluir novos condicionamentos, tendo em vista as condições vigentes à época.

§ 2º A desistência do pedido de prorrogação sem justa causa, após seu deferimento, sujeitará a concessionária à pena de multa.

§ 3º Em caso de comprovada necessidade de reorganização do objeto ou da área da concessão para ajustamento ao plano geral de outorgas ou à regulamentação vigente, poderá a Agência indeferir o pedido de prorrogação.

Seção III

Dos bens

Art. 100. Poderá ser declarada a utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão, de bens imóveis ou móveis, necessários à execução do serviço, cabendo à concessionária a implementação da medida e o pagamento da indenização e das demais despesas envolvidas.

Art. 101. A alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis dependerá de prévia aprovação da Agência.

Art. 102. A extinção da concessão transmitirá automaticamente à União a posse dos bens reversíveis.

Parágrafo único. A reversão dos bens, antes de expirado o prazo contratual, importará pagamento de indenização pelas parcelas de investimentos a eles vinculados, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

Seção IV

Das tarifas

Art. 103. Compete à Agência estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço.

§ 1º A fixação, o reajuste e a revisão das tarifas poderão basear-se em valor que corresponda à média ponderada dos valores dos itens tarifários.

§ 2º São vedados os subsídios entre modalidades de serviços e segmentos de usuários, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 81 desta Lei.

§ 3º As tarifas serão fixadas no contrato de concessão, consoante edital ou proposta apresentada na licitação.

§ 4º Em caso de outorga sem licitação, as tarifas serão fixadas pela Agência e constarão do contrato de concessão.

Art. 104. Transcorridos ao menos três anos da celebração do contrato, a Agência poderá, se existir ampla e efetiva competição entre as prestadoras do serviço, submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária.

§ 1º No regime a que se refere o caput, a concessionária poderá determinar suas próprias tarifas, devendo comunicá-las à Agência com antecedência de sete dias de sua vigência.

§ 2º Ocorrendo aumento arbitrário dos lucros ou práticas prejudiciais à competição, a Agência restabelecerá o regime tarifário anterior, sem prejuízo das sanções cabíveis.

Art. 105. Quando da implantação de novas prestações, utilidades ou comodidades relativas ao objeto da concessão, suas tarifas serão previamente levadas à Agência, para aprovação, com os estudos correspondentes.

Parágrafo único. Considerados os interesses dos usuários, a Agência poderá decidir por fixar as tarifas ou por submetê-las ao regime de liberdade tarifária, sendo vedada qualquer cobrança antes da referida aprovação.

Art. 106. A concessionária poderá cobrar tarifa inferior à fixada desde que a redução se baseie em critério objetivo e favoreça indistintamente todos os usuários, vedado o abuso do poder econômico.

Art. 107. Os descontos de tarifa somente serão admitidos quando extensíveis a todos os usuários que se enquadrem nas condições, precisas e isonômicas, para sua fruição.

Art. 108. Os mecanismos para reajuste e revisão das tarifas serão previstos nos contratos de concessão, observando-se, no que couber, a legislação específica.

§ 1º A redução ou o desconto de tarifas não ensejará revisão tarifária.

§ 2º Serão compartilhados com os usuários, nos termos regulados pela Agência, os ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, bem como de novas receitas alternativas.

§ 3º Serão transferidos integralmente aos usuários os ganhos econômicos que não decorram diretamente da eficiência empresarial, em casos como os de diminuição de tributos ou encargos legais e de novas regras sobre os serviços.

§ 4º A oneração causada por novas regras sobre os serviços, pela álea econômica extraordinária, bem como pelo aumento dos encargos legais ou tributos, salvo o imposto sobre a renda, implicará a revisão do contrato.

Art. 109. A Agência estabelecerá:

I - os mecanismos para acompanhamento das tarifas praticadas pela concessionária, inclusive a antecedência a ser observada na comunicação de suas alterações;

II - os casos de serviço gratuito, como os de emergência;

III - os mecanismos para garantir a publicidade das tarifas.

Seção V

Da intervenção

Art. 110. Poderá ser decretada intervenção na concessionária, por ato da Agência, em caso de:

I - paralisação injustificada dos serviços;

II - inadequação ou insuficiência dos serviços prestados, não resolvidas em prazo razoável;

III - desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de má administração que coloque em risco a continuidade dos serviços;

IV - prática de infrações graves;

V - inobservância de atendimento das metas de universalização;

VI - recusa injustificada de interconexão;

VII - infração da ordem econômica nos termos da legislação própria.

Art. 111. O ato de intervenção indicará seu prazo, seus objetivos e limites, que serão determinados em função das razões que a ensejaram, e designará o interventor.

§ 1º A decretação da intervenção não afetará o curso regular dos negócios da concessionária nem seu normal funcionamento e produzirá, de imediato, o afastamento de seus administradores.

§ 2º A intervenção será precedida de procedimento administrativo instaurado pela Agência, em que se assegure a ampla defesa da concessionária, salvo quando decretada cautelarmente, hipótese em que o procedimento será instaurado na data da intervenção e concluído em até cento e oitenta dias.

§ 3º A intervenção poderá ser exercida por um colegiado ou por uma empresa, cuja remuneração será paga com recursos da concessionária.

§ 4º Dos atos do interventor caberá recurso à Agência.

§ 5º Para os atos de alienação e disposição do patrimônio da concessionária, o interventor necessitará de prévia autorização da Agência.

§ 6º O interventor prestará contas e responderá pelos atos que praticar.

Seção VI

Da extinção

Art. 112. A concessão extinguir-se-á por advento do termo contratual, encampação, caducidade, rescisão e anulação.

Parágrafo único. A extinção devolve à União os direitos e deveres relativos à prestação do serviço.

Art. 113. Considera-se encampação a retomada do serviço pela União durante o prazo da concessão, em face de razão extraordinária de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após o pagamento de prévia indenização.

Art. 114. A caducidade da concessão será decretada pela Agência nas hipóteses:

I - de infração do disposto no art. 97 desta Lei ou de dissolução ou falência da concessionária;

II - de transferência irregular do contrato;

III - de não-cumprimento do compromisso de transferência a que se refere o art. 87 desta Lei;

IV - em que a intervenção seria cabível, mas sua decretação for inconveniente, inócua, injustamente benéfica ao concessionário ou desnecessária.

§ 1º Será desnecessária a intervenção quando a demanda pelos serviços objeto da concessão puder ser atendida por outras prestadoras de modo regular e imediato.

§ 2º A decretação da caducidade será precedida de procedimento administrativo instaurado pela Agência, em que se assegure a ampla defesa da concessionária.

Art. 115. A concessionária terá direito à rescisão quando, por ação ou omissão do Poder Público, a execução do contrato se tornar excessivamente onerosa.

Parágrafo único. A rescisão poderá ser realizada amigável ou judicialmente.

Art. 116. A anulação será decretada pela Agência em caso de irregularidade insanável e grave do contrato de concessão.

Art. 117. Extinta a concessão antes do termo contratual, a Agência, sem prejuízo de outras medidas cabíveis, poderá:

I - ocupar, provisoriamente, bens móveis e imóveis e valer-se de pessoal empregado na prestação dos serviços, necessários a sua continuidade;

II - manter contratos firmados pela concessionária com terceiros, com fundamento nos incisos I e II do art. 94 desta Lei, pelo prazo e nas condições inicialmente ajustadas.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, os terceiros que não cumprirem com as obrigações assumidas responderão pelo inadimplemento.

Capítulo III

Da Permissão

Art. 118. Será outorgada permissão, pela Agência, para prestação de serviço de telecomunicações em face de situação excepcional comprometedora do funcionamento do serviço que, em virtude de suas peculiaridades, não possa ser atendida, de forma conveniente ou em prazo adequado, mediante intervenção na empresa concessionária ou mediante outorga de nova concessão.

Parágrafo único. Permissão de serviço de telecomunicações é o ato administrativo pelo qual se atribui a alguém o dever de prestar serviço de telecomunicações no regime público e em caráter transitório, até que seja normalizada a situação excepcional que a tenha ensejado.

Art. 119. A permissão será precedida de procedimento licitatório simplificado, instaurado pela Agência, nos termos por ela regulados, ressalvados os casos de inexigibilidade previstos no art. 91, observado o disposto no art. 92, desta Lei.

Art. 120. A permissão será formalizada mediante assinatura de termo, que indicará:

I - o objeto e a área da permissão, bem como os prazos mínimo e máximo de vigência estimados;

II - modo, forma e condições da prestação do serviço;

III - as tarifas a serem cobradas dos usuários, critérios para seu reajuste e revisão e as possíveis fontes de receitas alternativas;

IV - os direitos, as garantias e as obrigações dos usuários, do permitente e do permissionário;

V - as condições gerais de interconexão;

VI - a forma da prestação de contas e da fiscalização;

VII - os bens entregues pelo permitente à administração do permissionário;

VIII - as sanções;

IX - os bens reversíveis, se houver;

X - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências.

Parágrafo único. O termo de permissão será publicado resumidamente no Diário Oficial da União, como condição de sua eficácia.

Art. 121. Outorgada permissão em decorrência de procedimento licitatório, a recusa injustificada pelo outorgado em assinar o respectivo termo sujeitá-lo-á às sanções previstas no instrumento convocatório.

Art. 122. A permissão extinguir-se-á pelo decurso do prazo máximo de vigência estimado, observado o disposto no art. 124 desta Lei, bem como por revogação, caducidade e anulação.

Art. 123. A revogação deverá basear-se em razões de conveniência e oportunidade relevantes e supervenientes à permissão.

§ 1º A revogação, que poderá ser feita a qualquer momento, não dará direito a indenização.

§ 2º O ato revocatório fixará o prazo para o permissionário devolver o serviço, que não será inferior a sessenta dias.

Art. 124. A permissão poderá ser mantida, mesmo vencido seu prazo máximo, se persistir a situação excepcional que a motivou.

Art. 125. A Agência disporá sobre o regime da permissão, observados os princípios e objetivos desta Lei.

TÍTULO III

DOS SERVIÇOS PRESTADOS EM REGIME PRIVADO

Capítulo I

Do Regime Geral da Exploração

Art. 126. A exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica.

Art. 127. A disciplina da exploração dos serviços no regime privado terá por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores, destinando-se a garantir:

I - a diversidade de serviços, o incremento de sua oferta e sua qualidade;

II - a competição livre, ampla e justa;

III - o respeito aos direitos dos usuários;

IV - a convivência entre as modalidades de serviço e entre prestadoras em regime privado e público, observada a prevalência do interesse público;

V - o equilíbrio das relações entre prestadoras e usuários dos serviços;

VI - a isonomia de tratamento às prestadoras;

VII - o uso eficiente do espectro de radiofrequências;

VIII - o cumprimento da função social do serviço de interesse coletivo, bem como dos encargos dela decorrentes;

IX - o desenvolvimento tecnológico e industrial do setor;

X - a permanente fiscalização.

Art. 128. Ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, sejam eles limites, encargos ou sujeições, a Agência observará a exigência de mínima intervenção na vida privada, assegurando que:

I - a liberdade será a regra, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do Poder Público;

II - nenhuma autorização será negada, salvo por motivo relevante;

III - os condicionamentos deverão ter vínculos, tanto de necessidade como de adequação, com finalidades públicas específicas e relevantes;

IV - o proveito coletivo gerado pelo condicionamento deverá ser proporcional à privação que ele impuser;

V - haverá relação de equilíbrio entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidos.

Art. 129. O preço dos serviços será livre, ressalvado o disposto no § 2º do art. 136 desta Lei, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, nos termos da legislação própria.

Art. 130. A prestadora de serviço em regime privado não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da expedição da autorização ou do início das atividades, devendo observar os novos condicionamentos impostos por lei e pela regulamentação.

Parágrafo único. As normas concederão prazos suficientes para adaptação aos novos condicionamentos .

Capítulo II

Da Autorização de Serviço de Telecomunicações

Seção I

Da obtenção

Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.

§ 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.

§ 2º A Agência definirá os casos que independem de autorização.

§ 3º A prestadora de serviço que independa de autorização comunicará previamente à Agência o início de suas atividades, salvo nos casos previstos nas normas correspondentes.

§ 4º A eficácia da autorização dependerá da publicação de extrato no Diário Oficial da União.

Art. 132. São condições objetivas para obtenção de autorização de serviço:

I - disponibilidade de radiofrequência necessária, no caso de serviços que a utilizem;

II - apresentação de projeto viável tecnicamente e compatível com as normas aplicáveis.

Art. 133. São condições subjetivas para obtenção de autorização de serviço de interesse coletivo pela empresa:

I - estar constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País;

II - não estar proibida de licitar ou contratar com o Poder Público, não ter sido declarada inidônea ou não ter sido punida, nos dois anos anteriores, com a decretação da caducidade de concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações, ou da caducidade de direito de uso de radiofrequência;

III - dispor de qualificação técnica para bem prestar o serviço, capacidade econômico-financeira, regularidade fiscal e estar em situação regular com a Seguridade Social;

IV - não ser, na mesma região, localidade ou área, encarregada de prestar a mesma modalidade de serviço.

Art. 134. A Agência disporá sobre as condições subjetivas para obtenção de autorização de serviço de interesse restrito.

Art. 135. A Agência poderá, excepcionalmente, em face de relevantes razões de caráter coletivo, condicionar a expedição de autorização à aceitação, pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade.

Parágrafo único. Os compromissos a que se refere o caput serão objeto de regulamentação, pela Agência, observados os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade.

Art. 136. Não haverá limite ao número de autorizações de serviço, salvo em caso de impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo.

§ 1º A Agência determinará as regiões, localidades ou áreas abrangidas pela limitação e disporá sobre a possibilidade de a prestadora atuar em mais de uma delas.

§ 2º As prestadoras serão selecionadas mediante procedimento licitatório, na forma estabelecida nos arts. 88 a 92, sujeitando-se a transferência da autorização às mesmas condições estabelecidas no art. 98, desta Lei.

§ 3º Dos vencedores da licitação será exigida contrapartida proporcional à vantagem econômica que usufruírem, na forma de compromissos de interesse dos usuários.

Art. 137. O descumprimento de condições ou de compromissos assumidos, associados à autorização, sujeitará a prestadora às sanções de multa, suspensão temporária ou caducidade.

Seção II

Da extinção

Art. 138. A autorização de serviço de telecomunicações não terá sua vigência sujeita a termo final, extinguindo-se somente por cassação, caducidade, decaimento, renúncia ou anulação.

Art. 139. Quando houver perda das condições indispensáveis à expedição ou manutenção da autorização, a Agência poderá extingui-la mediante ato de cassação.

Parágrafo único. Importará em cassação da autorização do serviço a extinção da autorização de uso da radiofrequência respectiva.

Art. 140. Em caso de prática de infrações graves, de transferência irregular da autorização ou de descumprimento reiterado de compromissos assumidos, a Agência poderá extinguir a autorização decretando-lhe a caducidade.

Art. 141. O decaimento será decretado pela Agência, por ato administrativo, se, em face de razões de excepcional relevância pública, as normas vierem a vedar o tipo de atividade objeto da autorização ou a suprimir a exploração no regime privado.

§ 1º A edição das normas de que trata o caput não justificará o decaimento senão quando a preservação das autorizações já expedidas for efetivamente incompatível com o interesse público.

§ 2º Decretado o decaimento, a prestadora terá o direito de manter suas próprias atividades regulares por prazo mínimo de cinco anos, salvo desapropriação.

Art. 142. Renúncia é o ato formal unilateral, irrevogável e irretroatável, pelo qual a prestadora manifesta seu desinteresse pela autorização.

Parágrafo único. A renúncia não será causa para punição do autorizado, nem o desonerará de suas obrigações com terceiros.

Art. 143. A anulação da autorização será decretada, judicial ou administrativamente, em caso de irregularidade insanável do ato que a expediu.

Art. 144. A extinção da autorização mediante ato administrativo dependerá de procedimento prévio, garantidos o contraditório e a ampla defesa do interessado.

TÍTULO IV

DAS REDES DE TELECOMUNICAÇÕES

Art. 145. A implantação e o funcionamento de redes de telecomunicações destinadas a dar suporte à prestação de serviços de interesse coletivo, no regime público ou privado, observarão o disposto neste Título.

Parágrafo único. As redes de telecomunicações destinadas à prestação de serviço em regime privado poderão ser dispensadas do disposto no caput, no todo ou em parte, na forma da regulamentação expedida pela Agência.

Art. 146. As redes serão organizadas como vias integradas de livre circulação, nos termos seguintes:

I - é obrigatória a interconexão entre as redes, na forma da regulamentação;

II - deverá ser assegurada a operação integrada das redes, em âmbito nacional e internacional;

III - o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social.

Parágrafo único. Interconexão é a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis.

Art. 147. É obrigatória a interconexão às redes de telecomunicações a que se refere o art. 145 desta Lei, solicitada por prestadora de serviço no regime privado, nos termos da regulamentação.

Art. 148. É livre a interconexão entre redes de suporte à prestação de serviços de telecomunicações no regime privado, observada a regulamentação.

Art. 149. A regulamentação estabelecerá as hipóteses e condições de interconexão a redes internacionais.

Art. 150. A implantação, o funcionamento e a interconexão das redes obedecerão à regulamentação editada pela Agência, assegurando a compatibilidade das redes das diferentes prestadoras, visando à sua harmonização em âmbito nacional e internacional.

Art. 151. A Agência disporá sobre os planos de numeração dos serviços, assegurando sua administração de forma não discriminatória e em estímulo à competição, garantindo o atendimento aos compromissos internacionais.

Parágrafo único. A Agência disporá sobre as circunstâncias e as condições em que a prestadora de serviço de telecomunicações cujo usuário transferir-se para outra prestadora será obrigada a, sem ônus, interceptar as ligações dirigidas ao antigo código de acesso do usuário e informar o seu novo código.

Art. 152. O provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço.

Art. 153. As condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, mediante acordo, observado o disposto nesta Lei e nos termos da regulamentação.

§ 1º O acordo será formalizado por contrato, cuja eficácia dependerá de homologação pela Agência, arquivando-se uma de suas vias na Biblioteca para consulta por qualquer interessado.

§ 2º Não havendo acordo entre os interessados, a Agência, por provocação de um deles, arbitraré as condições para a interconexão.

Art. 154. As redes de telecomunicações poderão ser, secundariamente, utilizadas como suporte de serviço a ser prestado por outrem, de interesse coletivo ou restrito.

Art. 155. Para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.

Art. 156. Poderá ser vedada a conexão de equipamentos terminais sem certificação, expedida ou aceita pela Agência, no caso das redes referidas no art. 145 desta Lei.

§ 1º Terminal de telecomunicações é o equipamento ou aparelho que possibilita o acesso do usuário a serviço de telecomunicações, podendo incorporar estágio de transdução, estar incorporado a equipamento destinado a exercer outras funções ou, ainda, incorporar funções secundárias.

§ 2º Certificação é o reconhecimento da compatibilidade das especificações de determinado produto com as características técnicas do serviço a que se destina.

TÍTULO V

DO ESPECTRO E DA ÓRBITA

Capítulo I

Do Espectro de Radiofrequências

Art. 157. O espectro de radiofrequências é um recurso limitado, constituindo-se em bem público, administrado pela Agência.

Art. 158. Observadas as atribuições de faixas segundo tratados e acordos internacionais, a Agência manterá plano com a atribuição, distribuição e destinação de radiofrequências, e detalhamento necessário ao uso das radiofrequências associadas aos diversos serviços e atividades de telecomunicações, atendidas suas necessidades específicas e as de suas expansões.

§ 1º O plano destinará faixas de radiofrequência para:

I - fins exclusivamente militares;

II - serviços de telecomunicações a serem prestados em regime público e em regime privado;

III - serviços de radiodifusão;

IV - serviços de emergência e de segurança pública;

V - outras atividades de telecomunicações.

§ 2º A destinação de faixas de radiofrequência para fins exclusivamente militares será feita em articulação com as Forças Armadas.

Art. 159. Na destinação de faixas de radiofrequência serão considerados o emprego racional e econômico do espectro, bem como as atribuições, distribuições e consignações existentes, objetivando evitar interferências prejudiciais.

Parágrafo único. Considera-se interferência prejudicial qualquer emissão, irradiação ou indução que obstrua, degrade seriamente ou interrompa repetidamente a telecomunicação.

Art. 160. A Agência regulará a utilização eficiente e adequada do espectro, podendo restringir o emprego de determinadas radiofrequências ou faixas, considerado o interesse público.

Parágrafo único. O uso da radiofrequência será condicionado à sua compatibilidade com a atividade ou o serviço a ser prestado, particularmente no tocante à potência, à faixa de transmissão e à técnica empregada.

Art. 161. A qualquer tempo, poderá ser modificada a destinação de radiofrequências ou faixas, bem como ordenada a alteração de potências ou de outras características técnicas, desde que o interesse público ou o cumprimento de convenções ou tratados internacionais assim o determine.

Parágrafo único. Será fixado prazo adequado e razoável para a efetivação da mudança.

Art. 162. A operação de estação transmissora de radiocomunicação está sujeita à licença de funcionamento prévia e à fiscalização permanente, nos termos da regulamentação.

§ 1º Radiocomunicação é a telecomunicação que utiliza frequências radioelétricas não confinadas a fios, cabos ou outros meios físicos.

§ 2º É vedada a utilização de equipamentos emissores de radiofrequência sem certificação expedida ou aceita pela Agência.

§ 3º A emissão ou extinção da licença relativa à estação de apoio à navegação marítima ou aeronáutica, bem como à estação de radiocomunicação marítima ou aeronáutica, dependerá de parecer favorável dos órgãos competentes para a vistoria de embarcações e aeronaves.

Capítulo II

Da Autorização de Uso de Radiofrequência

Art. 163. O uso de radiofrequência, tendo ou não caráter de exclusividade, dependerá de prévia outorga da Agência, mediante autorização, nos termos da regulamentação.

§ 1º 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.

§ 2º Independência de outorga:

I - o uso de radiofrequência por meio de equipamentos de radiação restrita definidos pela Agência;

II - o uso, pelas Forças Armadas, de radiofrequências nas faixas destinadas a fins exclusivamente militares.

§ 3º A eficácia da autorização de uso de radiofrequência dependerá de publicação de extrato no Diário Oficial da União.

Art. 164. Havendo limitação técnica ao uso de radiofrequência e ocorrendo o interesse na sua utilização, por parte de mais de um interessado, para fins de expansão de serviço e, havendo ou não, concomitantemente, outros interessados em prestar a mesma modalidade de serviço, observar-se-á:

I - a autorização de uso de radiofrequência dependerá de licitação, na forma e condições estabelecidas nos arts. 88 a 90 desta Lei e será sempre onerosa;

II - o vencedor da licitação receberá, conforme o caso, a autorização para uso da radiofrequência, para fins de expansão do serviço, ou a autorização para a prestação do serviço.

Art. 165. Para fins de verificação da necessidade de abertura ou não da licitação prevista no artigo anterior, observar-se-á o disposto nos arts. 91 e 92 desta Lei.

Art. 166. A autorização de uso de radiofrequência terá o mesmo prazo de vigência da concessão ou permissão de prestação de serviço de telecomunicações à qual esteja vinculada.

Art. 167. No caso de serviços autorizados, o prazo de vigência será de até vinte anos, prorrogável uma única vez por igual período.

§ 1º A prorrogação, sempre onerosa, poderá ser requerida até três anos antes do vencimento do prazo original, devendo o requerimento ser decidido em, no máximo, doze meses.

§ 2º O indeferimento somente ocorrerá se o interessado não estiver fazendo uso racional e adequado da radiofrequência, se houver cometido infrações reiteradas em suas atividades ou se for necessária a modificação de destinação do uso da radiofrequência.

Art. 168. É intransferível a autorização de uso de radiofrequências sem a correspondente transferência da concessão, permissão ou autorização de prestação do serviço a elas vinculada.

Art. 169. A autorização de uso de radiofrequências extinguir-se-á pelo advento de seu termo final ou no caso de sua transferência irregular, bem como por caducidade, decaimento,

renúncia ou anulação da autorização para prestação do serviço de telecomunicações que dela se utiliza.

Capítulo III

Da Órbita e dos Satélites

Art. 170. A Agência disporá sobre os requisitos e critérios específicos para execução de serviço de telecomunicações que utilize satélite, geoestacionário ou não, independentemente de o acesso a ele ocorrer a partir do território nacional ou do exterior.

Art. 171. Para a execução de serviço de telecomunicações via satélite regulado por esta Lei, deverá ser dada preferência ao emprego de satélite brasileiro, quando este propiciar condições equivalentes às de terceiros.

§ 1º O emprego de satélite estrangeiro somente será admitido quando sua contratação for feita com empresa constituída segundo as leis brasileiras e com sede e administração no País, na condição de representante legal do operador estrangeiro.

§ 2º Satélite brasileiro é o que utiliza recursos de órbita e espectro radioelétrico notificados pelo País, ou a ele distribuídos ou consignados, e cuja estação de controle e monitoração seja instalada no território brasileiro.

Art. 172. O direito de exploração de satélite brasileiro para transporte de sinais de telecomunicações assegura a ocupação da órbita e o uso das radiofrequências destinadas ao controle e monitoração do satélite e à telecomunicação via satélite, por prazo de até quinze anos, podendo esse prazo ser prorrogado, uma única vez, nos termos da regulamentação.

§ 1º Imediatamente após um pedido para exploração de satélite que implique utilização de novos recursos de órbita ou espectro, a Agência avaliará as informações e, considerando-as em conformidade com a regulamentação, encaminhará à União Internacional de Telecomunicações a correspondente notificação, sem que isso caracterize compromisso de outorga ao requerente.

§ 2º Se inexigível a licitação, conforme disposto nos arts. 91 e 92 desta Lei, o direito de exploração será conferido mediante processo administrativo estabelecido pela Agência.

§ 3º Havendo necessidade de licitação, observar-se-á o procedimento estabelecido nos arts. 88 a 90 desta Lei, aplicando-se, no que couber, o disposto neste artigo.

§ 4º O direito será conferido a título oneroso, podendo o pagamento, conforme dispuser a Agência, fazer-se na forma de quantia certa, em uma ou várias parcelas, bem como de parcelas anuais ou, complementarmente, de cessão de capacidade, conforme dispuser a regulamentação.

TÍTULO VI

DAS SANÇÕES

Capítulo I

Das Sanções Administrativas

Art. 173. A infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis, bem como a inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão ou dos atos de permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofrequência, sujeitará os infratores às seguintes sanções, aplicáveis pela Agência, sem prejuízo das de natureza civil e penal:

I - advertência;

II - multa;

III - suspensão temporária;

IV - caducidade;

V - declaração de inidoneidade.

Art. 174. Toda acusação será circunstanciada, permanecendo em sigilo até sua completa apuração.

Art. 175. Nenhuma sanção será aplicada sem a oportunidade de prévia e ampla defesa.

Parágrafo único. Apenas medidas cautelares urgentes poderão ser tomadas antes da defesa.

Art. 176. Na aplicação de sanções, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência específica.

Parágrafo único. Entende-se por reincidência específica a repetição de falta de igual natureza após o recebimento de notificação anterior.

Art. 177. Nas infrações praticadas por pessoa jurídica, também serão punidos com a sanção de multa seus administradores ou controladores, quando tiverem agido de má-fé.

Art. 178. A existência de sanção anterior será considerada como agravante na aplicação de outra sanção.

Art. 179. A multa poderá ser imposta isoladamente ou em conjunto com outra sanção, não devendo ser superior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) para cada infração cometida.

§ 1º Na aplicação de multa serão considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

§ 2º A imposição, a prestadora de serviço de telecomunicações, de multa decorrente de infração da ordem econômica, observará os limites previstos na legislação específica.

Art. 180. A suspensão temporária será imposta, em relação à autorização de serviço ou de uso de radiofrequência, em caso de infração grave cujas circunstâncias não justifiquem a decretação de caducidade.

Parágrafo único. O prazo da suspensão não será superior a trinta dias.

Art. 181. A caducidade importará na extinção de concessão, permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofrequência, nos casos previstos nesta Lei.

Art. 182. A declaração de inidoneidade será aplicada a quem tenha praticado atos ilícitos visando frustrar os objetivos de licitação.

Parágrafo único. O prazo de vigência da declaração de inidoneidade não será superior a cinco anos.

Capítulo II

Das Sanções Penais

Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:

Pena - detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime.

Art. 184. São efeitos da condenação penal transitada em julgado:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II - a perda, em favor da Agência, ressalvado o direito do lesado ou de terceiros de boa-fé, dos bens empregados na atividade clandestina, sem prejuízo de sua apreensão cautelar.

Parágrafo único. Considera-se clandestina a atividade desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofrequência e de exploração de satélite.

Art. 185. O crime definido nesta Lei é de ação penal pública, incondicionada, cabendo ao Ministério Público promovê-la.

LIVRO IV

DA REESTRUTURAÇÃO E DA DESESTATIZAÇÃO

DAS EMPRESAS FEDERAIS DE TELECOMUNICAÇÕES

Art. 186. A reestruturação e a desestatização das empresas federais de telecomunicações têm como objetivo conduzir ao cumprimento dos deveres constantes do art. 2º desta Lei.

Art. 187. Fica o Poder Executivo autorizado a promover a reestruturação e a desestatização das seguintes empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União, e supervisionadas pelo Ministério das Comunicações:

I - Telecomunicações Brasileiras S.A. - TELEBRÁS;

II - Empresa Brasileira de Telecomunicações - EMBRATEL;

III - Telecomunicações do Maranhão S.A. - TELMA;

IV - Telecomunicações do Piauí S.A. - TELEPISA;

V - Telecomunicações do Ceará - TELECEARÁ;

VI - Telecomunicações do Rio Grande do Norte S.A. - TELERN;

VII - Telecomunicações da Paraíba S.A. - TELPA;

VIII - Telecomunicações de Pernambuco S.A. - TELPE;

IX - Telecomunicações de Alagoas S.A. - TELASA;

X - Telecomunicações de Sergipe S.A. - TELERGIPE;

XI - Telecomunicações da Bahia S.A. - TELEBAHIA;

XII - Telecomunicações de Mato Grosso do Sul S.A. - TELEMS;

XIII - Telecomunicações de Mato Grosso S.A. - TELEMAT;

- XIV - Telecomunicações de Goiás S.A. - TELEGOIÁS;
- XV - Telecomunicações de Brasília S.A. - TELEBRASÍLIA;
- XVI - Telecomunicações de Rondônia S.A. - TELERON;
- XVII - Telecomunicações do Acre S.A. - TELEACRE;
- XVIII - Telecomunicações de Roraima S.A. - TELAIMA;
- XIX - Telecomunicações do Amapá S.A. - TELEAMAPÁ;
- XX - Telecomunicações do Amazonas S.A. - TELAMAZON;
- XXI - Telecomunicações do Pará S.A. - TELEPARÁ;
- XXII - Telecomunicações do Rio de Janeiro S.A. - TELERJ;
- XXIII - Telecomunicações de Minas Gerais S.A. - TELEMIG;
- XXIV - Telecomunicações do Espírito Santo S.A. - TELEST;
- XXV - Telecomunicações de São Paulo S.A. - TELESP;
- XXVI - Companhia Telefônica da Borda do Campo - CTBC;
- XXVII - Telecomunicações do Paraná S.A. - TELEPAR;
- XXVIII - Telecomunicações de Santa Catarina S.A. - TELESC;
- XXIX - Companhia Telefônica Melhoramento e Resistência - CTMR.

Parágrafo único. Incluem-se na autorização a que se refere o caput as empresas subsidiárias exploradoras do serviço móvel celular, constituídas nos termos do art. 5º da Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996.

Art. 188. A reestruturação e a desestatização deverão compatibilizar as áreas de atuação das empresas com o plano geral de outorgas, o qual deverá ser previamente editado, na forma do art. 84 desta Lei, bem como observar as restrições, limites ou condições estabelecidas com base no art. 71.

Art. 189. Para a reestruturação das empresas enumeradas no art. 187, fica o Poder Executivo autorizado a adotar as seguintes medidas:

- I - cisão, fusão e incorporação;
- II - dissolução de sociedade ou desativação parcial de seus empreendimentos;
- III - redução de capital social.

Art. 190. Na reestruturação e desestatização da Telecomunicações Brasileiras S.A. - TELEBRÁS deverão ser previstos mecanismos que assegurem a preservação da capacidade em pesquisa e desenvolvimento tecnológico existente na empresa.

Parágrafo único. Para o cumprimento do disposto no caput, fica o Poder Executivo autorizado a criar entidade, que incorporará o Centro de Pesquisa e Desenvolvimento da TELEBRÁS, sob uma das seguintes formas:

I - empresa estatal de economia mista ou não, inclusive por meio da cisão a que se refere o inciso I do artigo anterior;

II - fundação governamental, pública ou privada.

Art. 191. A desestatização caracteriza-se pela alienação onerosa de direitos que asseguram à União, direta ou indiretamente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade, podendo ser realizada mediante o emprego das seguintes modalidades operacionais:

I - alienação de ações;

II - cessão do direito de preferência à subscrição de ações em aumento de capital.

Parágrafo único. A desestatização não afetará as concessões, permissões e autorizações detidas pela empresa.

Art. 192. Na desestatização das empresas a que se refere o art. 187, parte das ações poderá ser reservada a seus empregados e ex-empregados aposentados, a preços e condições privilegiados, inclusive com a utilização do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS.

Art. 193. A desestatização de empresas ou grupo de empresas citadas no art. 187 implicará a imediata abertura à competição, na respectiva área, dos serviços prestados no regime público.

Art. 194. Poderão ser objeto de alienação conjunta o controle acionário de empresas prestadoras de serviço telefônico fixo comutado e o de empresas prestadoras do serviço móvel celular.

Parágrafo único. Fica vedado ao novo controlador promover a incorporação ou fusão de empresa prestadora do serviço telefônico fixo comutado com empresa prestadora do serviço móvel celular.

Art. 195. O modelo de reestruturação e desestatização das empresas enumeradas no art. 187, após submetido a consulta pública, será aprovado pelo Presidente da República, ficando a coordenação e o acompanhamento dos atos e procedimentos decorrentes a cargo de Comissão Especial de Supervisão, a ser instituída pelo Ministro de Estado das Comunicações.

§ 1º A execução de procedimentos operacionais necessários à desestatização poderá ser cometida, mediante contrato, a instituição financeira integrante da Administração Federal, de notória experiência no assunto.

§ 2º A remuneração da contratada será paga com parte do valor líquido apurado nas alienações.

Art. 196. Na reestruturação e na desestatização poderão ser utilizados serviços especializados de terceiros, contratados mediante procedimento licitatório de rito próprio, nos termos seguintes:

I - o Ministério das Comunicações manterá cadastro organizado por especialidade, aberto a empresas e instituições nacionais ou internacionais, de notória especialização na área de telecomunicações e na avaliação e auditoria de empresas, no planejamento e execução de venda de bens e valores mobiliários e nas questões jurídicas relacionadas;

II - para inscrição no cadastro, os interessados deverão atender aos requisitos definidos pela Comissão Especial de Supervisão, com a aprovação do Ministro de Estado das Comunicações;

III - poderão participar das licitações apenas os cadastrados, que serão convocados mediante carta, com a especificação dos serviços objeto do certame;

IV - os convocados, isoladamente ou em consórcio, apresentarão suas propostas em trinta dias, contados da convocação;

V - além de outros requisitos previstos na convocação, as propostas deverão conter o detalhamento dos serviços, a metodologia de execução, a indicação do pessoal técnico a ser empregado e o preço pretendido;

VI - o julgamento das propostas será realizado pelo critério de técnica e preço;

VII - o contratado, sob sua exclusiva responsabilidade e com a aprovação do contratante, poderá subcontratar parcialmente os serviços objeto do contrato;

VIII - o contratado será obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou reduções que se fizerem necessários nos serviços, de até vinte e cinco por cento do valor inicial do ajuste.

Art. 197. O processo especial de desestatização obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, podendo adotar a forma de leilão ou concorrência ou, ainda, de venda de ações em oferta pública, de acordo com o estabelecido pela Comissão Especial de Supervisão.

Parágrafo único. O processo poderá comportar uma etapa de pré-qualificação, ficando restrita aos qualificados a participação em etapas subsequentes.

Art. 198. O processo especial de desestatização será iniciado com a publicação, no Diário Oficial da União e em jornais de grande circulação nacional, de avisos referentes ao edital, do qual constarão, obrigatoriamente:

I - as condições para qualificação dos pretendentes;

II - as condições para aceitação das propostas;

III - os critérios de julgamento;

IV - minuta do contrato de concessão;

V - informações relativas às empresas objeto do processo, tais como seu passivo de curto e longo prazo e sua situação econômica e financeira, especificando-se lucros, prejuízos e endividamento interno e externo, no último exercício;

VI - sumário dos estudos de avaliação;

VII - critério de fixação do valor mínimo de alienação, com base nos estudos de avaliação;

VIII - indicação, se for o caso, de que será criada, no capital social da empresa objeto da desestatização, ação de classe especial, a ser subscrita pela União, e dos poderes especiais que lhe serão conferidos, os quais deverão ser incorporados ao estatuto social.

§ 1º O acesso à integralidade dos estudos de avaliação e a outras informações confidenciais poderá ser restrito aos qualificados, que assumirão compromisso de confidencialidade.

§ 2º A alienação do controle acionário, se realizada mediante venda de ações em oferta pública, dispensará a inclusão, no edital, das informações relacionadas nos incisos I a III deste artigo.

Art. 199. Visando à universalização dos serviços de telecomunicações, os editais de desestatização deverão conter cláusulas de compromisso de expansão do atendimento à população, consoantes com o disposto no art. 80.

Art. 200. Para qualificação, será exigida dos pretendentes comprovação de capacidade técnica, econômica e financeira, podendo ainda haver exigências quanto a experiência na prestação de serviços de telecomunicações, guardada sempre a necessária compatibilidade com o porte das empresas objeto do processo.

Parágrafo único. Será admitida a participação de consórcios, nos termos do edital.

Art. 201. Fica vedada, no decurso do processo de desestatização, a aquisição, por um mesmo acionista ou grupo de acionistas, do controle, direto ou indireto, de empresas atuantes em áreas distintas do plano geral de outorgas.

Art. 202. A transferência do controle acionário ou da concessão, após a desestatização, somente poderá efetuar-se quando transcorrido o prazo de cinco anos, observado o disposto nos incisos II e III do art. 98 desta Lei.

§ 1º Vencido o prazo referido no caput, a transferência de controle ou de concessão que resulte no controle, direto ou indireto, por um mesmo acionista ou grupo de acionistas, de concessionárias atuantes em áreas distintas do plano geral de outorgas, não poderá ser efetuada enquanto tal impedimento for considerado, pela Agência, necessário ao cumprimento do plano.

§ 2º A restrição à transferência da concessão não se aplica quando efetuada entre empresas atuantes em uma mesma área do plano geral de outorgas.

Art. 203. Os preços de aquisição serão pagos exclusivamente em moeda corrente, admitido o parcelamento, nos termos do edital.

Art. 204. Em até trinta dias após o encerramento de cada processo de desestatização, a Comissão Especial de Supervisão publicará relatório circunstanciado a respeito.

Art. 205. Entre as obrigações da instituição financeira contratada para a execução de atos e procedimentos da desestatização, poderá ser incluído o fornecimento de assistência jurídica integral aos membros da Comissão Especial de Supervisão e aos demais responsáveis pela condução da desestatização, na hipótese de serem demandados pela prática de atos decorrentes do exercício de suas funções.

Art. 206. Os administradores das empresas sujeitas à desestatização são responsáveis pelo fornecimento, no prazo fixado pela Comissão Especial de Supervisão ou pela instituição financeira contratada, das informações necessárias à instrução dos respectivos processos.

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 207. No prazo máximo de sessenta dias a contar da publicação desta Lei, as atuais prestadoras do serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral, inclusive as referidas no art. 187 desta Lei, bem como do serviço dos troncos e suas conexões internacionais, deverão pleitear a celebração de contrato de concessão, que será efetivada em até vinte e quatro meses a contar da publicação desta Lei.

§ 1º A concessão, cujo objeto será determinado em função do plano geral de outorgas, será feita a título gratuito, com termo final fixado para o dia 31 de dezembro de 2005, assegurado o direito à prorrogação única por vinte anos, a título oneroso, desde que observado o disposto no Título II do Livro III desta Lei.

§ 2º À prestadora que não atender ao disposto no caput deste artigo aplicar-se-ão as seguintes disposições:

I - se concessionária, continuará sujeita ao contrato de concessão atualmente em vigor, o qual não poderá ser transferido ou prorrogado;

II - se não for concessionária, o seu direito à exploração do serviço extinguir-se-á em 31 de dezembro de 1999.

§ 3º Em relação aos demais serviços prestados pelas entidades a que se refere o caput, serão expedidas as respectivas autorizações ou, se for o caso, concessões, observado o disposto neste artigo, no que couber, e no art. 208 desta Lei.

Art. 208. As concessões das empresas prestadoras de serviço móvel celular abrangidas pelo art. 4º da Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996, serão outorgadas na forma e condições determinadas pelo referido artigo e seu parágrafo único.

Art. 209. Ficam autorizadas as transferências de concessão, parciais ou totais, que forem necessárias para compatibilizar as áreas de atuação das atuais prestadoras com o plano geral de outorgas.

Art. 210. As concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e suas alterações.

Art. 211. A outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens fica excluída da jurisdição da Agência, permanecendo no âmbito de competências do Poder Executivo, devendo a Agência elaborar e manter os respectivos planos de distribuição de canais, levando em conta, inclusive, os aspectos concernentes à evolução tecnológica.

Parágrafo único. Caberá à Agência a fiscalização, quanto aos aspectos técnicos, das respectivas estações.

Art. 212. O serviço de TV a Cabo, inclusive quanto aos atos, condições e procedimentos de outorga, continuará regido pela Lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995, ficando transferidas à Agência as competências atribuídas pela referida Lei ao Poder Executivo.

Art. 213. Será livre a qualquer interessado a divulgação, por qualquer meio, de listas de assinantes do serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral.

§ 1º Observado o disposto nos incisos VI e IX do art. 3º desta Lei, as prestadoras do serviço serão obrigadas a fornecer, em prazos e a preços razoáveis e de forma não discriminatória, a relação de seus assinantes a quem queira divulgá-la.

§ 2º É obrigatório e gratuito o fornecimento, pela prestadora, de listas telefônicas aos assinantes dos serviços, diretamente ou por meio de terceiros, nos termos em que dispuser a Agência.

Art. 214. Na aplicação desta Lei, serão observadas as seguintes disposições:

I - os regulamentos, normas e demais regras em vigor serão gradativamente substituídos por regulamentação a ser editada pela Agência, em cumprimento a esta Lei;

II - enquanto não for editada a nova regulamentação, as concessões, permissões e autorizações continuarão regidas pelos atuais regulamentos, normas e regras; (vide Decreto nº 3.896, de 23.8.2001)

III - até a edição da regulamentação decorrente desta Lei, continuarão regidos pela Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996, os serviços por ela disciplinados e os respectivos atos e procedimentos de outorga;

IV - as concessões, permissões e autorizações feitas anteriormente a esta Lei, não reguladas no seu art. 207, permanecerão válidas pelos prazos nelas previstos;

V - com a aquiescência do interessado, poderá ser realizada a adaptação dos instrumentos de concessão, permissão e autorização a que se referem os incisos III e IV deste artigo aos preceitos desta Lei;

VI - a renovação ou prorrogação, quando prevista nos atos a que se referem os incisos III e IV deste artigo, somente poderá ser feita quando tiver havido a adaptação prevista no inciso anterior.

Art. 215. Ficam revogados:

I - a Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, salvo quanto a matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão;

II - a Lei nº. 6.874, de 3 de dezembro de 1980;

III - a Lei nº. 8.367, de 30 de dezembro de 1991;

IV - os arts. 1º, 2º, 3º, 7º, 9º, 10, 12 e 14, bem como o caput e os §§ 1º e 4º do art. 8º, da Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996;

V - o inciso I do art. 16 da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990. (Renumerado para art. 19 pela Lei nº 8.154, de 28.12.90)

Art. 216. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 16 de julho de 1997; 176º da Independência e 109º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Iris Resende

Antonio Kandir

Sergio Motta

Cláudia Maria Costin

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 17.7.1997

ANEXO I

(Revogado pela Lei nº 9.986, de 18.7.2000)

ANEXO II

(Revogado pela Lei nº 9.986, de 18.7.2000)

ANEXO III

[\(Redação dada pela Lei nº 9.691, de 22.7.1998\)](#)

TABELA DE VALORES DA TAXA DE FISCALIZAÇÃO

DA INSTALAÇÃO POR ESTAÇÃO

SERVIÇO		VALOR DA TFI (R\$)
3. Serviço Radiotelefônico Público	a) até 12 canais	26,83
	b) acima de 12 até 60 canais	134,08

	c) acima de 60 até 300 canais	268,16
	d) acima de 300 até 900 canais	402,24
	e) acima de 900 canais	536,32
5. Serviço Limitado Privado	a) base	134,08
	b) repetidora	134,08
	c) fixa	26,83
	d) móvel	26,83
9. Serviço Limitado Privado de Radiochamada	a) base	134,40
	b) móvel	26,83
12. Serviço Limitado Móvel Marítimo	a) costeira	134,08
	b) portuária	134,08
	c) móvel	26,83
19. Serviço Especial de Supervisão e Controle	a) base	134,08
	b) fixa	26,83
	c) móvel	26,83
20. Serviço Especial de Radioautocine		134,08
22. Serviço Especial de TV por Assinatura		2.413,00
26. Serviço Especial de Repetição por Televisão		400,00
27. Serviço Especial de Repetição de Sinais de TV via Satélite		400,00
28. Serviço Especial de Retransmissão de Televisão		500,00
29. Serviço Suportado por Meio de Satélite	a) terminal de sistema de comunicação global por satélite	26,83
	b) estação terrena de pequeno porte com capacidade de transmissão e diâmetro de antena inferior a 2,4m, controlada por estação central	201,12
	c) estação terrena central controladora de aplicações de redes de dados e outras	402,24
	d) estação terrena de grande porte com capacidade de transmissão, utilizada para sinais de áudio, vídeo, dados ou telefonia e outras aplicações, com diâmetro de antena superior a 4,5m	13.408,00
	e) estação terrena móvel com	3.352,00

	capacidade de transmissão	
	f) estação espacial geoestacionária (por satélite)	26.816,00
	g) estação espacial não-geoestacionária (por sistema)	26.816,00
32. Serviço de Radiotáxi	a) base	134,08
	b) móvel	26,83
38. Radiodifusão Sonora em Ondas Médias	a) potência de 0,25 a 1 kW	972,00
	b) potência acima de 1 até 5 kW	1.257,00
	c) potência acima de 5 a 10 kW	1.543,00
	d) potência acima de 10 a 25 kW	2.916,00
	e) potência acima de 25 a 50 kW	3.888,00
	f) potência acima de 50 até 100 kW	4.860,00
	g) potência acima de 100 kW	5.832,00
39. Serviço de Radiodifusão Sonora em Ondas Curtas		972,00
40. Serviço de Radiodifusão em Ondas Tropicais		972,00
41. Serviço de Radiodifusão Sonora em Frequência Modulada	a) comunitária	200,00
	b) classe C	1.000,00
	c) classe B2	1.500,00
	d) classe B1	2.000,00
	e) classe A4	2.600,00
	f) classe A3	3.800,00
	g) classe A2	4.600,00
	h) classe A1	5.800,00
	i) classe E3	7.800,00
	j) classe E2	9.800,00
	l) classe E1	12.000,00
42. Serviço de Radiodifusão de Sons e Imagens	a) estações instaladas nas cidades com população até 500.000 habitantes	12.200,00
	b) estações instaladas nas cidades com população entre 500.001 e 1.000.000 de habitantes	14.400,00

	c) estações instaladas nas cidades com população entre 1.000.001 e 2.000.000 de habitantes	18.600,00
	d) estações instaladas nas cidades com população entre 2.000.001 e 3.000.000 de habitantes	22.500,00
	e) estações instaladas nas cidades com população entre 3.000.001 e 4.000.000 de habitantes	27.000,00
	f) estações instaladas nas cidades com população entre 4.000.001 e 5.000.000 de habitantes	31.058,00
	g) estações instaladas nas cidades com população acima de 5.000.000 de habitantes	34.065,00
43. Serviço Auxiliar de Radiodifusão e Correlatos – Ligação para Transmissão de Programas, Reportagem Externa, Comunicação de Ordens, Telecomando, Telemando e outros.		
43.1. Radiodifusão Sonora		400,00
43.2. Televisão		1.000,00
43.3. Televisão por Assinatura		1.000,00
44. Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC)	a) até 200 terminais	740,00
	b) de 201 a 500 terminais	1.850,00
	c) de 501 a 2.000 terminais	7.400,00
	d) de 2.001 a 4.000 terminais	14.748,00
	e) de 4.001 a 20.000 terminais	22.123,00
	f) acima de 20.000 terminais	29.497,00
45. Serviço de Comunicação de Dados Comutado		29.497,00
46. Serviço de Comutação de Textos		14.748,00
47. Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH)	a) base com capacidade de cobertura nacional	16.760,00
	b) estação terrena de grande porte com capacidade para transmissão de sinais de televisão ou de áudio, bem como de ambos	13.408,00