

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - COGEAE
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO TRIBUTÁRIO**

CAROLINA DE CÁSSIA VIEIRA CASTRO

**A TAXA DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO E A SUA
EXIGIBILIDADE EM RAZÃO DO EFETIVO E PRESUMIDO EXERCÍCIO
DO PODER DE POLÍCIA**

**SÃO PAULO
2014**

CAROLINA DE CÁSSIA VIEIRA CASTRO

**A TAXA DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO E A SUA
EXIGIBILIDADE EM RAZÃO DO EFETIVO E PRESUMIDO EXERCÍCIO
DO PODER DE POLÍCIA**

Trabalho de Monografia Jurídica apresentado ao Curso de Pós-Graduação *lato sensu*, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - COGEAE, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Direito Tributário. Professora-Orientadora: Mestre e Doutora Daniela de Andrade Braghetta.

**SÃO PAULO
2014**

CAROLINA DE CÁSSIA VIEIRA CASTRO

**A TAXA DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO E A SUA E A SUA
EXIGIBILIDADE EM RAZÃO DO EFETIVO E PRESUMIDO EXERCÍCIO
DO PODER DE POLÍCIA**

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA:

Nome do Professor

Nome do Professor

Nome do Professor

Ao meu filho Amaury, que embora não tivesse conhecimento disso, iluminou de maneira especial os meus pensamentos, e é a verdadeira motivação para as minhas conquistas.

Ao meu esposo Geison, pela dedicação, inspiração e cumplicidade.

E, aos meus pais, Carlos e Vera, a minha eterna gratidão e amor infinito.

RESUMO

Este trabalho foi desenvolvido para tratar da exigibilidade da taxa decorrente do efetivo ou presumido exercício do poder de polícia. No estudo foi utilizada a interpretação sistemática, partindo-se da Constituição Federal, Código Tributário Nacional, os princípios jurídicos, a doutrina, e por fim, a jurisprudência atual. Cuidou de abordar a parte conceitual das taxas, suas espécies, fundamentos de validade e os princípios jurídicos. Além disso, discorreu sobre o conceito de poder de polícia, seus princípios, e a responsabilidade da Administração Pública por omissão. O objetivo proposto foi levantar a discussão acerca da constitucionalidade da taxa de polícia diante do entendimento em sede de repercussão geral, segundo o qual se presume o efetivo exercício do poder de polícia pela mera existência de órgão fiscalizador para esse fim. Houve discordância da jurisprudência apontada por defesa à efetiva atuação estatal. Concluiu-se que o aplicador do Direito não poderia ter feito interpretação extensiva da regramatrix de incidência tributário, pois, o poder de polícia presumido corresponde a uma nova hipótese de incidência.

Palavras-Chave: Poder de polícia. Taxa de localização e funcionamento. Exigibilidade. Repercussão geral. Presunção e efetividade. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This work was developed to address the enforceability of the fees associated with actual or assumed exercise of police power . In the study the systematic interpretation was used , starting with the Federal Constitution , the National Tax Code , the legal principles , doctrine , and finally , the current jurisprudence. Took care to address the conceptual part of the fees , their species , fundamentals of validity and legal principles . Moreover , discussed the concept of police power, its principles , and the responsibility of the Public Administration by default . The proposed objective was to raise the discussion on the constitutionality of the fee before the police headquarters in understanding the overall impact , whereby it is assumed the effective exercise of police power by the mere existence of watchdog for . this purpose. There was disagreement in the case law mentioned by the defense to effective state action is concluded that the applier of law could not have done extensive interpretation of the rule - array of tax incidence , because the police assumed power corresponds to a new hypothesis of incidence.

Keywords: Branch police . Rate location and operation . Chargeability . General repercussion .
Presumption and effectiveness . Unconstitutional

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO,	8
2	CAPÍTULO I – DAS TAXAS,	10
2.1	Conceito de taxa e suas espécies,	10
2.2	Fundamento de validade da taxa de polícia,	13
2.3	O caráter sinalagmático da taxa,	14
2.4	Princípios norteadores da sua tributação,	17
3	CAPÍTULO II – DO PODER DE POLÍCIA,	20
3.1	Conceito,	20
3.2	O efetivo exercício do poder de polícia,	22
3.3	Princípios norteadores da atuação Estatal,	23
3.4	Responsabilidade do Estado pela ineficiência do exercício do poder de polícia,	28
4	CAPÍTULO III – DA CELEUMA ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA TAXA DE POLÍCIA,	32
4.1	Presunção X Efetivo exercício do poder de polícia,	32
4.2	Da Repercussão Geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal,	35
5	CONCLUSÃO,	41
	REFERÊNCIAS,	44

1 INTRODUÇÃO

Questão importante acerca do instrumento jurídico utilizado para justificar a remuneração da taxa decorrente do poder de polícia ganhou destaque na seara jurídica, em face da discussão sobre a sua constitucionalidade.

Eleito pela Constituição Federal como a hipótese de incidência da taxa, o poder de polícia, sendo uma das atividades da Administração Pública, teve a sua origem na Idade Média, e nasceu para combater os abusos cometidos no período conhecido como Estado de Polícia, em razão da falta de subordinação dos governantes da época às regras do Direito.

Com a evolução da sociedade, o sentido do termo “poder de polícia” deixou de estar relacionado à segurança pública, e passou a se vincular às limitações administrativas concernentes à propriedade e à liberdade do cidadão em detrimento do interesse da coletividade.

Decerto, que o administrado tem o direito de conhecer do conjunto de preceitos jurídicos que regulam a atividade estatal, permitindo-lhe certificar-se dos seus direitos e garantias e, também, de reivindicar uma atuação estatal o menos danosa possível aos seus interesses privados.

Ademais, o Poder Público, diante de tantas prerrogativas que a lei lhe revestiu, tem o dever de utilizar corretamente os instrumentos jurídicos, e fazer valer o princípio corolário que reveste os seus atos, a fim de que prevaleça a supremacia do interesse público sobre o particular.

Tendo em vista que ao longo do tempo a Administração Pública vem deixando de atender ao rigor da lei, para manter a sua fúria arrecadatória, passou a interpretar a legislação ao modo que lhe convém, ao ponto de acrescentar à hipótese de incidência da taxa a presunção do efetivo exercício do poder de polícia pela simples existência de órgão fiscalizador.

Inconformados, os contribuintes se socorreram do Poder Judiciário para preservar os seus direitos, e diante da vultosa quantidade de recursos sobre a matéria, hodiernamente, a sua tributação vem sendo discutida no âmbito judicial, cuja celeuma chegou à Suprema Corte, e por ela reconhecida como matéria de repercussão geral, diante de tantos reflexos que o posicionamento definitivo da matéria poderá gerar para a tributação nos mais de 5.500 Municípios do país.

Para tanto, este trabalho é concebido em duas fases distintas. Nos dois primeiros capítulos será abordada a parte conceitual das taxas, suas espécies, fundamentos de validade e os princípios basilares para a sua cobrança. Além disso, a conceituação de poder de polícia, seus princípios, e a responsabilidade da Administração Pública frente à ineficiência do seu exercício, também são temas que serão tratados.

Na segunda parte, será levantada a questão acerca da constitucionalidade da taxa de localização e funcionamento, diante da discussão sobre a necessidade de comprovação do efetivo exercício do poder de polícia para legitimar a sua exigibilidade, e da sua presunção diante da existência de aparato administrativo.

Registre-se que, no que diz respeito à parte legal, não existe a pretensão de apresentar nenhum entendimento inédito sobre o tema, mas, mais precisamente, a proposta deste trabalho é de elaborar um estudo utilizando-se da interpretação sistemática frente às leis, doutrinas e jurisprudências já existentes, e ao final construir um posicionamento acerca do embate jurídico apontado.

2 CAPÍTULO I – DAS TAXAS

2.1 Conceito de taxa e suas espécies

A taxa é uma espécie de tributo vinculado, e como tal, está legalmente ligada a uma atuação estatal, direta e imediatamente direcionada ao contribuinte. A sua base de cálculo é mensurada de acordo com a intensidade da atividade estatal.

Em sendo tributo, se sujeita ao regime jurídico tributário e a sua arrecadação corresponde a uma receita pública derivada.

Uma de suas características é a referibilidade ao sujeito passivo, para que dele possa ser exigida. Essa exigência atribui caráter compulsório à taxa e faz nascer o liame obrigacional.

Nesse sentido, Geraldo Ataliba descreveu uma das diferenças entre taxa e imposto, a saber:

Não basta que a hipótese de incidência seja uma atuação estatal. É preciso que esta seja, de qualquer modo, referida ao obrigado (sujeito passivo), para que dele possa ser exigida. Se pudesse ser exigida de outra pessoa desapareceria qualquer utilidade na distinção entre taxa e imposto. (ATALIBA, 2011, p. 156).

Duas são as suas espécies: a) a taxa decorrente da prestação de serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou colocado à sua disposição, e b) a taxa decorrente do exercício do poder de polícia, as quais são definidas nos artigos 77 e 78¹ do Código Tributário Nacional e art. 145, inciso II², da Constituição Federal.

¹ Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

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

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

² Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

A primeira delas decorre do serviço público, que para Hely Lopes Meireles foi definido como: “serviço público é aquele prestado pela administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.” (MEIRELES, 1998, p. 285). Isto é: serviço público em sentido estrito. Pois, o serviço público em sentido amplo, definidos como gerais, são insuscetíveis de fruição individual, ou de mensuração, não sendo tributados por taxa, mas sim, por imposto.

A partir daí, pode-se compreender que, considerando a previsão *ex lege* estatuída no artigo 145, inciso II, da Constituição Federal e artigo 77, do Código Tributário Nacional, a atividade estatal específica e divisível, prestada ao utente ou posta à sua disposição, corresponde à hipótese de incidência da taxa, formando-se a relação jurídica tributária, e conseqüentemente, sua exigibilidade.

Ademais, a cobrança por meio de taxa se justifica pela obediência ao binômio constitucional: hipótese de incidência e base de cálculo, na medida em que, se prestado um serviço estatal, específico e divisível, ou colocado à disposição de determinado contribuinte, então, este deverá retribuir ao Estado o seu custo.

Assim, partido da análise do seu critério material, a taxa em questão será devida quando o serviço público for: a) específico, ou seja, deve ser possível a sua individualização com referibilidade a pessoa determinada; b) divisível, de modo a mensurar a intensidade do uso ou da fruição correspondente à cota-parte do utente; c) efetivamente prestado, quando por ele usufruído; ou d) potencialmente oferecido, quando obrigatória a sua disponibilidade estatal.

Eis a regra-matriz estatuída pelo art. 145, inciso II, da CF/88, norma primária, composta de elementos para viabilizar a efetiva vinculação da conduta do contribuinte aos interesses fiscais assegurados pela Constituição.

Nesse sentido, Paulo de Barros Carvalho comenta sobre os requisitos necessários para que o serviço público seja remunerado por taxa, sendo aqueles previstos no art. 79³, do Código

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

³ Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:

I - utilizados pelo contribuinte:

a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;

Tributário Nacional, e enfatiza que: “Simetricamente, estando ausente qualquer desses caracteres (utilização efetiva ou potencial, especificidade e divisibilidade), comprometida ficará a cobrança da prestação pecuniária sobre que discorreremos.” (CARVALHO, 2011, p. 788-798).

Por conseguinte, a outra espécie de taxa é aquela decorrente do poder de polícia, a qual receberá o maior destaque no bojo deste trabalho, haja vista a celeuma acerca da constitucionalidade da sua cobrança.

Segundo a definição de Geraldo Ataliba, “As taxas de polícia cabem para cobrir os custos administrativos com o exercício do poder de polícia diretamente referido a certas pessoas que o provocam, ou o exigem, em razão de sua atividade.” (ATALIBA, 2011, p. 157).

O enunciado do art. 78, do Código Tributário Nacional apresenta o conceito de poder de polícia, como sendo:

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

Decerto, que a taxa de polícia corresponde a uma remuneração em razão de uma atividade vinculada ao Poder Público, cuja cobrança está amparada pelo princípio da retributividade, tendo em vista a natureza contraprestacional que a reveste.

Contudo, a sua exigibilidade não pode advir da atuação arbitrária do Estado, pois este somente pode intervir na esfera jurídica do indivíduo, imputando-lhe direitos ou deveres, se presente o permissivo legal que autorize tal atividade e, mediante norma jurídica legal conforme os preceitos constitucionais.

Ademais, o Poder Público não tem competência para estender a interpretação do critério material da taxa de polícia, inserindo, implicitamente, como hipótese de incidência, o

b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

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

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

poder de polícia presumido, em razão da existência de aparato administrativo, visto que, trata-se de outro comportamento, para o qual se exige descrição própria no bojo da regra-matriz de incidência tributária da taxa para legitimar a sua exigibilidade.

Porém, por corresponder a uma nova hipótese de incidência, devem ser respeitados os instrumentos jurídicos para a sua inserção ao direito positivo, e só a partir de então, tornar legalmente exigível a taxa dela decorrente.

2.2 Fundamento de validade da taxa de polícia

A taxa de polícia tem como fundamento de validade o art. 145, inciso II, da Constituição Federal, o qual estabelece que:

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

[...] II – taxas, **em razão do exercício do poder de polícia** ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

É uma regra de estrutura estatuída na Carta Magna, com o fito de delimitar o exercício da competência do ente tributante, e com isso, dar as diretrizes necessárias para a instituição do tributo.

E é sob esse instrumento jurídico primário que foi atribuído ao Município a competência para instituir as taxas de polícia, e como norma de estrutura, preocupou-se em fixar, expressamente, os limites para a sua cobrança, definindo como critério material o exercício do poder de polícia realizado pelo Poder Público.

Ao escolhê-lo como critério para embasar a sua tributação, a Constituição Federal não apenas outorgou a competência para instituí-la, e sim, cuidou de estabelecer de modo genérico os contornos da sua hipótese de incidência ao subordinar a taxa de polícia à efetiva atuação estatal.

A sua definição constitucional decorreu, em linhas gerais, da Emenda Constitucional 18/1965, de onde passou a integrar o Código Tributário Nacional e, em seguida, para a Constituição de 1967 (art. 19, inciso II), e por fim, para a Constituição de 1988.

Delimitadas as regras de estrutura que fundamentam a sua tributação, o Código Tributário Nacional, em seus artigos 77 e 78, se incumbiu de definir o fato imponible, e os demais elementos imprescindíveis para construir a regra-matriz de incidência da taxa de polícia.

Muito relevante a lição de Paulo de Barros Carvalho, ao tratar da regra-matriz de incidência tributária como:

[...] norma de conduta, vertida imediatamente para disciplinar a relação do Estado com seus súditos, tendo em vista contribuições pecuniárias. Concretizando-se os fatos descritos na hipótese, deve-ser a consequência, e esta, por sua vez, prescreve uma obrigação patrimonial. (CARVALHO, 2011, p. 415).

Destarte, no caso da taxa de polícia, é exposto e incontroverso que tem como hipótese de incidência o regular exercício do poder de polícia, dando ensejo à sua tributação, se, e somente se efetivamente realizado.

Por esta razão, não compete ao Poder Judiciário, na tentativa de proceder à interpretação extensiva da lei, desmembrar a hipótese de incidência da taxa de polícia em duas, ao vincular a sua cobrança tanto em razão do efetivo exercício do poder de polícia, quanto diante do presumido exercício do poder de polícia.

Amparado no art. 150, inciso I, da Lei Maior, é *nullum tributum sine lege*, de modo que, não há fundamento de validade que autorize a exigência da taxa em decorrência do presumido exercício do poder de polícia.

Posto isto, com base no entendimento adotado em sede de repercussão geral, que será estudado mais adiante, pode-se extrair dali que, se mantido, haverá a usurpação de competência, na medida em que o Poder Judiciário estará legislando, numa evidente violação aos preceitos constitucionais vigentes.

2.3 O caráter sinalagmático da taxa

Pode-se qualificar a relação jurídico-tributária da taxa de polícia como sinalagmática, na medida em que, há obrigações recíprocas entre as partes.

Como bem assevera Paulo de Barros Carvalho: “o caráter sinalagmático deste tributo haverá de mostrar-se à evidência.” (CARVALHO, 2010, p. 72).

Tal assertiva transporta a ideia de que enquanto de um lado o Estado tem o dever de atuar na limitação, disciplina ou na regulação de atos do administrado em prol do interesse coletivo, por outro lado, o administrado tem o dever de cumprir as imposições estatais previstas na lei, e ao sofrer fiscalização, tem o dever de restituir aos cofres públicos o valor despendido pelo Poder Público, mediante o pagamento da taxa, por ter dado causa à movimentação da máquina estatal.

Assim, o exercício do poder de polícia possui um liame com alguma ação do Estado, cuja vinculação é inerente à espécie tributária em questão, ao contrário do imposto, por caracterizar-se como uma exação bilateral ou contraprestacional.

Segundo José Eduardo Soares de Melo: “taxa é a remuneração de uma atividade vinculada ao Poder Público (serviço público, específico e divisível, efetivo ou potencial, incluindo-se o concernente ao poder de polícia), regendo-se pelo princípio da retributividade.” (MELO, 2010, p. 67).

Além disso, COSTA (2009, p. 115) destaca que:

A taxa é, assim, tributo cuja exigência é orientada pelo princípio da retributividade, vale dizer, ostenta caráter contraprestacional – paga-se a taxa por ter-se provocado o exercício do poder de polícia, em razão de ter sido prestado serviço público específico ou divisível ou, ainda, por ter sido serviço dessa natureza colocado à disposição do sujeito passivo.

Depreende-se dos ensinamentos elucidados que o fato jurídico ensejador da taxa é a atuação do Poder Público em face da pessoa do obrigado, que ao fruir do serviço, em caráter pessoal, dá azo à relação sinalagmática. A única valia da distinção entre taxas de polícia e taxas de serviço (estricto senso) está em retirar o suporte para a cobrança de “taxa de polícia” em caráter potencial.

Pois, no caso, como já salientado alhures, tendo em sua regra-matriz a prescrição da hipótese de incidência como o “exercício” do poder de polícia, não há que se cogitar na possível exigibilidade diante da sua presunção, posto que, não comporta o critério material eleito pelo legislador, e tampouco tem legitimidade para instituir nova hipótese de incidência.

Entretanto, não há um consenso acerca da noção do caráter sinalagmática da taxa, pois a doutrina ainda diverge de opinião. Como, por exemplo, para Roque Carrazza “o fator desencadeante do serviço público não é o pagamento que a pessoa por ele alcançada faz ao Estado, mas exclusivamente a lei, que determina sua prestação.” (CARRAZZA, 2011, p. 481). Para os adeptos dessa linha de entendimento, a taxa é apenas manifestação do dever de contribuir para a manutenção dos gastos públicos, não havendo um vínculo de causalidade jurídica entre a taxa e a atuação do Poder Público, e sim, uma previsão legal.

Muito embora esteja bem justificado tal entendimento, não é o suficiente para afastar a natureza sinalagmática da taxa, haja vista que é evidente o seu cunho contraprestacional, que pode ser nitidamente observado da composição da sua base de cálculo, a qual deve mensurar o custo da atuação do Estado, proporcionalmente a cada obrigado, sendo vedado variar em função de coisa própria do contribuinte, fato estranho à atividade administrativa.

Senão por todos os argumentos até aqui traçados, convém observar, por fim, no art. 150, inciso VI⁴, da Constituição Federal, que o legislador constituinte, ao tratar das imunidades tributárias, se preocupou em excluir as taxas, deixando apenas os impostos, reforçando a ideia de que o pagamento da taxa é essencial à relação de prestação-uso do serviço.

⁴ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...] VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

b) templos de qualquer culto;

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser.

(Incluída pela Emenda Constitucional nº 75, de 15.10.2013)

2.4 Princípios norteadores da sua tributação

Dentre os vários princípios que regem o Direito Tributário, alguns devem ser destacados, em razão das particularidades e aplicabilidade de cada um, consoante a seguir disposto.

O princípio da legalidade está nitidamente ligado à tributação da taxa de polícia, na medida em que, trata-se de um tributo *ex lege*, ou seja, é com base na lei que a Administração Pública licencia, permite, autoriza, fiscaliza, restringe direitos, e controla as atividades privadas. E para que seja retribuída toda essa movimentação da máquina estatal, dos interessados será exigida a taxa de polícia, a qual deverá estar prevista na legislação municipal correspondente.

Nessa linha de raciocínio, Roque Carrazza leciona que:

Exercendo, com base em lei, o seu poder de polícia, o Estado (*lato sensu*) limita o exercício dos direitos à propriedade e à liberdade das pessoas, de modo a permitir que, observado o princípio da prevalência do interesse público sobre o privado, todas possam desfrutar igualmente destes dois bens supremos. (CARRAZZA, 2011, p. 570).

Deste modo, não é qualquer ato de polícia que justifica a cobrança da taxa, mas, tão somente, aquele ato praticado em concreto pelo Poder Público com base na lei. Legítima será a sua exigibilidade se decorrente do efetivo desempenho da atividade direcionada ao administrado, em respeito ao princípio da legalidade.

No caso, optou o constituinte por inserir explicitamente um enunciado prevendo o princípio da legalidade tributária, constante no art. 150, inciso I, da Constituição Federal: “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 tributo sem lei que o estabeleça”.

Depreende do referido enunciado que, nas palavras de Luciano Amaro:

O conteúdo do princípio da legalidade tributária vai além da simples *autorização* do legislativo para que o Estado cobre tal ou qual tributo. É mister que a lei defina *in abstracto* todos os aspectos relevantes para que, *in concreto*, se possa determinar quem terá que pagar, quanto, a quem, à vista de que fatos ou circunstâncias. A lei deve esgotar, como preceito geral e abstrato, os dados necessários à identificação do fato gerador da

obrigação tributária e à quantificação do tributo, sem que restem à autoridade poderes para, discricionariamente, determinar se “A” irá ou não pagar tributo, em face de determinada situação. Os critérios que definirão se “A” deve ou não contribuir, ou que momento estará obrigado a recolher, devem figurar na lei e não no juízo de conveniência ou oportunidade do administrador público. (AMARO, 2011, p. 134)

O referido comentário vem robustecer que a legalidade tributária vai além da preeminência da lei, para atingir a reserva absoluta da lei, posto que a autoridade administrativa, quer o Poder Judiciário, não tem o poder de decidir, no caso concreto, se o tributo é devido ou em razão de que circunstância será exigido. Porque a obrigação tributária é uma decorrência necessária da subsunção da norma sobre o fato concreto, cuja existência é suficiente para o nascimento daquela obrigação.

E mais, o art. 114⁵, do Código Tributário Nacional, não deixa dúvidas ao conceituar fato gerador, de tal sorte, que nascerá o dever tributário se, e somente se, ocorrido o fato imponível previamente previsto na norma.

Desta forma, para inovar originariamente a ordem jurídica com a instituição de uma nova hipótese de incidência, é preciso haver competência legislativa para tanto. Somente enunciados veiculados por lei podem ser empregados pelo jurista para composição da regra-matriz de incidência tributária, uma vez que a relação jurídico-tributária tem por escopo uma obrigação de dar.

Logo, sem dispor de proposições jurídicas legais sobre os critérios que informam a hipótese e o conseqüente tributários, fica impedida qualquer atividade administrativa fiscal que vise a exigência do tributo, devendo, desse modo, ser revisto o entendimento que até o momento é defendido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual, instituiu o poder de polícia presumido, como fato imponível para a cobrança da exação.

Por extensão ao princípio da legalidade tributária, o princípio da tipicidade tributária, direcionado ao legislador e ao aplicador do Direito, tem por finalidade revestir a atuação do legislador, para que, ao formular a lei, ele deverá estabelecer de modo taxativo e completo todos os tipos tributáveis, cuja ocorrência dará azo à tributação, além da sua base tributária. E, ao

⁵ Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

aplicador da lei, tal princípio assegura que a ele é vedado utilizar-se da interpretação extensiva e da analogia para exigir tributo.

Por conseguinte, o princípio da segurança jurídica e outro princípio que está presente na seara tributária, o qual prevê a vedação à retroatividade da legislação que institui a taxa de polícia, garantido, com isso, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Ademais, a Constituição Federal, em seu art. 150, III, *a*, veda a cobrança de tributos “em relação a fatos geradores ocorridos antes da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado”.

Além disso, tendo em vista a necessidade de o Estado realizar algo em favor do contribuinte, para que dele possa exigir a taxa de polícia, tal exigência tem por escopo o princípio da igualdade tributária, na medida em que a sua incidência é direcionada à pessoa beneficiada pela atuação estatal.

O princípio do não-confisco está previsto no art. 150, inciso VI, da Constituição Federal, e também se aplica às taxas de polícia, tendo em vista, que a sua cobrança não poderá ser de modo excessivamente onerosa ao contribuinte, pois, poderá configurar natureza sancionatória.

Outro princípio a ser observado é o da territorialidade das leis, o que significa reconhecer a validade e a eficácia das leis apenas no âmbito do território considerado. Assim, uma vez instituída a taxa de polícia num dado Município, deve-se respeitar a sua incidência somente dentro dos limites do respectivo espaço.

A citação desses princípios não exclui a relevância dos demais sobre o tema, apenas sintetiza o estudo com aqueles que estão mais diretamente ligados ao tributo em estudo.

3 CAPÍTULO II – DO PODER DE POLÍCIA

3.1 Conceito

Extrai-se do art. 78, do Código Tributário Nacional, a seguinte conceituação:

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

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

Com a sua origem na Idade Média, o poder de polícia surgiu para combater os abusos cometidos no período conhecido como Estado de Polícia, em razão da falta de subordinação dos governantes da época às regras do Direito.

Desde então, o sentido do termo “poder de polícia” vem perdendo forças quando relacionado à segurança pública, haja vista que a sua essência está vinculada às limitações administrativas à propriedade e à liberdade do cidadão em detrimento do interesse da coletividade.

Para Hely Lopes Meireles: “poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.” (MEIRELES, 1998, p. 115).

Sob a definição de Celso Antônio Bandeira de Melo, poder de polícia é:

[...] a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo (MELLO, 2004, p. 733).

Extrai-se das definições apresentadas que o poder de polícia traz na sua essência a atuação da administração pública com o fito de buscar uma abstenção do particular, na medida em que é um poder limitador de direitos, em prol do interesse da coletividade.

Em sendo uma ação fiscalizadora, preventiva ou repressiva, não pode ser equiparada à presunção desta ação, visto que, são comportamentos distintos e devem ter tratamento jurídico distinto também.

Enquanto a primeira exige a participação da Administração Pública, por meio de diligências e procedimentos efetuados por um agente público, a segunda exige somente a existência de órgão administrativo criado para este fim.

Contudo, carece de fundamento jurídico a possibilidade de admitir a tributação da taxa pela mera existência de aparato administrativo. Isso porque, a essência do poder de polícia é muito maior do que a simples criação de um órgão fiscalizador.

Para Bandeira de Mello, o poder de polícia existe para salvaguardar os seguintes valores: “a) de segurança pública; b) de ordem pública; c) de tranquilidade pública; d) de higiene e saúde públicas; e) estéticos e artísticos; f) históricos e paisagísticos; g) riquezas naturais; h) moralidade pública; i) economia popular.” (MELLO, 2004, p. 740).

Assim, quando a Administração Pública exerce o seu poder-dever para garantir algum dos valores acima descritos, o legislador optou por enquadrar tal conduta à regra-matriz de incidência tributária da taxa, a fim de fundamentar a sua cobrança.

Ademais, é impossível garantir a proteção de todos os valores listados alhures por presunção, isto é, somente pela mera existência de órgão administrativo criado para este fim.

Por assim dizer, Geraldo Ataliba acrescenta que: “Com base na lei, a administração pública licencia, permite, autoriza, fiscaliza e controla as atividades privadas. Os custos desse controle e fiscalização são remunerados pelos interessados cujas atividades o exigem mediante taxa, chamadas ‘de polícia’” (ATALIBA, 2011, p. 157).

Logo, restou evidente que é pressuposto para a sua exigibilidade a existência de algum serviço estatal relacionado ao poder de polícia, referido diretamente ao contribuinte, que seja possível individualizá-lo, e desta forma, possa ser retribuído aos cofres públicos o custo despendido pela atuação estatal, na fração correspondente a cada utente.

3.2 O efetivo exercício do poder de polícia

Considerando a regra-matriz de incidência da taxa de polícia, é pertinente trazer à colação o ensinamento de Paulo de Barros Carvalho a respeito do tema:

Tendo o Poder Público a missão de garantir a segurança, o bem-estar, a paz e a ordem coletiva, é-lhe atribuído poder de vigilância, que o autoriza a controlar a liberdade dos indivíduos para proteger os interesses da sociedade. Objetivando proteger tais interesses, o funcionamento de algumas atividades requer autorização administrativa, o que implica controle e fiscalização. E é exatamente o exercício desse poder de polícia, inspecionando e fiscalizando os particulares em nome do bem comum, que abre espaço à remuneração por meio de 'taxa de polícia'. (CARVALHO, 2011, p. 789).

E foi diante dessa atuação estatal que o art. 145, inciso II, da CF/88, o elegeu como fato impositivo da taxa de polícia, a qual serve para custear o exercício desse poder realizado pela Administração Pública.

Tendo em vista a impossibilidade de serem invocados elementos estranhos ao contido no tipo legal, é mister salientar que todos os elementos necessários à tributação do caso concreto estejam contidos na lei. E, é evidente que a lei não contempla a presunção de exercício do poder de polícia como hipótese de incidência da exação.

E concernente ao critério temporal da taxa de polícia, o parágrafo único do mesmo dispositivo é claro ao prever que ela incidirá “em razão do exercício do poder de polícia”, ou seja, somente se efetivamente realizados os atos de polícia. A mera potencialidade do poder de polícia ou a existência de aparato administrativo, por si só, não autoriza a exigência da taxa, sendo que apenas com a realização do ato administrativo correspondente é que se constituirá a materialização da hipótese de incidência, tornando-a exigível.

Oportuno trazer à colação o pensamento de Aires F. Barreto a respeito do tema:

No que tange às taxas exigidas com fulcro no poder de polícia não é despicienda a advertência de que não é esse poder de polícia, em si mesmo, que dá suporte à taxa, mas sim a concreta realização de atos em que se expressa, quais sejam, exemplificadamente, as vistorias, os laudos, pareceres, despachos, informações, exames, diligências. (BARRETO, 2009, p. 467).

No mesmo sentido, Roque Carrazza se posicionou ao asseverar que:

[...] a taxa de polícia pressupõe o efetivo exercício de atividades ou diligências, por parte da Administração Pública, em favor do contribuinte, removendo-lhe obstáculos jurídicos, mantendo-os, fiscalizando a licença que lhe foi concedida etc.

[...] a mera potencialidade não autoriza a exigência da taxa respectiva, que somente será devida havendo atos administrativos imediatamente relacionados à pessoa do contribuinte – e o valor do tributo deve corresponder ao custo, ainda que aproximado, das diligências necessárias à específica atuação estatal. (CARRAZZA, 2011, p. 572).

No caso específico da taxa de localização e funcionamento, a sua hipótese de incidência prevê o efetivo exercício do poder de polícia para permitir a sua tributação. É cediço, que essa taxa decorre da atuação estatal mediante a diligência do servidor lotado em um órgão fiscalizador, o qual verifica a atividade desenvolvida, as condições de instalação, higiene, segurança, entre outras, tudo isso para atestar o seu regular funcionamento e autorizar a manutenção da atividade.

Assim, em se tratando de uma taxa de localização e funcionamento, renovável por determinado período, uma vez que não ocorra o ato de polícia correspondente, descaberá a sua cobrança. Isso porque, repita-se, a taxa é um tributo vinculado (art. 77 do CTN), e sem a atuação estatal não há hipótese de incidência que justifique a obrigação tributária.

3.3 Princípios norteadores da atuação Estatal

Como muito bem definido por Paulo de Barros Carvalho, “os princípios aparecem como linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas.” (CARVALHO, 2011, p. 266).

Partindo dessa premissa, certo é, que a Administração Pública dotada de um regime jurídico próprio, denominado regime jurídico-administrativo, está sob a regência dos princípios pertencentes ao Direito Administrativo, e dos princípios constitucionais, com o fito de nortear toda a atividade estatal em prol do interesse da coletividade.

Denominado de regime jurídico-administrativo, corresponde a um regime jurídico de direito público, aplicável aos órgãos e entidades que compõem a administração pública e à atuação dos agentes administrativos em geral.

Atuando sob as prerrogativas e limitações, traduzem-se, respectivamente, nos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público.

Pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a atuação estatal está fundamentada nas prerrogativas e nos poderes especiais de que dispõe para agir em prol do interesse da coletividade, a fim de proteger a sociedade como um bem maior.

Como exemplo de manifestação deste princípio está o exercício do poder de polícia, uma vez que atua de modo imperativo, restringindo ou condicionando o exercício de direitos ou o uso da propriedade privada. Em especial, a concessão de licença de localização e funcionamento, expedida pelo Poder Público depois de averiguada todas as condições necessárias ao bom funcionamento do estabelecimento comercial, atendidas as normas de segurança, higiene, saúde, dentre outras.

Por conseguinte, o princípio da indisponibilidade do interesse público faz contraponto ao primeiro, visto que, ao mesmo tempo em que tem poderes especiais, exorbitantes do direito comum, o Poder Público sofre limitações nas suas atuações não aplicáveis aos particulares. Isso porque, a Administração não atua em nome próprio, mas sim, representa toda a coletividade. Seu patrimônio não lhe pertence, tendo poderes para administra-lo, mas não para dispor dele, pois o acervo de bens pertence a todos os administrados.

Em decorrência deste princípio, a Administração deve autuar, não segundo a sua própria vontade, mas do modo determinado pela lei, que é o instrumento que legitima as suas manifestações.

E, mais uma vez, pode ser aplicado o exemplo anterior, utilizando como base a concessão de licença de alvará de localização e funcionamento de um dado estabelecimento, onde a Administração não deve atuar de modo arbitrário, mas sim, de acordo com a legislação municipal que fixa os requisitos a serem observados pelo interessado. E dentre os requisitos, está o regular exercício do poder de polícia, para que o estabelecimento possa ser fiscalizado e confirmado o atendimento às exigências legais para o seu funcionamento.

Luciano Amaro destaca que: “O nascimento da obrigação tributária não depende da vontade da autoridade fiscal, nem do desejo do administrador que tivesse a veleidade de ditar o que deve ser tributado, ou em que medida ou circunstâncias o tributo deve ser recolhido.” (AMARO, 2011, p. 135).

Desta forma, é inconcebível a sua exigibilidade, pois, como dito alhures, *nullum tributum sine lege*, e no caso, não há lei prevendo a exigência da taxa em decorrência do presumido exercício do poder de polícia, de tal sorte que, ao exigi-lo estará atuando contra a lei.

E mais, ao dispensar o exercício desse poder implicará na disponibilidade do interesse público em prol de uma vontade própria, pois, para a coletividade, o ideal é que haja a conferência feita por um agente público para fins de constatar a lisura do estabelecimento para funcionar, e não colocar em risco a segurança, a saúde, a tranquilidade, e o sossego dos administrados.

Considerados os dois princípios basilares da Administração Pública, os demais princípios derivam deles, e também merecem tecer alguns comentários.

O art. 37, *caput*, da Constituição Federal, estabelece que: “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.”.

O princípio da legalidade é o postulado basilar do Estado de Direito, e de modo genérico, está previsto no inciso II, do art. 5º, da CF/88, e que, voltado à proteção dos particulares contra o Estado, estabelece que é lícito aos indivíduos fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Mas, como o cerne da questão está voltado para a Administração Pública, portadora de um regime jurídico próprio, construiu-se a ideia de que ela somente pode atuar mediante lei que a determine ou autorize, devendo ter obediência estrita aos ditames legais.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro. (MELLO, 2004, p. 92).

Desde modo, trazendo a lição para o tema tratado, ao estabelecer o legislador constituinte que o fato impositivo da taxa de localização e funcionamento é o exercício regular do poder de polícia, não há outro comportamento do Poder Público senão obedecê-la, em perfeita ordem com o princípio da legalidade. Uma vez que se omite e deixa de exercer tal poder, há uma violação a tal princípio e, conseqüentemente, a inoportunidade da hipótese de incidência para a referida tributação, posto que, corresponde a uma obrigação *ex lege*.

Seguindo a diante com os demais princípios que revestem as ações do Estado, o próximo a ser tratado é o da moralidade. É o princípio segundo o qual atribui juridicidade a atuação ética do Poder Público. Em razão do seu cunho jurídico, é possível pleitear a invalidade de atos administrativos praticados com a violação a este princípio. Ligado à probidade e a boa-fé das ações estatais, a sua inobservância poderá tipificar crime de responsabilidade do Chefe do Executivo, segundo o disposto no art. 85, inciso V⁶, da Constituição Federal. Assim, ao permitir que se exija uma taxa decorrente da licença de localização e funcionamento sem que o controle fiscalizatório estatal seja efetivamente feito, vai de encontro à boa-fé da Administração Pública, que pretende arrecadar a qualquer custo, pois a sua exigibilidade tem expressa previsão constitucional e legal que determina a realização do efetivo exercício do poder de polícia.

O princípio da impessoalidade também se aplica ao caso, na medida em que, numa das suas vertentes, estabelece que a atuação estatal deve se pautar no interesse público, tendo como finalidade a prevalência do interesse da coletividade, devendo-se ater à vontade da lei, preceito geral e abstrato em essência. E ao fazê-lo, o Estado atua de modo mais igualitário, sem favorecimentos pessoais ou discriminações. E no caso, se respeitado, não selecionaria quais os estabelecimentos comerciais seriam passíveis de fiscalização e outros não, pois tal prática também seria uma ofensa ao princípio da isonomia.

A publicidade é mais um princípio a ser observado, no sentido de se exigir a transparência da atuação administrativa, e com ela o dever de motivação dos atos administrativos, para possibilitar o controle da legitimidade da sua prática.

⁶ Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:
[...] V - a probidade na administração;

Outros dois princípios de grande importância são: o princípio do devido processo legal e da ampla defesa. Consagrados na Lei Maior, em seu art. 5º, incisos LIV e LV, são preceitos protetivos dos administrados, que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] a exigência de um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de ampla defesa, no que se inclui o direito de recorrer das decisões tomadas. (MELLO, 2004, p. 105).

Com base em tais princípios é possível afirmar que a Administração Pública tem o dever de exercer o poder de polícia nos casos em que a legislação assim o requerer, e ao fazê-lo, observar o regular processo, o contraditório e a ampla defesa, permitindo, com isso, que todos os estabelecimentos comerciais sejam fiscalizados, e autorizados o seu funcionamento se, e somente se estiverem de acordo com as normas vigentes. Tal medida garante uma maior proteção à sociedade.

Não poderia deixar de citar o princípio da segurança jurídica, aplicável a todos os ramos do Direito, tendo em vista que o seu conteúdo está relacionado à garantia da estabilidade das relações, à ordem, paz social e previsibilidade da atuação estatal, de modo a evitar mudanças abruptas, sobressaltos e surpresas decorrentes de ações governamentais.

No caso, correlacionar tal princípio ao exercício do poder de polícia, significa conceder à coletividade uma sensação de tranquilidade e ordem social pela certeza de que o Poder Público atua ativamente na fiscalização das atividades comerciais, e permite o funcionamento somente daqueles que atendem às exigências legais.

Com isso, no mundo ideal, haveria a sensação de estabilidade das relações e a certeza de que a sociedade estaria segura com a previsibilidade das ações estatais, e assim, não se surpreenderia com estabelecimentos comerciais ativos, mas que causam perigo à vida, à segurança e à saúde social do povo.

Muito embora haja princípios não menos relevantes, este trabalho ficará restrito aos já citados, além de ter reservado um tópico próprio para o princípio da responsabilidade do Estado,

que merece destaque em razão da sua correlação com o regular exercício do poder de polícia e a tributação da taxa correspondente.

3.4 Responsabilidade do Estado pela ineficiência do exercício do poder de polícia:

A Constituição Federal reservou um dispositivo próprio para tratar da responsabilidade do Estado, estabelecendo no §6º, do art. 37, que:

As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Extrai-se do referido dispositivo que o princípio da responsabilidade do Estado está consubstanciado no dever de indenizar particulares por ações ou omissões de agentes públicos que resultem em danos aos administrados. Ao passo que, em sede de ação regressiva, é que o agente poderá ser responsabilizado.

Consoante entendimento majoritário dos doutrinadores, a responsabilidade do Estado por conduta comissiva é objetiva, não dependendo da prova de culpa ou dolo do dano que seu agente causar. Ao passo que, nos casos de dano por omissão, o dever de indenizar fica condicionado à comprovação da culpa ou dolo do seu autor, cuja responsabilidade é subjetiva.

De todo modo, certo é que o Estado responde, seja por ação ou por omissão, mas em especial, neste último caso, quando “devendo legalmente agir para evitar um dano e, podendo fazê-lo, não o fez ou não o fez tempestiva e eficientemente”, destaca Bandeira de Mello (MELLO, 2004, p. 111).

Poderia se cogitar sobre qual a correlação da responsabilidade do Estado com a tributação da taxa? E a resposta seria: o exercício regular do poder de polícia.

Convém rememorar que o art. 78, do Código Tributário Nacional definiu poder de polícia.⁷

⁷Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades

Ao defini-lo, o legislador pretendeu expressamente delimitar o modo de atuação estatal frente às questões atinentes à liberdade e a propriedade do administrado, regulando a prática de seus atos, tudo em prol do interesse coletivo.

Ao passo que, para que um estabelecimento comercial possa funcionar, os Municípios instituíram a taxa de localização e funcionamento, taxa de polícia, taxa de alvará de localização e funcionamento, ou outra denominação dada, mas que no seu conteúdo corresponde a um tributo vinculado, incidente em razão de o indivíduo ter movimentado o aparato público para que ela, Administração Pública, em resposta, possa conceder ao solicitante a licença para funcionar.

Oportuno pormenorizar a atuação do Poder Público quando o interessado, na pretensão de abrir um estabelecimento, deve atender a uma gama de requisitos estabelecidos na legislação municipal, e após a apresentação dos documentos exigidos, a Administração Pública deve exercer o seu poder de polícia, e determinar a vistoria *in loco*, para que ratifique as informações trazidas pelo interessado e expeça a licença de funcionamento.

Ademais disso, quando o Poder Público procede a tal fiscalização, não é simplesmente para autorizar um estabelecimento comercial a funcionar, mas a proteção de um bem maior, que são os interesses da coletividade. Isso porque, ao vistoriar o local, o fiscal observará se o estabelecimento atende às normas de segurança, de higiene, de edificação adequada, de zoneamento, entre outras, cuja cautela garante à sociedade a proteção contra a instalação de estabelecimentos que coloquem em risco a segurança, a ordem e o sossego dos particulares.

Por tais razões, é inadmissível aceitar a possibilidade de ser potencial o poder de polícia. Este sim deve ser efetivo.

A ausência do efetivo exercício do poder de polícia representa à omissão do Poder Público quando detinha o dever de atuar, o dever de fiscalizar.

Tanto que, senão todas, mas a grande maioria das legislações Municipais prevê a renovação anual da licença de funcionamento dos estabelecimentos justamente com a finalidade de o Poder Público fiscalizar o local anualmente para confirmar se ele continua atendendo a todas as exigências que embasaram a concessão da sua licença.

econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Admitir, neste caso, a dispensa do efetivo exercício do poder de polícia é uma incúria com os interesses da coletividade, indo de encontro ao princípio da supremacia do interesse público, e da segurança jurídica.

Ademais disso, o poder de polícia em potencial deixaria a sociedade à sorte e somente com a proteção de Deus para protegê-la dos perigos que os estabelecimentos comerciais são capazes de causar quando em funcionamento sem fiscalização, seja nas questões de segurança, seja na saúde pública, e não menos importante nas questões atinentes ao sossego e à tranquilidade de todos.

Nesse sentido, Rui Stocco assevera que:

[...] cabendo ao Poder Público o exercício do poder de polícia e a obrigação de fiscalizar, poderá ocorrer que de sua incúria, má atuação e, enfim, falha do serviço que traduzem um non *facere*, uma omissão provenham prejuízos aos particulares. (...) A omissão, a falha ou a falta de fiscalização induzem culpa anônima da Administração e impõem o dever de reparar. O autor menciona os seguintes julgados deste E. Tribunal, que responsabilizam a Municipalidade pelos danos decorrentes de explosão de loja de fogos de artifício: Apelação Cível nº 92.151-1, 8ª Câmara, Rel. Des. Arthur de Godoy, j. 16.03.88; RT 696/113, 5ª Câmara, Rel. Des. Márcio Bonilha, j. 24.09.1992 e Apelação Cível nº 57.054-5, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. José Cardinale, j. 07.11.2000. (STOCCO, 2010, p. 1387).

Sobre a questão acerca da responsabilidade pelos atos omissivos do Estado, Sérgio Cavalieri Filho leciona que:

Haverá omissão específica quando o Estado estiver na condição de garante (ou de guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo; a omissão estatal se erige em causa adequada de não se evitar um dano. [...] Em suma, a omissão específica, que faz emergir a responsabilidade objetiva da Administração Pública, pressupõe um dever específico do Estado, que o obrigue a agir para impedir o resultado danoso, quando a vítima se encontrava sob sua proteção ou guarda [...].

Em contrapartida, a omissão genérica tem lugar nas hipóteses em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica; quando a Administração tem apenas o dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia (ou de fiscalização), e por sua omissão concorre para o resultado, caso em que deve prevalecer o princípio da responsabilidade subjetiva. (FILHO, 2008, p. 268).

E nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo já manifestou entendimento, consoante alguns acórdãos a seguir colacionados:

APELAÇÃO CÍVEL - Responsabilidade Civil Indenização por danos morais, materiais e lucros cesantes Explosão de loja de fogos de artifício Responsabilidade da Municipalidade Omissão na fiscalização - Nexo de causalidade suficientemente comprovado nos autos Danos materiais Ausência de prova Danos morais - Montante da indenização por danos morais bem fixado Juros moratórios que devem incidir desde a data do fato Recurso da autora desprovido e recurso da Municipalidade parcialmente provido, para afastar a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais e reconhecer a sucumbência recíproca. (Apelação nº 0035458-22.2010.8.26.0554, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Maria Laura Tavaras, D.J. 21/10/2013). (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO)

APELAÇÃO CÍVEL - Responsabilidade Civil Indenização por danos morais, materiais e lucros cesantes Explosão de loja de fogos de artifício Responsabilidade da Municipalidade Omissão na fiscalização - Nexo de causalidade suficientemente comprovado nos autos Danos materiais Ausência de prova Danos morais - Montante da indenização por danos morais bem fixado Juros moratórios que devem incidir desde a data do fato Recurso da autora desprovido e recurso da Municipalidade parcialmente provido, para afastar a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais e reconhecer a sucumbência recíproca. Consectários legais e o valor dos honorários advocatícios. (Apelação/Reexame necessário nº 0010393-79.2003.8.26.0292, 4ª Câmara de Direito Público, Rel. Paulo Barcellos Gatti, D.J. 28/04/2014). (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO)

Logo, depreende-se dos argumentos apresentados que a ausência de poder de polícia de modo regular e efetivo corresponde ao comportamento omissivo do Poder Público, e dele pode decorrer danos inestimáveis à sociedade.

Ademais, a simples criação de órgão de fiscalização, por si só, não tem legitimidade para gerar a presunção de que o poder de polícia foi realizado, tendo em vista que a legislação é clara ao estabelecer que depende do seu regular exercício.

Portanto, não é legítimo admitir a potencialidade do poder de polícia, pois, a atuação estatal deve ser concreta e eficaz, a fim de se evitar quaisquer danos aos seus administrados.

4 CAPÍTULO III – DA CELEUMA ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA TAXA DE POLÍCIA

4.1 Presunção X Efetivo exercício do poder de polícia:

O art. 145, inciso II, da Constituição Federal estabelece o seguinte:

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

[...] II – taxas, em razão do **exercício do poder de polícia** ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

Em sendo a Constituição Federal a “Carta das Competências”, segundo Roque Carrazza, “ocupa posição de destaque a competência tributária, que, adiantamos, é a faculdade de editar leis que criem, *in abstracto*, tributos. Trata-se de uma competência originária, que busca seu fundamento de validade na própria Constituição.” (CARRAZZA, 2011, p. 532). Isso porque, dentre as competências legislativas conferidas pela Carta Magna, está a competência tributária que concede aos entes políticos a prerrogativa de criar, em abstrato, tributos.

Assim, a Constituição Federal tratou de disciplinar as regras de criação de outras normas, em especial, das normas tributárias, estabelecendo os sujeitos competentes para exercê-la, o procedimento, e os limites de espaço e tempo.

E ao atribuir competência ao Município para instituir as taxas, a Constituição Federal determinou que somente pudesse ser criada em razão do exercício do poder de polícia. Uma vez editada a lei da sua instituição, a competência tributária se exauriu, dando ensejo à capacidade tributária para a arrecadação, fiscalização de tributos, ou para executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária.

Os Municípios, senão todos, então a grande maioria deles, se incumbiu de editar lei instituindo a cobrança da taxa, e com observância ao disposto no art. 145, inciso II, da CF/88, determinou que o seu fato gerador decorresse do “exercício regular do poder de polícia administrativa do Município”.

Decerto, o conceito de poder de polícia está preconizado no art. 78, do Código Tributário Nacional, é inerente à atividade estatal, e acarreta restrições à esfera jurídica individual do cidadão, a seus direitos e interesses. É uma atividade estatal escolhida pelo legislador como fato imponível para fundamentar a exigibilidade das taxas dele decorrentes.

Por isso, retrata a insegurança jurídica admitir que, diante dos inúmeros recursos repetitivos interpostos pelos contribuintes que se sentiram lesados pela cobrança indevida da taxa, quando ausente o efetivo exercício do poder de polícia, que os aplicadores do Direito, ao se pronunciarem sobre a celeuma, realizaram uma interpretação extensiva da lei, e “criaram” uma hipótese de incidência da taxa, a saber: o poder de polícia presumido pela mera prova de aparato administrativo.

É provável que, tal posicionamento tenha sido embasado, dentre outros, na previsibilidade de receita dos Municípios, que se reconhecida como inconstitucional, a devolução dos valores recolhidos indevidamente causaria um prejuízo imensurável ao erário.

Mas, que culpa tem o contribuinte que cumpre todas as normas vigentes com a fúria exacerbada da Administração Pública em arrecadar? Que se assim pretender, que seja então regulamentada a sua cobrança. O que é inconcebível é a evidente violação aos preceitos constitucionais, legais, princípios do Direito e à moralidade jurídica.

E não é só, no que concerne ao critério temporal da taxa de polícia, o art. 145, II da CF/88 é claro ao prever que ela incidirá “em razão do exercício do poder de polícia”, ou seja, somente se efetivamente realizados os atos de polícia. A mera potencialidade do poder de polícia não ou a prova de existência de órgão fiscalizador não autoriza a exigência da taxa, sendo que apenas com a realização do ato administrativo correspondente é que se constituirá a materialização da hipótese de incidência, tornando-a exigível.

Oportuno trazer à colação o pensamento de Aires F. Barreto a respeito do tema:

No que tange às taxas exigidas com fulcro no poder de polícia não é despicienda a advertência de que não é esse poder de polícia, em si mesmo, que dá suporte à taxa, mas sim a concreta realização de atos em que se expressa, quais sejam, exemplificadamente, as vistorias, os laudos, pareceres, despachos, informações, exames, diligências. (BARRETO, 2009, p. 467).

Ademais, como já salientado, a taxa é uma espécie de tributo vinculado, e como tal, está legalmente ligada a uma atuação estatal, direta e imediatamente direcionada ao contribuinte.

Difere-se de imposto justamente em razão desta vinculação, visto que ele contém na sua hipótese de incidência um fato lícito alheio à atuação estatal. Além disso, a taxa tem caráter retributivo, onde o produto da arrecadação destina-se a custear a atividade estatal que lhe deu origem. Outra característica da taxa é a sua referibilidade ao sujeito passivo, para que dele possa ser exigida. Essa exigência lhe atribui caráter compulsório e faz nascer o liame obrigacional. E aqui vem outra distinção entre taxa e imposto apresentada por Geraldo Ataliba quando lecionou que:

Não basta que a hipótese de incidência seja uma atuação estatal. É preciso que esta seja, de qualquer modo, referida ao obrigado (sujeito passivo), para que dele possa ser exigida. Se pudesse ser exigida de outra pessoa desapareceria qualquer utilidade na distinção entre taxa e imposto. (ATALIBA, 2011, p.156).

Além disso, o parágrafo único do artigo 78, do Código Tributário Nacional, afirma expressamente que o regular exercício do poder de polícia se caracteriza quando “desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável”. Desempenhado no sentido de “executado”, cuja atividade deve ser exercida pela estrutura estatal para a qual foi atribuída por determinação legal.

E ainda, o mesmo enunciado estabelece que deve haver a “observância ao devido processo legal”, numa expressa indicação do legislador de determinar que o Poder Público atue com estrita obediência à lei, evitando, assim, a sua atuação arbitrária.

Assim sendo, não se pode admitir a condescendência com a desnecessidade do efetivo exercício do poder de polícia, pois, essa conduta colocaria em risco a própria coletividade, e permitiria ao estabelecimento (comerciais, industriais, prestadores de serviços, etc.) atuar em pleno funcionamento, sem qualquer fiscalização, podendo, inclusive, funcionar em desacordo com as normas de higiene, de segurança, ordem, costumes; que disciplinam a produção e o mercado, o exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública, à propriedade e aos direitos individuais e coletivos, em desrespeito ao disposto no art. 78, do Código Tributário Nacional.

Sobre o tema, Leandro Paulsen argumenta que o exercício do poder regulamentar por si só é insuficiente, e acrescenta que:

A regulamentação, por certo, é pressuposto para a fiscalização. Mas ambas não se confundem. O exercício do poder de polícia consiste na fiscalização do cumprimento das normas, atividades, pois, posterior à sua edição, consistente em controlar e assegurar o seu cumprimento.

[...] Para a criação de uma taxa relativa ao poder de polícia, não basta a existência de uma norma limitadora de direitos individuais; faz-se necessária uma atividade pública no sentido da garantia da sua observância, a qual implique despesa pública e, por isso, necessidade de custeio. (PAULSEN, 2011, p. 872).

E acrescenta que:

Com base no poder de polícia utilizado, o Estado exerce uma atividade estatal manifestadora desse poder: fiscaliza, controla, vistoria, inspeciona, licencia etc. Tal atividade estatal (em razão do exercício do poder de polícia) é que será custeada pela taxa. Caso contrário, não há o que justifique uma despesa e a respectiva receita tributária... Inexistirá o que é essencial para a existência da taxa, certa atividade estatal dirigida ao contribuinte. (...) 'A taxa de polícia é exigida em razão da atividade estatal, decorrente do poder de polícia, pelo qual a administração realiza uma atividade que se refira, afete ou beneficie o contribuinte' (PAULSEN, 2011, p. 872).

Por isso, muito embora o poder de polícia seja discricionário, a taxa de polícia, por ser um tributo vinculado, só poderá ser cobrada quando do seu efetivo exercício, ou então, a sua cobrança será ilegal, por violar o disposto no art. 78, do CTN, e inconstitucional, por afrontar ao enunciado no art. 145, inciso II, da CF/88.

4.2 A Repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal:

A questão em debate foi objeto de inúmeros recursos repetitivos, e por esse motivo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, nos autos do RE 588.322/RO, a existência de repercussão geral, tendo em vista, que a matéria transcende os limites subjetivos da causa, pois apresenta relevância jurídica, econômica e social, e a sua decisão definitiva afetará grande parte dos 5.500 Municípios distribuídos por todo o país.

O tema é controvertido porque, de um lado os Municípios não querem abrir mão da arrecadação em decorrência desse tributo; e, por outro lado, os contribuintes estão sofrendo a tributação de uma taxa desprovida de amparo legal, lançada em virtude da presunção da atuação estatal pelo simples fato de haver comprovada a existência de um órgão fiscalizador criado pela Administração Pública.

Com base nos argumentos esposados pela Suprema Corte: “É constitucional a taxa de renovação de funcionamento e localização municipal, desde que efetivo o exercício do poder de polícia, **demonstrado pela existência de órgão e estrutura competentes** para o respectivo exercício” (grifamos).

Assim, é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a existência de órgão administrativo específico é um dos elementos “*admitidos para se inferir o efetivo exercício do poder de polícia, exigido constitucionalmente*”.

A ementa do v. acórdão do qual se extraiu esse posicionamento merece ser colacionada na íntegra:

Recurso Extraordinário 1. Repercussão geral reconhecida. 2. Alegação de inconstitucionalidade da taxa de renovação de localização e de funcionamento do Município de Porto Velho. 3. Suposta violação ao artigo 145, inciso II, da Constituição, ao fundamento de não existir comprovação do efetivo exercício do poder de polícia. 4. O texto constitucional diferencia as taxas decorrentes do exercício do poder de polícia daquelas de utilização de serviços específicos e divisíveis, facultando apenas a estas a prestação potencial do serviço público. 5. A regularidade do exercício do poder de polícia é imprescindível para a cobrança da taxa de localização e fiscalização. 6. À luz da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, a existência do órgão administrativo não é condição para o reconhecimento da constitucionalidade da cobrança da taxa de localização e fiscalização, mas constitui um dos elementos admitidos para se inferir o efetivo exercício do poder de polícia, exigido constitucionalmente. Precedentes. 7. O Tribunal de Justiça de Rondônia assentou que o Município de Porto Velho, que criou a taxa objeto do litígio, é dotado de aparato fiscal necessário ao exercício do poder de polícia. 8. Configurada a existência de instrumentos necessários e do efetivo exercício do poder de polícia. 9. É constitucional taxa de renovação de funcionamento e localização municipal, desde que efetivo o exercício do poder de polícia, demonstrado pela existência de órgão e estrutura competentes para o respectivo exercício, tal como verificado na espécie quanto ao Município de Porto Velho/RO 10. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.

Decisão

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso extraordinário, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 16.06.2010. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL)

O referido julgado adotou a linha de entendimento segundo a qual “*De fato, o exercício do poder de polícia deverá ser efetivo e concreto, em razão de sua natureza de serviço público profilático, exercício em prol da coletividade.*” E seguiu afirmando ser “*assentada a indispensabilidade do exercício do poder de polícia, cabe perquirir se a existência de aparato administrativo pressupõe o efetivo exercício do poder de polícia.*”.

Com isso, vinculou o instituto da presunção ao regular exercício do poder de polícia, pelo simples fato de o Município ter instituído a estrutura da fiscalização, defendendo que seria o suficiente para fundamentar a cobrança da taxa de polícia.

Muito embora não tenha admitido expressamente, e até afirmado tratar-se de coisas distintas, a bem da verdade, presumir que tenha havido a fiscalização somente com base na existência de aparato administrativo se aproxima muito do reconhecimento do exercício potencial do poder de polícia.

Isso porque, é obvio que para que haja a fiscalização é imprescindível a existência de órgão próprio para tal atividade. E se admitir que não há a necessidade de ter a fiscalização *in concreto*, então, subentende-se que é possível a fiscalização em presumida.

Com todo respeito aos Doutos Ministros da Suprema Corte que se pronunciaram no caso, o fundamento jurídico sustentado não é o suficiente para dar legitimidade à tributação da taxa de polícia. A bem da verdade, o art. 145, II, da Constituição Federal é claro e inequívoco ao eleger como hipótese de incidência da taxa de polícia o “exercício do poder de polícia”.

Trata-se de obrigação tributária, *ex lege*, e por isso, não há margem para a interpretação extensiva da lei capaz de permitir a instituição de uma nova hipótese de incidência: a taxa decorrente do poder de polícia presumido.

Talvez fosse fantasioso imaginar, mas suponhamos que num dado Município durante determinado exercício não tenha sido realizada uma fiscalização sequer, e mesmo assim, em razão da existência do órgão fiscalizador equipado e disponível, houve o lançamento da taxa para todos os estabelecimentos nele sediados. Diante deste cenário indaga-se: a) se a taxa é um tributo vinculado, onde está a atuação estatal direta e imediata para justificar a sua exação? b) o caráter geral da tributação não configuraria imposto, já que ausente a referibilidade a um dado indivíduo? c) como seria mensurada a base de cálculo, já que não houve despesa porque ausente a atuação estatal?

Data vênia, as respostas a estas indagações conduzem a ideia de que o posicionamento do Tribunal Pleno está fadado a erro, e carece de fundamentação jurídica plausível para sustentar que a taxa exigida seja revestida de constitucionalidade.

Sobre o tema, oportuno reproduzir a opinião de Leandro Paulsen a respeito:

[...] a simples existência de um serviço organizado de fiscalização não permite que se possa cobrar taxas fundadas no poder de polícia. É necessária a existência de uma vinculação entre a aludida atividade de polícia e o contribuinte, ou seja, é preciso que haja uma atividade concreta da Administração, diretamente referida ao contribuinte. [...] o potencial exercício do poder de polícia não autoriza a pessoa política a exigir esta modalidade de taxa. [...] Com efeito, o Código Tributário Nacional foi bastante claro ao dispor no seu art. 77 que as taxas só podem ser cobradas pelo exercício do poder de polícia. E ‘exercício’ – ao contrário da utilização (no caso dos serviços públicos) – é sempre efetivo, nunca potencial. Percebe-se, do exposto, que a potencialidade refere-se apenas à taxa de serviço e não à de polícia. (PAULSEN, 2011, p. 33)

Logo, tratar como constitucional a cobrança da taxa de localização e funcionamento, condicionada a existência de efetivo exercício do poder de polícia está em consonância com o seu fundamento de validade (art. 145, II, CF/88), mas daí a afirmar que tal fato está demonstrado tão somente pela existência de órgão de fiscalização, e não exigir a fiscalização de fato, está se estendendo de modo desarrazoado o conceito de efetivo poder de polícia, e com isso, justificando a cobrança de um tributo em dissonância com a sua norma vigente.

E mais, se considerar que a base de cálculo da referida taxa deve corresponder, ainda que aproximadamente, ao custo do serviço público prestado, mas, seguindo a linha de entendimento de que a mera existência de aparato administrativo já dá ensejo à cobrança da exação, então, novamente, como seria mensurada a base tributável, já que não houve serviço efetivo?

E sobre a questão, Roque Carrazza acrescenta que: “Se não houver equivalência entre o custo da atuação estatal específica e o *quantum* da taxa, o tributo será inconstitucional, por desvirtuamento de sua base de cálculo. Com isto, aliás, ele assumirá feições confiscatórias, afrontando, pois, o art. 150, IV, da CF.” (CARRAZZA, 2011, p. 586).

Oportuno trazer à colação o voto do Ministro Marco Aurélio, único que discordou da Suprema Corte, embasado nos seguintes argumentos:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, há uma singularidade que não podemos deixar de perceber. Não se trata propriamente de uma taxa, considerado o poder de polícia. Já sustentei que a taxa pressupõe o conteúdo, em termos de dispêndio, de um certo serviço. O que está em jogo é uma taxa de renovação de alvará de localização e funcionamento. Não sei nem qual é a periodicidade, se anual, se bienal, quinquenal, semestral ou mensal. Daqui a pouco teremos até, talvez, ante a fúria arrecadadora dos entes públicos, a taxa de renovação mensal.

Admitiria, Presidente que se pudesse cogitar do poder de polícia se a taxa fosse estritamente de funcionamento, mas o objeto da taxa, que é a renovação de alvará, está bem revelado na nomenclatura.

Creio que a disposição se distancia do que previsto no artigo 145 da Constituição Federal. Penso que, no caso, há de se observar o que decidiu a Primeira Turma, com referência inclusive a precedentes. O relator Ministro Moreira Alves, Presidente da Turma à época, no Recurso Extraordinário nº 286.246-1/SP, deixou assentou:

“O acórdão recorrido, ao fundar-se em que a cobrança da taxa de renovação de licença para localização e funcionamento era indevida por falta de comprovação do exercício, por parte do Município, da atividade de fiscalização,” – aqui a taxa é para continuar a atuar – ‘nada mais fez do que seguir a orientação predominante desta Corte (assim, a título exemplificativo,’ mencionou Sua Excelência o Ministro Moreira Alves – ‘RREE 140.278, 115.213, 115983, 190.126 e 259.980)’”

Então, Presidente, a partir da premissa segundo a qual não posso substituir, em termos fáticos, o que contido no acórdão impugnado – este é explícito quanto ao envolvimento de renovação de alvará e não da atuação considerado o poder de polícia, chegando-se à mercê da exigência dessa renovação a possibilidade ou não de continuar-se atuando -, peço vênua ao relator para prover o recurso extraordinário e, no caso, acolher o pedido formulado pela Associação Comercial de Rondônia. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL).

Em seus argumentos, o Min. Marco Aurélio ainda trouxe a questão da “renovação” do alvará de localização e funcionamento, assistindo razão sobre a necessidade de uma efetiva fiscalização, para que o Poder Público pudesse, de fato, confirmar se o estabelecimento continua atendendo às normas de funcionamento.

Em remate, oportuno trazer à colação o entendimento de Aires F. Barreto que, com maestria asseverou que:

Ademais de o serviço público (ou poder de polícia) ser pertinente à competência recebida, é inafastável que se desenvolva com efetividade, isto é, concretamente. Atividades potenciais ou serviços futuros, ainda que programados, não podem dar origem ao tributo. (BARRETO, 2009, p. 454).

E, como muito bem observado por Carrazza:

Na taxa de polícia, o contribuinte não paga pelo *sim*, pelo *defiro*, pelo *concedo*, pelo *nada a opor*; em suma, pela remoção do obstáculo jurídico que o impedia de instalar-se, de construir, de funcionar etc. Ele remunera as *diligências e procedimentos* que a Administração Pública foi (ou será) obrigada a levar a cabo para exercer o poder de polícia. Não é por outro motivo que este tributo pode ser exigido mesmo quando o pedido do contribuinte é, afinal, indeferido. Pelas mesmas razões, a exação pode ser cobrada antecipadamente; neste caso basta que a pessoa política, ou quem lhe faça juridicamente as vezes, esteja em condições materiais de exercer, logo em seguida, o poder de polícia;

[...] Realmente, tais atos administrativos – como puros atos jurídicos que são – não possuem conteúdo econômico, circunstância que impede que a taxa de polícia venha a ser em função deles quantificada, isto é, reduzida a uma expressão monetária. A quantificação da taxa de polícia levará em conta, sim, as despesas inerentes aos procedimentos e diligências que culminarão na edição destes atos administrativos. Daí por que, nos termos da Lei Maior, esta não é uma *taxa por atos de polícia*, mas uma *taxa em razão do exercício do poder de polícia*.” (CARRAZZA, 2011, p. 591).

Todavia, como já salientado no capítulo anterior, se da ausência do efetivo exercício do poder de polícia resultar no funcionamento irregular de atividade que venha a causar dano a outrem, a omissão da Administração Pública poderá dar ensejo à indenização ao lesado.

Ademais, a falta de uma efetiva atuação estatal, ainda que haja o órgão fiscalizador instituído, poderá dar azo à desordem social, onde o Estado perderá o controle dos estabelecimentos em funcionamento, e do risco que a coletividade poderá sofrer diante da falta de serviço para confirmar se todos estão de acordo com as normas de segurança, saúde pública, edificação, vistorias do Corpo de Bombeiros, higiene, entre outras.

Por derradeiro, restou demonstrada a importância da matéria debatida, que levou ao Supremo Tribunal Federal a reconhecer a sua repercussão geral, em razão dos reflexos fiscais, sociais, econômicos e jurídicos que irão surtir em decorrência do seu pronunciamento final.

5 CONCLUSÃO:

O presente estudo buscou analisar o tema proposto aplicando-se o método da interpretação sistemática, na medida em que, partiu da análise da Constituição Federal para identificar o fundamento de validade que amparou a cobrança da taxa em decorrência do exercício do poder de polícia; extraiu do Código Tributário Nacional as definições do fato impositivo, e dos demais elementos integrantes da regra-matriz de incidência; sopesou os princípios norteadores tanto da sua tributação quanto da atuação estatal; cotejou conceitos e definições acerca do poder de polícia e a sua efetividade na visão doutrinária; e por fim, concluiu a análise expondo o panorama jurisprudencial sobre a matéria, com destaque para existência da repercussão geral reconhecida pela Suprema Corte, em razão da relevância social, fiscal, econômica e jurídica da matéria.

Com todo respeito ao entendimento do Tribunal Pleno, é inconcebível admitir que, até que seja proferido o pronunciamento final, tenha sido reconhecida a constitucionalidade da taxa de polícia incidente em razão do poder de polícia presumido pela existência de aparato administrativo fiscal.

Isso porque, a taxa de polícia, mais precisamente, a taxa de renovação de localização e funcionamento, ao conceber da Carta Magna o exercício do poder de polícia como fundamento de validade, preocupou-se em estabelecer a sua hipótese de incidência, condicionando a exigibilidade da taxa à efetiva atuação estatal.

Como pode ser visto, tal tributo está vinculado a uma atividade do Poder Público, e tem caráter retributivo, cuja remuneração devida pelo utente tem por fim custear o *quantum* despendido pelo Estado para exercê-la.

A “atividade” do Poder Público que subordina a incidência da taxa é o poder de polícia, e o legislador foi expresso ao estabelecer que o seu critério temporal corresponde ao exercício do referido poder, afastando, com isso, a tributação em razão da potencialidade do serviço, quiçá, da presunção do serviço.

Uma vez reconhecida como matéria de repercussão geral, a questão da necessidade de haver o efetivo exercício do poder de polícia foi superada, contudo, o Supremo Tribunal Federal

afirmou ser presumido o seu efetivo exercício pela simples existência de órgão fiscalizador instituído pela Administração Pública.

Com todo respeito aos argumentos traçados pelos Doutos Ministros, é inadmissível concordar com a “presunção” estabelecida, pois, isso se aproximaria muito em afirmar ser possível e legítimo admitir a potencialidade do exercício do poder de polícia como hipótese de incidência da taxa em questão.

Ademais, conforme abordado ao longo do trabalho, a simples existência de aparato administrativo por si só não obedece ao binômio: hipótese de incidência e base de cálculo, capaz de fundamentar a exigibilidade da exação.

Decerto, que o poder de polícia, como visto, é a manifestação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, tendo em vista que a taxa de localização e funcionamento tem por escopo a efetiva atuação estatal, que se concretiza pela fiscalização *in loco* do agente público lotado em um órgão fiscalizador, o qual inspeciona a atividade desenvolvida, as condições de instalação, higiene, segurança, entre outras, e ao final, atesta o seu regular funcionamento, autorizando-o a exercer as suas atividades.

E como visto, o Poder Público o faz não para expedir mera permissão de funcionamento, mas para proteger o bem maior que é a coletividade. Desse modo, ausente o efetivo exercício do poder de polícia, a Administração Pública poderá responder pelos danos causados em razão da sua omissão.

Logo, se o poder de polícia é exercido em detrimento da coletividade, e não referente a um determinado indivíduo; se a única exigência é a existência de um órgão especializado na fiscalização, segundo os argumentos defendidos em sede de repercussão geral pela Suprema Corte, resta evidente que se está diante de um serviço *ius universi*, e não *ius singulari*, e com isso, não há uma atividade direta e imediata prestada pelo Poder Público capaz de gerar essa tal contraprestação do serviço público, posto que, só se exige a simples “existência do órgão”.

Então, considerando essa linha de entendimento, parece-me claro que corresponde a uma atividade não vinculada direta e imediatamente ao administrado, onde basta a mera existência de órgão fiscalizador, sem que haja individualização do seu usuário, cuja natureza, se assemelha às características do imposto, de modo que, o valor recolhido, será direcionado aos

cofres públicos para custear a manutenção dos aparatos administrativos disponíveis, de um modo geral, e não, em caráter específico.

Ademais, imaginar que incidiria a taxa de polícia em decorrência do ato de polícia, isto é, pelo simples “*defiro, concedo, autorizo ou nada me oponho*” produzido pelo operador do órgão fiscalizador, é admitir que a sua exigibilidade está fundamentada na expedição de um ato, e não em decorrência do exercício do poder de polícia, que corresponde a uma diligência, um procedimento regular de atuação.

Assim, sob esta vertente, é pertinente afirmar que a taxa exigida em decorrência de um ato de polícia descaracteriza a sua constitucionalidade, além de ser ilegal em face do previsto no Código Tributário Nacional, e por ofender os princípios jurídicos que regem a matéria.

Em remate, sem a pretensão de encerrar o conflito jurídico proposto pela Suprema Corte em face dos inúmeros recursos interpostos sobre a mesma matéria, sobreleva registrar o respeito ao seu posicionamento, mas também, a discordância diante do entendimento hodierno do Supremo Tribunal Federal, com a esperança de que seja modificado e exigido do contribuinte um tributo revestido de legitimidade jurídica.

REFERÊNCIAS

ABNT. **NBR 6023: informação e documentação: referências: elaboração.** Rio de Janeiro: 2002a.

_____. **NBR 10520: informação e documentação: citações em documentos: apresentação.** Rio de Janeiro, 2002b.

_____. **NBR 14724: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação.** Rio de Janeiro, 2002c.

_____. **NBR 6027: informação e documentação: sumário: apresentação.** Rio de Janeiro, 2003a.

_____. **NBR 6028: informação e documentação: resumo: apresentação.** Rio de Janeiro, 2003b.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro.** 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARRETO, Aires F. **Curso de Direito Tributário Municipal.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 588.322/RO.** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613943>. Acesso em 10 out. 2014.

_____. **Vade Mecum.** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.** 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Tributário, Linguagem e Método.** 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 10ª ed., São Paulo: Altas.

COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário.** São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Direito Municipal Brasileiro.** 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELO, José Eduardo Soares. **Curso de Direito Tributário**. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2010.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 00100393-79.2003.8.26.0292**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>> Acesso em 14 out. 2014.

_____. **Apelação nº 0035458-22.2010.8.26.0554**. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/>> Acesso em 14 out. 2014.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. São Paulo: RT.