

A
ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS DE RADIOCOMUNICAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO
(AERESP)
Rua Vergueiro, 2.087 – 2º andar – Vila Mariana
São Paulo – SP
A/C – Dane Marcos Avanzi (PRESIDENTE)

ESTUDO DE CASO – ALCANCE E OS EFEITOS DAS NORMAS QUE DETERMINAM A
TRIBUTAÇÃO (POR MEIO DO FUST, DO FUNTTEL E DO ICMS) DAS RECEITAS AUFERIDAS
COM A EXPLORAÇÃO EMPRESARIAL DA OUTORGA DE RADIOFREQUÊNCIA OBTIDA JUNTO
À ANATEL

A ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS DE
RADIOCOMUNICAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO (AERESP) traz à voga para análise de
nossa banca questão atrelada ao alcance e os efeitos das normas que determinam a
tributação, por meio do fundo de universalização dos serviços de telecomunicação (FUST),
do fundo para o desenvolvimento tecnológico das telecomunicações (FUNTTEL) e do
imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), das receitas auferidas com a
exploração empresarial da outorga da radiofrequência obtida junto à Agência Nacional de
Telecomunicações (ANATEL).

Os pontos levantados por essa entidade de
classe buscam saber se: (i)-A receita (total) obtida por seus associados que exploram
serviços de telecomunicação, mediante outorga obtida anteriormente junto à Agência
Nacional de Telecomunicações (ANATEL), capaz de autorizar determinado sujeito (público ou
privado) a usufruir de certa faixa de radiofrequência, está sujeita ao pagamento do fundo de
universalização dos serviços de telecomunicação (FUST), do fundo para o desenvolvimento
tecnológico das telecomunicações (FUNTTEL) e do imposto sobre circulação de mercadorias

e serviços (ICMS)?; (ii)-Há algum limite imposto pela legislação para determinar o preço mínimo e máximo a ser cobrado do tomador do serviço executado mediante a exploração da faixa de frequência determinada?; (iii)-Existem obrigações acessórias específicas a serem adotadas pelo sujeito (público ou privado) que usufrui de certa faixa de radiofrequência outorgada anteriormente pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)?; (iv)-Existe alguma ilegalidade ou inconstitucionalidade nas regras que disciplinam o fundo de universalização dos serviços de telecomunicação (FUST), o fundo para o desenvolvimento tecnológico das telecomunicações (FUNTTEL) e o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), apta o bastante a obstar a cobrança destas exações?

RESPOSTA DAS QUESTÕES:

(i)-A receita (total) obtida por seus associados que exploram serviços de telecomunicação, mediante outorga obtida anteriormente junto à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), capaz de autorizar determinado sujeito (público ou privado) a usufruir de certa faixa de radiofrequência, está sujeita ao pagamento do fundo de universalização dos serviços de telecomunicação (FUST), do fundo para o desenvolvimento tecnológico das telecomunicações (FUNTTEL) e do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS)?

NÃO. A receita total obtida por seus associados que exploram serviços de telecomunicação, mediante outorga obtida anteriormente junto à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), capaz de autorizar determinado sujeito (público ou privado) a usufruir de certa faixa de radiofrequência, **não está sujeita a incidência das regras que regulamentam as apontadas exações** (FUST, FUNTTEL e ICMS).

Mas, a receita auferida por aqueles (associados) só com a exploração dos serviços de telecomunicação está sujeita a incidência das regras que regulamentam as apontadas exações (FUST, FUNTTEL e ICMS), **dentro dos parâmetros definidos adiante.**

Nós precisamos analisar os conceitos de serviço de comunicação, telecomunicação e de receita para delimitar quais as situações em que a transmissão de dados, voz ou dados e voz, propiciam receita e sujeitam esta (receita) à incidência das regras que regulamentam o fundo de universalização dos serviços de telecomunicação (FUST), o fundo para o desenvolvimento tecnológico das telecomunicações (FUNTTEL) e o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS).

Conceitua – se como serviço o **esforço humano** realizado em favor de terceiros, prestado a título oneroso, sob regime de direito privado, para o fim de entregar algo material ou imaterial. De outra forma, serviço é o

desempenho de trabalho (físico/mental), que é realizado pelo prestador ao tomador (terceiro), mediante contraprestação.

A comunicação se dá por meio de métodos ou sistemas convencionados aptos o suficiente para emitir, transmitir e recepcionar uma mensagem.

A conjugação destas duas conceituações nos leva a concluir que o serviço de comunicação é o desempenho de esforço humano que, realizado em favor de terceiros, mediante determinada remuneração, pode propiciar para àquele (terceiro) a transmissão e a recepção de dados, voz ou dados e voz.

Com efeito, há quem sustente que não há serviço de comunicação (tributável) quando este se destine apenas a transmitir sinais ou conteúdos, pois os sinais ou conteúdos *"...não têm como fim proporcionar a sua transmissão no âmbito de uma relação comunicativa intersubjetiva pessoal, direta e imediata, sendo impossível identificar o efeito de comunicação (nesta situações) enquanto resultado de uma atividade de serviço."*(HELENA DE ARAÚJO LOPES XAVIER – RDDT 72 – Págs. 76/77 – COM ADAPTAÇÕES DE CONCORDÂNCIA NO TEXTO).

O serviço de telecomunicação é para alguns uma espécie do serviço de comunicação (HELENA DE ARAÚJO LOPES XAVIER – RDDT 72 – Pág. 79; ROQUE ANTÔNIO CARRAZA – RDDT 60 – Pág. 102; AIRES F. BARRETO – RDT 78 – Pág. 183). Para outros, o serviço de comunicação é uma espécie do serviço de telecomunicação (STJ – 1ª Turma – RESP 323358/PR – Rel. Min. José Delgado).

Para nós, o serviço de telecomunicação é uma espécie do serviço de comunicação, e se diferencia deste porque emprega métodos (atividades) coordenados para estabelecer comunicação à distância, intersubjetiva, pessoal e direta. E é indispensável recorrer a esta diferenciação porque nem todas as atividades de telecomunicação são oriundas do serviço de telecomunicação. Só haverá serviço de telecomunicação (e receita tributável, como veremos mais adiante, de telecomunicação) se houver serviço de comunicação.

Já a receita é uma espécie do gênero entrada. Entrada, como profetizava **Geraldo Ataliba**, *"...é todo dinheiro que ingressa nos cofres de determinada entidade. Nem toda entrada é receita. Receita é a entrada que passa a pertencer a entidade. Assim, só se considera receita o ingresso de dinheiro que venha integrar o patrimônio da entidade que a recebe."* (GERALDO ATALIBA – ISS – Base Imponível – Estudos e Pareceres de Direito Tributário – 1º Volume – Pág. 81).

Feitas estas considerações podemos sustentar que há receita oriunda do serviço de telecomunicação quando, após o desempenho de esforço humano realizado em favor de terceiros para propiciar para este (terceiro) a transmissão e a recepção de dados, voz ou dados e voz, houver o ingresso de

dinheiro que agregue (integre, incorpore, pertença sem qualquer vinculação) ao patrimônio da entidade que executou o serviço.

A absorção desta definição pela consulente (e por seus associados) é fundamental para se compreender a posição empregada neste estudo, uma vez que (como apontaremos adiante) o aspecto material de incidência (vale dizer, a hipótese descrita na lei que faz surgir a obrigação tributária) do fundo de universalização dos serviços de telecomunicação (FUST), do fundo para o desenvolvimento tecnológico das telecomunicações (FUNTTEL) e do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), é a obtenção da receita oriunda do serviço de telecomunicação.

Daí já se vê (e traremos as razões mais adiante) que não é a obtenção de qualquer receita pelos associados da entidade que fará surgir a obrigação de pagar estas exações, mas somente aquela conquistada por meio da exploração econômica da outorga obtida anteriormente junto à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), capaz de autorizar determinado sujeito (público ou privado) a usufruir de certa faixa de radiofrequência.

Eis o comando contido no artigo 6º, inciso IV, da Lei nº 9.998/00, que trata da hipótese de incidência da contribuição destinada ao fundo de universalização dos serviços de telecomunicação (FUST):

"Art. 6 – Constituem receitas do Fundo:

I ...(OMISSIS)...;

II ...(OMISSIS)...;

III ...(OMISSIS)...;

IV – contribuição de um por cento sobre a receita operacional bruta, decorrente de prestação de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado, excluindo – se o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações – ICMS, o Programa de Integração Social – PIS e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins;

V ...(OMISSIS)...;

VI ...(OMISSIS)...”(GRIFO NOSSO)

Agora, eis o comando trazido pelo artigo 4º, inciso III, da Lei nº 10.052/00, que disciplina a hipótese de incidência da contribuição destinada ao fundo para o desenvolvimento tecnológico das telecomunicações (FUNTTEL):

"Art. 4 – Constituem receitas do Fundo:

I ...(OMISSIS)...;

II ...(OMISSIS)...;

III – contribuição de meio por cento sobre a receita bruta das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, nos regimes público e privado, excluindo – se, para determinar a base de cálculo, as vendas canceladas, os descontos concedidos, o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações (ICMS), a contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins);

IV ...(OMISSIS)...;

V ...(OMISSIS)...;

VI ...(OMISSIS)...

VII ...(OMISSIS)...

VIII ...(OMISSIS)...”(GRIFO NOSSO)

O artigo 6º, inciso II, do Decreto nº 3.737/01 veio elucidar o comando contido no aludido 4º, inciso III, da Lei nº 10.052/00, dizendo que:

"Art. 6 – Constituem receitas do Funttel:

I ...(OMISSIS)...;

II – contribuição de meio por cento sobre a receita bruta das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, **decorrente de prestação de serviços de telecomunicação** nos regimes público e privado, excluindo – se, para determinar a base de cálculo, as vendas canceladas, os descontos concedidos, o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações (ICMS), a contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins);

III ...(OMISSIS)...”(GRIFO NOSSO)

Finalmente, eis o comando contido no artigo 2º, inciso XII, da Lei nº 6.374/89, que trata da hipótese de incidência do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS):

imposto: "Artigo 2º – Ocorre o fato gerador do

...(OMISSIS)...;

...(OMISSIS)...;

...(OMISSIS)...;

XII – na prestação onerosa de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive na geração, emissão, recepção, transmissão, retransmissão, repetição e ampliação de comunicação de qualquer natureza;

...(OMISSIS)...”(GRIFO NOSSO)

Como dissemos anteriormente, a leitura destes dispositivos apontam de forma uníssona que **só haverá a formação do vínculo jurídico obrigacional entre a União Federal ou o Estado (dependendo do tributo) **e o sujeito** (mais precisamente uma pessoa jurídica), **capaz o suficiente de compelir este** (sujeito) **ao pagamento do** fundo de universalização dos serviços de telecomunicação (**FUST**), do fundo para o desenvolvimento tecnológico das telecomunicações (**FUNTEL**) e do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (**ICMS**), **se a pessoa que detém outorga para a exploração do serviço de telecomunicação auferir receita, em decorrência do exercício desta atividade** (exploração do serviço de telecomunicação).**

Hugo de Brito Machado explica, dando amparo as nossas assertivas:

"A expressão hipótese de incidência designa com maior propriedade a descrição, contida na lei, da situação necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária, enquanto que a expressão fato gerador diz da ocorrência, no mundo dos fatos, daquilo que está descrito na lei. A hipótese é a simples descrição, é simples previsão, enquanto que o fato é a concretização da hipótese, é o acontecimento do que fora previsto. ...(OMISSIS)... .O tributo somente é devido quando consumado o fato sobre o qual incide a norma de tributação ou, em outras palavras, quando concretizada a hipótese de incidência tributária." (HUGO DE BRITO MACHADO – Curso de Direito Tributário – 20ª edição – Págs. 114 e 116).

Estes apontamentos são extremamente importantes, pois eles já excluem da hipótese de incidência do fundo de universalização dos serviços de telecomunicação (**FUST**), do fundo para o desenvolvimento tecnológico das telecomunicações (**FUNTEL**) e do imposto sobre

circulação de mercadorias e serviços (**ICMS**), **as receitas advindas da oferta dos meios materiais necessários à comunicação ou a telecomunicação.**

Isto porque não há nestas ocasiões o emprego de trabalho físico ou mental, por parte de determinada pessoa, capaz de ensinar ao terceiro a transmissão e a recepção de dados, voz ou dados e voz.

Por isso a entrega ao terceiro, por qualquer título (compra e venda, doação, locação) de equipamento que propicie a transmissão e a recepção de dados, voz ou dados e voz (rádios, televisores, fax, satélites, telefones) **não configura a hipótese de incidência do** fundo de universalização dos serviços de telecomunicação (**FUST**), do fundo para o desenvolvimento tecnológico das telecomunicações (**FUNTEL**) e do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (**ICMS**).

Também, a receita obtida com a manutenção dos equipamentos (transceptores, estações, cabos, conectores) **que serão empregados para se estabelecer a comunicação com o emprego das faixas de frequência da consulente, não se enquadrará na base de cálculo daqueles tributos**, por não configurar esta atividade (receita oriunda de manutenção) nenhum dos fatos tipificados (hipótese de incidência) pela legislação que regulamenta o fundo de universalização dos serviços de telecomunicação (**FUST**), do fundo para o desenvolvimento tecnológico das telecomunicações (**FUNTEL**) e do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (**ICMS**).

O mesmo raciocínio (não incidência) **se aplicará naquelas ocasiões em que o terceiro detiver suas próprias faixas de frequência, mas empregar os equipamentos pertencentes à consulente para estabelecer uma comunicação ou telecomunicação.**

Como bem pontuou **Helena de Araújo**

Lopes Xavier:

"... só os serviços de telecomunicação trifásicos, que são aqueles que possibilitam, não a mera transmissão de sinais, mas, a totalidade das etapas de emissão, transmissão e recepção, constituem efetivamente serviços de comunicação, pois têm por escopo e resultado o estabelecimento de uma relação de comunicação pessoal, individual e concreta." (HELENA DE ARAÚJO LOPES XAVIER – RDDT 72 – Pág. 81).

Em situação análoga, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

"O serviço prestado pelo provedor de acesso à Internet não se caracteriza como serviço de telecomunicação, porque não necessita

de autorização, permissão ou concessão da União (artigo 21, XI, da Constituição Federal). Tampouco oferece prestações onerosas de serviços de comunicação (art. 2º, III, da LC n. 87/96), de forma a incidir o ICMS, porque não fornece as condições e meios para que a comunicação ocorra, sendo um simples usuário dos serviços prestados pelas empresas de telecomunicações. (REsp 511390/MG; RECURSO ESPECIAL 2003/0003249-1 - Ministro LUIZ FUX (1122) - PRIMEIRA TURMA - DJ 19.12.2005 p. 213).”.

É claro que pode haver a incidência das normas do ICMS (especificamente) sobre a receita advinda de outra operação (venda e compra) que abarque os produtos que propiciam a transmissão e a recepção de dados, voz ou dados e voz (rádios, televisores, fax, satélites, telefones). Mas isto não terá relação alguma com os tributos incidentes sobre a receita advinda da exploração dos serviços de telecomunicação.

(ii)-Há algum limite imposto pela legislação para determinar o preço mínimo e máximo a ser cobrado do tomador do serviço executado mediante a exploração da faixa de frequência determinada?

NÃO. Pelo contrário, a Lei Geral das Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) preleciona, em seus artigos 126 e 129 especialmente, que a exploração dos serviços de telecomunicação no regime privado (que é o caso aplicável aos associados da entidade) será baseada nos princípios da atividade econômica (ordinária) e da livre concorrência. Vale dizer **que o ajuste do preço a ser cobrado pelas entidades de seus clientes** (tomadores do serviço de telecomunicação, executado mediante a exploração da faixa de frequência determinada conquistada pelas entidades) **é livre**.

Exemplificando, quando houver a locação de alguns equipamentos para um tomador que não possua frequência e a locadora programar estes (equipamentos) para operar com as faixas de radiofrequência obtidas anteriormente por si junto à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), esta (locadora) terá liberdade em fixar o preço pela exploração (por período determinado) de suas faixas de radiofrequência.

Convém destacar que só haverá interferência no ajuste do preço pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) quando este (preço) for prejudicial à competição ou decorrer de abuso do poder econômico.

Eis a disposição do citado artigo 129 da LGT:

"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.”

Como o preço a ser cobrado é livre, as entidades poderão agregar a este (preço) o custo da conquista da autorização para uso das faixas de radiofrequência, além dos tributos incidentes sobre a receita a ser obtida com a exploração de suas faixas.

(iii)-Existem obrigações acessórias específicas a serem adotadas pelo sujeito (público ou privado) que usufrui de certa faixa de radiofrequência outorgada anteriormente pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)?

SIM. E nosso apontamento se restringe àquelas vinculadas ao registro da receita oriunda do serviço de telecomunicação e ao controle do pagamento do fundo de universalização dos serviços de telecomunicação (FUST), do fundo para o desenvolvimento tecnológico das telecomunicações (FUNTTEL) e do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), frente à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).

Há que ficar claro que os associados da consulente já devem ter em seu escopo social como atividade a ser desempenhada a exploração dos serviços de telecomunicação, terem obtido autorização da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) para explorar determinada faixa de frequência e terem postulado, frente ao Estado de São Paulo, autorização para emitir faturas (notas fiscais) específicas (modelo 21).

Estes ainda devem determinar a criação de contas contábeis específicas (no seu plano de contas) para registrar (e diferenciar) as receitas obtidas com suas vendas, locações, serviços de telecomunicação e de manutenção (entre tantas outras).

Sem a adoção destas providências preliminares não há como se conseguir distinguir as receitas oriundas da venda, da locação dos equipamentos, de sua manutenção e da exploração empresarial da faixa de radiofrequência (serviço de telecomunicação), nem se cumprir as obrigações acessórias especiais estipuladas pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).

Feitas as observações preliminares, há duas obrigações acessórias impostas pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) que devem ser atendidas pelos associados da consulente. **Ambas podem ser cumpridas dentro do sítio eletrônico da agência e dependem de prévio cadastramento das pessoas que as cumprirão. Uma delas se dá por meio do sistema de coleta de informações (SICI). A outra se dá por meio do sistema de acolhimento da declaração do fundo de universalização dos serviços de telecomunicação (SFUST).**

Em linhas gerais, o SICI serve para apontar trimestralmente, além dos valores obtidos (receita) com a exploração da outorga

obtida anteriormente junto à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), capaz de autorizar determinado sujeito (público ou privado) a usufruir de certa faixa de radiofrequência, os postos de trabalho diretos e indiretos criados em decorrência do serviço oferecido e os valores investidos para implantação e execução deste (serviço).

Já o SFUST serve para as entidades que obtêm receita com a exploração da faixa de frequência determinada, conquistada anteriormente junto à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), apontarem mensalmente os valores sobre o qual (receita com a exploração da faixa de frequência determinada) deverá ser calculada à contribuição destinada ao fundo de universalização dos serviços de telecomunicação (FUST).

(iv)-Existe alguma ilegalidade ou inconstitucionalidade nas regras que disciplinam o fundo de universalização dos serviços de telecomunicação (FUST), o fundo para o desenvolvimento tecnológico das telecomunicações (FUNTTEL) e o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), apta o bastante a obstar a cobrança destas exações?

SIM, para o fundo de universalização dos serviços de telecomunicação (**FUST**) **e para o** fundo para o desenvolvimento tecnológico das telecomunicações (**FUNTTEL**). **E NÃO para o** imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (**ICMS**).

Nossa doutrina defende que há ilegalidade e inconstitucionalidade formal (existente quando há o vício no procedimento para criação da norma, ou falha no seu cumprimento) capazes de contaminar o fundo de universalização dos serviços de telecomunicação (FUST) e o fundo para o desenvolvimento tecnológico das telecomunicações (FUNTTEL).

Este argumento está amparado na interpretação dada a alguns artigos da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT) combinada com o entendimento do comando contido no artigo 149 da Constituição Federal.

Em linhas gerais (segundo esta interpretação) **o** fundo de universalização dos serviços de telecomunicação (**FUST**) **e o** fundo para o desenvolvimento tecnológico das telecomunicações (**FUNTTEL**) só poderiam ser instituídos por lei complementar (e não ordinária, como aconteceu), deveriam ter suas arrecadações vinculadas à universalização dos serviços de telecomunicação em território brasileiro e, ainda, o fruto destas arrecadações só poderiam ser empregados em favor de todos aqueles que sofrem com o pagamento destas exações (afetação de receita denominada pelos tributaristas como princípio da referibilidade).

Como as receitas obtidas com o fundo de universalização dos serviços de telecomunicação (FUST) e com o fundo para o

desenvolvimento tecnológico das telecomunicações (FUNTTEL) não estão sendo dirigidas para cobrir ou suprir a parcela mensurável do custo de universalização definida no plano de metas, nem para fomentar os processos de inovação tecnológica, incentivar a capacitação de recursos humanos, e promover o acesso de pequenas e médias empresas a recursos de capital, de modo a ampliar a competitividade da indústria brasileira de telecomunicações, muito menos tem retorno garantido de sua arrecadação em favor de todos seus contribuintes, haveria burla (formal) a alguns artigos da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT) e das próprias Leis nº 9.998/00 e 10.052/00 (configurando a citada ilegalidade).

Sob outro enfoque, tendo em vista que os recursos destinados ao FUST e ao FUNTTEL deveriam servir como uma contribuição de caráter intervencionista no domínio econômico (através do emprego dos princípios da universalização e da referibilidade), somente lei complementar (e não lei ordinária, como são as de nº 9.998/00 e 10.052/00) seria a norma autorizada pela Constituição para regular estas exações.

Ives Gandra da Silva Martins explica, dando amparo aos nossos argumentos:

"É unânime a opinião, na doutrina, de que o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações é uma contribuição de intervenção no domínio econômico. Tem, portanto, natureza jurídica diversa das demais contribuições especiais, ou seja, de todas aquelas de natureza social ou as veiculadas no interesse das categorias. A característica fundamental deste tipo de contribuição é ser um instrumento de planejamento econômico de que dispõe o Estado para regular setores da economia. Intervém – se no mercado sempre que se deseja orientá – lo ou reorientá – lo, em caso de descompasso de segmentos determinados, sendo, pois, a própria intervenção, instrumento de planejamento econômico. ...(OMISSIS)... A meu ver, deveria (o FUST) ser regulamentado por lei complementar, em face da ADI nº 2925-8 que só admite lei ordinária para as contribuições já perfiladas na lei suprema, exigindo lei complementar para aquelas sem perfil definido. À luz deste argumento, o FUST seria inconstitucional." (IVES GANDRA DA SILVA MARTINS – Direito das Telecomunicações e Tributação – Págs. 240 e 251).

Paulo Roberto Coimbra e Saryta de Kássia Oliveira enaltecem a falta de vinculação de arrecadação destas contribuições à universalização dos serviços de telecomunicação e ao retorno do produto de sua arrecadação aos seus contribuintes:

"A despeito de seu enquadramento no conceito de CIDE, a contribuição ao FUST não se coaduna às exigências constitucionais pertinentes à espécie, porquanto nem todos os seus contribuintes são beneficiários do fundo, mas apenas as empresas do serviço de telefonia fixo comutado, que terão garantia de destinação de, no mínimo, 30% (trinta por cento) dos recursos do FUST em favor de seus programas, projetos e atividades por ela executadas. ...(OMISSIS)... A necessidade de

serem os contribuintes da CIDE seus beneficiários já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, como revela a decisão unânime de seu plenário, proferida no Recurso Extraordinário nº 177.137-2-RS, relatada pelo i. Min. Carlos Velloso. ... (OMISSIS)... Conforme explicitado nos fundamentos retro expendidos, a contribuição ao FUST não atende aos requisitos condicionantes da legitimidade e constitucionalidade das contribuições interventivas, porquanto: não foi respeitado o requisito da referibilidade, na medida em que foi instituído com uma finalidade específica afeta às atividades de seus contribuintes, dotado de um nítido caráter indenizatório ou compensatório, mas seu produto arrecadado tem como beneficiárias pessoas a eles estranhas, tais como estabelecimentos públicos de ensino e deficientes físicos, e sua aplicação tem se destinado ao atendimento de necessidades totalmente dissociadas dos motivos que justificaram e ensejaram sua instituição.” (PAULO ROBERTO COIMBRA E SARYTA DE KÁSSIA OLIVEIRA – RDDT 83 – Págs. 133/134 e 139).

Em que pesem a força teórica destas ponderações, as instâncias superiores [Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF)] ainda não decidiram de forma direta nenhuma questão vinculada a legalidade ou constitucionalidade do fundo de universalização dos serviços de telecomunicação (FUST) e do fundo para o desenvolvimento tecnológico das telecomunicações (FUNTTEL).

Há inúmeros precedentes dos argumentos apresentados, mas proferidos para desatar questões vinculadas a outras exações (como, por exemplo, da contribuição devida ao instituto do açúcar e do álcool, do adicional de tarifa portuária e da contribuição nas exportações de café).

Para evitar a incidência (hipoteticamente indevida, segundo lição doutrinária) **das regras que disciplinam o fundo de universalização dos serviços de telecomunicação (FUST) e o fundo para o desenvolvimento tecnológico das telecomunicações (FUNTTEL), sobre a receita auferida com a exploração do serviço de telecomunicação, os associados da consulente (talvez por meio desta) deverão conquistar medida judicial.**

São Paulo, 17 de dezembro de 2.008.

MORELLI ADVOGADOS (OAB – SP 7.898)
RODRIGO MORELLI PEREIRA
OAB – SP 174.050

ROBERTA MORELLI PEREIRA
OAB – SP 254.124