

FUST: controvérsias sobre finalidade, proporcionalidade e referibilidade.

Gustavo do Amaral Martins¹

Flávio Soares Araújo dos Santos²

Wingler Alves Pereira³

1. Introdução.

A previsão de criação do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicação (FUST) surgiu com a edição da Lei Geral das Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997), que estabeleceu no artigo 187 a reestruturação e a desestatização das empresas de telecomunicações, com objetivo de expandir a rede e garantir o seu acesso por uma maior parte da população. Para alcançar essas metas, a Lei Geral das Telecomunicações previu no artigo 81, inciso II, a criação de um fundo com a finalidade específica de universalizar os serviços de telecomunicação.

Amparado pelo entendimento dominante na doutrina, este trabalho parte da premissa de que o FUST é uma Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE)⁴. Assim, não se pretende neste estudo adentrar na discussão, que pode ser considerada superada, sobre a natureza tributária do Fundo. Pelo contrário, a análise deste artigo é voltada para três aspectos específicos e relevantes sobre o Fundo sob a ótica de uma contribuição.

Em primeiro lugar, o estudo aborda a discussão sobre a finalidade do FUST, indicando elementos relacionados ao desvio dos objetivos iniciais da criação do Fundo. Em seguida, o artigo passa a analisar a controvérsia sobre a (des)proporcionalidade da contribuição, de acordo com os critérios da necessidade, da adequação e da proibição de excesso. Por fim, o estudo traz uma nova concepção sobre a referibilidade da contribuição, levando em consideração tanto os dados discutidos nos pontos anteriores quanto às previsões da Lei Geral das Telecomunicações e da Lei nº 9.998/2000, que instituiu a exação.

¹ Doutor e mestre em Direito Público pela UERJ. Sócio do escritório Paulo Cezar Pinheiro Carneiro – PCPC.

² Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Advogado do escritório Paulo Cezar Pinheiro Carneiro – PCPC.

³ Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogado do escritório Paulo Cezar Pinheiro Carneiro – PCPC.

⁴ Como, por exemplo: TÔRRES, Heleno Taveira. Contribuição ao FUST e a interconexão de redes: solidariedade tributária no serviço público universal. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 6, n. 30, mar. 2005; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico para Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – Inteligência da Lei nº 9.998/00 e do Decreto nº 3.624/00 (Regulamento do Fust) no que concerne à Responsabilidade Tributária. **Revista de Estudos Tributários**, n. 50, jul-ago.2006.

Como se verá ao final, o estudo chegará à conclusão da inconstitucionalidade do Fundo por não atender a todos os requisitos necessários a uma contribuição de intervenção no domínio econômico.

2. Aspectos gerais.

2.1 Criação e finalidade.

Aproximadamente três anos após a publicação da Lei Geral das Telecomunicações foi editada a Lei nº 9.998/2000, que instituiu o FUST com o objetivo de “*proporcionar recursos destinados a cobrir a parcela de custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de serviços de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço*” (art. 1º). Como se observa, não foi pretensão do legislador instituir o Fundo com o objetivo de cobrir todo e qualquer custo decorrente da universalização dos serviços de telecomunicações, mas apenas e tão somente custear a parcela que não possa ser recuperada “*com a exploração eficiente do serviço*”, cujo nível é apurado pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), juntamente com as operadoras, conforme o artigo 23, da Resolução ANATEL nº 269, de 9 de julho de 2001.

Além disso, o artigo 79, §1º, da Lei Geral das Telecomunicações, tratou de conceituar expressamente o que seriam obrigações de universalização do serviço, definindo como aquelas que “*objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público*”⁵.

Essas obrigações constam dos Planos de Metas para a Universalização de Serviços de Telecomunicações elaborados pela ANATEL e aprovados pelos Decretos nºs 2.592/1998 e 6.424/2008 e pelo Decreto nº 7.512/2011, que traçam as finalidades para a ampliação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), bem como para a implementação da infraestrutura de rede necessária para o oferecimento de conexões banda larga, inclusive nas zonas rurais.

⁵ O mesmo texto, definindo o conceito de “*universalização*”, está presente no artigo 1º, do Decreto nº 2.592/98, que aprovou o Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público, bem como no artigo 2º, I, da Resolução ANATEL nº 269, de 9 de julho de 2001, que aprova o Regulamento de Operacionalização da Aplicação de Recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST).

Em outras palavras, o FUST tem o objetivo de subsidiar serviços de telecomunicações para as camadas mais pobres da população, bem como para aquelas residentes em locais onde a exploração comercial desses serviços não é viável. A Lei nº 9.998/2000 instituiu, por exemplo, que os recursos sejam aplicados em condições favorecidas em bibliotecas, escolas, etc.

2.2 Contribuintes.

As regras de universalização aplicam-se apenas às prestadoras de serviço no regime público, ou seja, às operadoras de telefonia fixa com a concessão do serviço⁶. As demais operadoras fixas e móveis, que detêm apenas autorização, não se submetem às regras de universalização, mas apenas às normas de qualidade e continuidade da prestação do serviço⁷.

De fato, o artigo 63, parágrafo único, e o artigo 79, da Lei Geral das Telecomunicações, são claros ao afirmar que as obrigações de universalização são referentes tão somente às prestadoras de serviço no regime público⁸:

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

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

Artigo 79. A Agência regulará as obrigações de universalização e de continuidade atribuídas às prestadoras de serviço no regime público.

Contudo, isso não significa que as operadoras fixas e móveis, que detêm autorização, estejam livres de recolher a contribuição ao FUST. Estabelece o artigo 6º, incisos III e IV, da

⁶ O artigo 83 da Lei Geral das Telecomunicações é claro ao determinar que “a exploração do serviço no regime público dependerá de prévia outorga, pela Agência, mediante concessão, implicando esta o direito de uso das radiofrequências necessárias, conforme regulamentação”. Além dele, o artigo 64 daquela lei também determina que serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral, será prestado no regime público, de modo a assegurar a sua universalização e continuidade.

⁷ O artigo 131, §1º da Lei Geral das Telecomunicações é taxativo ao estabelecer que “a autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias”.

⁸ Da mesma forma também dispõe o artigo 80, §2º, da Lei Geral das Telecomunicações, ao fazer expressa referência ao “contrato de concessão”:

Artigo 80. As obrigações de universalização serão objeto de metas periódicas, conforme plano específico elaborado pela Agência e aprovado pelo Poder Executivo, que deverá referir-se, entre outros aspectos, à disponibilidade de instalações de uso coletivo ou individual, ao atendimento de deficientes físicos, de instituições de caráter público ou social, bem como de áreas rurais ou de urbanização precária e de regiões remotas. [...]

§ 2º Os recursos do fundo de universalização de que trata o inciso II do artigo 81 não poderão ser destinados à cobertura de custos com universalização dos serviços que, nos termos do contrato de concessão, a própria prestadora deva suportar.

Lei nº 9.998/2000, que o Fundo será constituído pelas receitas decorrentes do preço público cobrado pela ANATEL nos casos de transferência de concessão, de permissão ou de autorização de serviço de telecomunicações, bem como da contribuição de 1% sobre a receita operacional bruta das operadoras, decorrente de prestação de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado.

Esse rol de contribuintes do Fundo quando contraposto aos beneficiários dos recursos da contribuição, que estão previstos na Lei nº 9.998/2000, tem gerado discussões por parte da doutrina sobre a constitucionalidade do FUST em razão do aparente não atendimento da referibilidade, requisito essencial para validade das contribuições, conforme será abordado mais detalhadamente adiante.

3. Questões sobre a finalidade.

3.1 Breves notas sobre a finalidade das contribuições em geral.

Marco Aurélio Greco⁹ afirma que “*a contribuição é figura que se caracteriza pela disciplina finalística a que está submetida. Ela existe para que algo seja feito, obtido, alcançado etc.*”. Para ele, essa finalidade tem como objetivo neutralizar distorções econômicas ou sociais alcançando objetivos consagrados pela Constituição Federal.

Marco Aurélio Greco ainda lembra que as contribuições de intervenção no domínio econômico se caracterizam por serem espécies tributárias ligadas a uma finalidade específica, que muito mais do que um ideal que o legislador visou alcançar, é uma vinculação necessária que os recursos arrecadados devem observar. Dessa forma, tamanha a importância da finalidade para essa espécie tributária que as contribuições possuem um tratamento diferenciado pela Constituição Federal, uma vez que para verificar sua constitucionalidade foi usado o método *finalístico*, sendo certo que a sua inobservância gera o desvirtuamento da figura tributária e a inconstitucionalidade da cobrança. Nesse sentido¹⁰:

É o que ocorre nas contribuições previstas no artigo 149 da CF-88 e no empréstimo compulsório previsto no seu artigo 148. Estas figuras definem-se, constitucionalmente, como categorias distintas das demais, porque a Constituição válida (protege contra impugnação) as normas infra-ordenadas que estejam em sintonia com a finalidade expressa.

6.2.6.2 Alterar finalidade é criar nova contribuição...

⁹ GRECO, Marco Aurélio. **Contribuições**: (uma figura “sui generis”). São Paulo: Dialética, 2000, p. 138-139.

¹⁰ GRECO, Marco Aurélio. **Contribuições**: (uma figura “sui generis”). São Paulo: Dialética, 2000, p. 149.

Alterar a finalidade é criar uma nova contribuição, sujeita ao respectivo exame de compatibilidade constitucional, tanto sob o ângulo formal, como substancial.

A finalidade, como afirma Marco Aurélio, também está relacionada ao atendimento do princípio da proporcionalidade e, mais especificamente, à verificação da “necessidade” da contribuição. Isso porque essas exações só podem ser criadas (ou mesmo aumentadas) se forem imprescindíveis para alcançar a finalidade cobijada pelo legislador. Contudo, se for possível o atendimento da finalidade por outros meios menos onerosos à sociedade ou se a finalidade que o legislador pretende obter já se encontra atendida, então a contribuição será *desnecessária* e, conseqüentemente, inconstitucional¹¹.

Aliomar Baleeiro¹², no seu estudo sobre as limitações constitucionais ao poder de tributar, também já apontava a importância da finalidade, sob a ótica da parafiscalidade, como uma forma de intervencionismo estatal na economia e na sociedade, de modo a arrecadar receitas com uma destinação especial¹³:

Em conclusão, define a parafiscalidade como “uma técnica que, em regime de intervencionismo econômico e social, visa a desenvolver e empregar receitas de aplicação especial, fora do orçamento, arrecadadas compulsoriamente, por conta de organismos de economia dirigida, organização profissional ou previdência social, seja pelas estações arrecadoras do Estado”.

Misabel Abreu Machado Derzi¹⁴ igualmente destacou o papel fundamental da finalidade como critério de validade das contribuições, reconhecendo, inclusive, o direito de os contribuintes se oporem à contribuição caso os recursos arrecadados sejam desviados da finalidade prevista na Lei, uma vez que nesses casos faltará legitimidade para a cobrança da exação:

¹¹ A necessidade, a adequação e a proibição de excesso são subcritérios do princípio da proporcionalidade, como afirma Marco Aurélio Greco, e serão estudados mais adiante em capítulo próprio deste artigo.

¹² BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. rev. e atualizada por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 223.

¹³ Ainda no mesmo sentido é o entendimento de Eduardo Sabbag (SABBAG, Eduardo. **Direito tributário I**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 208:

“As contribuições são tributos destinados ao financiamento de gastos específicos, sobrevivendo no contexto de intervenção do Estado no campo social e econômico, sempre no cumprimento dos ditames da política de governo.

O art. 149, caput, CF associa as contribuições, de modo explícito, a “instrumentos de ação nas respectivas áreas”. Desse modo, infere-se que as contribuições estão inseridas no plano fático que lhe é imanentemente peculiar e naturalmente próprio – o da parafiscalidade.”

¹⁴ *in* BALEEIRO Aliomar. **Limitações Constitucionais do Poder de Tributar**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 598-599.

A Constituição de 1988, pela primeira vez, cria tributos finalisticamente afetados, que são as contribuições e empréstimos compulsórios, dando a destinação que lhes é própria relevância não apenas do ponto de vista do Direito Financeiro ou Administrativo, mas igualmente do Direito Tributário.

(...) a afetação do produto a certas despesas ou serviços é requisito necessário para a exercício da competência federal, no que tange às contribuições e aos empréstimos compulsórios.

Assim, a destinação assume relevância não só tributária como constitucional e legitimadora do exercício da competência federal. O contribuinte pode opor-se a cobrança de contribuição que não esteja afetada aos fins, constitucionalmente admitidos; igualmente poderá reclamar a repetição do tributo pago, se, apesar da lei, houver desvio quanto a aplicação dos recursos arrecadados. (...)

Inexistente o gasto ou desviado o produto arrecadado para outras finalidades não autorizadas na Constituição, cai a competência do ente tributante para legislar e arrecadar.

Luciano Amaro segue na mesma linha, afirmando que a destinação da contribuição é um aspecto integrante do regime jurídico da figura tributária, uma vez que se trata de uma condição constitucional da competência tributária para instituir essas cobranças. E mais, sustenta que a vinculação à finalidade é imprescindível, porque é a partir dela que será verificada a constitucionalidade da contribuição¹⁵.

Por conta disso, defende o autor que a classificação dos tributos à vista do fato gerador, conforme estabelece o Código Tributário Nacional, no seu art. 4º, é insuficiente para a determinação da natureza específica das contribuições:

Já vimos que o critério de classificação dos tributos à vista do fato gerador (CTN, art. 4º) é insuficiente para a determinação da natureza específica das contribuições em tela. Haja vista o tratamento fragmentário que a Constituição deu, no setor das contribuições, ao fato gerador e ao sujeito passivo dessas contribuições. Não é pelo fato gerador que se há de examinar a natureza específica desses tributos.

De igual modo, Hugo de Brito Machado também afirma a importância da destinação dos recursos como forma de apuração da constitucionalidade das contribuições de intervenção no domínio econômico, uma vez que o fim dado aos recursos é um instrumento essencial para verificar a real natureza jurídica do tributo, diferente do que afirma o Código Tributário Nacional no seu artigo 4º, II, que tacha a destinação legal dos recursos como “irrelevante”¹⁶:

A finalidade interventiva dessas contribuições, como característica essencial dessa espécie tributária, deve manifestar-se de duas formas, a saber: (a) na função da própria contribuição, que há de ser um instrumento de intervenção estatal no domínio econômico, e ainda, (b) na destinação dos recursos com a mesma arrecadados que só podem ser aplicados no financiamento da intervenção que justificou a sua instituição.

¹⁵ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁶ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 29. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 411-412.

Não venha argumentar que a destinação do produto da arrecadação é irrelevante para a determinação da natureza jurídica específica do tributo. Realmente é sim, nos termos do artigo 4º do CTN.

De fato, o afastamento da previsão contida no artigo 4º, II, do Código Tributário Nacional ganha patamares ainda mais importantes no caso específico das contribuições, uma vez que a efetiva aplicação dos recursos indicará se as receitas obtidas pela contribuição estão sendo utilizadas para atingir a finalidade prevista em lei e, conseqüentemente, indicará se a contribuição é ou não constitucional.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu no julgamento da ADI 2556/MC¹⁷ que as contribuições instituídas pela Lei Complementar nº 110/01 se submetem à regência do artigo 149 da Constituição, e não à do artigo 195 da Carta Magna, ou seja, devem observar a finalidade para a qual foram criadas, sob pena de se desvirtuarem do fim para a qual foram criadas, e por consequência infringirem à Constituição Federal:

Sucedo, porém, que, havendo no sistema constitucional vigente contribuições sociais que se submetem ao artigo 149 da Constituição (as denominadas “contribuições sociais gerais” que não são apenas as típicas no texto constitucional, porque se o fossem, não teria sentido que esse artigo 149 dispusesse que “competem exclusivamente à União INSTITUIR contribuições sociais”) e contribuições sociais a que se aplica o artigo 195 da Carta Magna (as contribuições para a seguridade social), resta determinar em qual dessas sub-espécies se enquadram as duas contribuições sociais instituídas pela Lei Complementar nº 110/2001.

Não obstante o esforço das informações para enquadrá-las nas contribuições sociais para a seguridade social, não me parece, em exame compatível com o pedido de concessão de liminar, que se possa fazer tal enquadramento para aplicar-lhes o disposto no artigo 195 da Constituição, até porque essas contribuições, pelo seu regime, não integram a proposta de orçamento da seguridade social, que consoante o §2º do citado dispositivo constitucional, será elaborado de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.

E, em assim sendo, pelo menos em exame compatível com a apreciação do pedido liminar, enquadram-se as duas contribuições sociais instituídas pela Lei Complementar nº 110/2001 na sub-espécie contribuições sociais gerais, que se submetem à regência do artigo 149 da Constituição, e não à do artigo 195 da Carta Magna.

Como se verá adiante, a ADI 2556/MC trata da contribuição prevista no artigo 1º da Lei Complementar nº 110/01, mas tanto esta contribuição quanto o FUST envolvem as mesmas teses sobre o desvio de finalidade da exação, em razão da não aplicação dos recursos arrecadados.

Assim, é certa a relevância do estudo da finalidade para apuração da constitucionalidade das contribuições, restando saber se o FUST atende a esse requisito.

¹⁷ Página 14 do voto do Ministro Moreira Alves publicado no Diário Oficial de 08.ago.2003.

3.2 *Controvérsia sobre o desvio de finalidade do FUST.*

Conforme antes apontado, o entendimento predominante na doutrina é de que o FUST é uma contribuição de intervenção no domínio econômico e como tal deve se submeter a certos requisitos, sob pena de ser considerado inconstitucional. Entre esses requisitos, a vinculação a uma finalidade. Este é o entendimento de Heleno Taveira Tôres ao tratar especificamente sobre o FUST¹⁸:

A contribuição ao Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST é, sem qualquer sobra de dúvidas, do tipo das contribuições de intervenção no domínio econômico, na medida em que há uma finalidade justificadora da medida interventiva, definida pela “universalização das telecomunicações”, cujo ônus não cabe a um sujeito isolado ou a um grupo determinado, mas a todas as prestadoras de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado (LGT, art. 81, II). Não resulta, de modo algum, a estímulo ou desestímulo ao grupo, diretamente, mas em medida para alcançar vantagens para os próprios serviços de telecomunicações. Sendo assim, propõem-se com os recursos arrecadados ampliar o alcance dos serviços, favorecendo inclusive as próprias prestadoras de serviços, pelo maior plexo de sujeitos com acesso às redes e destinatários das chamadas. [...]

A contribuição destinada ao Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST, posto ser compulsória, com todas as notas inerentes ao conceito de tributo, atende aos preceitos de típica contribuição de intervenção no domínio econômico.¹⁹

No entanto, estudos divulgados pelo Senado Federal demonstram que os recursos do Fundo não estão sendo utilizados para o cumprimento da finalidade prevista na lei instituidora.

Segundo notícia publicada pelo Senado²⁰, apesar da grande quantidade de recursos arrecadados, apenas uma parcela ínfima do FUST chega ao destino previsto pelo legislador. Apontam os dados que no ano de 2010 cerca de 80% dos valores arrecadados, incluindo o FUST, FISTEL e FUNTTEL, não foram usados para atingir suas finalidades.

No caso específico do FUST, as informações são ainda mais alarmantes quanto ao não uso dos recursos para o custeio da finalidade prevista na lei instituidora do Fundo. Dados mais recentes revelam que apenas cerca de R\$ 140 milhões, menos de 0,001% da arrecadação foi

¹⁸ TÔRRES, Heleno Taveira. Contribuição ao FUST e a interconexão de redes: solidariedade tributária no serviço público universal. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 6, n. 30, mar. 2005, p. 106-107.

¹⁹ No mesmo sentido é o entendimento de Ives Gandra Martins (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico para Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – Inteligência da Lei n.º 9.998/00 e do Decreto n.º 3.624/00 (Regulamento do Fust) no que concerne à Responsabilidade Tributária. **Revista de Estudos Tributários**, n. 50, jul-ago.2006, p. 89).

²⁰ Notícia <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/banda-larga/mercado-telecomunicacoes/fust-e-ppp.aspx>>. Acesso em 25.nov.2015.

usado para universalizar os serviços de telecomunicação, como divulgado em 6 de outubro de 2015 pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, ao emitir parecer favorável ao Projeto de Lei do Senado nº 408/2014²¹:

O Fust tem o específico objetivo de proporcionar recursos para a universalização das telecomunicações. Estudos demonstram que a ampliação do uso de serviços de telecomunicações tem impactos diretos no crescimento da economia nacional e na geração de renda para a população. Desde sua instituição, no ano 2000, esse fundo já arrecadou mais de R\$ 17 bilhões, e, nos últimos exercícios financeiros, a média de arrecadação se aproxima de R\$ 2 bilhões por ano.

Apesar disso, até hoje, todos os recursos do Fust permanecem praticamente sem utilização. Foram aplicados, no total, menos de R\$ 140 milhões, o que equivale a menos de 0,001% da arrecadação. Trata-se de uma distorção que deve ser corrigida.

O restante da arrecadação continua sem receber uma destinação, servindo apenas para fazer caixa e gerar volume nas contas da União Federal. Essas informações refletem o que consta no Relatório de Gestão do Exercício de 2014²², divulgado em 2015 pela ANATEL, em que fica clara a demonstração de que no exercício de 2014 não foi realizada nenhuma despesa pelo Fundo²³, conforme se infere dos trechos abaixo:

Quadro A.5.2.3.1 – Ações de Responsabilidade do Fust – OFSS						
Identificação da Ação						
Código	20ZE		Tipo: Atividade			
Título	Universalização e Massificação dos Serviços de Telecomunicações					
Iniciativa	02Y9 – Ampliação de Redes e Serviços de Telecomunicações por meio de outorgas, certificação de produtos e gestão econômica e de recursos escassos.					
Objetivo	Expandir a infraestrutura e os serviços de comunicação social eletrônica, telecomunicações e serviços postais, promovendo o acesso pela população e buscando as melhores condições de preço, cobertura e qualidade. Código: 0751					
Programa	Comunicações para o Desenvolvimento, a Inclusão e a Democracia Código: 2025		Tipo: Temático			
Unidade Orçamentária	41902 - Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – Fust					
Ação Prioritária	() Sim (x) Não Caso positivo: () PAC () Brasil sem Miséria					
Lei Orçamentária 2014						
Execução Orçamentária e Financeira						
Dotação		Despesa			Restos a Pagar inscritos 2014	
Inicial	Final	Empenhada	Liquidada	Paga	Processados	Não Processados
6.116.686.441,00	6.116.686.441,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00

6.1.3 Realização da Despesa

Não houve realização de despesa do Fust em 2014.

²¹ O Parecer encontra-se disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119427>>. Acesso em 25.nov.2015.

²² Relatório: <<http://www.ANATEL.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=331584&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=331584.PDF>>. Acesso em 25.nov.2015.

²³ Relatório: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=317295&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=317295.pdf>>. Acesso em 25.nov.2015.

A mesma informação de que “*não houve realização de despesa do Fust*” também constou do Relatório de Gestão do Fundo do Exercício de 2013²⁴.

Com base nesses dados, não há dúvidas da inconstitucionalidade do FUST, uma vez que no lugar de universalizar os serviços de telecomunicação, o Fundo serve apenas para o cumprimento da meta de superávit primário da União, sendo nítido o desvio de finalidade e a inconstitucionalidade da exigência da contribuição. Com efeito, o Fundo foi criado com o requisito da finalidade típico das contribuições de intervenção no domínio econômico, mas como os recursos arrecadados não foram, e ainda não são, usados para o custeio da universalização dos serviços de telecomunicações, surgiu uma nítida inconstitucionalidade superveniente da exação em razão do desvio da finalidade prevista na Lei nº 9.998/2000.

Tão evidente esse desrespeito à finalidade que atualmente tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 2217/2015²⁵, que altera a Lei nº 9.998/2000 para suspender as contribuições ao Fundo até que o total arrecadado seja usado para atender as finalidades de universalização. A Câmara dos Deputados também destacou o desvio de finalidade na Justificação desse Projeto de Lei²⁶ ao afirmar que “*não é justo que a sociedade pague em troca de um benefício que lhe é sonogado, em evidente burla à Lei*”:

O governo não tem aplicado corretamente os recursos arrecadados pelo Fust. Em Audiência Pública recente, realizada pela Comissão de Ciência, Tecnologia, Comunicação e Informática, o ilustre representante do TCU trouxe as seguintes informações em relação ao Fust: o TCU já realizou Auditoria Operacional da qual resultou o Acórdão 2148/2005 – TCU-Plenário. Por meio desse Acórdão o TCU fez determinações ao Ministérios das Comunicações e recomendações à Casa Civil que até agora, decorridos cerca de 10 (dez) anos, não foram atendidas, notadamente a desvinculação de recursos do Fust para o pagamento da dívida pública.

Desde o início de sua arrecadação (2001) até meados de 2015, o total de sua arrecadação atinge o montante de R\$ 18 bi.

O presente projeto tem por objetivo assegurar o efetivo cumprimento das obrigações de universalização de serviços de telecomunicações e para tanto propõe a suspensão da arrecadação do Fust até a aplicação do total arrecadado, desde a sua instituição, de acordo com as finalidades para as quais foi criado. Em outras palavras, o presente projeto visa apenas o cumprimento da Lei pelo Poder Executivo Federal.

²⁴ Relatório: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=317295&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=317295.pdf>>. Acesso em 25.nov.2015.

²⁵ Confira-se trecho do Projeto de Lei nº 2217/2015:

Artigo 1º Acrescente-se o artigo 13-A à Lei nº 9.998, de 17 de agosto de 2000, com a seguinte redação:

“Artigo 13-A. As contribuições ao Fust ficam suspensas até que seja aplicado o total arrecadado desde a sua instituição, de acordo com o disposto no artigo 5º desta Lei”.

²⁶ A Justificação do Projeto 2217/2015 está disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=1549354>>. Acesso em 25.nov.2015.

Assim, parece não restar dúvidas da superveniente inconstitucionalidade da contribuição pelo desvio de finalidade, tendo em vista que os recursos arrecadados não são aplicados para custear a universalização dos serviços de telecomunicações.

Na verdade, parece que o Governo Federal criou uma nova finalidade para o Fundo, que consiste apenas em fazer caixa ou impactar positivamente as contas públicas para cumprir as metas de superávit. Todavia, alerta Marco Aurélio Greco²⁷ que alterar a finalidade é criar uma nova contribuição, que estará sujeita a novo exame de compatibilidade constitucional.

Seguindo esse sentido foi a decisão proferida por Leandro Paulsen no agravo de instrumento nº 2007.04.00.024614-7/RS (TRF/4ª Região, DJE 27/8/2007), que abordou a questão da contribuição social de 10% ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) nos eventos de demissão sem justa causa, prevista no artigo 1º da Lei Complementar nº 110/01:

A Lei Complementar nº 110/01 criou duas novas contribuições de modo a viabilizar o pagamento correto da atualização monetária das contas vinculadas de FGTS, que sofreram expurgos por ocasião do Plano Verão (janeiro de 1989) e do Plano Collor (abril de 1990), reconhecidos pelos Tribunais Superiores quando do julgamento, pelo Plenário do STF, do RE nº 226.855-7/RS, rel. o Ministro Moreira Alves, publicado no DJU de 13.10.2000, e, pela 1ª Seção do STJ, do REsp nº 265.556/Al, Rel. Ministro Franciulli Netto, por maioria, DJU de 18.12.2000. As novas contribuições, diferentemente das anteriores, têm natureza tributária, não sendo um encargo decorrente do contrato de trabalho. Veja-se que o STF, nas ADIns 2.556 e 2.568, pronunciou-se pela constitucionalidade da LC 110/01, entendendo que as novas contribuições para o FGTS são tributos e que configuram, validamente, contribuições sociais gerais. Transcrevo a decisão:

...

Ocorre que a finalidade para a qual foram instituídas essas contribuições (financiamento do pagamento dos expurgos do Plano Verão e Collor) era temporária e já foi atendida. Como as contribuições têm como característica peculiar a vinculação a uma finalidade constitucionalmente prevista, atendidos os objetivos fixados pela norma, nada há que justifique a cobrança dessas contribuições. Por isso, entendo que não se pode continuar exigindo das empresas, *ad eternum*, as contribuições instituídas pela Lei Complementar nº 110. Verifico, portanto, a relevância no fundamento do pedido. (...)

A contribuição prevista no artigo 1º da Lei Complementar nº 110/01 foi criada com a finalidade específica de custear o pagamento dos expurgos inflacionários dos Planos Verão e Collor I nas contas vinculadas do FGTS, aos trabalhadores que aderissem ao acordo previsto na Lei Complementar. Contudo, assim como no FUST, hoje também se discute o desvio de

²⁷ GRECO, Marco Aurélio. **Contribuições**: (uma figura “sui generis”). São Paulo: Dialética, 2000, p. 150.

finalidade da contribuição, uma vez que os recursos arrecadados passaram a ser utilizados apenas para cumprir as metas de superávit do Governo²⁸.

O STF deverá definir de uma vez por todas se o desvio de finalidade das contribuições enseja a inconstitucionalidade da exação ao julgar a ADI 5053²⁹, ainda com foco na contribuição prevista no artigo 1º da Lei Complementar nº 110/01. Contudo, o que for decidido pela Suprema Corte certamente impactará na contribuição ao FUST, tendo em vista a semelhança das teses discutidas nas duas contribuições.

4. Ausência de proporcionalidade em razão do comprovado *excesso*.

Como visto, são fortes as evidências da inconstitucionalidade da cobrança do FUST, uma vez que os recursos arrecadados não são aplicados para custear sua finalidade. A vultosa arrecadação e falta de aplicação dos recursos indicam também a desproporcionalidade entre o valor arrecado pelo Fundo e a finalidade que o legislador buscou alcançar.

A rigor, a proporcionalidade é outro requisito que deve ser necessariamente observado pelas contribuições de intervenção no domínio econômico. Não pode o Estado instituir uma constituição cujos recursos (e ônus gerados aos contribuintes) estão além do necessário para o custeio da finalidade para a qual foi instituída.

Como antes adiantado, Marco Aurélio Greco³⁰ reconhece que as contribuições precisam observar o princípio da proporcionalidade, que deve ser visto por meio da verificação dos critérios da “*necessidade, adequação e proibição de excesso*”.

Em primeiro lugar, a pergunta é se existe a *necessidade* de instituição de Fundo para universalizar os serviços de telecomunicação.

A pergunta é pertinente, uma vez que não é facultado ao legislador instituir uma contribuição a seu livre arbítrio. Deve haver real necessidade de instituição do tributo, apurando se é, de fato, preciso criar uma nova exação ou se a finalidade que o legislador busca obter pode ser atendida por outros meios. Nesse sentido³¹:

Afirmou-se, anteriormente, que a contribuição é figura que se caracteriza pela disciplina finalística a que está submetida. Ela existe para que algo seja feito, obtido,

²⁸ Além do desvio de finalidade, a discussão em torno da contribuição prevista no artigo 1º da Lei Complementar nº 110/01 também trata do esgotamento da finalidade da contribuição, porquanto já houve o pagamento dos expurgos dos Planos Verão e Collor I nas contas vinculadas do FGTS dos trabalhadores que aderiram ao acordo.

²⁹ A matéria é objeto de ADIs anteriores (ADIs 5050 e 5051) e do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral 878.313/SC.

³⁰ GRECO, Marco Aurélio. **Contribuições**: (uma figura “sui generis”). São Paulo: Dialética, 2000, p. 125-158.

³¹ GRECO, op. cit., p. 142.

alcançado etc. Na medida em que tem esta feição, assume relevância uma análise quanto à relação entre a contribuição (como exigência pecuniária concreta) e a finalidade a que se destina. Ou seja, assume relevo a relação entre meio (contribuição) e fim (intervenção, seguridade etc.).

(...) Como exposto, a doutrina tem procurado identificar três critérios de aferição da compatibilidade entre meios e fins, quais sejam: necessidade, adequação e proibição do excesso. Tal como ocorre em outros campos, estes critérios são aplicáveis no exame da constitucionalidade de leis instituidoras de contribuições.

Necessidade: Diante de uma norma constitucional que autorize o legislador a instituir uma contribuição destinada à seguridade social, ou para intervenção no domínio econômico, em primeiro lugar é preciso verificar o requisito da necessidade de modo a reconhecer se é preciso, concretamente, instituir (ou aumentar) a contribuição para que a finalidade seja obtida. Se a resposta for no sentido de que a seguridade já está atendida ou que não há necessidade de intervir naquele determinado setor econômico, faltará à lei instituidora da contribuição o requisito da necessidade.

No caso do FUST, há necessidade de criação do Fundo. A extensão territorial do Brasil é imensa e saindo dos grandes aglomerados urbanos, onde há vasta opção de serviços de telecomunicação, as regiões mais distantes encontram-se privadas de acesso pleno aos serviços de comunicação. Basta lembrar que existem mais 5.570 municípios no país, sendo boa parte no interior, e com uma densidade populacional muito baixa, o que impossibilita a exploração lucrativa dos serviços de telecomunicação. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)³², os indicadores do ano de 2015 apontavam a existência de 1.236 municípios com no máximo 5.000 habitantes e outros 1.214 municípios com uma população entre 5.001 e 10.000 habitantes.

Aliás, tanto há a necessidade do FUST que em anos recentes a União tem tentado aplicar os recursos em instalação de telefones públicos em regiões distantes e inacessíveis, e na implantação do Plano Nacional de Banda Larga³³, com a intenção de “*massificar o acesso à internet em banda larga no país, principalmente nas regiões mais carentes da tecnologia*”³⁴.

A criação do Fundo também parece *adequada*. Sem dúvidas o legislador poderia ter imaginado outros meios para atingir a finalidade de universalização, mas essa espécie tributária se encaixa exatamente nesse modelo de “*arrecadar recursos para custar uma finalidade*”, sendo adequada a opção feita pelo legislador de criar a contribuição do FUST.

Contudo, o Fundo é inconstitucional pela *proibição de excesso*. Nesse ponto, o tributo já nasceu inconstitucional, pois a alíquota e base de cálculo eleitas pelo legislador superam os

³² Informações disponíveis em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2015/estimativa_dou.shtm>. Acesso em 25.nov.2015.

³³ Notícia divulgada em: <<http://www.mc.gov.br/sala-de-imprensa/todas-as-noticias/institucionais/21195ministro-confirma-intencao-de-uso-do-fust-para-ampliar-banda-larga>>. Acesso em 18.dez.2015.

³⁴ Página na internet do Plano Nacional de Banda Larga – PNBL: <<http://www.mc.gov.br/programa-nacional-de-banda-larga-pnbl>>. Acesso em 25.nov.2015.

recursos necessários para custear a finalidade prevista de universalizar o custo não recuperável com a exploração eficiente dos serviços de telecomunicação.

Com efeito, como antes indicado, estudos do Senado Federal, que subsidiam o Projeto de Lei nº 2217/2015, apontam que o FUST arrecada uma média histórica de R\$ 2 bilhões por ano e que em meados de 2015 o valor total arrecadado ultrapassava os R\$ 18 bilhões, sendo que desse total apenas R\$ 140 milhões, ou seja, menos de 0,001% da arrecadação, foram aplicados na universalização dos serviços.

Já os planos para a universalização dos serviços estabelecem metas para: (i) implantar o Serviço Telefônico Fixo Comutado em localidades com mais de 300 habitantes; (ii) assegurar a disponibilidade de acesso a Telefone de Uso Público; (iii) ativar Telefones de Uso Público nos estabelecimentos de ensino regular e em instituições de saúde; (iv) instalar a infraestrutura de rede para conexão em banda larga em 100% das sedes dos municípios; (v) ofertar o acesso ao Serviço Telefônico Fixo Comutado nas áreas rurais; entre outras.

Ocorre que mesmo com todas essas metas nos últimos dois anos não há registro de aplicação dos recursos do Fundo para o pagamento dos custos de universalização dos serviços de telecomunicação. É o que consta dos Relatórios de Gestão do Fundo de 2013 e 2014 ao apontar que “*não houve realização de despesa do Fust*” nesses exercícios.

Assim, além de excesso de arrecadação, há também ausência de razoabilidade, uma vez que a contribuição gera uma quantidade de recursos muito superior à aplicada na universalização dos serviços de telecomunicação. Como afirma Marco Aurélio Greco³⁵, deve existir uma correlação lógica entre o montante arrecadado e a finalidade da contribuição, pois o valor arrecadado não pode ser excessivo ou desproporcional ao fim que se busca:

Por fim, ainda que a instituição da contribuição seja necessária e os critérios objetivo e subjetivo de definição do surgimento do respectivo dever de pagar sejam compatíveis com a finalidade, cumpre, ademais, seja atendido também o critério da proibição de excesso entre a exação e a finalidade. Ou seja, ainda que haja necessidade de instituir a contribuição e que, sob o aspecto funcional e substancial, ela esteja adequadamente estruturada, seu dimensionamento não pode ser desproporcional à finalidade a que se destina. Se a contribuição está voltada à intervenção, a dimensão desta é parâmetro daquela; do mesmo modo, se a contribuição destina-se a custear benefícios de seguridade social, está, de certa medida, consagrado no §5º do artigo 195 da CF-88 pois, assim como não cabe a criação de um benefício sem a respetiva fonte de custeio, também não tem sentido existirem fontes que não sejam para atender a benefícios existentes.

O excesso de arrecadação também fica evidente quando se leva em consideração que o Legislativo tem elaborado diversos projetos de lei visando ampliar a destinação dos recursos

³⁵ GRECO, Marco Aurélio. **Contribuições**: (uma figura “sui generis”). São Paulo: Dialética, 2000, p. 141-144.

arrecadados, como o Projeto de Lei nº 103/2007, aprovado no Senado e encaminhado para a Câmara dos Deputados, onde aguarda andamento. Nesse Projeto, o legislador prevê a utilização dos recursos do FUST para aplicação em serviços de telecomunicação prestados em regime privado, e não apenas aos serviços prestados em regime público.

Se o legislador está buscando outras destinações para aplicar os recursos recolhidos pelo Fundo, tendo em vista a preocupação com a excessiva quantia arrecadada e não usada, parece evidente que a alíquota e base de cálculo da contribuição são desproporcionais e nada razoáveis para alcançar os fins originalmente previstos.

Nesse cenário, a cobrança padece de inconstitucionalidade em razão da desproporcionalidade e da ausência de razoabilidade da alíquota e base de cálculo da contribuição, uma vez que as receitas geradas pelo Fundo ultrapassam o necessário para o custeio da finalidade de universalização dos serviços de telecomunicação.

5. Questões sobre referibilidade.

5.1 A referibilidade nas contribuições em geral.

Outro requisito importante para as contribuições é a observância da referibilidade, que diferentemente da finalidade não está ligada ao objetivo que motivou a criação da contribuição, mas sim aos beneficiários que serão alcançados com a aplicação dos recursos arrecadados. Marco Aurélio Greco³⁶ destaca a importância da referibilidade nas contribuições de intervenção no domínio econômico por meio do estudo da participação do contribuinte no grupo que será beneficiado com os recursos da contribuição. Isso porque o contribuinte que recolhe o tributo deve pertencer ao grupo que será atingido pela contribuição, não havendo possibilidade de um terceiro, que não faz parte do grupo, ser obrigado a recolher o tributo.

Como também explica Marco Aurélio, as contribuições existem para o atendimento de um interesse, de modo que não basta a mera previsão abstrata de finalidade, sendo necessário apurar as partes que efetivamente se beneficiarão dos recursos arrecadados. Ou seja, é necessário conferir se há correlação entre os contribuintes e os beneficiários dos recursos. Nisso consiste a referibilidade³⁷:

Outro elemento relevante para aferir a constitucionalidade da contribuição é identificar a existência de um grupo econômico ou social em relação ao qual a

³⁶ GRECO, Marco Aurélio. **Contribuições**: (uma figura “sui generis”). São Paulo: Dialética, 2000, p. 243-244.

³⁷ GRECO, Marco Aurélio. **Contribuições**: (uma figura “sui generis”). São Paulo: Dialética, 2000, p. 243-244.

finalidade constitucional autorizadora da instituição da contribuição se relaciona. Se não há um grupo ao qual a finalidade se refira, falta um elemento do modelo constitucional das contribuições. (...)

Como já exposto, um dos conceitos básicos deste estudo é o da participação e de pertinência a um grupo social (...). Esta participação traz várias consequências em relação à identificação do sujeito passivo da contribuição. Realmente, ser parte do grupo é requisito para a escolha dos contribuintes. Na medida em que a contribuição volta-se a um grupo, só tem sentido que alcance alguém que dele faça parte. Sendo essencial, disso decorre que a participação deve ser efetiva e não ficta. Ou seja, a lei não pode, a pretexto de escolher o contribuinte, conter disposição contraditória à premissa que se apoia; o referencial é o grupo, portanto, o contribuinte deve fazer parte efetiva dele, e não ser um terceiro sem relação com o grupo, que a lei pretende alcançar pela simples força do poder de império. Se isto ocorrer, estará sendo negada a essência da figura da contribuição e instituída uma exação que não será verdadeira contribuição.

Também nas contribuições de intervenção no domínio econômico, o requisito é nítido, de modo que só cabe a exigência da contribuição de quem participar do grupo formado pelo respectivo setor econômico.

Ricardo Lodo Torres também destaca a importância da referibilidade como critério de constitucionalidade necessário às contribuições, inclusive distinguindo esta referibilidade da existente nas taxas. Isso porque as taxas são caracterizadas por uma contraprestação específica, divisível e estrita entre o contribuinte e o beneficiário da atuação estatal. Aquele indivíduo que contribuiu recolhendo a taxa será o mesmo que será beneficiado pelo serviço público prestado.

Já nas contribuições essa contraprestação não é indivisível e não estrita, pois guarda relação com o grupo ou setor econômico em que o Estado está intervindo. Ou seja, o benefício é do grupo ou do setor que receberá a atividade da Administração. O indivíduo que recolhe a contribuição não precisa ser direta e individualmente beneficiado pelos recursos arrecadados, mas o grupo ou setor a que ele pertencer deve necessariamente receber a atividade do Estado custeada pelos recursos da exação³⁸. Nesse sentido, Ricardo Lodo Torres afirma que³⁹:

A contribuição é um *tertium genus* de tributo, que se situa a meio passo entre o imposto e a taxa. Aproxima-se do imposto porque os respectivos fatos geradores aperfeiçoam-se tão logo ocorra a situação descrita em lei, independentemente de qualquer manifestação de vontade do contribuinte; mas dele se estrema porque o imposto não é contraprestacional nem se subordina ao princípio do custo/benefício, mas ao da capacidade contributiva. Assemelha-se à taxa porque ambas são remuneratórias de serviço público, refletem uma divisibilidade da vantagem do contribuinte e se subordinam ao princípio do custo benefício; dela se afasta, todavia,

³⁸ Nesse sentido, o Ministro Roberto Barroso, ao proferir voto no RE nº 595670, também destacou a diferença entre a referibilidade presente nas taxas e nas contribuições, afirmando que nas contribuições a referibilidade está ligada ao setor ou grupo que está sofrendo a intervenção do Estado e não ao contribuinte individualmente: “*Não se observa na hipótese uma referibilidade estrita entre os contribuintes e os beneficiários da atuação do Sebrae, pois nesse caso teríamos uma taxa e não uma contribuição. Deve suportar o tributo em questão todo aquele que integra o setor que demanda do Estado uma atuação mais efetiva no segmento sujeito à intervenção*”.

³⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 405-406.

porque a taxa remunera a prestação de serviço público específico e divisível, enquanto a contribuição corresponde a atividade indivisível da Administração.

Dessa forma, a referibilidade é outro critério essencial que deve ser observado pelas contribuições, sob pena de inconstitucionalidade.

5.2 A referibilidade em relação ao FUST.

No caso do FUST, visou a Lei nº 9.998/2000 intervir no setor das comunicações, universalizando o serviço em todas as camadas sociais do país, inclusive nos pequenos municípios e nas áreas rurais. Assim, foram definidos como sujeitos passivos as prestadoras dos serviços de telecomunicações nos regimes público e privado, que contribuem com 1% da sua receita bruta, bem como com a receita decorrente do preço público cobrado pela ANATEL nos casos de transferência de concessão, de permissão ou de autorização de serviço de telecomunicações (artigo 6º, incisos III e IV, da Lei nº 9.998/2000).

Por outro lado, os incisos IV, V, VI, VIII e XIII, do artigo 5º da Lei nº 9.998/2000, preveem que os recursos do Fundo serão utilizados para a implantação de meios de telecomunicação em instituições de saúde, estabelecimentos de ensino, bibliotecas e instituições de assistência a deficientes. Por causa dessa destinação dos recursos, parte da doutrina⁴⁰ entende que o FUST é inconstitucional desde a sua criação, por não observar o critério da referibilidade, uma vez que os recursos estão previstos para serem aplicados em escolas e outras instituições que não fazem parte do grupo de contribuintes do Fundo.

Todavia, nos parece que o FUST atende ao requisito da referibilidade, uma vez que há correlação entre a destinação dos recursos e o setor beneficiado.

A implantação de meios de telecomunicação em instituições de saúde, estabelecimentos de ensino, bibliotecas e instituições de assistência a deficientes sem dúvidas gera benefícios ao próprio setor de telecomunicações, que terá um maior número de usuários, o que gera mais ligações e, conseqüentemente, mais consumidores pagando pelos serviços prestados, especialmente em instituições de interesse público que fazem e principalmente recebem uma grande quantidade de telefones (hospitais e escolas são um bom exemplo).

⁴⁰ José Eduardo Soares de Melo, Paulo Coimbra e Saryta Kássia Oliveira defendem, neste sentido, a inconstitucionalidade do FUST em razão da falta referibilidade (MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 94. COIMBRA, Paulo Roberto; OLIVEIRA, Saryta Kássia. **Contribuição ao FUST**. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 83, p. 126-140, ago. 2002).

Agora seria diferente se existisse previsão legal de aplicação dos recursos nessas mesmas instituições para compra de material escolar, aquisição de medicamentos ou aparelhos hospitalares, realização de reformas, etc. Apesar de nobre, a iniciativa estaria totalmente desvinculada do grupo e do setor que contribui para o Fundo.

O requisito da referibilidade também está atendido quanto às empresas que prestam serviços de telefonia em regime privado. O Fundo, como visto, visa custear a universalização dos serviços de telecomunicações prestados em regime público, mas tanto as empresas que prestam em regime privado quanto as que prestam em regime público são obrigadas a recolher a contribuição. Com efeito, seja o serviço prestado em regime privado, seja o prestado em regime público, o setor que em tese⁴¹ está sofrendo a intervenção do Estado e sendo beneficiado pelos recursos arrecadados é o mesmo, o de telecomunicações, de modo que há correlação entre os contribuintes e o grupo da sociedade beneficiado com os recursos da contribuição.

Nessa linha é o entendimento de Ives Gandra da Silva Martins⁴², que reconhece que nas contribuições basta que os sujeitos passivos pertençam ao grupo ou setor sob intervenção ou que tenham especial interesse na atividade estatal ou, ainda, que aufram algum benefício diferencial com a aplicação dos recursos da contribuição⁴³:

Hamilton Dias de Souza e Tercio Sampaio Ferraz Jr assim perfilam as contribuições de intervenção no domínio econômico: “As contribuições de intervenção no domínio econômico são tributos cujos traços conceituais supõem, sempre, uma atividade estatal referida indiretamente a um determinado setor, a um grupo de indivíduos e não a toda população. Portanto, se há intervenção, tem ela de ocorrer em um determinado setor. Intervenção geral não justifica a instituição dessa contribuição. Seus sujeitos passivos são todos aqueles que pertencem ao grupo ou setor sob intervenção que tenha especial interesse na atividade estatal ou que dele aufram benefício diferencial, ainda que suposto. Embora a atuação do Estado refira-se ao grupo ou setor como um todo, presume-se que tal benefício alcance cada um de seus membros”

Por fim, vale destacar que a questão da referibilidade ganhou repercussão geral no Supremo Tribunal Federal no RE nº 630898, em que é relator o Ministro Dias Toffoli,

⁴¹ Em tese porque os recursos do Fundo não estão sendo efetivamente aplicados, como visto no tópico deste artigo dedicado ao estudo da finalidade da contribuição.

⁴² MARTINS, Ives Gandra da Silva. Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico para Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – Inteligência da Lei nº 9.998/00 e do Decreto nº 3.624/00 (Regulamento do Fust) no que concerne à Responsabilidade Tributária. **Revista de Estudos Tributários**, n. 50, jul-ago.2006, p. 89.

⁴³ Com a mesma ideia, José Eduardo Soares de Melo afirma que⁴³:

A intervenção deverá (...) circunscrever-se a específico âmbito de atuação, mediante vinculação a determinados setores envolvidos no respectivo mercado; as respectivas contribuições devem ser exigidas unicamente das pessoas que tenham especial interesse na atividade estatal ou que dela aufram benefício diferencial.

relacionada à contribuição ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA)⁴⁴. Nesse precedente, o Supremo Tribunal Federal irá avaliar a existência de nexo direto entre a finalidade da contribuição ao INCRA e os sujeitos passivos da obrigação tributária, tal como definidos na norma instituidora da contribuição. Na apreciação do tema, a Corte deverá definir se mantém a jurisprudência atual, no sentido de entender que a referibilidade nas contribuições é relacionada ao setor ou ao grupo que se beneficiou com a intervenção estatal, ou se entenderá que a referibilidade – mesmo nas contribuições – deve ser sempre específica e divisível, de forma semelhante ao que ocorre nas taxas.

No atual cenário, seja por força da jurisprudência ou da doutrina, é necessário concluir que em tese, caso aplicados os recursos, há referibilidade na contribuição do FUST, pois os benefícios gerados estariam ligados ao próprio setor que o Estado entendeu por intervir, ou seja, o setor das telecomunicações.

6. Conclusão.

Com base nos dados analisados até aqui, é necessário concluir que o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST) arrecada dinheiro em excesso. O Fundo arrecadou até meados de 2015 uma quantia de mais de R\$ 18 bilhões que não é usada para alcançar nenhuma finalidade, servindo apenas como uma espécie de “caixa” do Governo Federal ou como um instrumento para alcançar as metas de superávit.

Há, portanto, evidente desvio de finalidade da contribuição.

Esse exagero de recursos arrecadados também reflete a má escolha feita pelo legislador ao eleger a alíquota e a base de cálculo da contribuição, que geram receitas muito superiores ao necessário para custear a universalização dos serviços de telecomunicação, na forma definida na Lei do FUST.

O exagero na arrecadação configura o que Marco Aurélio Greco chama de *proibição de excesso*, que ocorre quando há desproporcionalidade entre o valor arrecado pela contribuição e a finalidade que o legislador buscou alcançar. A “reserva” de mais de R\$ 18 bilhões parece não deixar dúvida que não há nenhuma proporcionalidade entre o montante arrecado pelo FUST e os recursos efetivamente aplicados.

⁴⁴ Trata-se do tema 495: “referibilidade e natureza jurídica da contribuição para o INCRA, em face da Emenda Constitucional nº 33/2001”.

Portanto, o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações não resiste a um exame de constitucionalidade, sendo certa a infringência à Constituição Federal por não atender aos requisitos inerentes às contribuições de intervenção no domínio econômico.

7. Referências bibliográficas.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BALEIRO Aliomar. **Limitações Constitucionais do Poder de Tributar**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BOTELHO, Fernando Neto. **As Telecomunicações e o FUST: Doutrina e Legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

COIMBRA, Paulo Roberto; OLIVEIRA, Saryta Kássia. Contribuição ao FUST. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 83, p. 126-140, ago. 2002

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 29. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico para Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – Inteligência da Lei nº 9.998/00 e do Decreto nº 3.624/00 (Regulamento do Fust) no que concerne à Responsabilidade Tributária. **Revista de Estudos Tributários**, n. 50, jul./ago.2006.

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

GRECO, Marco Aurélio. **Contribuições: (uma figura “sui generis”)**. São Paulo: Dialética, 2000.

SABBAG, Eduardo. **Direito tributário I**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TÔRRES, Heleno Taveira. Contribuição ao FUST e a interconexão de redes: solidariedade tributária no serviço público universal. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 6, n. 30, mar. 2005.