

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Tributário e Finanças Públicas

Liza Fernanda Andrade Fernandes Ribeiro

**A Constitucionalidade da Contribuição ao Fundo
de Universalização das Telecomunicações
enquanto Contribuição de Intervenção no
Domínio Econômico**

BRASÍLIA – DF
2010

Liza Fernanda Andrade Fernandes Ribeiro

**A Constitucionalidade da Contribuição ao Fundo
de Universalização das Telecomunicações
enquanto Contribuição de Intervenção no
Domínio Econômico**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Tributário e Finanças Públicas, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Tributário e Finanças Públicas no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: Prof. Dra. Júlia Maurmann Ximenes

**BRASÍLIA – DF
2010**

Liza Fernanda Andrade Fernandes Ribeiro

**A Constitucionalidade da Contribuição ao Fundo
de Universalização das Telecomunicações
enquanto Contribuição de Intervenção no
Domínio Econômico**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Tributário e Finanças Públicas, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Tributário e Finanças Públicas no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: Prof. Dra. Júlia Maurmann Ximenes

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ___/___/___, com menção _____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

A Deus, sem o qual nada seria possível.

Aos meus queridos pais, Aparecida e Pedro, pela dedicação incondicional e por minha formação.

Aos meus irmãos, Lena, Pedro e Paulo, por terem me ensinado o valor da fraternidade.

A João, por todo amor e apoio.

AGRADECIMENTOS

À Professora Júlia Ximenes, orientadora deste trabalho, por toda paciência e dedicação.

À Enilce, Marcela e ao Ricardo, por todas as oportunidades que me foram dadas na Superintendência de Universalização da ANATEL.

Aos meus colegas de trabalho da ANATEL, pelo auxílio em todas as dúvidas e pelo intenso aprendizado do dia-a-dia.

“A solidariedade é o sentimento que melhor expressa o respeito pela dignidade humana”.

Franz Kafka

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| RESUMO..... | 8 |
| INTRODUÇÃO | 9 |
| 1 A CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO | 13 |
| 1.1 O Sistema Tributário Nacional | 13 |
| 1.2 A necessidade da intervenção econômica do Estado | 16 |
| 1.3 Os princípios da intervenção do Estado no domínio econômico | 18 |
| 1.4 O regime jurídico das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico | 21 |
| 2 OS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES | 27 |
| 2.1 Regimes Público e Privado | 28 |
| 2.2 A universalização dos serviços de telecomunicações | 30 |
| 2.3 A universalização dos serviços de telecomunicações enquanto objetivo fundamental da República Federativa do Brasil | 32 |
| 2.4 O Fundo de Universalização das Telecomunicações | 36 |
| 3 O CASO DAS MINERADORAS E REFINARIAS DE PETRÓLEO | 41 |
| 3.1 A alteração da Emenda Constitucional nº 33/2001 | 41 |
| 3.2 Decisão do Recurso Extraordinário nº 233.807-4/RN | 43 |
| 3.2.1 Voto do Relator: Ministro Carlos Velloso | 44 |
| 3.2.2 Voto do Ministro Maurício Corrêa | 45 |
| 3.2.3 Voto do Ministro Moreira Alves (Voto Vencido) | 46 |
| 3.2.4 Voto do Ministro Ilmar Galvão | 48 |
| 3.2.5 Voto do Ministro Marco Aurélio (Voto Vencido) | 49 |
| 3.2.6 Voto do Ministro Sepúlveda Pertence | 50 |
| 3.2.7 Voto do Ministro Octavio Gallotti | 50 |
| 3.2.8 Voto do Ministro Néri da Silveira | 51 |
| 3.3 Fundamentos da decisão do STF no RE nº 233.807-4 | 51 |
| 3.4 Ponderação de bens, valores e normas | 52 |
| 4 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL | 53 |
| 4.1 A nova interpretação constitucional e o pós-positivismo | 53 |
| 4.2 A diferença entre princípios e regras | 54 |
| 4.3 A ponderação em três etapas | 57 |
| 4.4 A ponderação no caso da Lei do Fust | 60 |
| CONCLUSÃO | 63 |
| REFERÊNCIAS | 68 |

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo analisar a constitucionalidade da contribuição ao Fundo de Universalização das Telecomunicações - Fust. Dessa forma, primeiramente, buscou-se delinear a finalidade e natureza jurídica da contribuição no domínio econômico, passando pelo fundamento da intervenção econômica para o desenvolvimento de um país. Posteriormente, tratou-se dos regimes público e privado dos serviços de telecomunicações, enfatizando o papel da universalização dos serviços de telecomunicações enquanto objetivo fundamental da República Federativa do Brasil e ressaltando, por conseguinte, a importância do Fust para alcançar tal objetivo. Foi utilizado como base do estudo a decisão do Supremo Tribunal Federal – STF no sentido de ser constitucional a cobrança de contribuições sociais no setor de mineração mesmo antes do advento da Emenda Complementar nº 33/2001. Por fim, tendo por base a técnica da ponderação de princípios, a pesquisa concluiu pela constitucionalidade da contribuição ao Fust.

Palavras-Chave: Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - Fundamentos da Regulação – Serviços de Telecomunicações – Universalização dos Serviços de Telecomunicações em Regime Público – Contribuição ao Fundo de Universalização das Telecomunicações - Caso das Mineradoras – Teoria da Ponderação de Princípios.

INTRODUÇÃO

O Fundo de Universalização de Telecomunicações, criado pela Lei nº 9.998, de 17 de agosto de 2000, tem por finalidade disponibilizar recursos para cobrir a parcela de custo não recuperável pela exploração do serviço com o objetivo de universalizar serviços de telecomunicações.

Como lembra J. C. Mariense Escobar, os recursos do Fust “não podem ser destinados à cobertura de custos com universalização de serviços que, contratualmente, a própria operadora deva suportar, ou à que estiverem inadimplentes com as contribuições”.¹

Em outras palavras, o fundo serve para alcançar os rincões do Brasil, ou seja, lugares em que a Concessionária não possui interesse econômico em investir.

Genilson Socorro Gomes de Oliveira destaca o papel da comunicação enquanto direito humano. O autor ressalta que “de acordo com o art. XXI, item 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, é garantido a todo homem igual direito de acesso ao serviço público de seu país, e o Fust tem um papel muito importante no cumprimento deste direito”.²

Dessa forma, é indiscutível a importância que o referido fundo possui na democratização do acesso às telecomunicações no Brasil.

¹ ESCOBAR, João Carlos Mariense. *Serviços de Telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios*. 1 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.66.

² OLIVEIRA, Genilson Socorro Gomes de. *O fundo de universalização dos serviços de telecomunicações – FUST e a inclusão digital*. Revista da Faculdade de Direito de Sete Lagoas, v.3, n.1, 2004, p.91.

A lei que instituiu o Fundo enumera as fontes de recursos do fundo, sendo uma delas a contribuição de um por cento sobre a receita operacional bruta, decorrente de prestação de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado.

Apesar de ainda muito se discutir acerca da natureza jurídica da contribuição paga pelas prestadoras de serviços de telecomunicações ao fundo, a Anatel já se manifestou no sentido de ser esta uma Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE, conforme se percebe da Súmula nº 7, de 15 de dezembro de 2005 e publicada no Diário Oficial em 19 de dezembro de 2005.

Tendo em vista a importância das contribuições de intervenção no domínio econômico como forma de intervenção econômica do Estado, a Constituição Federal previu que a competência para instituir tais contribuições é da União, nos termos do artigo 149, da Constituição Federal.

Em que pese tal contribuição ao Fust ser cobrada desde a sua instituição pela Lei nº 9.998, as prestadoras de telecomunicações têm questionado a constitucionalidade da referida contribuição com base no argumento de que, antes da Emenda Constitucional nº 33/2001, que alterou o §3º do artigo 155, nenhum outro **tributo** poderia incidir sobre os serviços de telecomunicações, além do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, do Imposto de Importação - II e do Imposto de Exportação - IE.

Art. 155. § 3.º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do *caput* deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro **tributo** poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

Dessa forma, como a Lei do Fust seria do ano 2000, quando o §3º do artigo 155 da Constituição Federal falava que nenhum outro tributo poderia incidir sobre o setor de telecomunicações, as prestadoras alegam que a contribuição instituída pela Lei do Fust sobre a receita operacional bruta dos serviços de telecomunicações é inconstitucional, já que instituiu uma contribuição de intervenção no domínio econômico, que é espécie

do gênero tributo, no setor de telecomunicações quando a Constituição Federal proibia tal instituição.

No entanto, com o advento da Emenda nº 33/2001, a redação do dispositivo foi alterada para prever que nenhum outro **imposto** poderia incidir sobre tais serviços além dos já mencionados ICMS, II e IE.

Art. 155. § 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do *caput* deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro **imposto** poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001\)](#)

Dessa forma, este trabalho tem o objetivo geral de apresentar o que é o Fust, a natureza jurídica da contribuição ao Fust e a missão da universalização no Brasil, bem como os avanços recentes na literatura, notas sobre a legislação e jurisprudência, buscando uma análise sobre a constitucionalidade da contribuição sob o enfoque do pós-positivismo.

O interesse pelo tema adveio com a experiência profissional e os incessantes questionamentos acerca da constitucionalidade do Fust por parte das prestadoras de telecomunicações.

Ademais, as telecomunicações são um importante instrumento de informação da sociedade e de promoção do crescimento de um país, razão pela qual o questionamento acerca da constitucionalidade do Fust é fundamental para a manutenção do fundo e decisivo para promoção da universalização dos serviços de telecomunicações.

A universalização das telecomunicações é vista aqui, afinal, como um direito do cidadão e como um instrumento de políticas públicas que pretende atenuar as desigualdades sociais do Brasil, por meio do acesso à informação.

No capítulo 1, deu-se enfoque ao regime jurídico da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE, tendo em vista que a contribuição ao Fust, como já dito, trata-se de uma CIDE. Além disso, procurou-se apontar os fundamentos da intervenção econômica e os seus princípios.

No capítulo 2, procurou-se destacar os regimes público e privado dos serviços de telecomunicações, bem como tratar da universalização dos serviços de telecomunicações como um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil e da contribuição ao Fust como um importante instrumento garantidor deste objetivo.

No capítulo 3, tratou-se do estudo do caso das mineradoras, já que antes da Emenda Constitucional nº 33/2001, assim como o setor de telecomunicações, no setor de mineração também não poderia incidir outros tributos que não aqueles citados pelo §3º do artigo 155 da Constituição Federal.

No capítulo 4, foram apontados os fundamentos do pós-positivismo e as etapas da ponderação, buscando aplicá-las ao caso da contribuição ao Fust.

1 A CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

A Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE é objeto do presente estudo porque se pretende averiguar a constitucionalidade da contribuição ao Fundo de Universalização das Telecomunicações – Fust, que é considerada uma CIDE pela Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel.

1.1 O Sistema Tributário Nacional

Uma leitura isolada do artigo 5º do Código Tributário Nacional - CTN, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, poderia levar ao entendimento de que o nosso ordenamento jurídico adotou a corrente tripartite dos tributos, ou seja, contemplaria apenas três espécies tributárias: impostos, taxas e contribuições de melhoria³.

Também o artigo 145 da Constituição Federal poderia também ser interpretado como uma confirmação desta tese, tendo em vista que cita, de igual modo, apenas três tributos:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I - impostos; 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; III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

No entanto, a partir de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, percebe-se que os artigos 148, 149 e 149-A previram outras duas espécies tributárias: os empréstimos compulsórios e as contribuições especiais.

Na mesma direção é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário nº 146.733-9/SP. O voto do Ministro Moreira Alves, no julgamento deste Recurso Extraordinário, firmou o entendimento de que os tributos

³ Art. 5º Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria.

poderiam ser classificados em: impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsórios, conforme se vê da transcrição a seguir:

Sendo, pois, a contribuição instituída pela Lei 7.689/88 verdadeiramente contribuição social destinada ao financiamento da seguridade social, com base no inciso I, do artigo 195 da Carta Magna, segue-se a questão, a saber, se essa contribuição tem, ou não, natureza tributária em face dos textos constitucionais em vigor. Perante a Constituição de 1988, não tenho dúvida em manifestar-me afirmativamente. De feito, a par das três modalidades de tributos (os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria) a que se refere o artigo 145 para declarar que são competentes para instituí-los a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Os artigos 148 e 149 aludem a duas outras modalidades tributárias, para cuja instituição só a União é competente: o empréstimo compulsório e as contribuições sociais inclusive as de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas⁴.

Quanto à necessidade de serem as contribuições instituídas por lei complementar, conforme o artigo 146, inciso III, o Ministro Moreira Alves ainda explica, mais adiante em seu voto, que não há essa necessidade, tendo em vista que o Código Tributário Nacional foi recepcionado pela Constituição Federal com status de Lei Complementar:

Do reconhecimento dessa natureza tributaria resulta uma terceira questão: para que se institua a contribuição social prevista no inciso I do artigo 95, é mister que a lei complementar, a que alude o artigo 146, estabeleça normas gerais a ela relativas, consoante o disposto em seu inciso III? E, na falta dessas normas gerais, só poderá ser tal contribuição instituída por lei complementar.

Impõe-se resposta negativa a essas duas indagações sucessivas.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Relator para Acórdão Min. Moreira Alves, RE 146.733-9/SP, DJ 20/06/1992.

Dentro do gênero contribuições especiais estão abarcadas, portanto: a contribuições sociais; de intervenção no domínio econômico; de interesse das categorias econômicas e profissionais e de iluminação pública.

Quanto à utilização da expressão “contribuições especiais” para designar um gênero, Paulo Roberto Lyrio Pimenta⁵ explica que “parte da doutrina alude às *contribuições sociais* como o gênero, no qual as demais espécies poderiam ser enquadradas, enquanto outra corrente prefere falar em *contribuições especiais*”. No entanto, explica o autor que o artigo 149 da Constituição Federal indica claramente que “as contribuições *sociais* pertencem à determinada classe, ao lado das demais indicadas no dispositivo”.

Assim, como já dito anteriormente, contribuição especial sobre a qual se aterá o presente trabalho será a CIDE.

Tácio Lacerda Gama define as contribuições de intervenção no domínio econômico como “tributos, espécie do gênero contribuições especiais, instituídas com a finalidade de custear a intervenção da União no domínio econômico”.⁶

Dessa forma, explica o autor que a referida definição possuiria três núcleos, quais sejam: “ser tributo; integrar o conjunto de das contribuições especiais e ser instituído para atender à finalidade específica de custear a intervenção no domínio econômico”.⁷

Quanto ao primeiro núcleo, deve-se lembrar o conceito de “tributo” do artigo 3º do Código Tributário Nacional: “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

⁵ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 11.

⁶ GAMA, Tácio Lacerda. *Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p.125.

⁷ *Ibid.*, p. 125.

Dessa forma, percebe-se que as contribuições de intervenção do domínio econômico preenchem todos os critérios instituídos pelo artigo 3º do CTN.

Quanto ao segundo atributo da definição proposta por Gama, seria o de a CIDE estar integrando o grupo das contribuições especiais, o que significa, segundo o autor, que:

Ser espécie do gênero contribuições especiais reclama, além das características previstas para os tributos em geral, três particularidades: i) hipótese de incidência desvinculada de atuação estatal; ii) produto da arrecadação que visa atender a uma finalidade específica; iii) não previsão de devolução do valor arrecadado⁸.

Já o terceiro e último núcleo seria a finalidade específica de custear a intervenção no domínio econômico, o qual será tratado em item apartado deste trabalho.

1.2 A necessidade da intervenção econômica do Estado

Esta parte do trabalho pretende dar embasamento para a real necessidade de regulação pelo Estado, tendo em vista que a CIDE tem como fundamento primeiro a intervenção no domínio econômico. Dessa forma, busca-se, aqui, delinear a necessidade da ação regulatória do Estado, partindo-se do significado de um mercado em concorrência perfeita.

Segundo Santacruz, concorrência perfeita é “a representação teórica de um mercado no qual o preço de um produto é igual ao seu custo unitário de produção”.⁹ Portanto, para haver essa representação teórica, segundo o referido autor, seria necessário o preenchimento de algumas condições: a) grande número de pequenas empresas; b) produto homogêneo; c) informações completas; d) não existirem barreiras à entrada ou à saída.

⁸ GAMA, Tácio Lacerda. *Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 130.

⁹ SANTACRUZ, Ruy. *Antitruste, eficiência econômica, curvas, triângulos e retângulos*. Revista do Instituto Brasileiro de Estudos da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional - IBRAC. São Paulo: s.e., vol. 9, nº 5, p. 169.

O grande número de pequenas empresas vem como garantidor da inexistência de dominação sobre os consumidores. Mankiw não se refere, nesse requisito, somente às empresas, haja vista que os consumidores, em alguns casos na concorrência imperfeita, podem também influenciar o preço do mercado. Para ele, “os compradores e vendedores são tão numerosos que nenhum único comprador ou vendedor pode influir no preço de mercado. Como compradores e vendedores em mercados perfeitamente competitivos devem aceitar o preço que o mercado determina, diz-se que são *tomadores de preços*”.¹⁰

O segundo requisito para que haja a concorrência perfeita é o de ser o produto homogêneo, pois, com esse requisito, os consumidores seriam indiferentes às mercadorias de uma empresa ou de outra, visto que seriam produtos perfeitamente substituíveis.

Quanto à informação completa, significa dizer que todos os agentes econômicos possuem todas as informações possíveis acerca um do outro. Nesse sentido, os produtores sabem as preferências dos consumidores e os consumidores têm informações completas sobre os produtos disponíveis no mercado.

O último requisito refere-se à ausência de barreiras, seja para a entrada ou saída de agentes. Assim, os produtores podem entrar ou sair do mercado sem encargos, bastando, para tanto, o seu interesse na troca de um mercado por outro.

Para os clássicos, o mercado se auto-regularia, o que significa dizer que não haveria necessidade de nenhuma intervenção estatal na economia. Importa dizer, no entanto, que esse tipo de mercado não existe na prática e, apesar de ter trazido noções importantes, como a teoria do valor-trabalho, a teoria clássica¹¹ equivocou-se ao não levar em consideração as falhas que possuem o mercado.

¹⁰ MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p. 66.

¹¹ Cp: CAPORASO, James; Levine, David. *Theories of Political Economy*. Cambridge: Cambridge University PRESS, 1992.

Como exemplo de falhas de mercado, podemos citar as externalidades, a questão dos *free riders* dos bens públicos e os monopólios e oligopólios.

A partir dessa idéia das falhas de mercado, podemos perceber a necessidade e a origem da intervenção estatal como forma de aumentar a eficiência dos mercados, já que estas falhas podem causar desempregos, má distribuição de renda, aumento das desigualdades regionais de um país, entre outros problemas.

Os neoclássicos já previam uma intervenção estatal como instrumento de corrigir essas falhas de mercado, mas tem em Keynes o auge de seu desenvolvimento. Keynes é visto como o teórico da intervenção, pois acreditava que a economia era cíclica e o livre mercado sempre acabava resultando em uma crise.¹²

1.3 Os princípios da intervenção do Estado no domínio econômico

A intervenção estatal no domínio econômico deve, portanto, se respaldar nos princípios descritos no artigo 170 da Constituição Federal. Conforme, ressalta Paulo Roberto Lyrio Pimenta, “o art. 170 da Constituição Federal prevê algumas das finalidades que poderão ser perseguidas por meio da criação das contribuições interventivas”:¹³

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

¹² Cp: CAPORASO, James; Levine, David. *Theories of Political Economy*. Cambridge: Cambridge University PRESS, 1992.

¹³ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 71.

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Dessa forma, uma das principais finalidades da instituição das contribuições interventivas é a redução das desigualdades sociais e regionais, que é, segundo Pimenta, largo leque para a criação destas contribuições¹⁴:

A redução das desigualdades sociais e regionais constitui objetivo da República, como dispõe o art. 3º, III. Para implementar esse objetivo, a Carta previu no inciso VII do art. 170 o princípio que tem idêntico nome. Assim, o contribuinte considerou a existência de uma realidade de fato que ele determinou que fosse minorada por meio da adoção de diversas políticas públicas, inclusive de caráter interventivo. Aqui sem dúvidas há um largo espaço para a criação de contribuição interventiva. A União poderá criar essa exação visando, por exemplo, promover o desenvolvimento da região Norte do país, cobrando o tributo de sujeitos que atuem nesta região.

Deve-se ressaltar, no entanto, que, no Brasil, a intervenção estatal no domínio econômico é excepcional e pretende impor limites apenas à atuação abusiva do setor privado, nos termos do artigo 173 da Constituição Federal.

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

A intervenção estatal só será permitida, portanto, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, podendo ocorrer de duas formas: direta ou indireta. De forma direta, quando o Estado é o empresário, ou de forma indireta, quando o Estado é o regulamentador.

¹⁴ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 79.

A intervenção direta pode dar-se quando o Estado atua no mercado em forma de monopólio ou em concorrência com outras entidades privadas. Assim explica Paulo Roberto Lyrio Pimenta:

São duas as modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico. Na primeira delas, prevista no art. 173 da CF, o estado age *diretamente* no campo econômico por meio de empresa pública, sociedade de economia mista, ou subsidiária. Ou seja, o ente público pratica operações mercantis, atos de interposição na efetivação de trocas, agindo como os demais sujeitos que atuam nos fenômenos econômicos. [...] Duas situações podem ocorrer: 1ª) a entidade estatal atua em paralelo às entidades privadas; 2ª) a entidade estatal atua monopolizando determinado setor (CF, art. 177)¹⁵.

Na intervenção indireta, o Estado atua como agente normativo e regulador da atividade econômica, conforme dispõe o artigo 174 da Constituição Federal:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

As normas criadas pelo Estado ou são de cumprimento obrigatório, no caso da regulação e do poder de polícia, por exemplo, ou são normas indutoras de determinados comportamentos.

A contribuição de intervenção no domínio econômico tem como finalidade precípua a intervenção no domínio econômico e, como explica Paulo Roberto Lyrio Pimenta, a expressão domínio econômico “tem o sentido de *atividade econômica em sentido amplo*”. Assim, explica que “a contribuição pode ser destinada ao custeio dos gastos desenvolvidos pelo Estado para interferir no domínio econômico, bem como pode constituir no próprio instrumento de intervenção”.¹⁶

Dessa forma, Pimenta conclui que contribuição de intervenção no domínio econômico poderia tanto ser forma de intervenção direta, quando cobre os gastos com

¹⁵ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 39.

¹⁶ *Ibid.*, p. 48.

a prestação de serviço, quanto de intervenção indireta, quando visa induzir a prática de determinado comportamento como, por exemplo, com a criação de “um Fundo cuja finalidade esteja relacionada ao setor atingido pela intervenção”.¹⁷

Já para Tácio Lacerda Gama, só haveria possibilidade de instituir a CIDE nos casos de intervenção indireta da economia, mais especificamente por meio de incentivo à atividade econômica, tendo em vista que para custear a prestação de serviços devem ser cobradas taxas, quando o serviço for compulsório, ou preços públicos, quando o serviço for facultativo. Assim explica:

Não se confunde tampouco a prestação de serviços públicos com a atuação para o incentivo de uma atividade econômica. No caso, o dos serviços públicos que ensejam a cobrança de taxas, o serviço é prestado de forma específica, divisível em relação ao contribuinte. Já no caso dos incentivos, o serviço é prestado a um setor, segmento, grupo de contribuintes, não há prestação individual e específica. A atuação é coletiva, daí não ser possível a instituição de taxas por serviços públicos¹⁸.

Gama afirma que a CIDE deve preencher alguns requisitos para ser constitucional, quais sejam “i) a intervenção deve ser criada por lei; ii) deve ser feita a um setor específico da economia; iii) o produto da arrecadação deve ser integralmente voltado ao custeio da intervenção; iv) a União deve ser o sujeito interveniente; v) os princípios da atividade econômica devem ser respeitados”.¹⁹

Dessa forma, passemos à análise do regime jurídico das contribuições de Intervenção no Domínio Econômico.

1.4 O regime jurídico das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico

É o artigo 149 da Constituição Federal estabelece o perfil constitucional da CIDE e os limites para a sua instituição.

¹⁷ Ibid., p. 49-50.

¹⁸ GAMA, Tácio Lacerda. *Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 261.

¹⁹ Ibid., p. 264.

O *caput* do artigo 149 atribui competência à União para instituir as contribuições especiais de modo geral, o que inclui a CIDE conforme já tratado, e destaca a necessidade de observância do disposto nos artigos 146, inciso III; 150, incisos I e III e 195, §6º.

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

O inciso III do artigo 146 da Constituição Federal exige que lei complementar estabeleça normas gerais em matéria de legislação tributária. Dessa forma, significa dizer que a CIDE deve observar o Código Tributário Nacional sempre que possível, já que esta é a norma geral em matéria tributária, conforme se viu do voto do Ministro Moreira Alves no RE 146.733.

Art. 146. Cabe à lei complementar:

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

- a) definição de tributos e suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;
- b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;
- c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas
- d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

Deve-se ainda esclarecer que a remissão que o artigo 149 faz ao inciso III do artigo 146 não significa que a CIDE deva ser instituída apenas por Lei Complementar, mas sim que o CTN, que trata das normas gerais em Direito Tributário no Brasil, deva ser observado. Nesse sentido, é o entendimento de Paulo Roberto Lyrio Pimenta²⁰:

²⁰ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 53.

Essa aplicação retira totalmente a possibilidade de normas gerais serem introduzidas no sistema normativo por outras fontes de cognição (lei, medida provisória etc.), todavia não significa que a CIDE deverá necessariamente ser instituída por meio de lei complementar.

Parcela considerável da doutrina e da jurisprudência tem defendido que as contribuições de intervenção no domínio econômico necessariamente deverão ser criadas por meio de lei complementar em face da remissão feita pelo artigo 149 ao art. 146, III, da Carta Magna.

Não concordamos com esse posicionamento, malgrado seja oriundo de prestigiado segmento da teoria jurídica.

O artigo 149 ainda faz menção aos incisos I e III do art. 150 da Constituição Federal, para se fazer aplicar às contribuições os princípios da legalidade, da irretroatividade, da anterioridade e da noventena.

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;

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b.

Já o §2º do artigo 149 da Constituição Federal explica que as contribuições de intervenção no domínio econômico não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação, mas incidirão sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços.

Art. 149. § 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo:

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

II - incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços.

Passada a análise dos artigos constitucionais que formam o regime jurídico da CIDE, urge a necessidade de exame da regra matriz de incidência da CIDE, para que se delinear todos os elementos que constituem este tributo.

1.5 A regra matriz de incidência da CIDE

Paulo de Barros Carvalho afirma que a regra-matriz de incidência tributária é a norma geral e abstrata que prevê o tributo, a qual deve conter os seguintes elementos:

Na hipótese (*descriptor*), haveremos de encontrar um critério material (comportamento de uma pessoa), condicionado no tempo (critério temporal) e no espaço (critério espacial). Já na consequência (*prescritor*), depararemos com um critério pessoal (sujeito ativo e passivo) e um critério quantitativo (base de cálculo e alíquota). A conjunção desses dados indicativos nos oferece a possibilidade de exhibir, na sua plenitude, o núcleo lógico-estrutural da norma-padrão de incidência tributária.²¹

Dessa forma, a hipótese da norma é composta dos critérios material, espacial e temporal, enquanto que o conseqüente da norma é composto pelos critérios pessoal e quantitativo da norma.

Com relação à materialidade, Tácio Lacerda Gama explica que “apontar o critério material possível significa indicar os fatos que poderão e os que não poderão ser onerados pelas contribuições de intervenção no domínio econômico”.²²

No entanto, percebe-se que o desenho deste tributo não foi delineado pela Constituição Federal. Paulo Roberto Lyrio Pimenta explica que o critério material da CIDE não veio indicado no texto constitucional porque o “constituente utilizou a técnica da validação finalista”.²³

Qualquer fato com conteúdo econômico poderá figurar como critério material da norma impositiva da contribuição interventiva, desde que se enquadre no âmbito da competência da União, gizado pelo art. 153 da CF²⁴.

[...]

As contribuições interventivas enquadram-se em determinado modelo de validação, denominado finalista, o que significa que o critério material da

²¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 261.

²² GAMA, Tácio Lacerda. *Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 206.

²³ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 59.

²⁴ *Ibid.*, p. 60.

hipótese de incidência tributária desta exação não foi desenhado pela Constituição²⁵.

Sob o aspecto material CIDE, discute-se se há a possibilidade das contribuições interventivas incidirem sobre as matérias reservadas aos Estados, Municípios e Distrito Federal para a instituição de impostos. Geraldo Ataliba defende não ser possível a instituição de contribuições interventivas com a hipótese de incidência atribuída aos Estados e Municípios:

É importante sublinhar que a invocação *nomen iuris* contribuição – com a concomitante destinação de recursos aos fins do art. 149, ou outros constitucionalmente cobertos – não autoriza a União a invadir os campos de competência privativos dos Estados e Municípios, tal como delineados pelos arts. 155 e 156 do Texto Magno²⁶.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal tem sido em sentido contrário, tal como no julgamento do Recurso Extraordinário nº 177.137-2 RS no voto de relatoria do Ministro Carlos Veloso.

Assentado está que o AFRMM é uma contribuição de intervenção no domínio econômico (CF, art. 149). Não é, portanto, nem taxa nem imposto, mas um terceiro gênero tributário, ou uma subespécie tributária contribuição RE 138.284-CE, RTJ 143/313. A contribuição, não obstante um tributo, não está sujeita à limitação inscrita no §2º do art. 145 da Constituição. Também não se aplicam a ela as limitações a que estão sujeitos os impostos, em decorrência da competência privativa dos entes políticos para instituí-los (CF, art 153, 155 e 156), a impedir a bi-tributação²⁷.

Quanto ao critério espacial, este também não foi definido especificamente para as CIDES. No entanto, o inciso I do artigo 151 da Constituição Federal determina que a cobrança deva ser uniforme em todo o território nacional.

Art. 151. É vedado à União:

²⁵ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 61.

²⁶ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. São Paulo: Editora Malheiros, 6. ed., 2004, p. 200.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Relator para Acórdão Min. Carlos Velloso, RE 177.137-2/RS, DJ 18/04/1997.

I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País.

O critério temporal está delimitado pelos princípios da anterioridade e da irretroatividade, conforme já mencionado anteriormente. Dessa forma, a CIDE passa a vigor apenas no exercício financeiro seguinte à sua publicação e não deve corresponder a fatos geradores anteriores ao início da sua vigência.

O sujeito ativo é a União, conforme se vislumbra do artigo 149 da Constituição Federal. No entanto, pode haver a delegação da arrecadação para outra entidade, pois, conforme artigo 119 do Código Tributário Nacional - CTN, sujeito ativo é aquele que tem competência para exigir o cumprimento da obrigação tributária:

Art. 119. Sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir o seu cumprimento.

O sujeito passivo é a pessoa de quem se pode exigir o tributo instituído pela lei que cria a contribuição interventiva, conforme artigo 121, do CTN.

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

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

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

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

A base de cálculo das contribuições interventivas deve se referir à atuação estatal para a qual foi criada. E as alíquotas poderão ser ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro; ou específica, tendo por base a unidade de medida adotada, conforme inciso II do § 2º do artigo 149 da Constituição Federal.

2 OS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

Para analisar os serviços de telecomunicações, necessário se faz trazer, antes de tudo, o conceito de serviços públicos. Celso Antônio Bandeira de Mello²⁸ define serviços públicos da seguinte forma:

Serviço Público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

A Constituição Federal, por sua vez, traz em seu texto alguns serviços considerados públicos e, entre eles, encontram-se os serviços de telecomunicações, conforme se denota do inciso XII do artigo 21.

Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

Portanto, de acordo com a Carta Magna, serviços de telecomunicações são considerados serviços públicos. A Lei Geral de Telecomunicações – LGT, Lei nº 9.472/97, define serviços públicos de telecomunicações em seu artigo 60 como “um conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”.

O §1º do mesmo artigo define telecomunicação como “a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 612.

2.1 Regimes Público e Privado

Dessa forma, a LGT traz distinções acerca da natureza dos serviços de telecomunicações, classificando-os, quanto à abrangência de interesses, como serviços de interesse coletivo ou de interesse restrito e, quanto ao regime jurídico de sua prestação, em públicos e privados.

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

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

Portanto, nem todos os serviços de telecomunicações devem ser considerados serviços públicos. Nesse sentido é a posição de J. C. Mariense Escobar:

Historicamente, tem-se considerado os serviços de telecomunicações como serviço público, na medida em que satisfazem necessidades coletivas de comunicação. O art. 21, XI, da Constituição Federal, ao cometer à União a prestação direta ou indireta dos “serviços de telecomunicações”, refletiu este entendimento. A evolução tecnológica fez verificar, entretanto, que existem atividades e serviços de telecomunicações que não possuem natureza estatal, permitindo caracterizar a indicação constitucional como uma referência genérica. A Lei nº 9.472/97, enfrentando essa realidade, admitiu atribuir regime de direito público apenas a uma parte dos “serviços de telecomunicações”, considerando uma outra parte, a maior, como atividades privadas, sujeitas ao regime do direito privado.

Explica mais adiante a LGT, no parágrafo único do artigo 63, que os serviços de telecomunicações em regime público devem ser prestados mediante concessão ou permissão e que devem observar as obrigações de universalização e continuidade dos serviços.

Art. 63. 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.

Assim, conforme se vislumbra dos artigos 64 e 65 da LGT, as modalidades de serviços de telecomunicações de interesse coletivo comportarão a prestação no regime

público. Já os serviços de interesse restrito não poderão ser prestados no regime público.

Art. 64. Comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.

Art. 67. Não comportarão prestação no regime público os serviços de telecomunicações de interesse restrito.

A partir da leitura dos artigos 64 a 67 da LGT, portanto, conclui-se que os serviços de interesse coletivo poderão ser oferecidos tanto em regime público quanto em regime privado; enquanto os serviços de interesse restrito apenas poderão ser prestados em regime privado.

Art. 65. Cada modalidade de serviço será destinada à prestação:

I - exclusivamente no regime público;

II - exclusivamente no regime privado; ou

III - concomitantemente nos regimes público e privado.

§ 1º Não serão deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, sendo essenciais, estejam sujeitas a deveres de universalização.

§ 2º A exclusividade ou concomitância a que se refere o caput poderá ocorrer em âmbito nacional, regional, local ou em áreas determinadas.

Art. 66. Quando um serviço for, ao mesmo tempo, explorado nos regimes público e privado, serão adotadas medidas que impeçam a inviabilidade econômica de sua prestação no regime público.

Dessa forma, podemos resumir a lógica da classificação dos serviços de telecomunicações da seguinte forma:

| Quanto ao regime jurídico de prestação de serviços | | | |
|--|--------------------|----------------|----------------|
| Quanto à abrangência de interesses | | Regime Público | Regime Privado |
| | Interesse Coletivo | SIM | SIM |
| | Interesse Restrito | NÃO | SIM |

2.2 A universalização dos serviços de telecomunicações

Conforme se viu no artigo 64 da LGT, caberá a prestação em regime público de serviços de interesse coletivo “cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar”.

E o parágrafo único do artigo 64 ainda destaca que, dentre as diversas modalidades de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, incluem-se as modalidades do serviço telefônico fixo comutado, destinado ao uso do público em geral.

Art. 64. Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral.

Percebe-se, portanto, que os serviços prestados em regime público devem observar obrigações de universalização e continuidade e, dentre eles, estão as modalidades de serviço telefônico fixo comutado.

O artigo 79 da LGT dispõe que a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel possui funções regulatórias das obrigações de universalização e continuidade sobre as prestadoras de serviço no regime público.

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

O §1º do artigo 79 da LGT define o objetivo das obrigações de universalização, deixando claro que se trata de uma política de inclusão social no sentido de democratizar o acesso às telecomunicações no país, levando tais serviços a qualquer pessoa em qualquer lugar do território nacional.

Art. 79. § 1º. Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público.

E por serem tais serviços prestados em regime público de fundamental importância para a sociedade, é que o §2º do artigo 79 ainda impõe as obrigações de continuidade dos serviços, as quais visam garantir a fruição dos serviços de forma ininterrupta e sem paralisações injustificadas:

§ 2º Obrigações de continuidade são as que objetiva m possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso.

Dessa forma, para implementar o cumprimento das obrigações de universalização e continuidade, a Anatel deve estipular metas periódicas, incluindo metas para a disponibilizar instalações de uso coletivo e individual ao atendimento de deficientes físicos e de instituições de caráter público ou social, bem como metas para alcançar as áreas rurais e de urbanização precária e de regiões remotas, tal qual prevê o artigo 80 da LGT.

Art. 80. As obrigações de universalização serão objeto de metas periódicas, conforme plano específico elaborado pela Agência e aprovado pelo Poder Executivo, que deverá referir-se, entre outros aspectos, à disponibilidade de instalações de uso coletivo ou individual, ao atendimento de deficientes físicos, de instituições de caráter público ou social, bem como de áreas rurais ou de urbanização precária e de regiões remotas²⁹.

Caso haja descumprimento das obrigações de universalização e continuidade, a LGT prevê a aplicação de sanções de multa, caducidade ou decretação de intervenção.

Art. 82. O descumprimento das obrigações relacionadas à universalização e à continuidade ensejará a aplicação de sanções de multa, caducidade ou decretação de intervenção, conforme o caso.

²⁹ Para cumprir a determinação do referido artigo, a Anatel elaborou o primeiro Plano Geral de Metas de Universalização - PGMU, aprovado pelo Presidente da República pelo Decreto nº 2.592, de 15 de maio de 1998, e o segundo PGMU, aprovado pelo Decreto nº 4.769, de 27 de junho de 2003. Atualmente, o terceiro PGMU já se encontra em fase de elaboração.

2.3 A universalização dos serviços de telecomunicações enquanto objetivo fundamental da República Federativa do Brasil

Conforme dispõe o artigo 3º da Carta Magna, constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Percebe-se, portanto, que um dos objetivos do país é o de reduzir as desigualdades sociais e regionais e que a universalização das telecomunicações pode ser encarada como um objetivo específico do citado pela Carta Magna, tendo em vista que uma população sem telecomunicações, no mundo globalizado do século XXI, permanece à margem da sociedade.

Acelerar o desenvolvimento econômico e social é um dos princípios regulatórios que permeiam as telecomunicações no Brasil, conforme dispõe o item II.1 do Plano Geral de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil – PGR, aprovado pela Resolução nº 516, de 30 de outubro de 2008 da Anatel:

II.1. Acelerar o desenvolvimento econômico e social

As telecomunicações são mais causa do que consequência do desenvolvimento de um país. A compreensão do papel das telecomunicações como instrumento de aceleração do desenvolvimento econômico e social, trazendo sustentabilidade e melhor qualidade de vida ao cidadão, deve orientar a elaboração dos regulamentos pela Anatel, com ênfase nos aspectos que levem ao aumento da competitividade do país, a criação de empregos e à defesa dos direitos do cidadão a educação saúde e segurança.

Nesse sentido é a doutrina de Lucia Valle Figueiredo, a qual sustenta que os limites da intervenção econômica devem ser buscados na própria Constituição Federal:

As balizas da intervenção deverão ser, sempre e sempre, ditadas pela principiologia constitucional, pela declaração expressa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre eles a *cidadania*, a *dignidade da pessoa humana*, os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*³⁰.

Além de apresentar tais limites, ensina a autora que os objetivos expressos no artigo 3º da Constituição Federal também são valores que merecem custódia especial, razão pela qual a intervenção econômica deve almejar atingi-los.

Não bastasse, fosse pouco, no artigo 3º considerou a Constituição expressamente, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a *constituição de uma sociedade livre, justa e solidária*; a *erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais*³¹.

Também importante é o que destaca Leonor Augusta Giovine Cordovil quanto à necessidade de intervenção estatal para evitar que a atuação dos agentes econômicos do setor fique circunscrita à lucratividade e acabe não gerando o benefício social esperado:

Ao incentivar a realização de uma meta de universalização dos serviços de telecomunicações, o estado estará buscando a realização de alguns princípios esculpidos no art. 170 da Constituição Federal, como a função social da propriedade e a redução das desigualdades regionais e sociais. A propriedade privatizada a partir de 1998 no setor de telecomunicações deve cumprir sua função social, que no caso consistem no desenvolvimento econômico do País e na garantia dos direitos do cidadão, como o acesso à informação e ao conhecimento. Além disso, não pode o poder privado preferir algumas regiões do País em razão do índice de lucratividade que elas representam, devendo orientar-se no sentido do desenvolvimento de todo o Brasil, inclusive e principalmente das regiões mais distantes³².

Conforme já visto no 1º capítulo deste trabalho, a intervenção no domínio econômico deve se basear nos princípios descritos no artigo 170 da Constituição Federal. No caso da contribuição ao Fust, podemos citar como fundamento da

³⁰ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Reflexões sobre a Intervenção do Estado no Domínio Econômico e as contribuições Interventivas*. In: *As Contribuições no sistema tributário brasileiro*/ coordenador Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética, Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2003, p. 394.

³¹ *Ibid.*, p. 394.

³² CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. *A intervenção estatal nas telecomunicações: a visão do direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.247.

intervenção no domínio econômico a redução das desigualdades sociais e regionais, prevista no inciso VII do artigo 170:

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Pode-se perceber, assim, que, além de objetivo do país, a redução das desigualdades sociais é uma das finalidades que podem fundamentar uma intervenção no domínio econômico.

O sociólogo Bernardo Sorj nos alerta para o fato de que, na sociedade contemporânea, a introdução de novos produtos de consumo afeta a abrangência dos bens mínimos necessários para a vida em sociedade.

A questão central da sociedade contemporânea é que a introdução de novos produtos de consumo que afetam a qualidade de vida implica a mudança do patamar civilizatório que define os bens mínimos necessários para a vida de sociedade. Neste sentido, cada inovação tecnológica relevante nos produtos de consumos modifica a percepção de inclusão/exclusão social em função da possibilidade de acesso aos novos produtos. Redefine-se, assim, o universo de bens e serviços que exigem algum tipo de intervenção estatal. Noutras palavras, a pobreza e, portanto, a luta contra ela, é dinâmica e exige constantes esforços de

readaptação dos instrumentos de políticas sociais às cambiantes condições do mundo atual³³.

Além disso, explica o sociólogo que estar à margem desse processo de inovação tecnológica pode gerar um aumento da desigualdade social ainda que haja uma diminuição da pobreza.

A exclusão digital representa uma dimensão da desigualdade social: ela mede a distancia do acesso a produtos, serviços e benefícios das novas tecnologias da informação e da comunicação entre diferentes segmentos da população. E exclusão digital trata igualmente de um outro tema associado à questão de desigualdade social, mas que não pode ser confundido com esta: a telemática como instrumento de luta contra a pobreza (a população que se encontra abaixo do que é considerado o mínimo necessário para viver numa sociedade dada) e, ao mesmo tempo, aumentar a desigualdade social. A luta contra a desigualdade social e contra pobreza apresentam, portanto, superposições, mas não são sinônimos³⁴.

Essa também é a preocupação do Plano Geral de Atualização da Regulação das Telecomunicações, conforme dispõe o item III.1:

III.1 Massificação do Acesso em Banda Larga

Considerando a demanda crescente por conteúdo multimídia e a necessidade de superação do hiato digital, que exige transmissão de dados em alta velocidade com elevada capacidade e faixas de radiofrequência disponíveis, bem como as possibilidades de inclusão social que esse conteúdo permite, verifica-se a necessidade de massificar o acesso em banda larga para as diversas camadas da população. Aspecto igualmente relevante diz respeito às exigências de aplicações específicas para cada segmento social.

(...)

O aumento da abrangência e da capilaridade do acesso garantirá a ampliação dos benefícios sociais advindos do acesso e do uso da informação, sendo que a competição, inclusive no que diz respeito às redes, deverá ser o vetor para a massificação do seu uso. Este objetivo é um dos principais orientadores da atuação da Anatel.

Percebe-se, portanto, a importância da contribuição ao fundo de universalização das telecomunicações com o objetivo de diminuir e estagnar a

³³ SORJ, Bernardo. brasil@povo.com: a luta contra a desigualdade na Sociedade da Informação. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. Brasília, DF: Unesco, 2003, p. 31.

³⁴ Ibid., p. 62.

desigualdade social do país. Dessa forma, passemos à análise da contribuição ao Fundo de Universalização das telecomunicações.

2.4 O Fundo de Universalização das Telecomunicações

A LGT, que é de 16 de julho de 1997, já previa desde a sua publicação a criação do Fundo de Universalização de Telecomunicações - Fust em seu artigo 48, §2º, *in verbis*:

Art. 48. § 2º Após a criação do fundo de universalização dos serviços de telecomunicações mencionado no inciso II do art. 81, parte do produto da arrecadação a que se refere o *caput* deste artigo será a ele destinada, nos termos da lei correspondente.

O §1º do artigo 80 da LGT ainda dispõem que as fontes de financiamento das obrigações de universalização devem ser neutras em relação à competição entre as prestadoras. Já o §2º prevê que os recursos do Fundo de Universalização das Telecomunicações – Fust não podem ser utilizados para cobrir custos com a universalização de serviços que as prestadoras devam suportar nos termos do contrato de concessão.

Art. 80.

§ 1º O plano detalhará as fontes de financiamento das obrigações de universalização, que serão neutras em relação à competição, no mercado nacional, entre prestadoras.

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

Do artigo 81 do mesmo instrumento legislativo constam as fontes de custeio para cobrir o custo da universalização que não possa ser recuperado pela exploração eficiente do serviço.

Art. 81. Os recursos complementares destinados a cobrir a parcela do custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de prestadora de serviço de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço, poderão ser oriundos das seguintes fontes:

I - Orçamento Geral da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - fundo especificamente constituído para essa finalidade, para o qual contribuirão prestadoras de serviço de telecomunicações nos regimes público e privado, nos termos da lei, cuja mensagem de criação deverá ser enviada ao Congresso Nacional, pelo Poder Executivo, no prazo de cento e vinte dias após a publicação desta Lei.

Parágrafo único. Enquanto não for constituído o fundo a que se refere o inciso II do caput, poderão ser adotadas também as seguintes fontes:

I - subsídio entre modalidades de serviços de telecomunicações ou entre segmentos de usuários;

II - pagamento de adicional ao valor de interconexão.

Apesar da previsão na LGT, que é do ano de 1997, o Fundo de Universalização de Telecomunicações só veio a ser criado três anos mais tarde com a Lei n.º 9.998, de 17 de agosto de 2000.

Conforme o artigo 1º da referida Lei, o fundo tem por finalidade disponibilizar recursos para cobrir a parcela de custo não recuperável pela exploração do serviço com o objetivo de universalizar serviços de telecomunicações. Em outras palavras, o fundo serve para alcançar os rincões do Brasil, lugares em que a Concessionária não possui interesse em investir, por não ser rentável³⁵.

Art. 1º Fica instituído o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – Fust, tendo por finalidade 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, nos termos do disposto no inciso II do art. 81 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

A mesma lei que criou o referido fundo também instituiu que todas as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações contribuam com um por cento sobre a receita operacional bruta decorrente da prestação de serviços de telecomunicações, nos termos do art. 6º da Lei nº 9.998/2000.

³⁵ O Projeto de Lei 1481/2007, que tramita no Congresso, prevê a alteração de tal dispositivo com vistas a ampliar a utilização de recursos do FUST, financiando de outras formas programas, projetos e atividades governamentais voltados a ampliar o acesso da sociedade aos serviços de telecomunicações prestados em regime público ou privado.

Art. 6º. Constituem receitas do Fundo:

V – 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.

Dessa forma, apesar de ainda muito se discutir acerca da natureza jurídica da contribuição ao fundo de universalização, a Anatel já se manifestou no sentido de ser esta uma Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE, conforme se percebe da Súmula nº 7, de 15 de dezembro de 2005 e publicada no Diário Oficial em 19 de dezembro de 2005, *in verbis*:

CONSIDERANDO que a contribuição de que trata o inciso IV e parágrafo único do art. 6º da Lei n.º 9.998, de 17 de agosto de 2000, que institui o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST, é um tributo de caráter finalístico-compulsório, caracterizando-se como uma Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE, expressamente determinada no art. 149 da Constituição Federal de 1988 [...]

Esse também é o entendimento de Paulo Roberto Lyrio Pimenta³⁶:

Indubitavelmente, essa exação tem natureza de contribuição de intervenção no domínio econômico. De fato, a hipótese é a de existência de intervenção indireta, realizada por meio de uma agência reguladora (Anatel), utilizando a técnica do incentivo para implementar finalidades constitucionais, mormente o princípio prescrito no art. 170, inciso VII, da Constituição.

A Contribuição ao Fust tem como critério material, portanto, conforme se vislumbra do artigo 6º da Lei 9.998/2000, a prestação de serviços de telecomunicações seja no regime público seja no regime privado e o critério espacial da CIDE do Fust é o território nacional.

³⁶ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002, p 113.

Já o critério temporal da referida CIDE está previsto no parágrafo único do artigo 21 do Decreto nº 3.624/2000 – Regulamento do Fust, o qual dispõe que as empresas devem prestar contas mensais à Anatel.

Art. 21. Parágrafo único. As empresas prestadoras de serviços de telecomunicações encaminharão, mensalmente, à Agência Nacional de Telecomunicações, prestações de contas referentes ao valor da contribuição, na forma da regulamentação por ela expedida.

Ainda se pode afirmar que o sujeito ativo da referida contribuição ao Fust é a Anatel, nos termos do artigo 4º da Lei 9.998/2000, *in verbis*:

Art. 4º. Compete à Anatel:

I – implementar, acompanhar e fiscalizar os programas, projetos e atividades que aplicarem recursos do Fust;

II – elaborar e submeter, anualmente, ao Ministério das Comunicações a proposta orçamentária do Fust, para inclusão no projeto de lei orçamentária anual a que se refere o § 5º do art. 165 da Constituição, levando em consideração o estabelecido no art. 5º desta Lei, o atendimento do interesse público e as desigualdades regionais, bem como as metas periódicas para a progressiva universalização dos serviços de telecomunicações, a que se refere o art. 80 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997;

III – prestar contas da execução orçamentária e financeira do Fust.

Já como sujeito passivo da contribuição ao Fust tem-se as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações.

A base de cálculo desta contribuição é a receita operacional bruta, conforme artigo 6º da Lei 9.998/2000. A receita operacional bruta é definida por Fernando Neto Botelho como “espécie de ‘receita’ da empresa – ou a ‘entrada’ de recursos para a empresa decorrente de sua exclusiva atividade-fim – antes de deduzida qualquer despesa (saída de recursos)”.

No entanto, deve-se lembrar que o §3º do artigo 10 da Lei 9.998/2000 exige que as empresas prestadoras de telecomunicações indiquem, em separado, o valor da contribuição ao Fust referente aos serviços faturados, o que deve ser feito mês a mês.

A alíquota também está prevista no artigo 6º da Lei 9.998/2000, o qual fixou em 1% sobre a receita operacional bruta das prestadoras de telecomunicações, deduzidos o ICMS, o Pis e o Cofins.

Finalizada a análise do regime jurídico das CIDEs e do fundamento da contribuição ao Fust, devemos analisar alguns parâmetros utilizados pelo STF para declarar a constitucionalidade da contribuição social em caso similar.

3 O CASO DAS MINERADORAS E REFINARIAS DE PETRÓLEO

3.1 A alteração da Emenda Constitucional nº 33/2001

Antes da Emenda Constitucional nº 33/ 2001, que alterou o §3º do artigo 155, nenhum outro **tributo** poderia incidir sobre os serviços de telecomunicações, além do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, do Imposto de Importação - II e do Imposto de Exportação - IE.

Art. 155. § 3.º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do *caput* deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro **tributo** poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

A publicação da Lei do Fust é do ano 2000, época em que o §3º do artigo 155 da Constituição Federal previa que nenhum outro tributo, além dos citados no artigo, poderia incidir sobre o setor de telecomunicações. Por este motivo, as prestadoras de telecomunicações têm alegado em sede de Processos Administrativos Fiscais, em que pese estes não serem a via adequada para discutir inconstitucionalidades, que a contribuição instituída pela Lei do Fust sobre a receita operacional bruta dos serviços de telecomunicações seria inconstitucional.

Tal alegação baseia-se no fato de que a Lei do Fust instituiu como uma de suas fontes de custeio a contribuição de intervenção no domínio econômico que deve ser paga por todas empresas que prestam serviços de telecomunicações.

A CIDE, como já visto no Capítulo 1 deste trabalho, é considerada pela maioria dos doutrinadores uma espécie do gênero tributo, razão pela qual alegam as prestadoras que a CIDE prevista pela Lei do Fust seria inconstitucional porque incidente no setor de telecomunicações quando a Constituição Federal expressamente proibia tal instituição.

No entanto, com o advento da Emenda nº 33/2001, a redação do dispositivo foi alterada para prever que nenhum outro **imposto** poderia incidir sobre tais serviços além dos já mencionados ICMS, II e IE.

Art. 155. § 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001).

A partir do exposto, podemos chegar à seguinte indagação: tendo em vista que a Lei nº 9.998/2000 foi elaborada quando a Constituição Federal expressamente proibia a instituição de qualquer outro tributo no setor de telecomunicações que não fosse o ICMS, o II e o IE, a contribuição ao Fust seria constitucional, já que atualmente encontra-se de acordo com a alteração dada pela Emenda nº 33/2001?

Apesar de não haver no nosso ordenamento jurídico o instituto da constitucionalidade superveniente³⁷, em caso semelhante e mesmo antes da alteração trazida por meio da EC nº 33/2001, o Supremo Tribunal Federal já afirmava que a imunidade constante no artigo 155, §3º, da CF não afastava a incidência de contribuições destinadas à seguridade social.

O STF posicionou-se neste sentido no caso das mineradoras e refinarias, quando, afastando a interpretação literal do dispositivo, deu ênfase ao prescrito no artigo 195 da CF, o qual dispõe que a seguridade social deve ser financiada por toda a sociedade, conforme se percebe da ementa a seguir:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. DISTRIBUIDORAS DE DERIVADOS DE PETRÓLEO, MINERADORES, DISTRIBUIDORAS

³⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello explica: “Logo, não é de admitir que Emenda Constitucional superveniente a Lei inconstitucional, mas com ela compatível, receba validação dali para o futuro. Antes, ter-se-á de entender que se o legislador desejar produzir nova lei e com o mesmo teor, que o faça, então, editando-a novamente, já agora – e só agora – dentro de possibilidades efetivamente comportadas pelo sistema normativo”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Leis Originalmente Inconstitucionais Compatíveis com Emenda Constitucional Superveniente. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abril/maio/junho, 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 10 de dezembro de 2009, p. 16.

DE ENERGIA ELÉTRICA E EXECUTORAS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. C.F., art. 155 , § 3º. Lei Complementar nº 70, de 1991. I. - Legítima a incidência da COFINS e do PIS sobre o faturamento da empresa. Inteligência do disposto no § 3º do art. 155, C.F. , em harmonia com a disposição do art. 195, caput, da mesma Carta. Precedente do STF: RE 144.971-DF, Velloso, 2.º T., RTJ 162/1075. II. - R.E. conhecido e provido³⁸.

Com base nesse julgado e outros, é que o enunciado da súmula nº 659 do STF passou a vigorar. O enunciado trata como legítima a cobrança da COFINS, do PIS e do FINSOCIAL sobre as operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do país.

SÚMULA Nº 659. É legítima a cobrança da COFINS, do PIS e do FINSOCIAL sobre as operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do país (Sessão Plenária de 24/09/2003; DJ de 9/10/2003).

Dessa forma, deve-se analisar o julgado do STF para averiguar se a contribuição de intervenção no domínio econômico ao Fust, apesar de possuir natureza jurídica distinta da contribuição de seguridade social, também não tem sua hipótese de incidência afastada pelo artigo 155, §3º, da CF, mesmo antes do advento da EC nº 33/2001.

3.2 Decisão do Recurso Extraordinário nº 233.807-4/RN

O Recurso Extraordinário nº 233.807-4 tem como recorrente a União e como recorrido o Posto Frei Damião Ltda., entre outros.

A União recorreu com base no artigo 102, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, tendo em vista que o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em mandado de segurança, entendeu que as operações efetuadas com combustíveis e derivados de petróleo estariam imunes à exigência da contribuição para o financiamento da seguridade social – COFINS, com base no artigo 155, §3º, da Constituição Federal.

³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal Tribunal Pleno, Relator para Acórdão Min. Carlos Velloso, RE 233.807-4 / RN, DJ 28/06/2002

Sustentou a União que a imunidade prevista no referido dispositivo constitucional restringir-se-ia às “operações” relativas a combustíveis, enquanto a CONFINS incidiria sobre o “faturamento”, ocorrendo, portanto, diversidade de fatos geradores. Rejeitou ainda a tese de que o faturamento seria o resultado da distribuição do combustível, pois, caso assim se entendesse, as empresas também estariam imunes ao Imposto de Renda - IR e ao Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU.

O recurso foi inadmitido e os autos subiram em decorrência de provimento de agravo de instrumento. Em razão da relevância do tema, o Relator Ministro Carlos Velloso remeteu o feito ao julgamento do Plenário.

Neste Recurso Extraordinário, os Ministros do Supremo Tribunal Federal acordaram, por maioria, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Foram vencidos os Srs. Ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Sydney Sanches. O Ministro Celso de Mello estava ausente.

3.2.1 Voto do Relator: Ministro Carlos Velloso

Nesse julgamento, o Ministro Carlos Velloso trouxe à baila sua decisão no RE nº 144.971/ DF no sentido de ser a cobrança do PIS, sob o pálio da Constituição Federal de 1967 – CF/67, legítima sobre minerais, não obstante existir à época o princípio do Imposto Único sobre Minerais (artigo 21, inciso IX, da CF/67).

No RE nº 144.971/ DF, o Ministro inicia pela análise da legitimidade da cobrança do PIS sob o pálio da Constituição Federal de 1988, tendo em vista o disposto no artigo 155, §3º. Citou, então, neste voto, a decisão de 1ª instância do juiz federal Sacha Calmon Navarro Coelho no sentido de afastar a pretensão dos impetrantes.

Sacha Calmon destaca nesta parte de sua sentença que fora citada pelo Ministro Carlos Velloso alguns pontos relevantes que merecem ser mencionados, quais sejam: 1) que o PIS não incide sobre as “operações” com energia elétrica, combustíveis e minerais do país, mas, sim, sobre a “receita operacional bruta”; 2) que o que se quer com a imunidade do artigo 155, §3º, da CF, é evitar a cobrança de empréstimos

compulsórios sobre tais setores da economia, visando evitar onerar os contribuintes de fato; 3) que dizer que o artigo 155, §3º, da CF imuniza esses setores de pagar as contribuições parafiscais seria, no mínimo, atentatório aos princípios da capacidade contributiva (art. 145, §1º) e da igualdade tributária (art. 150, II), ainda citando o dever de todos de contribuir com a seguridade social, conforme prevê o art. 195, da CF.

Dessa forma, o Ministro Carlos Velloso destacou: 1) o que estabelece o art. 195, caput, da CF, no sentido de a seguridade social dever ser financiada por todos; 2) o que estabelece o §7º do artigo 195, o qual prevê expressamente quais as hipóteses nas quais não devam incidir as contribuições sociais; 3) que empresas de grande porte como as empresas de mineração, as distribuidoras de derivados de petróleo, as distribuidoras de eletricidade e as que executam serviços de telecomunicações não podem estar imunes de pagar as contribuições sociais, tendo em vista violar os princípios da igualdade e da capacidade contributiva.

O Relator ainda citou a lição da professora Lúcia Valle Figueiredo que ressalta a falta de técnica do legislador constituinte, o que é percebido, por exemplo, quando, no texto da Constituição (artigo 195, §7º), o legislador fala em “isenção” e não em “imunidade”. Assim, a professora destaca que, para interpretar o texto constitucional, deve-se interpretar o texto dentro de um contexto sistemático, tendo em vista, inclusive, que a presunção *juris tantum* é a de constitucionalidade.

Assim, concluiu o Ministro Carlos Velloso conhecendo do recurso e dando-lhe provimento.

3.2.2 Voto do Ministro Maurício Corrêa

O Ministro Maurício Corrêa pediu vistas após o ministro Nelson Jobim acolher os fundamentos deduzidos pelo Ministro-Relator Carlos Velloso. Seu voto, em síntese, trouxe à baila os pontos a seguir tratados.

Primeiramente, o Ministro ressaltou que a norma constitucional prevista no §3º do artigo 155 não se trata nem de imunidade tributária nem de isenção, mas de uma

“exclusividade tributária” no que concerne às operações relativas aos setores de energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais.

Ainda sustentou que as contribuições sociais se constituem em modalidade tributária autônoma e que, na expressão “nenhum outro tributo” presente no §3º do artigo 155, não estaria compreendida a contribuição social cuja incidência dá-se sobre a folha de salários, o “faturamento” e o lucro dessas empresas e não sobre as “operações” por ela realizadas.

Além disso, destacou o Ministro Maurício Corrêa que o artigo 74 do CTN estabeleceu as hipóteses de incidência do imposto sobre operações relativas a combustíveis e lubrificantes, energia elétrica e minerais do país e o §2º do mesmo artigo fixou que o imposto incide uma só vez. A par disso, nas Disposições Finais e Transitórias do CTN (artigo 217, inciso V), a lei também não excluiu a incidência e a exigibilidade de outras contribuições sociais.

Concluiu, ainda, o Ministro que não haveria razão para restringir o significado de faturamento do direito comercial, que se constitui no registro fiscal e contábil das operações, tendo em vista que a própria Constituição Federal prevê essa hipótese de incidência da contribuição social no seu artigo 195, inciso I.

Dessa forma, ressaltou o Ministro que não há como se conceber que as empresas que exploram tais setores, que seriam gigantes da economia nacional, fossem excepcionadas pela lei. Acompanhou, portanto, os fundamentos e a conclusão do voto do Ministro-Relator.

3.2.3 Voto do Ministro Moreira Alves (Voto Vencido)

O Ministro Moreira Alves trouxe as razões do seu voto no AGRE nº 205.355, o qual se baseia em três questionamentos: a) se o §3º do artigo 155 trata de imunidade; b) qual alcance teria o termo “tributo” empregado no referido dispositivo e c) qual seria o

sentido da frase “nenhum outro tributo incidirá sobre operações relativas a energia elétrica, combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes e minerais do país”.

Quanto ao primeiro questionamento, o Ministro Moreira Alves ressaltou que tanto faz se entender a imunidade tributária como vedação constitucional à competência tributária excluindo-a ou limitando-a, como não incidência constitucionalmente qualificada. Dessa forma, concluiu que no caso do artigo 155, §3º, tem-se uma dessas limitações.

Quanto ao segundo questionamento, o Ministro afastou de plano a corrente tripartite dos tributos e considerou que a expressão “tributo” do §3º do artigo 155 refere-se também às contribuições sociais.

Já no que se refere ao terceiro questionamento, o Ministro Moreira Alves fez, primeiramente, a ressalva de que não assiste razão ao argumento de restringir a imunidade em causa apenas aos tributos em que a Constituição expressamente aludir a “operações” como sendo o núcleo material possível de sua hipótese de incidência, tendo em vista que a referida imunidade só alcançaria dois tributos: o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS e o Imposto sobre Operações Financeiras - IOF.

Além disso, ressaltou o Ministro de que, se fosse feita tal interpretação apegada à letra da Constituição, não haveria razão para que os impostos de importação e exportação estivessem excluídos da imunidade, tendo em vista que, tecnicamente, estes impostos também não incidem sobre “operações”.

Destacou também o Ministro Moreira Alves que a finalidade de tal imunidade seria a de evitar que houvesse excessiva oneração fiscal desses setores, que são de vital importância para a economia nacional e, assim, teriam seus bens com preços de vendas muito altos.

Assim, concluiu o Ministro que tal finalidade econômica não poderia ser alcançada excluindo-se da imunidade apenas os empréstimos compulsórios, devendo a imunidade abarcar “não só a incidência sobre as operações relativas aos bens a que ele se refere, mas também aquele que incida mediatamente sobre elas, como o que tenha como fato gerador a receita exclusivamente decorrente dessas operações, cuja base de cálculo, por ser o valor dessa receita, venha a ser fator de aumento do preço de venda desses bens”.

Ainda lembrou o Ministro que a objeção de que a sua interpretação deixa de lado o princípio de que a seguridade social deve ser financiada por toda sociedade direta ou indiretamente não é procedente, já que existem outras isenções do pagamento dessas contribuições feitas pela Lei Complementar nº 70/91, por exemplo.

Dessa forma, concluiu o Ministro Moreira Alves pelo não conhecimento do Recurso Extraordinário pelos mesmos fundamentos da sua decisão exarada no AGRE nº 205.355.

3.2.4 Voto do Ministro Ilmar Galvão

O Ministro Ilmar Galvão iniciou seu voto explicando que, quando o art. 155, §3º, da CF, alude a operações relativas aos citados setores, na verdade, quer se referir às operações tributadas pelo ICMS (produção; circulação e consumo), II (importação) e IE (exportação).

Assim, destacou que o artigo 195, inciso I, da Constituição tem por hipótese de incidência fato que não se confunde com qualquer das citadas operações, qual seja, o faturamento. Ressaltou, portanto, que nenhum dos citados impostos tem esse elemento como hipótese de incidência, nenhum recairia sobre o faturamento.

Além disso, sustentou que as contribuições sociais deveriam ser financiadas por toda a sociedade e que, se o legislador quisesse imunizar tais setores do pagamento dessas contribuições, teria feito ao menos remissão do §3º do artigo 155 no §7º do artigo 195.

Por fim, concluiu que subtrair empresas de grande porte econômico como as desses setores do pagamento das contribuições sociais é um privilégio que não foi justificado de modo plausível por nenhum dos pareceristas que apresentaram seus estudos no caso. Dessa forma, votou o Ministro Ilmar Galvão no mesmo sentido do voto do Relator.

3.2.5 Voto do Ministro Marco Aurélio (Voto Vencido)

O Ministro Marco Aurélio trouxe as razões do seu voto no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 205.355-4/DF. Primeiramente, preocupou-se o Ministro em ressaltar que imunidade presente no artigo 155 §3º não afasta do cenário jurídico o aspecto da universalidade das contribuições sociais.

Posteriormente, destacou que a capacidade econômica do contribuinte também não restaria violada, tendo em vista que esta haveria de ser observada apenas quanto aos impostos e não quanto ao gênero tributo, conforme artigo 145, §1º, da Constituição.

Ainda ressaltou que o tratamento isonômico também não restaria violado, já que a análise do §3º deve se dar à luz de todo o sistema contemplado, considerando todos os preceitos integrantes. Portanto, concluiu que a imunidade prevista no §7º do artigo 195 da Constituição Federal não afastaria a incidência de outras normas e não impediria a aplicação do artigo 155, §3º.

Além disso, fundamentou que o significado do vocábulo “operações” provoca de forma necessária e conseqüencial ao faturamento, chegando-se, com ele, à receita bruta. Portanto, afirmou que, ao não se estender o que é previsto no §3º à comercialização, ter-se-ia, na verdade, uma imunidade que cobriria “tão-somente a propriedade e não os desdobramentos dessa mesma propriedade, que revelam a operação, a venda, o faturamento”.

Dessa forma, concluiu pelo não conhecimento do Recurso Extraordinário pelos mesmos fundamentos da sua decisão exarada no AGRE nº 205.355.

3.2.6 Voto do Ministro Sepúlveda Pertence

O Ministro Sepúlveda Pertence afirmou primeiramente que as contribuições sociais seriam espécies de tributos. No entanto, ressaltou que não conseguiu se convencer de que uma regra de imunidade objetiva como a trazida no §3º do artigo 155 da Constituição, destinada a cobrir “operações”, pudesse alcançar tributos incidentes sobre o “faturamento”, que equivale à receita bruta das empresas.

Para Pertence, dizer que a “imunidade de operações se estende ao faturamento, porque o mesmo se compõe da quantificação financeira de todas as operações do período considerado”, pareceria ir longe demais.

Dessa forma, explicou que, quanto aos tributos incidentes sobre o faturamento, (entendido como a receita bruta de um determinado período), se a lei fosse revogada antes do final desse período de apuração do faturamento, não haveria que se falar em incidência do tributo, por mais que tenha ocorrido várias operações tendentes a compor as parcelas do faturamento. Abaixo segue a transcrição do trecho do seu voto nesse sentido:

É como o que sucede nos tributos que incidem sobre o faturamento, como tal se entendendo a receita bruta de um determinado período de tempo. Antes do termo desse período de tempo, nada existe. Basta recordar que, revogada a lei, num átimo de tempo antes de encerrado o período de apuração do faturamento que a norma revogada tornara tributariamente relevante, não haverá incidência, por mais operações que haja ocorrido tendentes a compor parcelas do que no momento adequado, se a ele se chegasse, constituiria o faturamento.

Pertence trouxe as razões do seu voto no RE nº 170.717 e da ADIN nº 447 para concluir que se deveria sacrificar o menos possível um princípio constitucional de maior alcance, razão pela qual acompanhou o voto do Relator.

3.2.7 Voto do Ministro Octavio Gallotti

O Ministro Octavio Gallotti proferiu um breve voto no sentido de acompanhar a conclusão e os fundamentos constantes do voto do Relator.

3.2.8 Voto do Ministro Néri da Silveira

O Ministro Néri da Silveira iniciou seu voto trazendo seu entendimento no extinto Tribunal Federal de Recursos no sentido de não considerar as contribuições como tributos. Dessa forma, pediu vênua para considerar as contribuições sociais não como tributo *stricto sensu*, tendo em vista que o artigo 145 da Constituição trouxe expressamente os tributos que poderiam ser instituídos.

Por conseguinte, sustentou que as contribuições sociais não estariam abrangidas na fórmula “nenhum outro tributo” constante do §3º do artigo 155, tendo em vista que a expressão “tributo” estar-se-ia referindo apenas aos tributos dispostos no artigo 145, quais sejam: taxas, impostos e contribuições de melhoria.

Dessa forma, acompanhou o voto do Ministro Carlos Velloso, conhecendo e dando provimento ao recurso extraordinário.

3.3 Fundamentos da decisão do STF no RE nº 233.807-4

Pode-se concluir, pelo exposto, que a decisão do STF no sentido de fazer incidir a contribuição social no setor de mineração baseou-se nos seguintes fundamentos:

1) que as contribuições sociais não incidem sobre as “operações” com energia elétrica, combustíveis e minerais do país, mas, sim, sobre a “receita operacional bruta”;

2) que o que se quer com a imunidade do artigo 155, §3º, da CF, é evitar a cobrança de empréstimos compulsórios sobre tais setores da economia, visando evitar onerar os contribuintes de fato;

3) que dizer que o artigo 155, §3º, da CF imuniza esses setores de pagar as contribuições parafiscais seria, no mínimo, atentatório aos princípios da capacidade

contributiva (art. 145, §1º) e da igualdade tributária (art. 150, II), ainda citando o dever de todos de contribuir com a seguridade social, conforme prevê o art. 195, da CF.

3.4 Ponderação de bens, valores e normas

Para se analisar a constitucionalidade da contribuição ao Fust, deve-se, portanto, ponderar os aspectos da decisão do STF no RE nº 233.807-4 com relação às contribuições sociais incidentes no setor de mineração com os aspectos da contribuição de intervenção no domínio econômico incidente no setor de telecomunicações, o que será realizado no capítulo a seguir.

4 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

4.1 A nova interpretação constitucional e o pós-positivismo

Neste capítulo, a partir do caso das mineradoras já exposto no capítulo anterior, serão analisados os métodos de interpretação constitucional, para, então, se concluir acerca da (in) constitucionalidade da contribuição de intervenção no domínio econômico ao Fust, baseando-se nos princípios que sustentam a sua instituição.

Antes de qualquer coisa, cabe, no entanto, dar algumas explicações acerca da nova interpretação constitucional e do papel dos princípios no Direito Brasileiro.

Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos explicam que a nova interpretação constitucional fundamenta-se no conteúdo de que as “cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam a um sentido unívoco e objetivo”.³⁹

Dessa forma, os autores explicam que a idéia de uma nova interpretação constitucional surgiu com a constatação de que as normas jurídicas possuem múltiplos sentidos e objetivos e que o trabalho do intérprete não é uma atividade mecânica e sem criatividade⁴⁰.

Ressaltam, no entanto, que a idéia de uma nova interpretação constitucional não deixa de lado o método clássico subsuntivo e nem dos elementos tradicionais de hermenêutica.

A idéia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o *subsuntivo*, fundado na aplicação de *regras* – nem

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 332.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 331-332.

dos elementos tradicionais de hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico⁴¹.

Assim, explicam que a superação do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram espaço para reflexões acerca do Direito, de sua função social e sua interpretação, dando ênfase aos valores, princípios e regras e ao que se estão chamando provisoriamente de pós-positivismo⁴².

4.2 A diferença entre princípios e regras

Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos ainda ensinam que a diferença entre princípios e regras foi indispensável para a superação do “positivismo legalista”.⁴³

Dessa forma, sustentam que “a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central”.⁴⁴

Aponta os autores que, para ocorrer tais mudanças, Ronald Dworkin e Robert Alexy foram indispensáveis⁴⁵.

Em seu livro “A Teoria dos Princípios”, Humberto Ávila explica que “a finalidade do estudo de Dworkin foi fazer um ataque geral ao Positivismo (*general attack on Positivism*), sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios”.⁴⁶

Nas palavras do próprio Dworkin, “a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica”⁴⁷, tendo em vista a natureza da orientação que oferecem.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 331.

⁴² *Ibid.*, p. 336.

⁴³ *Ibid.*, p. 337.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 338.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 338.

⁴⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 36.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

Assim, explica que “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.⁴⁸

Ronald Dworkin ressalta, assim, que, quanto aos princípios, não é assim que funciona, tendo em vista que, “mesmo aqueles que mais se assemelham a regras, não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”.⁴⁹ Por essa razão, sustenta que um princípio “enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita de uma decisão particular”.⁵⁰

Daí advém a afirmação de Dworkin no sentido de terem os princípios, ao contrário das regras, uma dimensão de peso.

Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade do contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.⁵¹

Paulo Gustavo Gonet Branco explica que Dworkin não admite que o juiz possua uma forte discricionariedade, ou seja, uma liberdade de escolha de significados normativos, tal como os positivistas defendiam.

Os positivistas consideram que, além de um conjunto de sentidos bem definidos que se pode extrair das normas, resta, por vezes, uma zona de penumbra, caracterizada pela falta de norma encontrável pelos métodos tradicionais para regular a situação mais complexa. Nessas hipóteses, o juiz gozaria de discricionariedade para decidir como lhe parece mais apropriado. Essa discricionariedade seria a contrapartida da inexistência de somente uma resposta correta, extraída do direito posto – ainda que, como salientam alguns positivistas, essa liberdade não seja completa,

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 40.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 41.

⁵¹ *Ibid.*, p. 43.

nem se reduza a um capricho, uma vez que encontra limites que estreitam o seu escopo.

Dworkin não admite a discricionariedade forte, equivalente a uma audaciosa liberdade de escolha de significados normativos, que os positivistas advogam⁵².

Branco ainda ressalta que, para Dworkin, os juízes deveriam aplicar princípios de conotação moral para resolver os casos difíceis e que seria possível encontrar “a única resposta correta” para o caso⁵³.

Dessa forma, Paulo Gustavo Gonet Branco destaca que “o enfoque de Dworkin não leva a um exercício de *balancing*, mas a uma escala de considerações a respeito do conflito [entre princípios], sobre a base das respectivas [de cada princípio envolvido na colisão] contribuições para a busca da igualdade de consideração e respeito⁵⁴”.

Assim, Branco explica que o juiz deve, sob o enfoque de Dworkin, seguir os precedentes da sua corte e dos tribunais superiores⁵⁵.

O processo de interpretação é associado por Dworkin à elaboração de um romance escrito por vários autores, em momentos distintos, cada qual escrevendo uma parte que será complementada por outro – o romance em cadeia. Os autores têm consciência de que estão acrescentando capítulos a uma história que começou com outro autor. Precisam conhecer o que foi redigido antes, reconstruir a história, descobrir os princípios que a inspiram e, então dar-lhe continuidade.

A maior parte das críticas à teoria de Dworkin referem-se à sua tese da única resposta correta para os casos difíceis. Entre os críticos, está Robert Alexy.

Branco destaca que Alexy e Dworkin compartilham de algumas perspectivas de análise do Direito, tal como “a rejeição da idéia positivista de que, nos casos difíceis, o

⁵² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. Série IDP, p. 148.

⁵³ Ibid., p. 148.

⁵⁴ Ibid., p. 149.

⁵⁵ Ibid., p. 151.

suposto vazio do sistema jurídico seria preenchido por critérios discricionários, extrajurídicos, à moda da ação do legislador”.⁵⁶

No entanto, Paulo Gustavo explica que Alexy “não endossa a noção de que a teoria dos princípios possa levar a uma única resposta correta”.⁵⁷

Apesar disso, explica Branco que Alexy toma “a única resposta correta” como diretiva, já que, “para que os argumentos dos que tomam parte na discussão jurídica faça sentido, as suas afirmações devem, independentemente de se existe ou não uma única resposta correta, pretender que a sua resposta é a única correta”⁵⁸.

Dessa forma, Alexy elaborou uma teoria da argumentação jurídica que servisse de critério para orientar e fiscalizar a racionalidade das decisões jurídica com vinte e duas regras.⁵⁹

Esclarece Branco que, apesar de a teoria de Alexy conseguir armar uma estrutura de discurso apta para formalizar racionalmente uma deliberação jurídica, esta não fornece “uma teoria material da razoabilidade, nem aponta critérios que resolvam o problema da escolha de uma entre duas ou mais opções possíveis”.⁶⁰

Humberto Ávila ressalta, assim, que “a distinção elaborada por Dworkin não consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto à estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios, em vez de comparativos, como afirma Robert Alexy”.⁶¹

4.3 A ponderação em três etapas

⁵⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. Série IDP, p. 157.

⁵⁷ Ibid., p. 158.

⁵⁸ Ibid., p. 159 apud da p. 151 do livro sistemas jurídico, princípios jurídicos y razón practica do Alexy.

⁵⁹ Ibid., p. 160.

⁶⁰ Ibid., p. 165.

⁶¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 37.

Seguindo a linha pós-positivista, Ana Paula de Barcellos propõe, assim, que a técnica da ponderação seja realizada em três etapas, quais sejam: 1) identificação dos enunciados normativos em conflito; 2) identificação dos fatos relevantes e 3) decisão.

Na primeira delas, caberá ao intérprete identificar todos os enunciados normativos que aparentemente se encontram em conflito ou tensão e agrupá-los em função da solução normativa que sugerem para o caso. A segunda etapa ocupa-se de apurar os aspectos de fatos relevantes e sua repercussão sobre as diferentes soluções indicadas pelos grupos formados na etapa anterior. A terceira fase é o momento de decisão: qual das soluções deve prevalecer? E por quê? Qual a intensidade da restrição a ser imposta às soluções preteridas, tendo em conta, tanto quanto possível, a produção da concordância prática de todos os elementos normativos em jogo?⁶²

Primeiramente, Barcellos explica que os interesses devem ser embasados em enunciados normativos (e não em normas). Para tanto, a autora distingue norma de enunciado normativo. Vejamos a distinção:

A distinção que há entre enunciado normativo e norma não é nova, mas recentemente tem sido sublinhada pela doutrina. De forma geral, o enunciado normativo corresponde ao conjunto de frases, isto é, aos signos lingüísticos que compõem o dispositivo legal ou constitucional de descrevem uma formulação jurídica deontológica, geral e abstrata, contida na Constituição ou na lei, ou extraída do sistema. Quando se trate de disposições constitucionais ou legais, o enunciado normativo corresponde ao texto, mas é perfeitamente possível haver enunciados implícitos ou que decorram do sistema como um todo.

A norma, diversamente, corresponde ao comando específico que dará solução a um caso concreto. De forma geral, ela encontra seu fundamento principal em um ou mais de um enunciado normativo, ainda que seja perfeitamente possível haver normas extraídas do sistema como um todo⁶³.

Um terceiro ponto alertado pela autora quanto à primeira fase refere-se ao fato de não se dever comparar uma norma que embasa um direito individual com um enunciado normativo que embase um direito coletivo. A autora assim explica:

Ao se imaginar que o conflito se opera entre a pretensão individual e o enunciado que consagra um bem coletivo, o intérprete estará contrapondo

⁶² BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação Racionalidade e atividade jurisdicional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 92.

⁶³ *Ibid.*, p. 103-104.

uma norma – o direito do indivíduo – e um enunciado normativo. O desequilíbrio decorre de a contraposição se dar entre fenômenos diversos, já que o direito do indivíduo está fundado também em um enunciado normativo geral, que consagra determinada posição jurídica não apenas para o benefício de um indivíduo em particular, mas para o benefício de todos que estejam em situação equivalente⁶⁴.

Na segunda etapa, Ana Paula destaca que para determinar os fatos relevantes do caso devem ser considerados dois pontos: o senso comum de uma sociedade, formado a partir de sua história e cultura e a existência de disposições normativas que autorizem essa conclusão⁶⁵, sendo de fundamental importância o exame da jurisprudência neste ponto.⁶⁶

Ainda na segunda fase, a autora destaca que, quanto à repercussão dos fatos, devem ser levados em consideração dois aspectos: primeiro, averiguar qual o peso dado pelos fatos às soluções possíveis e segundo, averiguar qual o grau de restrição dado pelos fatos para cada uma das soluções possíveis⁶⁷.

Na terceira fase, Barcellos ressalta que esta é a fase da distribuição de pesos aos diferentes elementos normativos elencados, averiguando se é possível conciliá-los ou se algum deles deve preponderar, bem como avaliar qual a norma que dará solução ao caso⁶⁸.

Ainda nesta fase, a autora destaca que o intérprete deve se preocupar tanto com a universalização “dos fundamentos empregados no processo, como da decisão propriamente dita”.⁶⁹

Ana Paula de Barcellos ainda explica que “o objetivo final do processo de ponderação será sempre alcançar a concordância prática dos enunciados em tensão,

⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação Racionalidade e atividade jurisdicional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 113.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 116/117.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 120.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 120-121.

⁶⁸ *Ibid.*, p.124.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 125.

isto é, a harmonização recíproca de modo que nenhum deles tenha sua incidência totalmente excluída na hipótese”.⁷⁰

Na fase de decisão, Barcellos adverte que “a última diretriz a ser observada pelo intérprete diz respeito ao núcleo ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais”.⁷¹ Dessa forma, explica a autora que “o núcleo deve funcionar como limite último de sentido, invulnerável, que sempre deve ser respeitado”, para que a interpretação não esvazie o sentido essencial dos direitos⁷².

4.4 A ponderação no caso da Lei do Fust

A partir das etapas da ponderação exposta acima, pretende-se analisar a questão da constitucionalidade do Fust à luz destes parâmetros. Na primeira fase da ponderação, portanto, como já visto, cabe indicar os enunciados normativos que envolvem o caso.

Dessa forma, percebe-se que conflito em questão tem dois pólos: a não incidência de outros tributos que não aqueles citados pelo §3º do artigo 155 no setor de telecomunicações antes da Emenda Complementar nº 33 de 2001 (quando se deu a instituição da contribuição ao Fust, por meio da Lei nº 9.998 de 2000) e a universalização dos serviços de telecomunicações como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, que tem como sustentáculo fundamental a contribuição do Fust.

Além disso, foram discutidos alguns pontos no caso das mineradoras que podem ser considerados e aplicados como enunciados normativos do caso do Fust.

Primeiramente, tem-se que se considerar o contraponto feito entre estar violando ou não a capacidade contributiva e a isonomia tributária. Os que entendem pela violação destes princípios levam em conta que a capacidade tributária deve ser

⁷⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação Racionalidade e atividade jurisdicional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 133.

⁷¹ *Ibid.*, p. 139.

⁷² *Ibid.*, p. 141.

observada apenas no que concerne aos impostos e que a isonomia deve levar em conta todo o sistema contemplado, razão pela qual não se estaria ferindo tal princípio.

Já os que entendem pela não violação de tais princípios defendem que a capacidade contributiva e a isonomia devem ser levadas em consideração tendo em vista que do setor de telecomunicações fazem parte empresas consideradas como de grande porte, motivo pelo qual não haveria como se defender a tese de “protegê-las” em detrimento da sociedade, a maior beneficiada com a arrecadação da contribuição ao Fust.

Além disso, no caso das mineradoras, foi levado em consideração o fato de que o artigo 195 fala que contribuir para a seguridade social é dever de todos. No entanto, os que são contra a incidência das contribuições sociais nesses setores alegam que existem isenções feitas pela própria Lei Complementar nº 70/91, razão pela qual a idéia de não incidência nesses setores não violaria o artigo 195.

Ademais, ainda foi alegado que as contribuições sociais não incidem sobre as “operações” com energia elétrica, combustíveis e minerais do país, mas, sim, sobre a “receita operacional bruta”, devendo, portanto, serem cobradas às mineradoras. No entanto, os que defendem a não incidência de tais contribuições acreditam que as operações levam ao faturamento e, por via indireta, à receita bruta. Dessa forma, o fato de o §3º do artigo 155 falar em operações e não em “receita bruta” não levaria ao entendimento pela incidência.

Na segunda etapa da ponderação, portanto, cabe destacar que, tendo em vista todos os pontos acima expostos, o que se infere como sendo o senso comum de nossa sociedade: a distribuição do ônus de arcar com uma contribuição que servirá em favor de toda a sociedade.

Assim como as contribuições sociais, a contribuição ao Fust traz benefícios a toda a sociedade e isso é respaldado pela jurisprudência do STF no sentido de serem as contribuições sociais incidentes sobre o setor de mineração.

Além disso, como visto no capítulo 2, constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, nos termos do artigo 3º da Carta Magna:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Percebe-se, portanto, que um dos objetivos do país é o de reduzir as desigualdades sociais e regionais e que a universalização das telecomunicações pode ser encarada como um objetivo específico do citado pela Carta Magna, tendo em vista que uma população sem telecomunicações, no mundo globalizado do século XXI, permanece à margem da sociedade.

Por fim, na terceira etapa, entende-se pela constitucionalidade da Lei que instituiu a contribuição ao Fust, tendo em vista que tal decisão é passível de extensão aos demais setores. Tanto é assim que já foi aplicado no caso das mineradoras e às contribuições sociais.

Ademais, conclui-se que há uma concordância prática entre os dois princípios e que o núcleo essencial da norma não seria esvaziado, já que o que se queria com a imunidade do artigo 155, §3º, da CF, era evitar a cobrança de outros impostos e dos empréstimos compulsórios sobre tais setores da economia, visando evitar onerar os contribuintes de fato. A partir da EC nº 33 de 2001, no entanto, apenas os impostos possuem tal imunidade.

Outro ponto que deve ser destacado é a vontade do legislador em entender a palavra “tributo” do referido artigo como imposto. Tanto é assim que a Emenda Complementar no 33 veio para trocá-la para “imposto”, dirimindo qualquer dúvida quanto à incidência das contribuições em tais setores da economia.

CONCLUSÃO

1. No capítulo 1, percebe-se que, a partir de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, ao invés de apenas três espécies tributárias, os artigos 148, 149 e 149-A previram mais duas: os empréstimos compulsórios e as contribuições especiais.

2. Dentro do gênero das contribuições especiais são vislumbradas as seguintes contribuições: a social; a de intervenção no domínio econômico; a de interesse das categorias econômicas e profissionais e a de iluminação pública.

3. A contribuição especial sobre a qual se ateve o presente trabalho é a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE, tendo em vista que a contribuição ao Fundo de Universalização das Telecomunicações é considerada uma CIDE pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel.

4. Foi visto, ainda, que a contribuição de intervenção no domínio econômico deve atender à finalidade específica de custear a intervenção no domínio econômico e, a partir da idéia das falhas de mercado, pôde-se perceber a necessidade e a origem da intervenção estatal como forma de aumentar a eficiência dos mercados, já que estas falhas podem causar desempregos, má distribuição de renda, aumento das desigualdades regionais de um país, entre outros problemas.

5. Dessa forma, chegou-se à conclusão de que uma das principais finalidades da instituição das contribuições interventivas seria, portanto, a redução das desigualdades sociais e regionais.

6. Além disso, foi destacado que a competência para instituir as contribuições especiais seria da União, conforme o caput do artigo 149, o que inclui a CIDE.

7. No capítulo 2, foi visto que, de acordo com a Carta Magna, serviços de telecomunicações são considerados serviços públicos. A Lei Geral de Telecomunicações – LGT, Lei nº 9.472/97, definiu serviços públicos de telecomunicações em seu artigo 60 como “um conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”.

8. Explicou-se mais adiante que a LGT, no parágrafo único do artigo 63, previu que os serviços de telecomunicações em regime público devam ser prestados mediante concessão ou permissão e que devem observar as obrigações de universalização e continuidade dos serviços.

9. Assim, em razão do artigo 3º da Carta Magna, que constitui como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil o de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, chegou-se à conclusão de que a universalização das telecomunicações pode ser encarada como um objetivo específico do citado pela Carta Magna, já que uma população sem telecomunicações, no mundo globalizado do século XXI, permanece à margem da sociedade.

10. Como visto ainda no capítulo 2, na sociedade contemporânea, a introdução de novos produtos de consumo afeta a abrangência dos bens mínimos necessários para a vida em sociedade e que permanecer à margem desse processo de inovação tecnológica pode gerar um aumento da desigualdade social ainda que haja uma diminuição da pobreza.

11. Para financiar a universalização, portanto, a LGT previu a criação do Fundo de Universalização das Telecomunicações – Fust. Apesar da previsão o Fundo de Universalização de Telecomunicações veio a ser criado apenas três anos mais tarde com a Lei n.º 9.998, de 17 de agosto de 2000.

12. A mesma lei também instituiu que todas as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações contribuíssem com um por cento sobre a receita operacional bruta decorrente da prestação de serviços de telecomunicações.

13. Tendo em vista que a Lei n.º 9.998/2000 foi elaborada quando a Constituição Federal expressamente proibia a instituição de qualquer outro tributo no setor de telecomunicações que não fosse o ICMS, o II e o IE, o problema de que tratou o trabalho foi se essa contribuição ao Fust seria constitucional, já que atualmente encontra-se de acordo com a alteração dada pela Emenda nº 33/2001, em que pese não existir no nosso ordenamento jurídico o instituto da constitucionalidade superveniente.

14. O Supremo Tribunal Federal - STF posicionou-se no sentido de ser constitucional a cobrança das contribuições sociais no setor de mineração, afastando a interpretação literal do dispositivo e dando ênfase ao prescrito no artigo 195 da Constituição Federal, o qual dispõe que a seguridade social deveria ser financiada por toda a sociedade. Dessa forma, no capítulo 3, foram estudadas as bases da decisão do STF neste caso.

15. Com base nesse julgado e outros, é que o enunciado da súmula n.º 659 do STF passou a vigorar. O enunciado trata como legítima a cobrança da COFINS, do PIS e do FINSOCIAL sobre as operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do país.

16. Além do artigo 195, a decisão do STF no sentido de fazer incidir a contribuição social no setor de mineração baseou-se nos fundamentos de que: as contribuições sociais não incidem sobre as “operações” com energia elétrica, combustíveis e minerais do país, mas, sim, sobre a “receita operacional bruta”; o que se quer com a imunidade do artigo 155, §3º, da CF, é evitar a cobrança de empréstimos compulsórios sobre tais setores da economia, visando evitar onerar os contribuintes de fato; que dizer que o artigo 155, §3º, da CF imuniza esses setores de pagar as

contribuições parafiscais seria, no mínimo, atentatório aos princípios da capacidade contributiva (art. 145, §1º) e da igualdade tributária (art. 150, II).

17. No capítulo 4, foram tratados os parâmetros de uma nova interpretação constitucional, na qual a Constituição deveria ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, com base no pensamento de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

18. Utilizando-se a técnica da ponderação, a qual, conforme visto, deve ser realizada em três etapas, quais sejam: 1) identificação dos enunciados normativos em conflito; 2) identificação dos fatos relevantes e 3) decisão, chegou-se à conclusão de que a contribuição ao Fust é constitucional.

19. Para chegar a esta conclusão, foi identificado, primeiramente, que o conflito entre os enunciados normativos teria dois pólos, o da não incidência de outros tributos que não aqueles citados pelo §3º do artigo 155 no setor de telecomunicações antes da Emenda Complementar no 33 de 2001 (quando se deu a instituição da contribuição ao Fust, por meio da Lei nº 9.998 de 2000) e a universalização dos serviços de telecomunicações como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, que tem como sustentáculo fundamental a contribuição do Fust.

20. Assim, tendo em vista que devem ser levados em consideração os valores da sociedade, foi verificado que o senso comum de nossa sociedade seria a distribuição do ônus de arcar com uma contribuição que servirá em favor da sociedade como um todo. Dessa forma, assim como as contribuições sociais, a contribuição ao Fust traz benefícios a toda a sociedade e esse é o respaldo utilizado pela jurisprudência do STF no sentido de serem as contribuições sociais incidentes sobre o setor de mineração.

21. Concluiu-se ainda que a universalização dos serviços de telecomunicações constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil nos termos do artigo 3º da Carta Magna, já que serve para erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, pois uma população

sem telecomunicações, no mundo globalizado do século XXI, permanece à margem da sociedade.

22. Entendeu-se, portanto, a partir destes pontos da ponderação, que a Lei que instituidora da contribuição ao Fust é constitucional, tendo em vista que tal decisão também é passível de extensão aos demais setores. Tanto é assim que já foi aplicado no caso das mineradoras e às contribuições sociais. Observou-se ainda a existência de concordância prática entre os dois princípios e, além disso, que o núcleo essencial da norma não seria esvaziado com conclusão de constitucionalidade da lei.

23. O que se queria, dessa forma, com a imunidade do artigo 155, §3º, da CF, era evitar a cobrança de outros impostos e dos empréstimos compulsórios sobre tais setores da economia, visando evitar onerar os contribuintes de fato. Tanto é assim que, a partir da EC nº 33 de 2001, apenas os impostos passaram a possuir a referida imunidade, razão pela qual entende-se que a Emenda Complementar nº 33 veio para dirimir qualquer dúvida que ainda pudesse resultar quanto à incidência das contribuições em tais setores da economia.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. São Paulo: Editora Malheiros, 6. ed., 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação Racionalidade e atividade jurisdicional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. ver. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. Série IDP.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. *A intervenção estatal nas telecomunicações: a visão do direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

Cp: CAPORASO, James; Levine, David. *Theories of Political Economy*. Cambridge: Cambridge University PRESS, 1992.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESCOBAR, João Carlos Mariense. *Serviços de Telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios*. 1 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Reflexões sobre a Intervenção do Estado no Domínio Econômico e as contribuições Interventivas*. In: As Contribuições no sistema tributário brasileiro/ coordenador Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética, Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2003.

GAMA, Tácio Lacerda. *Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Leis Originalmente Inconstitucionais Compatíveis com Emenda Constitucional Superveniente. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abril/maio/junho, 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 10 de dezembro de 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

OLIVEIRA, Genilson Socorro Gomes de. *O fundo de universalização dos serviços de telecomunicações – FUST e a inclusão digital*. *Revista da Faculdade de Direito de Sete Lagoas*, v.3, n.1, 2004.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002.

SORJ, Bernardo. brasil@povo.com: a luta contra a desigualdade na Sociedade da Informação. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. Brasília, DF: Unesco, 2003.