

**A CONTRIBUIÇÃO PARA O FUST E AS RECEITAS DE INTERCONEXÃO
– ILEGITIMIDADE DA SÚMULA Nº 07/2005 DA ANATEL –
IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA EM DUPLICIDADE DO TRIBUTO E
DE RETROAÇÃO DA NOVA INTERPRETAÇÃO DA LEI¹**

ANDRÉ MENDES MOREIRA

Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela USP

Mestre em Direito Tributário pela UFMG

Professor de Direito Tributário dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação
da Faculdade de Direito Milton Campos

Membro da ABRADT, da ABDF e da IFA

Advogado

EMENTA: 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS. 2. BREVE ESCORÇO DA LEGISLAÇÃO QUE TRATA DA CONTRIBUIÇÃO PARA O FUST E DA INTERPRETAÇÃO QUE LHE É CONFERIDA PELA ANATEL. 2.1. A LEI Nº 9.998/00 E O DECRETO Nº 3.624/00. A CONTRIBUIÇÃO PARA O FUST É CIDE, CUJA INCIDÊNCIA EM CASCATA (DUAS OU MAIS VEZES SOBRE A MESMA RECEITA) É LEGALMENTE VEDADA. 2.2. AS NORMAS INTERPRETATIVAS DA LEI Nº 9.998/00 EDITADAS PELA AGÊNCIA REGULADORA. 2.2.1. A PRIMEIRA MANIFESTAÇÃO DA ANATEL. 2.2.2. A SEGUNDA MANIFESTAÇÃO DA ANATEL. 2.2.3. A TERCEIRA E ÚLTIMA MANIFESTAÇÃO DA ANATEL (SÚMULA Nº 07/2005). 3. DA ILEGALIDADE DA SÚMULA Nº 07/2005 DA ANATEL. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA EM DUPLICIDADE DA CONTRIBUIÇÃO PARA O FUST. 4. DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA SÚMULA Nº 07/2005. 5. CONCLUSÕES.

1. Considerações iniciais.

A Anatel, consoante se demonstrará a seguir, tem editado, ao longo dos anos, diversos atos normativos determinando a forma de recolhimento, pelas empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, da contribuição para o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicação (FUST), instituída pela Lei nº 9.998, de 17.08.2000, e regulamentada pelo Decreto nº 3.624, de 05.10.2000.

Desde sempre, as empresas têm cumprido as determinações do ente regulador, sem questionar a legalidade ou não das mesmas.

¹ Referência: MOREIRA, André Mendes. A Contribuição para o FUST e as Receitas de Interconexão – Ilegitimidade da Súmula nº 07/05 da Anatel – Impossibilidade de cobrança em duplicidade do tributo e de retroação da nova interpretação da lei. In: *Tributação nas Telecomunicações*. LARA, Daniela Silveira e RABELO FILHO, Antonio Reinaldo (organizadores). São Paulo: MP Editora, 2008, pp. 15-30.

Contudo, em dezembro de 2005, a Anatel editou mais um ato normativo supostamente “interpretativo” da legislação do FUST, passando a exigir o pagamento em duplicidade da contribuição e revogando todos os atos anteriormente expedidos.

Não satisfeita em contrariar expressamente a legislação do FUST, a Anatel ainda pretende fazer com que a nova “interpretação” (consolidada na Súmula nº 07/2005 do aludido órgão regulador) retroaja desde o início da vigência da Lei nº 9.998/00, o que viola dispositivos constitucionais e do Código Tributário Nacional.

Assim, é para demonstrar a ilegitimidade da Súmula nº 07/2005 que se escreve o presente texto, no qual se buscará demonstrar:

- (a) a invalidade da mesma, haja vista sua manifesta contrariedade à Lei nº 9.998/00, por exigir o recolhimento em duplicidade da contribuição para o FUST;
- (b) sucessivamente, a necessidade aplicação da Súmula nº 07/2005 somente para o período posterior à sua edição.

Vejamos.

2. Breve esboço da legislação que trata da contribuição para o FUST e da interpretação que lhe é conferida pela Anatel.

2.1. A Lei nº 9.998/00 e o Decreto nº 3.624/00. A contribuição para o FUST é CIDE, cuja incidência em cascata (duas ou mais vezes sobre a mesma receita) é legalmente vedada.

As empresas de telecomunicações recolhem à Anatel a contribuição ao Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicação (FUST), instituída pela Lei nº 9.998/00, tendo por finalidade proporcionar recursos destinados ao custeio da universalização de serviços de telecomunicações, que não possam ser recuperados com a exploração eficiente do serviço (art. 1º).

O art. 5º da referida lei dispõe sobre a aplicação dos recursos do FUST² e o art. 6º, IV estabelece que constituem receitas do Fundo, den-

² Lei nº 9.998/00:

“Art. 5º. Os recursos do Fust serão aplicados em programas, projetos e atividades que estejam em consonância com plano geral de metas para universalização de serviço de telecomunicações ou suas ampliações que contemplarão, entre outros, os seguintes objetivos:

I – atendimento a localidades com menos de cem habitantes;

II – (VETADO)

III – complementação de metas estabelecidas no Plano Geral de Metas de Universalização para atendimento de comunidades de baixo poder aquisitivo;

tre outras a “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 Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações – ICMS, o Programa de Integração Social – PIS e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins.”

O parágrafo único do art. 6º, a seu turno, dispõe sobre a base de cálculo da contribuição:

“Art. 6º. (...).

(...)

Parágrafo único. Não haverá a incidência do Fust sobre as transferências feitas de uma prestadora de serviços de telecomunicações para outra e sobre as quais já tenha havido o recolhimento por parte da prestadora que emitiu a conta ao usuário, na forma do disposto no art. 10 desta Lei.”

IV – implantação de acessos individuais para prestação do serviço telefônico, em condições favorecidas, a estabelecimentos de ensino, bibliotecas e instituições de saúde;

V – implantação de acessos para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive da internet, em condições favorecidas, a instituições de saúde;

VI – implantação de acessos para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive da internet, em condições favorecidas, a estabelecimentos de ensino e bibliotecas, incluindo os equipamentos terminais para operação pelos usuários;

VII – redução das contas de serviços de telecomunicações de estabelecimentos de ensino e bibliotecas referentes à utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso do público, inclusive da internet, de forma a beneficiar em percentuais maiores os estabelecimentos freqüentados por população carente, de acordo com a regulamentação do Poder Executivo;

VIII – instalação de redes de alta velocidade, destinadas ao intercâmbio de sinais e à implantação de serviços de teleconferência entre estabelecimentos de ensino e bibliotecas;

IX – atendimento a áreas remotas e de fronteira de interesse estratégico;

X – implantação de acessos individuais para órgãos de segurança pública;

XI – implantação de serviços de telecomunicações em unidades do serviço público, civis ou militares, situadas em pontos remotos do território nacional;

XII – fornecimento de acessos individuais e equipamentos de interface a instituições de assistência a deficientes;

XIII – fornecimento de acessos individuais e equipamentos de interface a deficientes carentes;

XIV – implantação da telefonia rural.

§ 1º. Em cada exercício, pelo menos trinta por cento dos recursos do Fust serão aplicados em programas, projetos e atividades executados pelas concessionárias do Sistema Telefônico Fixo Comutado – STFC nas áreas abrangidas pela Sudam e Sudene.

§ 2º. Do total dos recursos do Fust, dezoito por cento, no mínimo, serão aplicados em educação, para os estabelecimentos públicos de ensino.

§ 3º. Na aplicação dos recursos do Fust será privilegiado o atendimento a deficientes.”

Conjugando-se o inciso IV do art. 6º da Lei nº 9.998/00 com o seu parágrafo único, pode-se assertar que:

- (a) a contribuição para o FUST incide à alíquota de 1% sobre a receita operacional bruta das empresas de telecomunicações (excluindo-se o ICMS, o PIS e a COFINS);
- (b) a aludida contribuição não pode incidir duas vezes sobre as mesmas receitas, ainda que estas sejam posteriormente repassadas a outras empresas de telecomunicações que viabilizaram a prestação completa do serviço³.

O Decreto nº 3.624, de 05/10/2000, ao regulamentar a lei, dispôs em seu art. 7º, § 2º, que a contribuição do art. 6º, IV, da Lei nº 9.998/2000 não incidirá “sobre as transferências feitas de uma prestadora de serviços de telecomunicações para outra e sobre as quais já tenha havido o recolhimento por parte da prestadora que emitiu a conta ao usuário, nos termos de regulamentação emitida pela Agência Nacional de Telecomunicações.” O dispositivo do Decreto ora transcrito, como se vê, praticamente reproduz o que diz o parágrafo único do art. 6º da Lei nº 9.998/2000, permanecendo-se, portanto, inalteradas as conclusões altercadas nas alíneas “a” e “b” *supra*, que defluem da simples interpretação gramatical dos dispositivos legais e normativos em análise.

A contribuição para o FUST (cuja natureza é claramente de contribuição de intervenção no domínio econômico) é arrecadada pela própria Anatel, por força do disposto no art. 3º, IV do Decreto nº 3.624/00.

2.2. As normas interpretativas da Lei nº 9.998/00 editadas pela Agência Reguladora.

2.2.1. A primeira manifestação da Anatel.

A Anatel, na qualidade de órgão arrecadador da contribuição para o FUST, recebeu, no início de 2001, uma consulta formulada por uma operadora de telefonia fixa que pretendia excluir da base de cálculo do FUST os valores por ela faturados ao usuário final a título de interconexão (ou seja, aquele montante que, posteriormente, seria repassado à operadora

³ As empresas de telecomunicação compartilham entre si a infra-estrutura da rede para a melhor prestação de seus serviços. Está garantido na Lei Geral de Telecomunicações (art. 146 da Lei nº 9.472/97) o direito subjetivo das empresas ao acesso às redes alheias, que se dará por meio de contratos de interconexão.

Quando uma empresa se utiliza da rede de outra para atender ao seu usuário, ela irá cobrar do usuário pelo serviço integral que lhe foi prestado e irá pagar à empresa que lhe cedeu o uso da rede por esta interconexão. O que pretende, em suma, o citado art. 6º, parágrafo único da Lei nº 9.998/2000, é que a contribuição ao FUST não incida duplamente sobre a mesma receita.

que cedeu parte da sua rede para que o serviço prestado pela empresa de telefonia fixa Consulente fosse ultimado).

Em resposta a essa consulta, a Anatel enviou, em 09.03.2001, o Ofício nº 628/2001/PBUC/SPB-ANATEL, informando à Consulente que o FUST deveria ser recolhido pela operadora que efetuassem a cobrança do cliente final, tendo como base de cálculo os valores faturados (ou seja: a obrigação de pagamento do FUST seria integralmente da operadora que emitiu a fatura ao usuário final, inexistindo qualquer dever de pagar a contribuição por parte da empresa que eventualmente prestasse serviço de interconexão e fosse por ele remunerado).

Nessa mesma data (09.03.2001), a Anatel encaminhou a todas as prestadoras de serviços de telecomunicações o Ofício Circular nº 031/2001/SPB/SUE, esclarecendo que a contribuição para o FUST incide sobre todas as receitas de serviços que estão sujeitas ao recolhimento do ICMS, conforme regulamentação do CONFAZ (e a interconexão é sujeita ao recolhimento do ICMS, por se tratar de serviço de comunicação, com o diferencial de que o sujeito passivo do ICMS-interconexão é – tal como no FUST, de acordo com esse primeiro entendimento da Anatel – a operadora que emite a fatura ao usuário final⁴).

Em face dessa orientação, as operadoras continuaram adotando a sistemática de recolhimento do FUST que, desde o advento da Lei nº 9.998/00, já vinham observando: pagamento integral sobre as receitas por elas faturadas aos seus usuários finais (ainda que parte dessas receitas fosse destinada a terceiras operadoras, a título de remuneração pela interconexão) e não recolhimento sobre os pagamentos que lhes eram repassados por outras operadoras a título de cessão de suas redes.

2.2.2. A segunda manifestação da Anatel.

A orientação constante do Ofício Circular nº 031/2001/SPB/SUE perdurou até que, em 04 de dezembro de 2003, foi exarado o Despacho nº 29 da Superintendência de Universalização, que revogou o citado Ofício Circular e passou a dispor que os valores relativos à interconexão deveriam ser deduzidos da base de cálculo da contribuição para o FUST, sendo recolhidos pela empresa que efetivamente prestasse o servi-

⁴ A cláusula décima do Convênio ICMS nº 126/98 – que instituiu regime especial de recolhimento do ICMS para as operadoras previstas em seu anexo único – dispõe expressamente que *“na cessão onerosa de meios das redes de telecomunicações a outras empresas de telecomunicações constantes no Anexo Único, nos casos em que a cessionária não se constitua usuária final, ou seja, quando utilizar tais meios para prestar serviços de telecomunicações a seus próprios usuários, o imposto será devido apenas sobre o preço do serviço cobrado do usuário final.”*

ção de comunicação (cedente da rede), e não por aquela que faturou o serviço integralmente para o usuário final⁵.

Na seqüência, a ANATEL por meio do Ofício Circular nº 58/2004/UNACE/ UNAC/SUN – ANATEL, de 16/02/2004, ao tratar do “Acompanhamento e Controle de Cálculo da Contribuição de Prestadoras de Serviços de Telecomunicações ao FUST”, ratificou expressamente a orientação do Despacho nº 29/03, fornecendo, ainda, em meio eletrônico, os “Formulários para o Acompanhamento e Controle do Cálculo da Contribuição ao FUST”, nos quais constava que as empresas deveriam, ao calcular a contribuição, excluir da receita operacional bruta as transferências pagas a outras prestadoras.

Em face dessa nova orientação, as operadoras passaram a ter o dever de excluir da base de cálculo da contribuição para o FUST os valores relativos à interconexão por ela faturados, assim como de recolher o FUST sobre os repasses recebidos de outras operadoras pela cessão de suas redes.

2.2.3. A terceira e última manifestação da Anatel (Súmula nº 07/2005).

⁵ Assim dispôs a Anatel no Despacho nº 29/03:

“O SUPERINTENDENTE DE UNIVERSALIZAÇÃO da ANATEL, no exercício das atribuições conferidas pelo art. 161 e art. 209 do Regimento Interno da ANATEL, aprovado pela Resolução nº 270, de 19 de julho de 2001, nos autos do Procedimento Administrativo autuado sob o nº 53500001822/2001, relativo ao Recurso Administrativo interposto pela Intelig Telecomunicações Ltda., que trata do recolhimento de contribuição ao Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST, instituído pela Lei nº 9.998, de 17 de agosto de 2000 e dos Requerimentos da Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. – Embratel e da Empresa AT&T do Brasil Ltda. que versam sobre o referido recolhimento, delibera de acordo com os termos a seguir expostos.

(...)

RESOLVE:

(...)

b) esclarecer que o disposto no inciso IV e parágrafo único do art. 6º da Lei nº 9.998/2000 implicam:

- na responsabilidade solidária entre as prestadoras de serviços de telecomunicações em regime público e privado quando ocorrem transferências entre elas, para o correto recolhimento de contribuição de caráter compulsório;

- no fato do recolhimento das receitas ter como “fato gerador” a receita operacional bruta decorrente da prestação de serviços de telecomunicações em regime público ou privado;

- no fato de que as fontes de financiamento das obrigações de universalização devem ser neutras em relação à competição, no mercado nacional, entre prestadoras, conforme disposto no parágrafo 1º do art. 80 da Lei Geral de Telecomunicações;

(...)

d) esclarecer que a base de cálculo das contribuições sobre a receita operacional bruta de serviços de telecomunicações, em regime público ou privado, de cada prestadora, deve considerar as transferências recebidas;” (grifamos)

Surpreendendo todo o setor e mudando radicalmente o seu entendimento, a ANATEL baixou a Súmula nº 01 (posteriormente renumerada para Súmula nº 07), de 15 de dezembro de 2005, na qual estipulou – retroagindo à data de edição da Lei nº 9.998/00 – o pagamento em duplicidade da contribuição para o FUST. A Súmula nº 07/2005 assim dispõe:

“Não podem ser excluídas da base de cálculo das contribuições ao FUST, dentre outras, as receitas a serem repassadas a prestadoras de serviços de telecomunicações a título de remuneração de interconexão e pelo uso de recursos integrantes de suas redes. Não podem ser excluídas da base de cálculo das contribuições ao FUST, dentre outras, as receitas recebidas de prestadoras de serviços de telecomunicações a título de remuneração de interconexão e pelo uso de recursos integrantes de suas redes. Esta Súmula entra em vigor na data de sua publicação produzindo seus efeitos a partir da vigência da Lei nº 9.998/00, de 17 de agosto de 2000, que instituiu o FUST.”

Como se vê, por meio da Súmula nº 07/2005 a Anatel alterou a interpretação que vinha adotando desde o Despacho nº 29/03, passando a entender que não deveriam ser excluídas da base de cálculo das contribuições ao FUST as receitas recebidas a título de remuneração de interconexão (ou seja: retornando ao seu primeiro entendimento, exteriorizado pelo Ofício nº 628/2001/PBUC/SPB-ANATEL). Entretanto, a Anatel não parou neste ponto. Indo adiante, a Súmula nº 07/2005 dispôs que, além de ser vedada a exclusão da base de cálculo das receitas de interconexão pela empresa que emite a fatura ao usuário final, as operadoras que recebessem os repasses dos valores relativos à interconexão também deveriam recolher – novamente – o FUST sobre essas receitas. Trata-se de exigência dupla, em cascata, terminantemente vedada pela interpretação mais singela do parágrafo único do art. 6º da Lei nº 9.998/00!

Porém, não bastasse a manifesta ilegalidade da Súmula nº 07/2005, a Anatel pretendeu impingir-lhe efeitos retroativos, para que produzisse efeitos desde a data de publicação da Lei nº 9.998/00.

Assim é que a Súmula nº 07/2005, além de violar a própria Lei nº 9.998/00, é geradora de insegurança jurídica, coibida pela Constituição de 1988 e pelo próprio Código Tributário Nacional, que dispõe em seu art. 146 que *“a modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetuada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução”*.

Se não, confira-se.

3. Da ilegalidade da Súmula nº 07/2005 da ANATEL. Impossibilidade de exigência em duplicidade da contribuição para o FUST.

É manifestamente ilegítimo o modo como a Anatel pretende apurar a base de cálculo da dita contribuição conforme orientação constante da Súmula nº 07/2005. Em total afronta à lei e à sua própria conduta até o advento da Súmula, a Anatel pretende que a contribuição incida duplamente sobre as receitas de interconexão.

É que, como já dito, a Lei nº 9.998/00, que instituiu a contribuição em tela, deixa claro no parágrafo único do art. 6º que não haverá a incidência da contribuição *“sobre as transferências feitas de uma prestadora de serviços de telecomunicações para outra e sobre as quais já tenha havido o recolhimento por parte da prestadora que emitiu a conta ao usuário”*.

Ou seja: independentemente do momento do pagamento, a contribuição não pode, em qualquer hipótese, incidir duas vezes sobre os mesmos valores.

Consoante demonstrado no tópico 2.2, a evolução interpretativa da matéria no âmbito da Anatel sempre atendeu a esse predicado normativo, nunca exigindo o pagamento da contribuição para o FUST mais de uma vez sobre a mesma receita. Essa diretriz foi respeitada quando da edição do primeiro ato interpretativo sobre a matéria (que exigia o recolhimento integral do FUST pela prestadora que emitisse a fatura ao usuário final), assim como quando da veiculação do segundo ato interpretativo (no qual se determinava à operadora que emitisse a fatura ao usuário final o desconto, da base de cálculo da contribuição para o FUST, dos valores relativos à interconexão, devendo as outras empresas que tivessem prestado o serviço de interconexão recolher a contribuição sobre os repasses que lhes fossem efetuados).

No entanto, afrontando a lei, a Anatel baixou a citada Súmula nº 07/2005 na qual:

- (a) exige o pagamento da contribuição para o FUST pela prestadora que emite a fatura ao usuário final, sobre o valor integral desta (1% da receita bruta, excluindo-se ICMS, PIS e COFINS);
- (b) exige, da operadora que irá receber os repasses pelos serviços de interconexão prestados, o pagamento da contribuição para o FUST sobre tais valores (que já terão sofrido a incidência do FUST quando da emissão da fatura ao usuário final pela operadora que fez uso da rede alheia visando a completar a ligação telefônica solicitada por seu cliente).

Neste ponto, pede-se *venia* para novamente transcrever a redação da Súmula nº 07/2005, cuja ilegalidade salta aos olhos em cotejo com a dicção da Lei nº 9.998/00 (o quadro sinótico abaixo transcrito consta de

parecer inédito sobre o tema elaborado por PAULO DE BARROS CARVALHO):

Lei nº 9.998/00	Súmula nº 07/2005
<p><i>“Art. 6º. (...). (...) IV – contribuição de um por cento sobre a receita operacional bruta, decorrente de prestação de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado, excluindo-se o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações – ICMS, o Programa de Integração Social – PIS e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins. (...) Parágrafo único. Não haverá a incidência do Fust sobre as transferências feitas de uma prestadora de serviços de telecomunicações para outra e sobre as quais já tenha havido o recolhimento por parte da prestadora que emitiu a conta ao usuário, na forma do disposto no art. 10 desta Lei.”</i></p>	<p><i>“Não podem ser excluídas da base de cálculo das contribuições ao FUST, dentre outras, as receitas a serem repassadas a prestadoras de serviços de telecomunicações a título de remuneração de interconexão e pelo uso de recursos integrantes de suas redes. Não podem ser excluídas da base de cálculo das contribuições ao FUST, dentre outras, as receitas recebidas de prestadoras de serviços de telecomunicações a título de remuneração de interconexão e pelo uso de recursos integrantes de suas redes. Esta Súmula entra em vigor na data de sua publicação produzindo seus efeitos a partir da vigência da Lei nº 9.998/00, de 17 de agosto de 2000, que instituiu o FUST.”</i></p>

De fato, a mera leitura da lei e da Súmula demonstra a ilegitimidade desta última.

De mais a mais, ainda que a determinação constante da Súmula nº 07/2005 fosse legal – o que não é, consoante demonstrado à saciedade – a exigência em duplicidade do FUST por um ato normativo do órgão regulador não poderia, em qualquer hipótese, ser legítima, haja vista que não compete à Anatel dispor sobre a forma de cobrança dos tributos por ela arrecadados.

Como já anotou BARROS CARVALHO (parecer inédito), a Lei nº 9.998/00 não dispõe em nenhum momento sobre a delegação à Agência da capacidade tributária ativa para recolhimento e cobrança do FUST. É o Decreto nº 3.624/00 que o faz, no seguinte trecho:

*“Art. 3º. Compete à Agência Nacional de Telecomunicações:
(...)*

IV – arrecadar a contribuição para o Fust de que trata o inciso IV do art. 7º deste Decreto, na forma indicada pelo art. 8º, bem como aplicar a multa e as sanções previstas nos §§ 1º e 2º do art. 8º.”

Em seu parágrafo único, o art. 3º do Decreto nº 3.624/00 delega à Anatel a competência para “*expedir as regulamentações de operacionalização para os incisos I, II, III e IV deste artigo*”.

Ora, regulamentar a forma de arrecadação do FUST, com vistas à sua operacionalização, não se confunde, em momento algum, com a edição de atos interpretativos da Lei nº 9.998/00, mormente quando tais atos inovam no mundo jurídico, dispendo de modo manifestamente contrário à lei e ao próprio Decreto nº 3.624/00 (que cuidou de disciplinar, em seus arts. 16 e ss., o que se entende por “operacionalização” da arrecadação da contribuição, em rol no qual não se insere a edição de atos normativos próprios da Anatel dispendo sobre a forma de recolhimento do tributo em questão⁶).

⁶ Dispõe o Decreto nº 3.624/00, em seu Capítulo IV:

”DA OPERACIONALIZAÇÃO

Art. 16. O Ministério das Comunicações receberá, a qualquer tempo, de pessoas físicas ou jurídicas, sugestões para subsidiar a elaboração de propostas de programas, projetos e atividades para aplicação de recursos do Fust.

Parágrafo único. Quando solicitado, o Ministério das Comunicações informará o tratamento dispensado à sugestão apresentada.

Art. 17. O Ministério das Comunicações deverá submeter à consulta pública as propostas de programas, projetos e atividades objeto de aplicação de recursos do Fust.

Art. 18. A Agência Nacional de Telecomunicações publicará, no prazo de até sessenta dias do encerramento de cada ano, um demonstrativo das receitas e das aplicações do Fust, informando o nome das entidades beneficiadas e a finalidade das aplicações.

Parágrafo único. O demonstrativo de que trata este artigo será encaminhado às entidades beneficiadas.

Art. 19. A Agência Nacional de Telecomunicações deverá repassar à conta do Fust, até o quinto dia útil subsequente ao da efetiva arrecadação, os recursos de que tratam os incisos III e IV do art. 7º deste Decreto.

Art. 20. Durante dez anos após o início dos serviços cuja implantação tenha sido feita com recursos do Fust, a prestadora de serviços de telecomunicações que os implantou deverá apresentar balancete anual, nos moldes estabelecidos pela Agência Nacional de Telecomunicações, detalhando as receitas e despesas dos serviços.

Parágrafo único. A parcela da receita superior à estimada no projeto, para cada ano, com as devidas correções e compensações, deverá ser recolhida ao Fust.

Art. 21. As contas dos clientes das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações deverão indicar, em separado, o valor da contribuição ao Fust referente aos serviços faturados.

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.

Art. 22. O saldo positivo do Fust, apurado no balanço anual, será transferido como crédito do mesmo Fundo para o exercício seguinte.

Patente, nessa toada, a ilegitimidade da Súmula nº 07/2005, que determina a cobrança em duplicidade da contribuição para o FUST, em clara afronta à Lei nº 9.998/00 e à própria competência da Anatel para editar normas referentes tão-somente à operacionalização da arrecadação da contribuição em tela.

4. Da impossibilidade de aplicação retroativa da Súmula nº 07/2005.

Ex absurdo, a Anatel pretende que a Súmula nº 07/2005, além de revogar a lei (como demonstrado no tópico anterior), possa ter efeitos retroativos, afrontando os princípios da irretroatividade e da segurança jurídica, além de colidir com o art. 146 do CTN.

Consoante delineado no item 2.2 do presente trabalho, a Anatel, desde o ano de 2001, tem editado distintos atos normativos, cada qual determinando o recolhimento da contribuição para o FUST de determinada forma.

É princípio basilar ao direito tributário a garantia da segurança jurídica, que se manifesta, dentre várias formas, pelo princípio da irretroatividade da norma tributária. Como já anotou SACHA CALMON, *“a irretroatividade das leis, salvo quando interpretativa ou para beneficiar, é princípio geral do Direito, e não seria necessário o constituinte mencioná-lo na parte das vedações ao poder de tributar”*⁷.

E continua o jurista, em passagem que calha à fiveleta ao tema em questão⁸:

“De fato, a lei tributária não pode alcançar o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido (CF/88, art. 5º, XXXVI). E o art. 150, III, prescreve que não se podem cobrar, ou seja, exigir tributos

Art. 23. A Agência Nacional de Telecomunicações tomará as providências cabíveis para recuperação de recursos não aplicados ou aplicados em desacordo com o estabelecido nos programas, projetos e atividades.

Art. 24. O atendimento prestado com recursos do Fust deverá ser objeto de avaliação, de conformidade com os planos de metas de qualidade da Agência Nacional de Telecomunicações, incluindo os aspectos de confiabilidade, disponibilidade, manutenção e outros, bem como quanto à avaliação em termos de satisfação das populações atendidas.

Parágrafo único. Os resultados da avaliação de qualidade e satisfação tratados no *caput* deste artigo, realizados pela Agência Nacional de Telecomunicações, serão disponibilizados ao Ministério das Comunicações, para subsidiar a formulação das políticas, diretrizes gerais e prioridades.”

⁷ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 260.

⁸ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 260-1.

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

Contudo o nosso Direito Tributário prescreve não apenas a irretroatividade da lei, mas também das decisões administrativas e judiciais, aplicativas da lei. Entre nós não apenas a lei, mas todo o Direito Tributário está marcado pela irretroatividade (legislação, administração e jurisdição) em prol dos contribuintes, ao suposto de que o Direito muda continuamente, seja pela inovação legislativa, seja pela inovação de sua interpretação pelo Judiciário, seja pela alteração dos critérios de aplicação da lei pela Administração.

Com efeito, para nos lembrarmos de Kelsen, a lei é geral e abstrata. Projeta normas gerais em abstrato. Mais precisos são a sentença judicial e o ato administrativo. Ambos são atos de aplicação da lei com um teor de concreção muito maior. Por isso Kelsen dizia que eram normas individuais as que recaíam concretamente sobre certas e determinadas pessoas ou classes de pessoas normatizando condutas humanas.”

As conclusões de MISABEL DERZI⁹ sobre a irretroatividade das decisões que interpretam a lei tributária e a necessidade de resguardo da boa-fé são irretocáveis (note-se que a jurista trata, na passagem *infra*, da impossibilidade de aplicação retroativa da decisão judicial transitada em julgado. No caso em tela, está-se cuidando de decisão administrativa, editada por órgão ausente de competência para dispor sobre a interpretação da lei tributária, ou seja, de situação que em tudo está abarcada – com hialina certa – pelas lições abaixo transcritas):

“Têm razão os germânicos, que extraem do princípio do Estado de Direito, consagrado em sua Constituição, a irretroatividade do Direito (não apenas das leis, mas também dos atos administrativos e da jurisprudência). Ora, ao assegurar a Constituição brasileira que a lei não retroagirá, respeitando-se a coisa julgada, a expressão lei, utilizada no art. 5º, XXXVI, tem alcance muito mais amplo para significar a inteligência da lei em determinado momento, ou seja, certa leitura da lei, abrangendo assim, os atos que a ela se conformam, emanados do Poder Judiciário e do Executivo. A lei posta pelo Poder Legislativo pode comportar mais de uma interpretação, de modo que a lei que vige, em determinado momento, é a lei segundo uma de suas interpretações possíveis. À certa altura, sem nenhuma mudança literal da fórmula legislativa, que conserva os mesmos dizeres, altera-se a interpretação que da mesma lei fazem os tribunais, os quais passam a decidir conforme outra interpretação. Surge, assim, sem lei nova como ato emanado do Poder Legislativo, espécie de lei nova proclamada pelo Poder Judiciário. A irretroatividade da lei alcança, portanto, a irretroatividade da inteligência da lei aplicada a certo caso concreto, que se cristalizou por meio da coisa julgada. A limitação imposta às leis novas quanto à irretroatividade abrange também os atos judiciais, uma vez que uma decisão judicial é sempre tomada

⁹ *Apud* COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 267-8.

segundo certa leitura ou interpretação da lei. Interpretação nova, ainda que mais razoável, não pode atingir uma sentença já transitada em julgado. Não podem retroagir as decisões judiciais, ainda que a título de uniformização jurisprudencial. O instituto da coisa julgada é necessária garantia de segurança e estabilidade das relações jurídicas como ainda de praticidade, pois tornar-se-ia inviável a aplicação do direito se, a cada evolução e mutação jurisprudencial, devessem ser rescindidas as decisões anteriores, para que se proferissem novas decisões, com base na nova lei, simples nova inteligência da lei. Assim, no direito nacional, como em todos os países que se enquadram dentro do princípio do Estado de Direito, a decisão judicial nova que interpreta de maneira diferente uma norma jurídica não retroage, nem enseja rescisão de sentença transitada em julgado”.

Ora, de que valem o resguardo à segurança jurídica e o princípio da irretroatividade da lei tributária – ambos cláusulas pétreas da Constituição de 1988, não podendo ser modificados ou mitigados sequer por emenda constitucional – se a um órgão regulador é conferido o poder de alterar a sua própria interpretação da lei tributária, manifestada em ocasiões anteriores, e fazê-la retroagir no tempo, criando um passivo descomunal para as operadoras de telefonia? Aceitar essa pretensa irretroatividade da Súmula nº 07/2005 seria simplesmente olvidar-se das disposições mais caras e conquistadas a duras penas por nossos cidadãos quando da edição da Constituição de 1988.

Se o critério jurídico de cobrança da contribuição para o FUST mudou – e a prova disso é a resenha elaborada no item 2.2 do presente trabalho, ao qual se remete neste ponto – o mesmo somente pode ser aplicado *pro-futuro*. Isto é o que dispõe expressamente o art. 146 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

“Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetuada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução”.

De fato, não se pode admitir que uma Súmula editada por um órgão administrativo (à margem da legalidade) produza efeitos retroativos, penalizando os contribuintes que, até então, sempre pautaram sua atuação pelas orientações deste mesmo órgão administrativo.

A pretensão retroativa da Súmula nº 07 da Anatel é, como se dessume de todo o exposto, manifestamente desarrazoada, o que macula de vício insanável o aludido ato administrativo neste ponto.

5. Conclusões.

Em face de todo o exposto, pode-se concluir pela

(a) ilegalidade da Súmula nº 07/2005 da Anatel que, extrapolando a sua competência, baixou ato normativo secundário com o nítido propósito de revogar expressa disposição de lei, qual seja o art. 6º, IV e parágrafo único da Lei nº 9.998/2000, ao pretender que a contribuição incida em duplicidade sobre as receitas auferidas pelas operadoras de telefonia;

(b) inconstitucionalidade e ilegalidade da Súmula nº 07/2005, ao pretender retroagir a 17.08.2000, data de publicação da Lei nº 9.998/00, ferindo os princípios da segurança jurídica e da irretroatividade, bem como o art. 146 do CTN.