



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE DO
EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB, serviço público dotado de personalidade jurídica própria e forma Federativa, regulamentado pela Lei nº 8.906/94, com sede em Brasília/DF, no SAUS, Qd. 05, Lote 01, Bloco M, Asa Sul, CEP: 70070-050, inscrito no CNPJ sob nº 33.205.451/0001-14, endereço eletrônico aju@oab.org.br, por seu Presidente **CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA**, e por seus advogados que esta subscreve (**doc. 01**), vem, à presença de Vossa Excelência, com fulcro nos arts. 102, I, *a*, e 103, VII, da Constituição, no art. 54, XIV, da Lei nº 8.906/94 e no art. 2º, VII, e 12-A e seguintes da Lei nº 9.868/99, propor

**ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO, COM
PEDIDO DE CAUTELAR**

em face de: omissão do **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, Chefe do Poder Executivo Federal (**UNIÃO**), a quem, por intermédio de seu Ministro da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, com endereço na Esplanada dos Ministérios, Bloco E, Brasília-DF, e b) **AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL**, por intermédio de seu Presidente, com endereço na SAUS, Quadra 06, Blocos C, E, F e H, Brasília-DF¹; órgãos/autoridades responsáveis pela formulação/aprovação de políticas públicas visando à universalização dos serviços de telecomunicação e pela implementação de tais políticas e efetivo investimento dos recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST em suas finalidades, pelos seguintes fundamentos:

¹ “A legitimidade passiva recai sobre os órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão, ou seja, responsáveis pela medida que torna efetiva a norma constitucional.”
(<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2507/Comentarios-sobre-o-controle-de-constitucionalidade-por-via-de-acao-direta>).

“A competência para propositura da lei cuja omissão é questionada é do Poder Judiciário amazonense, nos termos do art. 96, inc. II, alínea b, da Constituição da República, razão pela qual determino a exclusão da Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas e a inclusão do Tribunal de Justiça desse Estado pólo passivo da presente ação.” (ADO 7, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, decisão proferida em 12/05/2010, publicado em DJe-89 DIVULG 18/05/2010).



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

1 – DO OBJETO DA PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A presente ação objetiva obter pronunciamento dessa Excelsa Corte acerca da **inconstitucional omissão** relativa à aplicação dos recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST em suas finalidades legalmente previstas.

Nesse sentido, cumpre salientar que, desde 2001, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicação vêm contribuindo para o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST, seja por meio do pagamento de CIDE, seja por outros meios, diretos ou indiretos, com base nos preceitos da **Lei nº 9.998, de 17 de agosto de 2000**, diploma legal responsável por criar o referido fundo, definir a destinação de seus recursos e instituir a mencionada CIDE. Confira-se:

*“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.*
(...)

*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;

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



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

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; (Vide Decreto nº 6.039, de 2007)

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

XIV – implantação da telefonia rural.

(...)

Art. 6º Constituem receitas do Fundo:

I – dotações designadas na lei orçamentária anual da União e seus créditos adicionais;

II – cinquenta por cento dos recursos a que se referem as alíneas c, d, e e j do art. 2º da Lei no 5.070, de 7 de julho de 1966, com a redação dada pelo art. 51 da Lei no 9.472, de 16 de julho de 1997, até o limite máximo anual de setecentos milhões de reais;



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

III – preço público cobrado pela Agência Nacional de Telecomunicações, como condição para a transferência de concessão, de permissão ou de autorização de serviço de telecomunicações ou de uso de radiofrequência, a ser pago pela cessionária, na forma de quantia certa, em uma ou várias parcelas, ou de parcelas anuais, nos termos da regulamentação editada pela Agência;

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

V – doações;

VI – outras que lhe vierem a ser destinadas.” (grifou-se)

No entanto, apesar do dever legalmente previsto de aplicação dos recursos em universalização dos serviços de telecomunicação, parcela ínfima do total arrecadado desde a criação do FUST foi efetivamente investida nesta finalidade.

Eis por que este Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na qualidade de defensor da cidadania e da Constituição, no exercício de sua competência legal (artigo 44, inciso I da Lei nº 8.906/94) e como legitimado universal para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, legitimação esta evidenciada diante da expressa previsão contida no § 2º do artigo 103 da Constituição Federal e no artigo 12-A da Lei nº 9.868/98, comparece como guardião da Carta Política para demonstrar a omissão quanto à adoção de providência de índole administrativa, relativa à aplicação dos recursos do FUST em suas finalidades.

2 – CABIMENTO DA PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: DA MANIFESTA OMISSÃO QUANTO À ADOÇÃO DE PROVIDÊNCIA DE ÍNDOLE ADMINISTRATIVA

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é cabível quando os órgãos competentes se omitem, total ou parcialmente, do seu dever



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

de adotar as providências necessárias à efetivação de norma constitucional (artigo 103, §2º, CF/88²).

Até a edição da Lei nº 12.063/2009 o entendimento majoritário era no sentido de que apenas as omissões de índole normativa ensejavam a propositura desta ação constitucional, mas não aquelas de cunho administrativo, muito embora dita restrição não estivesse explicitada no texto constitucional.

Contudo, a referida lei foi expressa ao prever a ação em caso de “*omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa*” (artigo 12-B, inciso I da Lei nº 9.868/99).

Na hipótese presente, claramente se vislumbra uma **omissão administrativa** da ANATEL e do Ministério das Comunicações (órgão vinculado ao Poder Executivo Federal) quanto à aplicação dos recursos do FUST em suas finalidades.

Isso porque o Ministério das Comunicações, atualmente Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, é responsável pela definição/aprovação dos programas, projetos e atividades a serem financiados com os recursos do FUST (os quais serão objeto de Portaria do Ministro das Comunicações), conforme previsto na Norma nº 01/08, que disciplina procedimentos para a aplicação de recursos do FUST, aprovada pela Portaria nº 273/08 do Ministro das Comunicações:

*“Art. 9º A aprovação dos programas, projetos e atividades será objeto de portaria do Ministro de Estado das Comunicações, após submissão à consulta pública.
(...)”*

Art. 10. O programa aprovado será encaminhado à Anatel, acompanhado do Termo de Referência, para que sejam adotadas as medidas previstas na regulamentação.”

² “Art. 103. (...)”

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Na sequência, conforme o artigo 10 supratranscrito, o programa aprovado pelo Ministério das Comunicações será encaminhado à ANATEL para adoção das medidas cabíveis, consistentes na elaboração e submissão ao Ministério das Comunicações de proposta orçamentária para inclusão no Projeto de Lei Orçamentária Anual e emissão de nota de empenho no valor total do ressarcimento (valores não recuperados com a exploração eficiente do serviço), nos termos da Resolução 269/01 da ANATEL, que aprova o Regulamento de Operacionalização da Aplicação de Recursos do FUST:

*“Art. 18. A Anatel com base nos Planos de Metas para a Universalização, aprovados em conformidade com o disposto no Título II deste Regulamento, **elaborará e submeterá 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 Federal, levando em consideração o estabelecido nos incisos do art. 6º deste Regulamento, o atendimento do interesse público e a redução das desigualdades regionais.*

*Art. 19. A Anatel deverá **emitir nota de empenho no valor total de ressarcimento para cada exercício financeiro.***

Art. 20. O valor de ressarcimento com o cumprimento das obrigações de universalização dispostas no Termo de Obrigações, correrá à conta de Créditos Orçamentários consignados aos Programas, Projetos e Atividades e ao elemento de despesa.”
(grifou-se)

Importante salientar que tais funções da ANATEL e do Ministério das Comunicações estão previstas também na Lei nº 9.998/00, nos seguintes termos:

“Art. 2º Caberá ao Ministério das Comunicações formular as políticas, as diretrizes gerais e as prioridades que orientarão as aplicações do Fust, bem como definir os programas, projetos e atividades financiados com recursos do Fundo, nos termos do art. 5º desta Lei.
(...)

Art. 4º Compete à Anatel:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

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.”

Assim, não restam dúvidas acerca da omissão quanto à adoção de providências de índole administrativa, consistentes na definição, pelo Ministério das Comunicações, dos programas a serem financiados com os recursos do FUST e na efetiva destinação orçamentária, pela ANATEL, dos valores necessários ao financiamento de tais programas.

Tais omissões são inequivocamente inconstitucionais, já que, não aplicando os recursos do FUST em suas finalidades, a ANATEL e o Ministério das Comunicações vêm tornando ineficazes as normas constitucionais que asseguram direitos fundamentais da população à comunicação e à informação (artigo 5º, incisos IV³, IX⁴ e XIV⁵ da CF/88), ao tratamento isonômico (artigo 5º, *caput* da CF/88⁶) e à proteção ao consumidor (artigo 5º, XXXII da CF/88⁷).

Nesse sentido, cumpre repisar que o objetivo almejado com a criação do FUST era a universalização dos serviços de telecomunicação, ou seja, o direito de acesso aos serviços de telecomunicações a qualquer pessoa ou instituição de interesse público, independentemente de sua localização e condição socioeconômica.

³ “IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”

⁴ “IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”

⁵ “XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

⁷ “XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

É certo que o Estado deve garantir meios para que os direitos à comunicação e à informação sejam desfrutados em sua plenitude, e um deles consiste **no amplo acesso das telecomunicações a todos os cidadãos**, sendo certo, portanto, que o direito à telecomunicação pode ser entendido como um direito fundamental.

Desta forma, a universalização dos serviços de telecomunicações é um ponto crucial para que o Estado cumpra seu papel e permita que o cidadão se integre à sociedade atual, cada vez mais voltada ao uso das tecnologias de telecomunicação na vida cotidiana.

Ademais, a ausência de universalização dos serviços de telecomunicação leva à impossibilidade de acesso de determinadas parcelas da população a tais serviços, o que constitui discriminação entre os usuários e a consequente ofensa clara ao princípio constitucional da isonomia.

Igualmente, não se desconhece a relevância do papel da universalização das telecomunicações nas relações de consumo, haja vista estar o consumidor sistematicamente vulnerado pelas distintas condições de telecomunicação, ou seja, o consumidor dos serviços é afetado diretamente pela ausência de cobertura em sua localidade, por exemplo, ou a ausência de equipamentos de telecomunicação acessíveis às pessoas com deficiência, entre outros fatores.

Assim, não universalizado o serviço de telecomunicação resta desprotegido o consumidor, ou seja, o elo vulnerável na relação de consumo do serviço, o que contraria direito fundamental previsto constitucionalmente.

Desse modo, não restam dúvidas acerca da inconstitucionalidade da omissão da ANATEL e do atual Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações em definir políticas públicas para aplicação dos recursos do FUST e efetivamente aplicar tais recursos na universalização dos serviços de telecomunicação, haja vista que a ausência dessa universalização ofende gravemente diversos direitos fundamentais da população.

Importante salientar que, além dos direitos fundamentais acima listados, a omissão quanto à aplicação dos recursos do FUST implica também em ofensa ao princípio da referibilidade/retributividade em relação à Contri-



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

buição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE, nos termos do artigo 149 da CF/88⁸.

Demonstrada a inconstitucionalidade da omissão, cumpre tecer breves esclarecimentos sobre a sua efetiva ocorrência, os quais serão aprofundados ao longo da presente Ação.

Nesse sentido, importante esclarecer preliminarmente que, como se extrai dos dispositivos da Lei nº 9.998/00 transcritos no tópico anterior, a aplicação dos recursos do FUST é limitada a “*programas, projetos e atividades que estejam em consonância com plano geral de metas para universalização de serviço de telecomunicações ou suas ampliações*”, ou seja, apenas a serviços de telefonia fixa (Serviço de Telefonia Fixa Comutada – STFC) prestados no regime público.

Tal conclusão decorre do fato de que as metas de universalização são o conjunto de obrigações a que estão sujeitas as concessionárias de serviço de telefonia fixa (STFC) prestado em regime público, previstas no Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público – PGMU, aprovado pelo Decreto nº 7.512/11.

No entanto, conforme já mencionado, apesar da expressa previsão na Lei nº 9.998/00 de aplicação dos recursos em universalização dos serviços de telecomunicação, desde a instituição do Fundo e da respectiva CIDE, parcela ínfima da arrecadação foi destinada a esta finalidade e alguns valores foram, inclusive, destinados a finalidades diversas.

Conforme restará demonstrado, o próprio Tribunal de Contas da União – TCU, por meio, principalmente, do Relatório de Levantamento TC 008.293/2015-5 (Acórdão nº 28/16), fez essas constatações, destacando, inclusive, os valores que teriam sido investidos em universalização, aplicados em finalidades diversas, bem como a imensa importância que se encontra contingenciada, sem absolutamente nenhuma destinação.

Em que pese a ocorrência de desvio de finalidade e de ausência de aplicação de recursos desde a instituição do FUST, atualmente o investi-

⁸ “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.”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

mento em suas finalidades **no tempo adequado** torna-se inviável pelo próprio panorama do setor, que foi substancialmente alterado no decorrer dos anos para contemplar diversos outros serviços de telecomunicação além da telefonia fixa.

Nesse sentido, o serviço de telecomunicação que, no momento da edição da Lei nº 9.998/00, era sinônimo de telefonia fixa (motivo pelo qual esta modalidade foi a única contemplada como passível de receber os recursos do FUST), hoje em dia corresponde muito mais a outros serviços, como de telefonia móvel e *internet* banda larga.

Esse novo panorama do setor demonstra, conforme será detalhado mais adiante, que a finalidade para a qual foram criados o FUST e a respectiva CIDE resta exaurida, já que não se justifica mais o investimento em telefonia fixa, modalidade de serviço de telecomunicação que vem caindo, cada vez mais, em desuso.

Considerando que o FUST e a respectiva CIDE foram criados visando à universalização dos serviços de telecomunicação prestados no interesse público, não se pode admitir o investimento dos recursos em atividades não relacionadas a este fim, bem como a mera não aplicação dos recursos (em razão do exaurimento da finalidade), motivo pelo qual também é necessária a imediata formulação de novas políticas públicas para aplicação dos recursos.

Por esses motivos, aplicam-se à hipótese o artigo 103, §2º da Constituição Federal, e 12-H, §1º, da Lei nº 9.868/99⁹, que preveem a fixação de prazo de 30 dias (ou outro prazo razoável, que ora se sugere sejam de 180 (cento e oitenta) dias) para que seja sanada a omissão inconstitucional pelo órgão administrativo responsável, a fim de garantir a inviolabilidade das normas constitucionais.

⁹ “Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.

§ 1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

3 – DA INCONSTITUCIONAL OMISSÃO QUANTO À ADOÇÃO DE PROVIDÊNCIAS DE ÍNDOLE ADMINISTRATIVA:

3.1 – Da Ausência de Investimento dos Recursos do FUST:

Conforme já destacado, nos termos do artigo 1º da Lei nº 9.998/00, o FUST foi criado para “*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.*”

Ademais, cumpre repisar que a principal fonte de receita do fundo é a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico para o FUST, também instituída pela Lei nº 9.998/00¹⁰, espécie tributária cuja instituição está sujeita ao denominado controle de validade finalístico, ou seja, tem sua validade atrelada ao destino do custeio de uma atividade estatal voltada a atender uma finalidade prevista e relativa a determinado grupo, área ou setor de que participe o contribuinte (referibilidade/retributividade).

Assim, se a destinação integra o regime jurídico da CIDE, ao analisar a sua natureza não se pode concluir que esta se inicia com a ocorrência do fato previsto em lei e termina com o pagamento do tributo (ou com outra causa extintiva da obrigação), havendo que se perquirir mais uma etapa ainda, que, se não cumprida, leve à inconstitucionalidade da contribuição, etapa esta consistente no repasse das receitas às finalidades para as quais a contribuição foi criada.

Porém, apesar de as prestadoras de serviços de telecomunicação recolherem mensalmente tal contribuição em valores altíssimos, haja vista que calculada com base na receita bruta decorrente da prestação de serviços de telecomunicação, **o investimento nas finalidades para as quais foi criado o FUST e a respectiva CIDE é zero.**

Em verdade, os valores recolhidos ao FUST desde 2001 pelas empresas de telecomunicação são computados para fins de superávit primário

¹⁰ “Art. 6º Constituem receitas do Fundo: (...)

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



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

e entram como reserva de origem para eventual necessidade de créditos suplementares do orçamento, conforme previsto na própria Lei Orçamentária Anual – LOA.

Para contextualizar, transcreve-se abaixo o artigo 4º da LOA 2016 (Lei nº 13.255/2016), salientando que há dispositivos de idêntico teor nas LOAs anteriores:

“Art. 4º Fica autorizada a abertura de créditos suplementares, restritos aos valores constantes desta Lei, excluídas as alterações decorrentes de créditos adicionais abertos ou reabertos, desde que as alterações promovidas na programação orçamentária sejam compatíveis com a obtenção da meta de superávit primário estabelecida para o exercício de 2016 e sejam observados o disposto no parágrafo único do art. 8º da LRF e os limites e as condições estabelecidos neste artigo, vedado o cancelamento de valores incluídos ou acrescidos em decorrência da aprovação de emendas individuais e coletivas, para o atendimento de despesas:

(...)

XXII - no âmbito das agências reguladoras, do Fundo Nacional de Cultura - FNC na categoria de programação específica do Fundo Setorial do Audiovisual - FSA, do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações - FUST e do Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações - FUNTTEL, mediante a utilização dos respectivos:

a) superávit financeiro apurado no balanço patrimonial do exercício de 2015;

b) excesso de arrecadação de receitas próprias e vinculadas; e

c) reserva de contingência à conta de recursos próprios e vinculados constantes desta Lei;” (grifou-se)

Ademais, no Anexo I (tabelas do orçamento da União), inciso V do Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias 2016 (**doc. 02**), há a indicação, de forma evidente, que **os recursos do FUST não vêm sendo aplicados como deveriam**, restando contabilizados como reserva e para cômputo de superávit primário:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Figura 1 – Demonstração da Arrecadação e Investimentos das Receitas do FUST e do FUNTTEL

Quadro 5 - Despesas dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social por Poder, Órgão, Unidade Orçamentária, Fontes de Recursos e Grupos de Natureza de Despesa

R\$ 1,00

PLDO - 2016, Anexo I, inciso V Recursos de Todas as Fontes

Poder/Órgão/UO	Fiscal	Seguridade Social	Total
GND/Fonte			
41902 - Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações - FUST	1.464.915.520		1.464.915.520
3 - Outras Despesas Correntes	101.419		101.419
172 - Outras Contribuições Econômicas	101.419		101.419
9 - Reserva de Contingência	1.464.814.101		1.464.814.101
172 - Outras Contribuições Econômicas	820.307.763		820.307.763
178 - Fundo de Fiscalização das Telecomunicações	644.506.338		644.506.338

Fonte: Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias 2016

Com base nesses dados, estima-se que os recursos de FUST arrecadados atinjam o montante de **R\$ 1.464.915.520,00** (um bilhão, quatrocentos e sessenta e quatro milhões, novecentos e quinze mil, quinhentos e vinte reais), sendo que, desta considerável importância, **apenas RS 101.419,00** (cento e um mil, quatrocentos e dezenove reais) seriam investidos em “despesas correntes” (e não em universalização dos serviços de telecomunicação), sendo que o **saldo de R\$ 1.464.814.101,00** (um bilhão, quatrocentos e sessenta e quatro milhões, oitocentos e quatorze mil, cento e um reais) **permanece como “reserva de contingência”**.

Importante repisar que não se trata de fato isolado relativo apenas a 2016, haja vista que a ausência de repasse das receitas do FUST já vem ocorrendo desde a instituição desse tributo.

Como exemplo do afirmado, destaca-se que na Lei Orçamentária Anual de 2015 (Lei nº 13.115/15) restou como “reserva de contingência” a importância de R\$ 2.137.550.855,00 (dois bilhões, cento e trinta e sete milhões, quinhentos e cinquenta mil, oitocentos e cinquenta e cinco reais) – **doc. 03** -, e na LOA de 2014 (Lei nº 12.952/14) o valor de R\$ 4.229.502.108,00 (quatro bilhões, duzentos e vinte e nove milhões, quinhentos e dois mil, cento e oito reais) – **doc. 04**.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Aliás, a ausência de aplicação dos recursos do FUST em suas finalidades não é fato recente, já que tal panorama é o que se verifica desde a criação do Fundo, como se percebe do trecho abaixo, extraído do Acórdão 2148/05 (**doc. 05**), proferido no Processo nº 010.889/2005-5, que, em sede de Relatório de Auditoria, buscou verificar as dificuldades, limitações ou barreiras que impediam a aplicação do FUST em suas finalidades:

“46. Verificamos que o Poder Executivo Federal somente manifestou a intenção concreta de aplicar os recursos do Fust – com prioridade para a área de educação – no ano de 2001, quando houve previsão orçamentária e foi expedido decreto com metas de universalização objetivas. Ainda assim, identificamos, que as prioridades foram definidas de forma superficial e genérica. [parágrafos 52 a 66]

(...)

4.1.1. O Ministério das Comunicações foi deficiente na formulação e na implementação de políticas, diretrizes gerais e prioridades.

A priorização inicial foi superficial e genérica

(...)

O descompasso entre os Programas e as leis orçamentárias dos anos 2001 e 2002

(...)

64. Esse descompasso entre os programas definidos pelo MC e as leis orçamentárias é mais um dos elementos que demonstram a fragilidade e a inconsistência da Política de universalização adotada nesse período. Não é possível, por exemplo no caso dos Programa Educação e Programa Biblioteca, identificar os recursos que seriam destinados aos projetos Escolas de Ensino Médio e Instituições Federais, Estaduais e Municipais de Ensino Profissionalizante, mencionados na Portaria/MC n.º 002/2001, e aos projetos Bibliotecas Públicas Federais, Estaduais e Municipais e Bibliotecas de Organizações do Terceiro Setor, mencionados na Portaria/MC n.º 245/2001. Na verdade, com base apenas no PPA 2000-2003 e nas respectivas LOA não é possível sequer identificar o montante de recursos que seriam alocados a cada um dos programas.

Não houve supervisão e interlocução para elaboração do Serviço de Comunicações Digitais – SCD

(...)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

77. Antes mesmo de a Anatel encaminhar sua proposta, todavia, o Ministério das Comunicações sinalizava que o caminho desejado para a aplicação dos recursos do Fust não seria o SCD. Não houve qualquer manifestação formal da Pasta nesse sentido, entretanto, as informações trazidas pela mídia especializada davam conta disso. A seguir transcrevemos trechos de entrevista concedida pelo ex-Ministro Eunício à revista *Telecom*, em maio de 2004, que demonstram seu desinteresse pelo SCD.

‘Telecom — Como o sr. analisa a condução desse projeto[*o SCD*]?

Eunício — Tenho algumas preocupações com a forma de utilização dos recursos do Fust.

(...) **Com o Fust, nós temos ZERO projeto em andamento.**’

(...)

A falta de perspectiva atual; a inconsistência do alto risco jurídico apontado para o SCD

80. A falta de perspectiva para a aplicação do Fundo no curto ou até mesmo no médio prazo pode ser caracterizada pela intenção do Ministério das Comunicações em formar um grupo de trabalho, com a participação de agentes públicos e privados interessados no tema, para colaborar na geração de uma política para utilização dos recursos do Fust. Essa intenção demonstra que a formulação da política de universalização encontra-se em fase embrionária. Além disso, os recursos do Fust destinados à reserva de contingência, consoante o projeto de LOA 2006, constituem expressivos 98,65 % da previsão de arrecadação do Fundo, o que corrobora de forma inequívoca a falta de perspectiva atual para a aplicação desses recursos.

81. Nesse sentido, o Ministério das Comunicações, já sob o comando do Ministro Hélio Costa, consignou – durante a realização da Audiência Pública promovida pela Subcomissão Permanente de Ciência e Tecnologia do Senado Federal em 14/09/2005, cujo objeto foi Aplicação dos Recursos do Fust – inexistir uma política governamental de inclusão digital e de universalização dos serviços de telecomunicações para possibilitar a aplicação dos recursos do Fust. Segundo admitiu o representante do Ministério na Audiência, o Secretário de Comunicação Eletrônica, Joa Nilson Barbosa, há ‘uma falta de definição dos atores envolvidos que possibilite aplicar os recursos dos



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Fust com a devida segurança e transparência para a sociedade brasileira.'

(...)

94. Veja-se que em 2001 não havia destinação de recursos do Fust à reserva de contingência, a integralidade da arrecadação do Fundo (R\$ 1,025 bilhões) seria aplicada em ações do Programa de Universalização dos Serviços de Telecomunicações. Em 2002, foram destinados 29,37% (R\$ 341 milhões) da previsão de arrecadação (R\$ 1,161 bilhões) à reserva de contingência. A partir de então, ano após ano, a porcentagem da previsão de arrecadação do Fundo destinada à reserva de contingência aumentou: em 2003, 76,44% (R\$ 596 milhões), em 2004, 90,49% (R\$ 380 milhões) em 2005, 94,33% (R\$ 529 milhões) e, finalmente, a intenção, conforme o projeto de LOA 2006 em tramitação no Congresso Nacional, é que 98,65% (R\$ 655 milhões) dos recursos arrecadados pelo Fust (R\$ 664 milhões) sejam destinados à reserva de contingência.

95. Há quem diga que esse fato se deve à intenção deliberada de o Executivo Federal utilizar os recursos do Fust para aumentar o superávit primário. Todavia, conforme informações do Ministério da Fazenda e do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, esse fato se deve, na verdade, às propostas orçamentárias do próprio Ministério das Comunicações feitas ano a ano, as quais não previram a destinação total da previsão de arrecadação do Fust às ações do Programa de Universalização dos Serviços de Telecomunicações e, dessa forma, as diferenças verificadas entre a previsão de arrecadação do Fust e a autorização de despesa nas ações desse programa foram automaticamente destinadas à reserva de contingência.

96. Portanto, as medidas de ordem orçamentária do Ministério das Comunicações para a aplicação dos recursos arrecadados pelo Fust, assim como aquelas voltadas para a formulação e implementação de uma política de universalização de serviços de telecomunicações, foram esmorecendo ano a ano, desde a criação do fundo até o presente momento.

Não houve definição de premissas essenciais para a aplicação do Fust

(...)

4.2.1. Não há uma política integrada – nem prioridade – para as iniciativas de inclusão digital do Poder Executivo Federal



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

(...)

162. O exemplo concreto dessa ausência de prioridade está nas previsões orçamentárias, as quais, a partir de 2003, deixaram de ter qualquer perspectiva de execução.

(...)

5. Síntese das conclusões

267. Desde a edição da Lei do Fust, em agosto de 2000, só houve uma tentativa concreta de aplicação de seus recursos, culminando na não utilização do fundo até o momento, e sua alocação sistemática para elevar o superávit primário do orçamento público federal.

(...)

VOTO

(...)

16. Essas informações confirmam que as discussões a respeito da forma de aplicação dos recursos do Fust retornaram a um estágio embrionário, cinco anos após a aprovação da lei que criou o fundo. **Ou seja, durante cinco anos vêm sendo retirados recursos da sociedade, sem que ela tenha a contrapartida prevista em lei, que é a universalização dos serviços de telecomunicações, pela incapacidade dos governos de formularem uma política consistente para a aplicação desses recursos.**¹¹ (grifou-se)

Mais de dez anos após a prolação do Acórdão 2148/05 nada mudou em relação ao investimento dos recursos do FUST, tanto que em 2016 foi proferido o Acórdão 28/16 (**doc. 06**), em processo que buscava, dentre outras finalidades, analisar a arrecadação e destinação dos recursos do FUST, nos seguintes termos:

“(...)

4.2 *Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust)*

(...)

246. **De acordo com a STN, a arrecadação bruta do Fust entre 2001 e 2015 teria sido de R\$ 16,04 bilhões; de acordo com a Anatel, no mesmo período, a arrecadação bruta do Fust teria sido de R\$ 19,44 bilhões, uma diferença da ordem de R\$ 3,39 bilhões.**

¹¹ Acórdão 2148/2005 – Plenário. Documento AC-2148-48/05-P. Relatório de Auditoria. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Data da Sessão: 07/12/2005.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

(...)

248. Quanto ao saldo financeiro do Fust em 30/6/2015, as informações prestadas pela STN e pela Anatel não coincidem:

a) para a STN, o Fust apresenta saldo de R\$ 4,72 bilhões, R\$ 1,27 bilhões na Fonte 72 e R\$ 3,45 bilhões a serem transferidos do Fistel;

b) para a Anatel, considerando que foram executados apenas R\$ 192 mil, o saldo do Fust é de R\$ 19,44 bilhões.

249. Sobre a execução dos recursos do Fust em ações orçamentárias enquadradas nos incisos I a XIV do artigo 5º da Lei 9.998/2000, a SOF informou que teriam sido empenhados recursos da ordem de R\$ 2,22 bilhões; **a Anatel informou que, em 2007, foram empenhados R\$ 788 mil, cancelados R\$ 595 mil, pagos R\$ 10,4 mil, restando um saldo a pagar de R\$ 182,4 mil.**

(...)

260. De qualquer maneira, considerando-se o **baixo valor dos recursos do fundo destinados a cobrir as despesas realizadas na universalização dos serviços de telecomunicações (R\$ 192 mil entre 2001 e 2015), considerando que os recursos do fundo têm sido utilizados para outros fins (R\$ 10,14 bilhões entre 2001 e 2015), considerando-se a tendência de crescimento das receitas e do número de usuários do setor, entende-se ser necessário rediscutir o Fust tanto do ponto de vista da arrecadação como da destinação dos recursos.**

(...)

262. **Entre 2001 e 2015, portanto, o Fust já arrecadou mais de R\$ 16 bilhões; no mesmo período e, apenas no ano de 2006, foram utilizados recursos de pouco mais de R\$ 192 mil. Essa baixa utilização de recursos do Fust já tinha sido identificada pelo TCU ainda no exercício de 2005 [TC 010.889/2005-5, Acórdão 2.148/2005-TCU-Plenário].**

263. Adicionalmente, conforme apontado no Relatório sobre as Contas do Governo, exercício de 2008, o TCU constatou que a disponibilidade de recursos do Fust foi reduzida entre 2007 e 2008 de R\$ 5,3 bilhões para R\$ 3,2 bilhões, **e que essa redução não ocorreu em virtude da utilização dos recursos, mas da desvinculação de recursos do fundo para pagamento de dívida pública.**

(...)

Acórdão:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

(...)

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

(...)

9.1. determinar à Anatel, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU e em razão de sua obrigação de prestar contas da aplicação dos recursos do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (Fistel) e do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust), que:

a) em conjunto com a Secretaria do Tesouro Nacional e a Secretaria de Orçamento Federal, promova, no prazo de 90 (noventa) dias, a conciliação dos valores correspondentes à arrecadação, à aplicação e ao saldo desses fundos, apresentando as devidas justificativas para as divergências detectadas;

b) dê transparência, em seu sítio na internet, aos dados atualizados sobre as receitas arrecadadas e o saldo desses fundos e identifique, anualmente, as destinações dadas aos seus recursos;

c) informe o cumprimento dos itens "a" e "b" acima no relatório de gestão referente ao exercício de 2016;

9.2. recomendar à Casa Civil e ao Ministério das Comunicações, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno/TCU, que analisem a oportunidade e a conveniência de avaliar o descompasso entre o volume arrecadado e a aplicação dos recursos nos objetivos que motivaram a criação do Fistel e do Fust, em vista do baixo valor das despesas destinadas aos fins para os quais foram constituídos;”¹² (grifou-se)

Pela análise dos trechos do Acórdão 28/16 do TCU supratranscritos, extrai-se que só houve investimento efetivo, no ano de 2006, de cerca de R\$ 192 mil, valor este irrisório se comparado ao total arrecadado até 2015, que importa em mais de R\$ 19 bilhões, segundo a ANATEL.

Nesse sentido, outra forte demonstração do desvio de finalidade das receitas do FUST (o que constitui inequívoca omissão inconstitucional em relação à aplicação dos recursos nas finalidades para as quais o fundo foi criado) são as inconsistências nas informações prestadas pela ANATEL e pelas

¹² Acórdão 28/2016 – Plenário. Documento AC-0028-01/16-P. Relatório de Levantamento. Relator: Ministro Bruno Dantas. Data da Sessão: 20/01/2016.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Secretarias do Tesouro Nacional – STN e de Orçamento e Finanças do Ministério do Planejamento – SOF ao Tribunal de Contas da União – TCU.

Os gráficos abaixo, extraídos do Relatório de Levantamento que culminou no Acórdão 28/16 (**doc. 07**), demonstram essas divergências em relação à arrecadação bruta e ao saldo financeiro do FUST:

Figura 2 – Arrecadação Bruta do FUST entre 2001 e 2015 (R\$ bilhões)¹³



Fonte: Relatório de Levantamento TC 008.293/2015-5 – Acórdão TCU nº 28/16 (doc. 07)

Figura 3 – Saldo Financeiro do FUST em 30/06/2015 (R\$ bilhões)¹⁴

¹³ Fontes utilizadas pelo TCU: dados fornecidos pela ANATEL, STN e SOF.

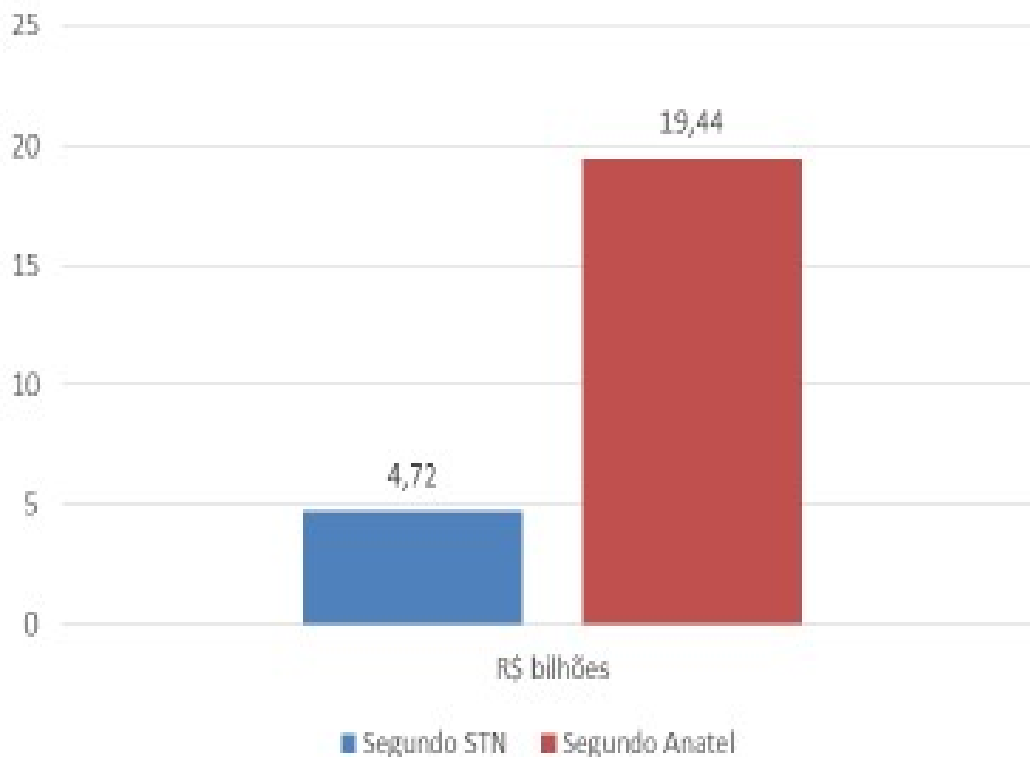
¹⁴ Fontes utilizadas pelo TCU: dados fornecidos pela ANATEL, STN e SOF.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.



Fonte: Relatório de Levantamento TC 008.293/2015-5 – Acórdão TCU nº 28/16 (doc. 07)

Pela análise dos dados acima colacionados pode-se concluir que, de acordo com a ANATEL, o saldo financeiro é igual à arrecadação, ou seja, o investimento dos recursos nas finalidades do fundo foi zero.

Em contrapartida, de acordo com os dados fornecidos pela STN, o saldo financeiro é R\$ 14,72 bilhões inferior ao informado pela ANATEL. Mais grave ainda é a outra conclusão a que se chega: de acordo com os dados da STN, R\$ 11,32 bilhões (diferença entre o valor arrecadado e o saldo) teriam sido gastos, porém, considerando as informações da ANATEL, resta claro que tais valores não foram utilizados para universalização dos serviços de telecomunicação.

Nesse sentido, sobre a aplicação de recursos do FUST em ações orçamentárias enquadradas no artigo 5º, da Lei nº 9.998/00, a SOF informou que teriam sido empenhados recursos no montante de R\$ 2,22 bilhões nas seguintes ações e unidades orçamentárias:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

- “a) Fomento à Pesquisa e Desenvolvimento em Telecomunicações na Fundação CPqD; Funttel;*
- b) Fomento a Projetos de Desenvolvimento de Tecnologias Inovadoras nas Telecomunicações; Funttel;*
- c) Administração da Unidade; Ministério das Comunicações;*
- d) Remuneração a Instituições Financeiras que Operam Financiamentos a Projetos de Desenvolvimento de Tecnologias na Área de Telecomunicações; Funttel;*
- e) Implantação de Instalações para Acesso a Serviços Públicos; Ministério das Comunicações;*
- f) Modernização da Estrutura de Informática do Ministério das Comunicações; Ministério das Comunicações;*
- g) Assistência Médica e Odontológica aos Servidores, Empregados e seus Dependentes; Assistência Pré-Escolar aos Dependentes dos Servidores e Empregados e Auxílio-Transporte aos Servidores e Empregados; Ministério das Comunicações;*
- h) Política Produtiva e Inovação Tecnológica; Funttel.”*

Aparentemente, houve um equívoco da SOF quanto a tais dados fornecidos ao TCU, já que as ações orçamentárias acima listadas parecem se referir ao **Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações – FUNTTEL**, cuja finalidade é diversa, e não ao FUST.

Porém, se corretas tais informações resta comprovado que ao menos R\$ 2,22 bilhões foram utilizados em ações não previstas nos objetivos do FUST.

Aliás, apesar de não identificado o destino dos valores concluiu o TCU, com base nos dados apresentados pela ANATEL, STN e SOF, que “R\$ 10,14 bilhões, o que corresponde a 69,39% da arrecadação, foram empregados em outros fins que não a universalização dos serviços de telecomunicações.”, conforme tabela e gráfico abaixo:

Figura 4 – Arrecadação e Usos do FUST: 2001 a 2015 (R\$ bilhões)¹⁵

Total Arrecadado ¹	16,05	100%
Universalização ²	0,192	1,20%
Outros Usos Identificados ¹	2,22	13,83%
Outros Usos não Identificados	8,92	55,56%
Saldo ¹	4,72	29,41%

¹⁵ Fontes utilizadas pelo TCU: dados fornecidos pela STN/SOF(1) e Anatel (2).



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

Fonte: Relatório de Levantamento TC 008.293/2015-5 – Acórdão TCU nº 28/16 (doc. 07)

Figura 5 – Usos para os Recursos do FUST: 2000 a 2015 (R\$ bilhões)¹⁶



Fonte: Relatório de Levantamento TC 008.293/2015-5 – Acórdão TCU nº 28/16 (doc. 07)

As informações constantes dos Acórdãos do TCU, principalmente em relação à execução dos recursos do FUST, pela ANATEL, em universalização dos serviços de telecomunicação, podem ser extraídas também dos Relatórios de Gestão do FUST de 2009 a 2014 (**doc. 08**), elaborados pela ANATEL.

Por meio de tais documentos, verifica-se que a última vez que recursos foram empenhados, ou seja, destinados para um fim específico, foi no ano de 2007, porém, tais valores nunca foram efetivamente aplicados, liquidados.

¹⁶ Fontes utilizadas pelo TCU: dados fornecidos pela ANATEL, STN e SOF.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Esclareça-se que os valores empenhados são apenas os valores previstos para serem utilizados em determinada finalidade, não correspondendo à efetiva execução da despesa. Quando os valores são efetivamente gastos, são registrados como “valores liquidados”. Valores empenhados, mas não liquidados, são inscritos como “restos a pagar não processados”.

Com base em tais esclarecimentos, é possível concluir que, **desde 2007, absolutamente nenhum valor foi investido**, ou seja, há nove anos não há qualquer aplicação dos valores arrecadados, como pode ser visualizado da tabela abaixo, elaborada com base nos Relatórios de Gestão do FUST de 2009 a 2014 (**doc. 08**):

ANO DO RELATÓRIO	VALORES ARRECADADOS	VALORES EMPENHADOS	RESTOS A PAGAR	EMPE-NHO CANCELADO
2007	R\$ 1.166.155.868,41	R\$ 787.692,60	-	-
2008	R\$ 1.444.008.939,16	-	R\$ 787.692,60	-
2009	R\$ 1.436.386.643,32	-	R\$ 787.692,60	-
2010	R\$ 986.609.120,46	-	R\$ 777.246,90	R\$ 10.445,70
2011	R\$ 2.717.934.707,42	-	R\$ 182.437,22	R\$ 594.809,68
2012	R\$ 1.924.903.819,14	-	R\$ 182.437,22	-
2013	R\$ 1.713.846.616,30	-	R\$ 182.437,22	-
2014	R\$ 1.756.773.120,44	-	R\$ 182.437,22	-

Cumprе ressaltar que, mesmo o valor de R\$ 787.692,60 empenhado em 2007, por não ter sido liquidado, foi inscrito como “restos a pagar não processados” em 2008 e reinscrito como “restos a pagar não processados” em 2009, o que demonstra a ausência de investimentos no período, até que, a partir de 2010, o empenho de tal montante vai sendo discreta e constantemente cancelado, o que comprova que nunca foi investido.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Ademais, importante destacar também entrevista concedida ao “Estadão” em 2014 pelo Ministro das Comunicações à época, Paulo Bernardo (**doc. 09**), na qual ele confirmou que os recursos do FUST **nunca** foram usados e revelou a intenção do Governo de utilizar tais recursos para arcar com um plano nacional de construção de infraestrutura básica para as populações mais carentes, nos seguintes termos:

“O ministro das Comunicações, Paulo Bernardo, defendeu o descontingenciamento dos recursos dos fundos setoriais de telecomunicações para bancar um plano nacional de construção de infraestrutura básica para regiões mais carentes. Segundo ele, a presidente Dilma Rousseff ‘quer e vai’ implementar esse plano. Entre os fundos do setor, estão o Fust, Funttel e Fistel. ‘De repente podemos juntar as duas coisas’, disse ele informando que vai defender essa estratégia junto à presidente Dilma.

Em audiência na Comissão de Ciência e Tecnologia da Câmara dos Deputados, o ministro disse que tem que ‘cobrar e negociar’ o descontingenciamento dos recursos dos fundos, mas que procura não se ‘estressar’ com a equipe econômica. ‘Eu tenho no meu currículo o cargo de ministro do Planejamento e também tive que trabalhar com a questão fiscal, de metas de superávit, de contingenciamento. Eu procuro não estressar de forma alguma coisa com a área econômica por conta disso’, disse ele aos parlamentares da comissão, que durante a audiência criticaram muito os serviços de telecomunicações no País, principalmente em áreas rurais e também na Região Norte do País.

*O ministro disse que é preciso discutir de forma clara o que se quer fazer com os recursos dos fundos contingenciados. ‘Tenho conversado com a presidente Dilma que garantiu recursos fiscais em áreas importantes para estimular a produção de infraestrutura. Mas precisamos selecionar e ver onde vamos colocar os recursos’, afirmou. (...) **Segundo ele, os recursos do fundo nunca foram usados, exceto algumas pequenas destinações.** ‘A legislação do Fust tem que mudar’, defendeu.”¹⁷ (grifou-se)*

¹⁷

<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-geral,bernardo-quer-descontingenciar-fundos-setoriais,180486,0.htm>



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Extraí-se, portanto, que o Poder Executivo Federal não parece ter a intenção de destinar os recursos do FUST para a universalização dos serviços de telecomunicação, mas sim para fim totalmente diverso não permitido pela legislação de regência, o que corresponde à inequívoca omissão inconstitucional quanto à adoção de providência de índole administrativa, concernente à aplicação dos recursos do fundo em suas finalidades, **a qual deve ser afastada por essa E. Suprema Corte, por meio da determinação do investimento dos recursos.**

3.2 – Do Exaurimento da Finalidade para a qual foi Criado o FUST:

Conforme já demonstrado, a aplicação dos recursos do FUST é limitada a “*programas, projetos e atividades que estejam em consonância com plano geral de metas para universalização de serviço de telecomunicações ou suas ampliações*”, ou seja, apenas a **serviços de telefonia fixa (Serviço de Telefonia Fixa Comutada – STFC) prestados no regime público.**

Porém, o investimento dos recursos do FUST em suas finalidades **no tempo adequado** atualmente torna-se inviável pelo próprio exaurimento de tais finalidades, motivado pela obsolescência do sistema de telefonia fixa, já que o cenário desta modalidade de telefonia no Brasil nos dias atuais é muito diferente daquele que se colocava em 2000, quando o FUST e a respectiva CIDE foram criados.

Como se sabe, com o início da privatização do sistema Telebrás, ocorrido durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, os serviços de telecomunicação, que até então eram prestados pela área estatal, passaram a ser explorados pela iniciativa privada por meio de concessão pública.

Nesse contexto, foi prevista na Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº 8/95, uma lei infraconstitucional que disporia sobre a nova organização dos serviços, com a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, sendo editada, portanto, a Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT).

Nessa época, a telefonia fixa constituía a principal modalidade de serviço de telecomunicação no Brasil e no mundo, ainda não existia a banda larga residencial (o acesso à *internet* era discado) e a telefonia móvel (celular) era vista como um serviço elitizado, que jamais substituiria o telefone fixo.



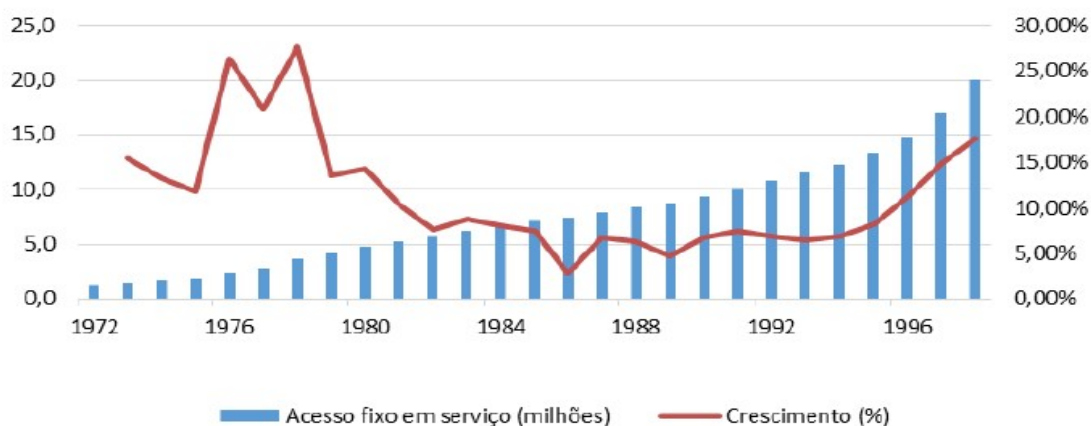
Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Especificamente quanto à telefonia fixa, importante destacar que ela se encontrava em ampla expansão, conforme gráfico abaixo:

Figura 6 – STFC (concessão): Acessos em Serviço e Crescimento Anual (1972-1998)¹⁸



Fonte: Relatório de Levantamento TC 008.293/2015-5 – Acórdão TCU nº 28/16 (doc. 07)

O telefone fixo era visto, àquela época, como uma infraestrutura de natureza básica, da mesma forma que a energia elétrica e a água, razão pela qual deveria figurar em todas as residências.

Assim, sendo o Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC um serviço essencial, todo o modelo regulatório das telecomunicações foi planejado para garantir a sua continuidade e universalização, tendo sido essa a única modalidade submetida à prestação sob o regime público, nos termos do artigo 64, parágrafo único da LGT¹⁹.

Contudo, ficou à margem dessa expansão das telecomunicações enorme parcela da população brasileira que vive em localidades longínquas e/ou de baixa renda, locais nos quais os custos com a implantação do serviço não seriam recuperados com a sua exploração eficiente, motivo pelo qual foi criado o FUST, como solução para levar serviços de telecomunicação de qualidade para todos.

¹⁸ Fonte utilizada pelo TCU: www.anatel.gov.br

¹⁹ “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. Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral.”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Na realidade, porém, as concessionárias do STFC foram forçadas a arcar, por conta própria, com a quase integralidade dos ônus decorrentes da universalização do serviço, visto que o dever de expansão às próprias custas era cláusula integrante dos diversos procedimentos de concessão e, de outro lado, como demonstrado no tópico anterior, foi irrisória a aplicação dos recursos arrecadados para a finalidade para a qual foi criado esse fundo especial.

Em face dessa constatação, conforme mencionado no tópico anterior, em 2005 o Tribunal de Contas da União, com o objetivo de verificar as razões da não utilização dos recursos arrecadados pelo FUST, realizou uma auditoria operacional no Ministério das Comunicações, **tendo concluído que nunca existiu política pública para orientar a aplicação dos recursos do FUST** (Acórdão 2148/05 – Processo 010.889/2005-5 – doc. 05).

Enquanto a contribuição ao FUST continuou sendo exigida e a sua falta de aplicação discutida, o mercado de telefonia fixa sofreu intensas mudanças, a ponto de que, ainda que fossem criadas políticas para orientar a aplicação dos recursos, na data de hoje, estas já teriam perdido o objeto.

De fato, analisando-se o cenário desde a privatização até o início dos anos 2000, resta claro que era mais do que necessário o estabelecimento de um “Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU)” a ser cumprido pelas concessionárias de telefonia fixa.

Dentre tais metas estavam previstos acessos individuais a telefones fixos em localidades com mais de 300 habitantes e telefones públicos (“orelhões”) em localidades com mais de 100 habitantes, por exemplo.

O cumprimento dessas metas demandou pesados investimentos por parte das concessionárias, tendo gerado resultados positivos: os telefones fixos instalados subiram de 17 milhões em 1997 para 42 milhões em 2002, conforme se verifica do gráfico abaixo:

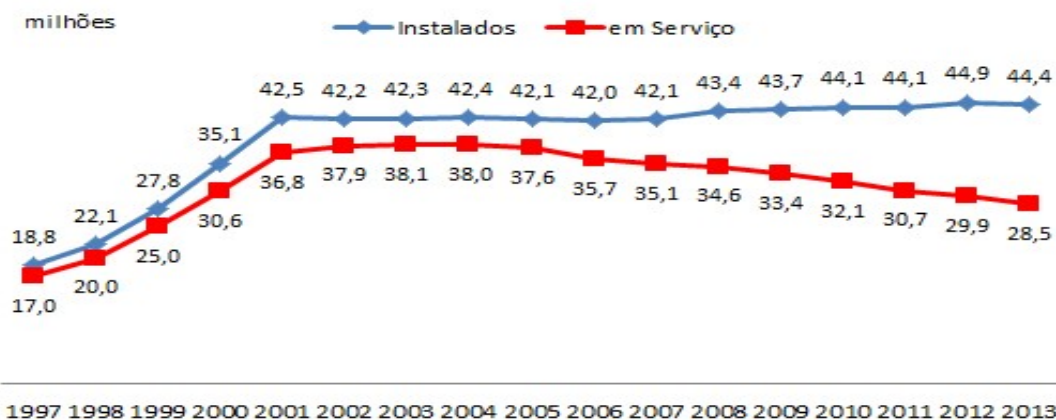
Figura 7 – Telefones Fixos das Concessionárias



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

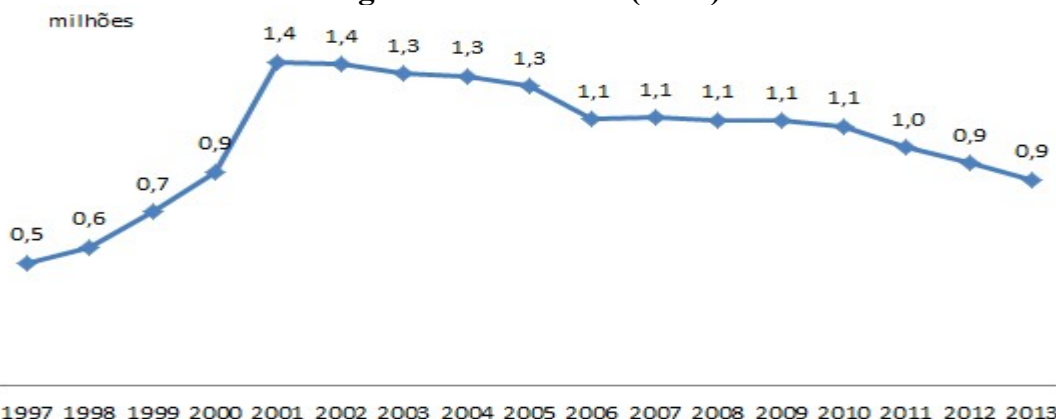


Fonte: Valeu a pena universalizar a Telefonia fixa? – Dezembro de 2014 –
Elaborado pela Teleco²⁰

Contudo, como se extrai do gráfico acima, a partir do ano de 2002 o número de instalações subiu muito pouco (em 2013 os telefones instalados chegaram a aproximadamente 44 milhões) e a taxa de utilização da capacidade instalada, caiu de 90,1% em 2003 para 64,2% em 2013 e continua caindo, segundo dados da Consultoria Teleco²¹.

O mesmo ocorreu com os Telefones de Uso Público – TUPs (“orelhões”), que, em 2003, eram cerca de 1,3 milhões e em 2013, dez anos depois, apenas 900 mil. Tais dados podem ser extraídos tanto dos estudos da Teleco, quanto do TCU. Confira-se:

Figura 8 – Orelhões (TUP)



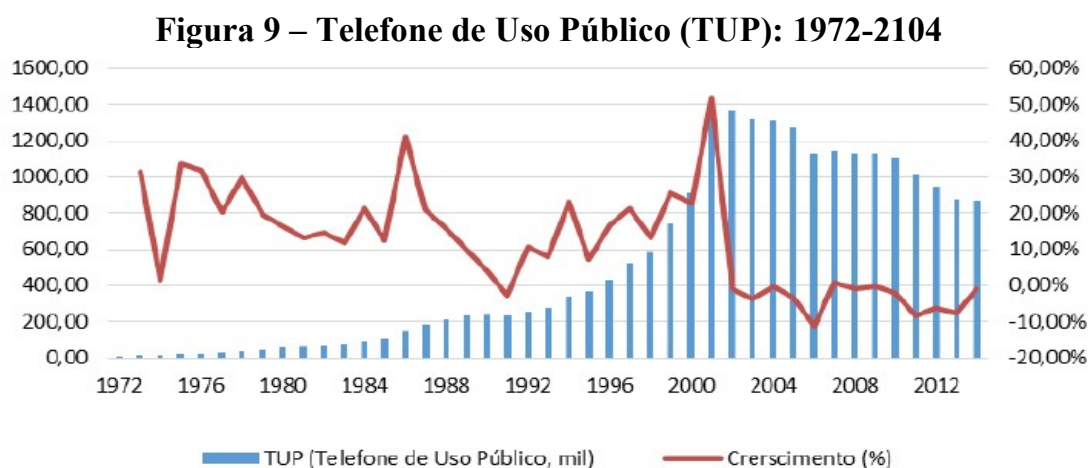
²⁰ <http://www.teleco.com.br/comentario/com606.asp>

²¹ Idem 21.



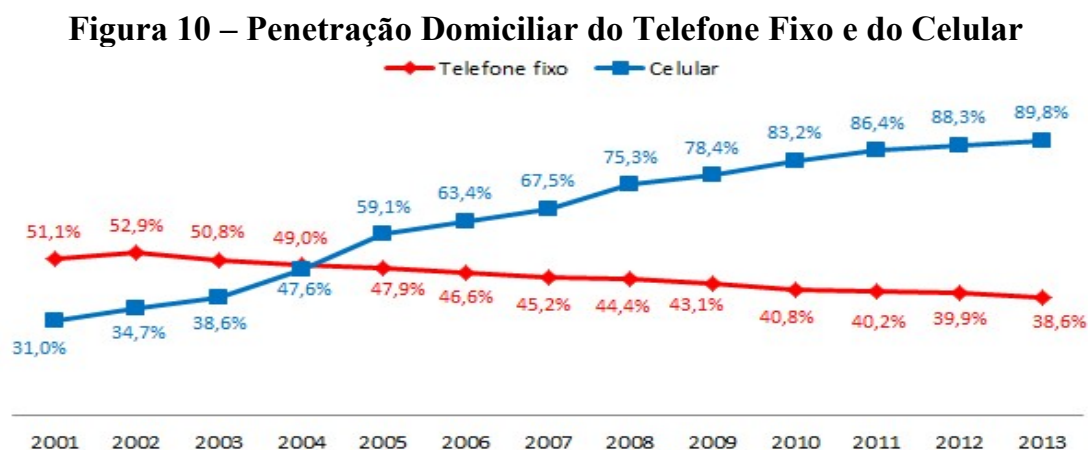
Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

**Fonte: Valeu a pena universalizar a Telefonia fixa? – Dezembro de 2014 –
Elaborado pela Teleco²²**



**Fonte: Relatório de Levantamento TC 008.293/2015-5 – Acórdão TCU nº
28/16 (doc. 07)**

Paralelamente a esse cenário e contrariando as expectativas, a telefonia móvel se tornou a principal modalidade de serviço para a comunicação de voz, em substituição ao telefone fixo. A penetração de telefones fixos em domicílios brasileiros caiu de 52,9% em 2002 para 38,6% em 2013, enquanto a do celular cresceu de 34,7% para 89,8% neste período, também segundo dados veiculados pela Teleco:



²² Idem 21.

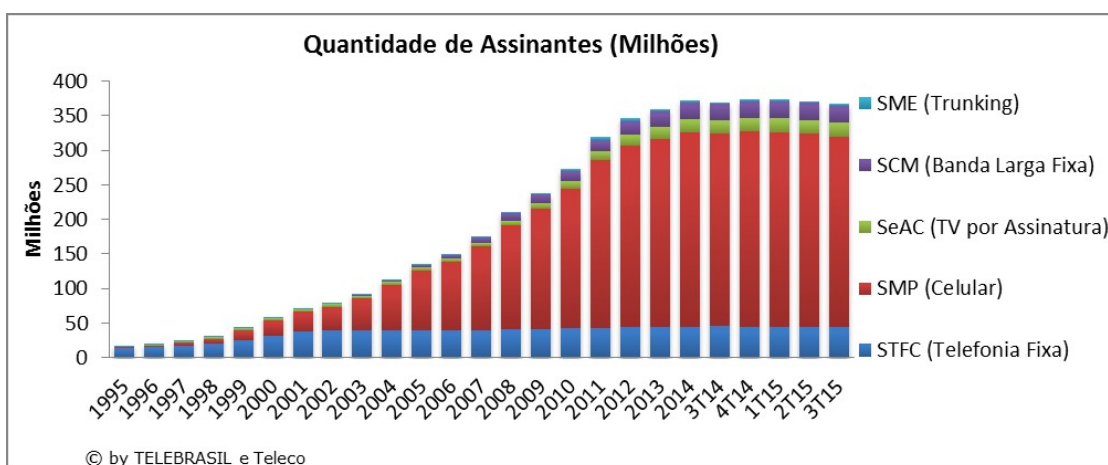


Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

**Fonte: Valeu a pena universalizar a Telefonia fixa? – Dezembro de 2014 –
 Elaborado pela Teleco²³**

Igualmente, pela análise do número e da densidade de assinantes dos serviços de telecomunicação, é possível concluir pelo rápido crescimento da telefonia móvel e da *internet* banda larga em detrimento da telefonia fixa, conforme gráficos e tabelas abaixo:

Figura 11 – Assinantes de STFC (Telefonia Fixa), SMP (Celular), SeAC (TV por Assinatura), SCM (Banda Larga Fixa) e SME (Trunking)²⁴



MILHÕES	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	3T15
STFC (Tel. Fixa)	17,0	20,0	25,0	30,9	37,4	38,8	39,2	39,6	39,8	38,8	39,4	41,2	41,5	42,0	43,0	44,3	44,9	45,0	44,2
SMP (Celular)	4,6	7,4	15,0	23,2	28,7	34,9	46,4	65,6	86,2	99,9	121,0	150,6	174,0	202,9	242,2	261,8	271,1	280,7	275,9
SeAC (TV por Assinatura)	2,5	2,6	2,8	3,4	3,6	3,6	3,6	3,9	4,2	4,6	5,3	6,3	7,5	9,8	12,7	16,2	18,0	19,6	19,5
SCM (BL Fixa)	-	-	0,1	0,2	0,3	0,7	1,2	2,3	3,9	5,7	8,3	10,9	12,8	15,3	17,0	19,8	22,2	24,0	25,4
SME (Trunking)	0,0	0,1	0,2	0,4	0,4	0,4	0,4	0,4	0,7	0,9	1,3	1,8	2,5	3,3	4,1	3,9	3,8	2,7	1,9
Total	24,0	30,0	43,1	58,0	70,5	78,4	90,8	111,8	134,7	149,9	175,3	210,9	238,2	273,4	319,2	346,0	360,0	372,0	366,9

Fonte: O Desempenho do Setor de Telecomunicações no Brasil – Séries Temporais – Dezembro de 2015 – Elaborado pela Telebrasil em parceria com a Teleco

Figura 12 – Densidade de STFC (Telefonia Fixa), SMP (Celular), SeAC (TV por Assinatura), SCM (Banda Larga Fixa) e SME (Trunking)²⁵

²³ Idem 21.

²⁴ Fontes utilizadas pela Telebrasil: Anatel, Telebrasil e Teleco.

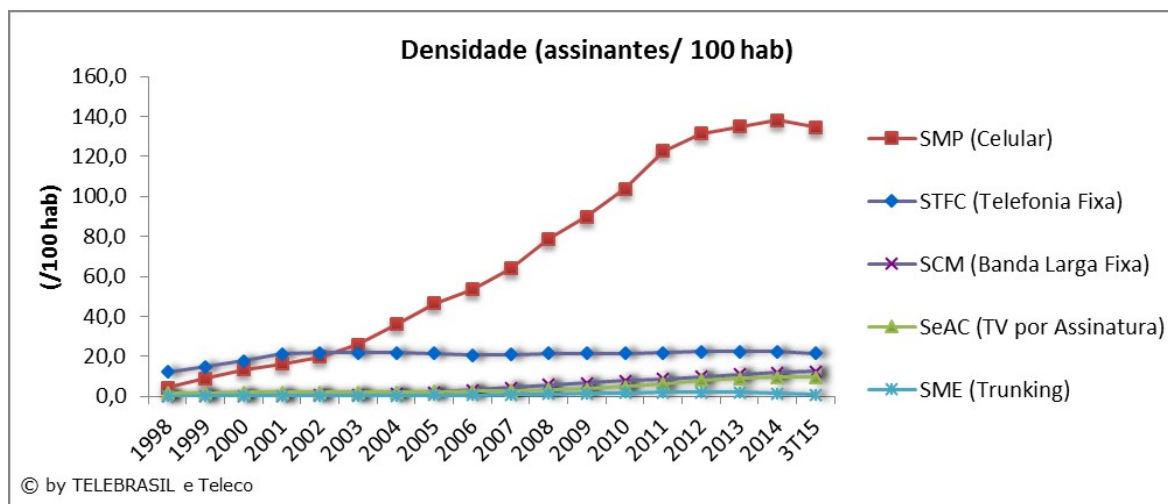
²⁵ Fontes utilizadas pela Telebrasil: Anatel, Telebrasil e Teleco.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.



(/100 HAB.)	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	3T15
STFC (Tel. Fixa)	12,0	14,8	17,8	21,3	21,8	21,7	21,6	21,5	20,7	20,8	21,5	21,4	21,5	21,8	22,2	22,3	22,2	21,6
SMP (Celular)	4,4	8,9	13,4	16,3	19,6	25,7	35,9	46,6	53,3	63,9	78,7	89,9	103,8	122,7	131,4	134,9	138,0	134,8
SeAC (TV por Assinatura)	1,5	1,6	2,0	2,0	2,0	2,0	2,1	2,2	2,4	2,8	3,3	3,8	5,0	6,4	8,1	8,9	9,6	9,5
SCM (BL Fixa)	0,0	0,0	0,1	0,2	0,4	0,7	1,3	2,1	3,0	4,1	5,2	5,9	7,1	8,5	10,0	11,1	11,8	12,4
SME (Trunking)	0,0	0,1	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,4	0,5	0,7	1,0	1,3	1,7	2,1	1,9	1,9	1,3	0,9
Total Densidade	18,1	25,5	33,4	40,1	43,9	50,3	61,1	72,8	80,0	92,2	109,6	122,3	139,0	161,5	173,6	179,0	183,0	179,2

Fonte: O Desempenho do Setor de Telecomunicações no Brasil – Séries Temporais – Dezembro de 2015 – Elaborado pela Telebrasil em parceria com a Teleco

O cenário vislumbrado para o futuro da telefonia fixa é ainda pior.

Conforme levantamento feito pelo Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal (SindiTelebrasil), “se mantidas as atuais obrigações de universalização e qualidade do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), o serviço – que tem sofrido acelerada queda de receitas – passará a ser deficitário antes de 2025, ano em que terminam os contratos de concessão.”²⁶

Ademais, cumpre destacar mais um trecho da entrevista concedida ao “Estadão” em 2014 pelo Ministro das Comunicações à época, Paulo Bernardo (**doc. 09**), o qual demonstra claramente o exaurimento da finalidade do FUST:

²⁶ <http://www.sinditelebrasil.org.br/sala-de-imprensa/na-midia/1639-telefonia-fixa-dara-prejuizo-antes-do-fim-da-concessao-afirma-sinditelebrasil>



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

“(...) Ele lembrou que o Fust, quando foi criado era para universalizar a telefonia fixa. ‘Não faz mais o menor sentido’, disse ele, numa referência às mudanças tecnológicas desde a criação do fundo. (...)” (grifou-se)

Em suma, a telefonia fixa ficou obsoleta e em decorrência houve o exaurimento da finalidade do FUST, tema sobre o qual o Poder Judiciário pode e deve se manifestar, na esteira da jurisprudência emanada do STF, pois implica diretamente na inconstitucionalidade do tributo lançado (no caso, a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE ao FUST). Quanto ao tema, confira-se:

“A espécie tributária ‘contribuição’ ocupa lugar de destaque no sistema constitucional tributário e na formação das políticas públicas. Espécie tributária autônoma, tal como reconhecida por esta Corte, a contribuição caracteriza-se pela previsão de destinação específica do produto arrecadado com a tributação.

[...]

Para o administrado, como contribuinte ou cidadão, a cobrança de contribuições somente se legitima se a exação respeitar os limites constitucionais e legais que a caracterizam.

Assim, a existência das contribuições, com todas as suas vantagens e condicionantes, somente se justifica se preservadas sua destinação e sua finalidade. Afere-se a constitucionalidade das contribuições pela necessidade pública atual do dispêndio vinculado (motivação) e pela eficácia dos meios escolhidos para alcançar essa finalidade.”²⁷

“Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade contra o art. 1º da Lei Complementar nº 110/2001, cuja validade foi reconhecida na ADI 2556. Alegação de novas circunstâncias fáticas que teriam ocasionado inconstitucionalidade superveniente. 1. Possibilidade teórica de que o Supremo Tribunal Federal admita reexaminar a validade de ato normativo declarado constitucional em sede de controle abstrato, notadamente em face de alte-

²⁷ ADI 2556, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

rações supervenientes na realidade fática ou na percepção jurídica dominante. [...]

[...]

4. A constitucionalidade do tributo foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 2556, julgada sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. Sem prejuízo disso, o requerente sustenta que a eficácia vinculante dessa decisão não impediria o próprio Tribunal de rediscutir a matéria, notadamente em face de alterações supervenientes na realidade fática ou na compreensão jurídica dominante. **O ponto teria sido objeto de menção na própria ADI 2556, tendo a Corte optado por não analisar, naquela oportunidade, a alegada perda de objeto da contribuição pelo cumprimento da finalidade que havia justificado a sua instituição.**

5. **Considero possível, de fato, que o próprio Supremo Tribunal Federal volte a analisar a constitucionalidade de lei declarada constitucional em determinado momento, não sendo razoável que o ato seja blindado, de forma permanente e incondicionada, contra eventuais novas impugnações.** Como é natural, porém, a superação do entendimento inicial da Corte estará sujeita a um ônus argumentativo consideravelmente mais elevado, sobretudo quando não seja possível indicar a ocorrência de mudanças significativas na realidade.

6. Em linha de princípio, **entendo plausível a alegação de que alterações no contexto fático podem justificar um novo exame acerca da validade do art. 1º da Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001.**²⁸

“CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – ARTIGO 1º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 110/2001 – FINALIDADE EXAURIDA – ARTIGOS 149 E 154, INCISO I, DA CARTA DE 1988 – ARGUMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia relativa a saber se, constatado o exaurimento do objetivo – custeio dos expurgos inflacionários das contas vinculadas do

²⁸ ADI 5050 MC, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 11/10/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-207 DIVULG 17/10/2013 PUBLIC 18/10/2013.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – em razão do qual foi instituída a contribuição social versada no artigo 1º da Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, deve ser assentada a extinção do tributo ou admitida a perpetuação da cobrança ainda que o produto da arrecadação seja destinado a fim diverso do original.²⁹

(grifou-se)

Comprovado o exaurimento da finalidade para a qual o FUST foi criado, há que se ressaltar que, para aplicação dos recursos acumulados, bem como dos futuros valores arrecadados, é necessário que se estabeleçam novas políticas públicas para viabilizar o investimento dos valores de forma racional e efetiva, visando à universalização dos serviços de telefonia móvel e banda larga (principais serviços de telecomunicação atualmente), ainda que prestados em regime privado (obviamente, com interesse público), mesmo que, para tanto, sejam necessárias alterações na Lei Geral de Telecomunicações – LGT, conforme restará detalhado no tópico seguinte.

Caso não formuladas essas novas políticas para viabilizar a aplicação dos recursos do FUST, haverá de ser declarada a inconstitucionalidade superveniente da Lei nº 9.998/00 e extinto o referido Fundo e a respectiva CI-DE, haja vista a impossibilidade de manutenção da arrecadação quando exaurido o objeto vinculado e impossível a destinação dos recursos às finalidades primordiais, nos termos da jurisprudência desse E. STF acima transcrita.

3.2.1 – Da Omissão Quanto ao Dever Constitucional de Legislar: “Apelo ao Legislador”

No particular, entende a Autora pela possibilidade de formulação de novas políticas públicas a viabilizar a aplicação dos recursos do FUST sem a necessidade de alteração das leis que regem a matéria, já que o objetivo da universalização dos serviços é de que todos tenham acesso a serviços públicos de qualidade, o que pode abranger os serviços privados prestados no interesse público, como a telefonia celular e a internet banda larga, por exemplo.

Por esse raciocínio, conforme demonstrado, se caracteriza a omissão inconstitucional quanto à providência de índole administrativa, con-

²⁹ RE 878313 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 03/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 21-09-2015 PUBLIC 22-09-2015.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

sistente na ausência de elaboração/implementação de políticas públicas e na consequente ausência de aplicação dos recursos do FUST em suas finalidades.

Porém, caso não se entenda dessa forma, o que se admite apenas a título de argumentação, ainda assim deverá ser reconhecida a inconstitucional omissão em relação ao tema, quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar, hipótese também prevista no artigo 12-B, inciso I da Lei nº 9.868/99³⁰.

Nesse sentido, como já aduzido, a Lei nº 9.998/00 criou o FUST com a finalidade de “*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*”, ou seja, o FUST é voltado apenas aos serviços prestados em regime público.

Como já explicitado, tal conclusão decorre do fato de que as metas de universalização são o conjunto de obrigações a que estão sujeitas as concessionárias de serviço de telefonia fixa (STFC) prestado em regime público, previstas no Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público – PGMU, aprovado pelo Decreto nº 7.512/11.

Importante salientar que, de acordo com a Lei Geral de Telecomunicações, apenas o serviço de telefonia fixa pode ser prestado em regime público, conforme dispõe o seu artigo 64:

“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.

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

Nesse ponto, portanto, é que se verifica a omissão legislativa havida no caso, haja vista que, se o exaurimento da finalidade do FUST, entendido como a cada vez mais evidente obsolescência do serviço de telefonia fi-

³⁰ “Art. 12-B. A petição indicará:

I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa;” (grifou-se)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

xa, é tão evidente (como demonstrado no presente tópico), o legislador se omitiu quanto ao seu dever constitucional de legislar, na medida em que não buscou adequar a LGT ao panorama atual, preservando, assim, a arrecadação ao FUST de recursos que não terão em que ser utilizados.

Para que seja sanada essa inconstitucional omissão legislativa cumpre invocar a figura do “**apelo ao legislador**”, que é realizado em situações em que o ato normativo examinado, conquanto ainda válido, esteja em trânsito em direção à inconstitucionalidade, por força de mutação constitucional ou de alterações significativas no plano fático subjacente à norma jurídica.

Nesta última hipótese, apesar de a Corte declarar que a lei “ainda é” constitucional, ela conclama o legislador a que produza outra norma mais adequada às mudanças ocorridas ou que adeque a norma já existente, sob a advertência de que, em caso futuro, haverá a tendência à invalidação do ato normativo questionado.

Nesse sentido, embora se entenda pela possibilidade de definição de políticas públicas para aplicação dos recursos do FUST também em serviços privados de telefonia prestados em regime público sem a necessidade de alteração da LGT, para o caso de não se entender dessa forma, impõe-se o reconhecimento de que o tema tende à inconstitucionalidade em razão do panorama atual de quase obsolescência da telefonia fixa e de que o legislador se omitiu de forma inconstitucional quanto a este fato.

Consequentemente, **é necessário determinar a adequação do artigo 64 da Lei nº 9.472/97 pelo Poder Legislativo, a fim de que sejam incluídos no regime público de prestação de serviços de telecomunicação os serviços prestados no interesse público, como a telefonia móvel e a internet banda larga**, serviços estes que, desse modo, poderão receber os recursos arrecadados, como medida de universalização de sua prestação.

3.3 – Da Necessidade de Imediata Formulação de Novas Políticas Públicas

Conforme demonstrado nos tópicos anteriores, desde a instituição do FUST, em 2000, apenas parcela mínima de sua arrecadação foi destinada à universalização dos serviços de telecomunicação, não havendo, inclusive, no panorama atual, perspectiva de utilização de tais recursos, haja vista que a finalidade para a qual o fundo foi criado resta exaurida.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

A despeito desse atual exaurimento os valores continuam sendo arrecadados para o FUST, valendo destaque a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE cobrada das prestadoras de serviços de telecomunicações à alíquota de 1% da receita bruta decorrente da prestação de tais serviços.

Como já mencionado, os recursos do FUST precisam ser investidos na consecução de políticas públicas formuladas visando à universalização dos serviços de telecomunicação.

Nesse sentido, o Ministério das Comunicações, por meio da Norma nº 01/08, aprovada pela **Portaria nº 273/08**, disciplinou o procedimento para a seleção dos projetos com vistas à aplicação dos recursos do FUST, atribuindo às entidades beneficiárias a competência para formulação das propostas de programas, projetos e atividades, através de Termo de Referência. Confira-se:

“Art. 2º Para fins desta Norma são consideradas as seguintes definições:

I - beneficiários: pessoas físicas, pessoas jurídicas e órgãos públicos no interesse dos quais são implementados os programas, projetos ou atividades de universalização de serviços de telecomunicações;”

(...)

Art. 6º O Ministério das Comunicações, por meio da Secretaria de Telecomunicações, receberá as propostas de programas, projetos e atividades de universalização dos serviços de telecomunicações, em atendimento aos objetivos preconizados no artigo 5º da Lei 9.998, de 2000.

§ 1º As propostas deverão ser formalizadas pelo beneficiário, por meio de um Termo de Referência, cujo modelo encontra-se no anexo I desta Norma.

§ 2º A elaboração das propostas poderá ser realizada com o apoio da Secretaria de Telecomunicações.

§ 3º As propostas deverão ser encaminhadas até o dia primeiro de março de cada ano, para que possam ser incluídas na proposta orçamentária anual.”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

De acordo com artigo 7º da mesma norma, para aprovação dos programas, projetos e atividades, deve-se levar em consideração: o impacto econômico (custo operacional da proposta), o impacto social (número de beneficiários, região geográfica atingida etc.) e a viabilidade técnica (conformidade com a regulamentação do FUST).

Conforme já anteriormente demonstrado, após essa análise e a aprovação do Ministério das Comunicações, o programa aprovado será encaminhado à ANATEL para adoção das medidas cabíveis, consistentes na elaboração e submissão ao Ministério das Comunicações de proposta orçamentária para inclusão no Projeto de Lei Orçamentária Anual e emissão de nota de empenho no valor total do ressarcimento.

Ou seja, foi conferido ao Ministério das Comunicações a competência para aprovação das políticas públicas e à ANATEL a competência para implementá-las, destinando os recursos do FUST para a consecução dos projetos.

Do artigo 6º da Resolução nº 273/08 extrai-se que as propostas de programas, projetos e atividades a serem financiados pelo FUST devem ser formalizadas ao Ministério das Comunicações pelos próprios beneficiários, ou seja, pelas “*pessoas físicas, pessoas jurídicas e órgãos públicos no interesse dos quais são implementados os programas, projetos ou atividades de universalização de serviços de telecomunicações*” (escolas, hospitais, bibliotecas, Ministérios vinculados, etc.).

Assim, com base em propostas formuladas pelos Ministérios relativos a cada uma das áreas (saúde, educação, segurança pública etc.), foram aprovados pelo Ministério das Comunicações, entre 2001 e 2002, os seguintes programas:

- (i) Programa Educação (Portaria nº 2/01) – doc. 10: visava à disseminação de recursos de telecomunicação e informática nas escolas públicas federais, estaduais e municipais, com recursos financeiros oriundos do FUST;
- (ii) Programa Saúde (Portaria 196/01) – doc. 11: visava à universalização dos serviços de telecomunicações, com o objetivo de propiciar serviços e recursos tecnológicos com vistas a



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

ampliar e aprimorar as formas de acesso da população a serviços de saúde, com recursos financeiros oriundos do FUST;

(iii) Programa Bibliotecas (Portaria 245/01) – doc. 12: visava à universalização dos serviços de telecomunicação (inclusive *internet*) nas bibliotecas públicas federais, estaduais e municipais, com recursos financeiros oriundos do FUST;

(iv) Programa de Atendimento a Deficientes (Portaria 246/01) – doc. 13: visava à implantação de acessos individuais dos serviços de telecomunicação e equipamentos de *interface* a pessoas portadoras de deficiência e instituições de assistência a deficientes, com recursos financeiros oriundos do FUST;

(v) Programas para Regiões Remotas e de Fronteira (Portaria 834/02) – doc. 14: visava ao atendimento a áreas remotas e de fronteira de interesse estratégico e à implantação de serviços de telecomunicação em unidades do serviço público, civis ou militares, situadas em pontos remotos do território nacional, com recursos financeiros oriundos do FUST;

(vi) Programa Telecomunicações (Portaria 1.979/02) – doc. 15: visava à disponibilidade de terminais de uso coletivo e acessos individuais do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, destinado ao uso do público em geral, para atendimento de localidades com menos de cem habitantes, propriedades rurais isoladas, famílias de baixo poder aquisitivo e pessoas carentes portadoras de deficiência, com recursos financeiros oriundos do FUST; e

(vii) Programa Segurança Pública (Portaria 2.272/02) – doc. 16: visava disponibilidade serviços de telecomunicações para órgãos de segurança pública, com recursos financeiros oriundos do FUST.

Ocorre que, ainda que tenham sido aprovados os aludidos programas, com edição de suas respectivas Portarias, tais políticas **nunca** foram implementadas de forma efetiva, conforme já comprovado pela demonstração de que, desde a instituição do FUST, apenas cerca de R\$ 192 mil foram destinados à universalização, no ano de 2006.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Tal ausência de implementação efetiva dos programas se deve, em muito, ao fato de que, apesar do tratamento da matéria conter relevante conteúdo político e social, demanda conhecimento técnico especializado, o qual, notadamente, não possuem os beneficiários do FUST, diante da complexidade das relações que permeiam o serviço de telecomunicação.

Não foi outro o posicionamento do Tribunal de Contas que, no Acórdão nº 2.148/05, concluiu que os aludidos beneficiários não detêm competência técnica para a formulação das propostas de políticas públicas viáveis, com avaliação econômica e social e com o levantamento dos custos de implementação e quantitativo da demanda de cada programa. Assim afirmou o TCU:

“(...) os Ministérios interessados elaboraram termos de referência, os programas propostos foram definidos em portarias, mas não houve a realização de estudos comparativos entre as demandas constantes de cada um dos termos de referências apresentados e seus respectivos custos de implementação”.

Ante a superficialidade e a ausência de análise da viabilidade técnica dos programas, o TCU atestou a inexistência de políticas públicas, diretrizes gerais e prioridades que possam orientar de forma efetiva a aplicação dos recursos do FUST, nos seguintes termos:

“(...) falta definição de uma política de universalização bem definida, na qual estejam claramente estabelecidas as áreas prioritárias para a aplicação dos recursos do Fust, bem como esteja indicada a necessidade de instituição de um novo serviço de telecomunicação a ser prestado em regime público como meio de serem alcançados diversos dos objetivos propostos pela Lei do Fundo”

Assim é que o TCU chegou à conclusão de que *“a principal causa da ausência de aplicação desses recursos até o momento foi a incapacidade do governo, principalmente do Ministério das Comunicações, em definir, de forma adequada, as políticas, diretrizes gerais e prioridades para a utilização desses recursos”.*



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Tal assertiva resta evidenciada até os dias de hoje, pelo total insucesso na aplicação dos programas aprovados pelo Ministério das Comunicações, o que levou à não execução dos recursos do Fundo e, por conseguinte, à ausência de implementação da política pública de universalização das telecomunicações.

Assim, para que se caminhe em direção à formulação de políticas públicas que visem à utilização efetiva e eficaz dos recursos do FUST se faz necessária a ampliação do rol de legitimados à formulação de propostas de políticas, programas e atividades ao Ministério das Comunicações, como forma de permitir a ampla participação da sociedade, através, inclusive, de representantes das empresas de telefonia concessionárias, permissionárias ou autorizadas à prestação do serviço de telecomunicação, nos regimes público e privado, dada sua natural compreensão técnica em profundidade do tema.

Isso porque os destinatários da obrigação de executar os serviços de telefonia são mais capacitados para avaliar a viabilidade técnica e o impacto econômico da proposta pública. É dizer, através de dados fornecidos pelas empresas que executam o serviço de telecomunicação é possível aferir o necessário investimento e o custo operacional da proposta, em atendimento ao quanto disposto no artigo 7º, da Portaria 273/08 do Ministério das Comunicações.

Ademais, conforme já salientado anteriormente, o panorama do setor de telecomunicações desde a instituição do FUST até os dias atuais foi substancialmente alterado, sendo certo que serviço de telecomunicação hoje em dia não é mais sinônimo de telefonia fixa, como era no ano 2000, mas sim e muito mais dos serviços de telefonia móvel e *internet* banda larga.

Exatamente em razão dessas alterações no setor de telecomunicações é que foram elaborados projetos de lei que visam à alteração da Lei nº 9.998/00, a fim de possibilitar a utilização dos recursos já arrecadados preteritamente ao FUST para impulsionar outras atividades, como a expansão da banda larga, mais precisamente os Projetos de Lei do Senado nºs 427, 429 e 431, todos de 2014, os quais preveem o seguinte:

- (i) PL 427/14 (doc. 17): Altera a Lei nº 9.998/2000, para estabelecer a proporção de aplicação dos recursos do FUST, em cada exercício, em programas, projetos e atividades voltados à ampliação do serviço de acesso à internet em banda larga e à



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

promoção da inclusão digital nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste;

(ii) **PL 429/14 (doc. 18)**: Institui subsídio, na forma de subvenção econômica, para o serviço de banda larga, equivalente a 50% (cinquenta por cento) da tarifa ou preço mensal do plano básico por família, custeado pelo Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações.

(iii) **PL 431/14 (doc. 19)**: Reconhece a essencialidade do serviço de acesso à internet em banda larga, passando a União a assegurar sua existência, universalização e continuidade, nos termos da Lei nº 9.472/97, que também é alterada, estabelecendo que o serviço de acesso à internet em banda larga será prestado em regime público.

Especificamente quanto ao Projeto de Lei nº 427/14, cumpre salientar que já houve aprovação nas Comissões de Desenvolvimento Regional e Turismo e de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática, sendo que, após duas emendas, a sua redação é a seguinte:

“Art. 1º O art. 5º da Lei nº 9.998, de 17 de agosto de 2000, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 5º

XV – ampliação do serviço de acesso à internet em banda larga e promoção da inclusão digital.

§ 1º Até 31 de dezembro de 2030, os recursos do Fust destinados a programas, projetos e atividades voltados à ampliação do serviço de acesso à internet em banda larga e à promoção da inclusão digital serão aplicados, em cada exercício, na seguinte razão mínima: 13% (treze por cento) para região Norte; 19% (dezenove por cento) para a região Nordeste; 22% (vinte e dois por cento) para a região Sudeste; 8% (oito por cento) para a região Sul; e 8% (oito por cento) para a região Centro-Oeste.

.....’ (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Não se trata propriamente de uma novidade.

Dada a não aplicação dos recursos, em 2003, o próprio Ministério das Comunicações já cogitava a aplicação dos recursos em finalidades que fogem à universalização dos serviços de telefonia fixa prestados em regime público, tais como a universalização da *internet* banda larga e a expansão do serviço de acesso para a utilização de serviços de redes digitais de informações destinadas ao acesso público, inclusive da *internet*, a estabelecimentos de ensino, bibliotecas e instituições de saúde.

Visando obter maiores esclarecimentos sobre a aplicação dos recursos do FUST, a Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado Federal formalizou, por meio dos Requerimentos de Informação nºs 123/14 e 374/15, a solicitação de informações ao Ministro de Estado das Comunicações sobre:

- (i) a política vigente para a aplicação dos recursos do FUST na educação;
- (ii) eventual planejamento para o uso dos recursos do FUST no desenvolvimento de tecnologias de informação e comunicação no processo pedagógico;
- (iii) o andamento do projeto do modelo de custos do setor relacionado ao projeto de universalização dos recursos do FUST e contratado pela ANATEL; e
- (iv) a existência de algum projeto em elaboração ou em implementação no Ministério que preveja a utilização dos recursos do FUST para auxiliar o custeio das metas e estratégias previstas no Plano Nacional de Educação (PNE).

Em atendimento ao Requerimento de Informação nº 374/15, o Ministério das Comunicações, por meio da **Nota Informativa nº 599/2015/SEI-MC (doc. 20)**, corroborou a necessidade de investimento dos recursos em outras finalidades, ao afirmar que “*a demanda da sociedade nos dias de hoje é pela ampliação da cobertura do Serviço Móvel Pessoal (SMP) - telefonia móvel - e pela expansão do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) - banda larga, serviços prestados em regime privado. Diante desse*



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

quadro, é forçoso concluir que, prezando pelo uso racional dos recursos públicos e pela efetividade das políticas públicas de universalização, o emprego de recursos do fundo só se justifica se voltado para a expansão desses serviços, quais sejam, a telefonia móvel e a banda larga.” (grifou-se)

Ademais, atualmente, há certo consenso entre empresariado, técnicos da ANATEL e economistas de que as concessões de telefonia fixa não se sustentam mais e não vão suportar mais nove anos nesse regime (o prazo para o fim das concessões de telefonia fixa é 2025).

Conforme notícia veiculada na mídia³¹, já se discute, então, no âmbito da ANATEL, se as concessões podem ser extintas antes de 2025.

Assim, em Sessão do Conselho Diretor da ANATEL destinada a discutir os Contratos de Concessão e o Plano Geral de Metas de Universalização, o Conselheiro Igor de Freitas apresentou proposta sugerindo o fim das concessões da forma como são atualmente e a transformação de quase toda a exploração do serviço de telefonia fixa em regime privado, mantendo apenas algumas pequenas concessões, relativas à instalação de “orelhões” para regiões longínquas e de difícil acesso.

Já o Conselheiro Rodrigo Zerbone, em sua proposta, sugeriu manter a concessão tal como ela é hoje até que fosse criado um serviço único, em regime privado.

A proposta da área técnica da ANATEL, por sua vez, que já está pronta e em análise pela Procuradoria da Agência, é bem mais radical, já que para os técnicos não há dúvidas de que só pode haver no Brasil serviço em regime privado, não mais em regime público.

Para essa proposta conseguir avançar com a expansão da infraestrutura e com a prestação de serviço fora dos limites do interesse privado, a intenção dos técnicos da ANATEL é criar, então, a licença única (e não o serviço único). É dizer todos os serviços ficariam unidos em uma única outorga, para as empresas que quisessem migrar de condição.

Nessa nova licença estariam compreendidos os condicionamentos dos serviços antigos (como as obrigações de cobertura dos editais do Ser-

³¹ <http://www.telesintese.com.br/uma-carta-na-manga-o-fust-exclusivamente-para-concessao/>



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

viço Móvel Pessoal – SMP, por exemplo) e os novos condicionamentos (as novas metas de cobertura da banda larga).

Em relação especificamente ao FUST, se não for possível pacificar os juristas nem a sociedade organizada sobre o término das concessões, a ideia é fazer um chamamento para apresentação de projetos de telecomunicações com uso de recursos do FUST, mas sob concessão. Ou seja, recursos públicos só seriam usados sob o manto do serviço público, ou da concessão. E, nesse caso, poderia se abrangido qualquer serviço de telecomunicação: banda larga, móvel, etc.

Importante ressaltar que a evolução dos serviços de telecomunicação não era algo inimaginável no momento da criação do FUST, tanto que a própria Exposição de Motivos nº 595/MC, de 07 de novembro de 2000 (**doc. 21**), já previu a importância da *internet*, bem como destacou que a universalização serviria para adequar o setor às novas tecnologias, nos seguintes termos:

*“(...) o Fust será um instrumento importante na preparação da sociedade brasileira para a era digital. **O simples acesso ao serviço telefônico, essencial no passado, significa, agora, o acesso à internet.** A sociedade de Informação, novo modelo social, se caracterizará pelo acesso de todos à informação a todo tempo, em qualquer lugar, de maneira fácil e econômica, cabendo ao Governo estabelecer uma base sólida para permitir o desenvolvimento social na idade da informação. **A universalização dos serviços de telecomunicações insere-se no processo de convergência de soluções promovido pelas novas tecnologias, exigindo uma nova forma de atuação governamental para o atendimento dos serviços essenciais.**” (grifou-se)*

Cumprido denotar, ademais, que a ideia de universalização está intimamente ligada à consecução do bem comum, às necessidades básicas, em caráter de subordinação do interesse privado ao interesse geral. É o que afirma o §1º do artigo 79 da Lei Geral de Telecomunicações – LGT:

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

§ 1º Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

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.”

Ou seja, a instituição do serviço universal, ou a universalização como instituto, ficou consagrada na LGT como política com a função precípua de provocar a expansão de redes de funcionalidade de telecomunicações de interesse público, mas não obrigatoriamente associada à prestação de serviços públicos.

Portanto, impede que a destinação dos recursos do FUST não seja apenas ao serviço prestado em regime público, como também ao prestado em regime privado, desde que em atendimento ao interesse coletivo, de forma a assegurar a garantia constitucional de universalização da telecomunicação, possibilitando, assim, o acesso de qualquer pessoa ou instituição a serviço de telecomunicação, independentemente de sua localização e condição socioeconômica.

Deste modo, sendo de rigor o estabelecimento de novas políticas públicas que viabilizem a aplicação dos recursos do FUST e considerando as necessidades atuais quanto às telecomunicações, tais políticas devem, para que seja alcançada a finalidade do fundo, ser destinadas não apenas para cobrir os custos com a universalização dos serviços de telecomunicação prestados em regime público, como também os serviços prestados em regime privado, **desde que atendidos o interesse público e destinados à população em geral.**

Nesse sentido, cumpre destacar as seguintes disposições da Lei Geral de Telecomunicações – LGT:

“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.

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

(...)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

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

Segundo o artigo 17 da Resolução da ANATEL nº 73/98, que aprovou o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, são de interesse coletivo os serviços cuja “prestação deve ser proporcionada pela prestadora a qualquer interessado na sua fruição, em condições não discriminatórias e observados os requisitos da regulamentação”.

Já os serviços de interesse restrito, nos termos do artigo 18 da referida Resolução, se destinam ao “uso do próprio executante ou prestado a determinados grupos de usuários, selecionados pela prestadora mediante critérios por ela estabelecidos, observados os requisitos da regulamentação”.

Não há vedação expressa da LGT, assim, à prestação de serviço em regime privado que busque a consecução do interesse público, motivo pelo qual se entende que as novas políticas públicas a serem formuladas podem abranger a prestação dessa modalidade de serviço.

Subsidiariamente, caso se entenda que para a formulação de políticas públicas envolvendo os serviços prestados em regime privado é obrigatória a alteração da LGT, impõe-se, conforme já demonstrado, o reconhecimento da inconstitucional omissão quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar, com a conseqüente utilização da figura do “apelo ao legislador”, para que se determine que o Poder Legislativo realize as adequações necessárias na LGT, em especial a previsão, no artigo 64, de prestação no regime privado de serviço no interesse público, como os de telefonia móvel e internet banda larga.

3.3.1 – Do “Estado de Coisas Inconstitucional”: Possibilidade de Determinação da Aplicação dos Recursos do FUST e de Definição de Premissas pelo STF

Por derradeiro, cumpre destacar que a constante omissão do Poder Público, em especial da ANATEL e do atual Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, em aplicar os recursos do FUST, ou mesmo em buscar alternativas para viabilizar essa aplicação, impõe o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”, que autoriza a utilização, por esse E. STF, de técnica decisória voltada ao enfrentamento de violações graves e sistêmicas da Constituição, decorrentes de falhas estruturais em políticas públi-



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

cas que envolvam um grande número de pessoas, e cuja superação demande providências variadas de diversas autoridades e poderes estatais.

Esta técnica permite à Corte Constitucional impor aos poderes do Estado a adoção de medidas tendentes à superação de violações graves e massivas de direitos e supervisionar, em seguida, a sua efetiva implementação.

Considerando que o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” confere ao Tribunal uma amplitude de poderes, tem-se entendido que a técnica só deve ser manejada em hipóteses excepcionais, em que, além da séria e generalizada afronta aos direitos, haja também a constatação de que a intervenção da Corte é essencial para a solução do gravíssimo quadro enfrentado.

São casos em que se identifica um “bloqueio institucional” para a garantia dos direitos, o que leva a Corte a assumir um papel atípico, sob a perspectiva do princípio da separação de poderes, que envolve uma intervenção mais ampla sobre o campo das políticas públicas.

O reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” no presente caso é impositivo, haja vista estarem presentes as seguintes condições:

- (i) vulneração massiva e generalizada de direitos de um número significativo de pessoas, já que, sem a aplicação dos recursos do FUST, não é possível concluir a universalização dos serviços de telecomunicação, prejudicando grande parcela da população;
- (ii) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos, o que resta mais do que comprovado, considerando que o FUST foi criado há mais de 15 anos e, até hoje, parcela ínfima de sua arrecadação foi efetivamente utilizada em suas finalidades;
- (iii) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos (ANATEL, Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, Presidência da República etc.), envolvendo mudanças estruturais, que dependem da destinação de recursos, correção das políticas públicas existentes e/ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

(iv) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados recorrerem individualmente ao Poder Judiciário.

Ainda, cumpre salientar que a ideia do “estado de coisas inconstitucional” não é estranha à jurisprudência do STF.

O Ministro Luís Roberto Barroso, no voto-vista que proferiu na Questão de Ordem suscitada nas ADIs 4.357 e 4.425, atinente à modulação temporal da decisão que reconheceu inconstitucionalidades na EC nº 62/2009, que tratara do pagamento de precatórios, aludiu ao “*estado de inconstitucionalidade grave e permanente que se instaurou no país, em relação ao pagamento de condenações judiciais contra a Fazenda Pública*”.

A Corte, ao final, decidiu atribuir ao CNJ a função de elaborar proposta normativa para equacionamento de alguns aspectos do problema, bem como o papel de monitorar e supervisionar o cumprimento das medidas que impusera aos entes públicos.

Mais recentemente, foi reconhecido pelo STF o estado de coisas inconstitucional em relação à situação do sistema penitenciário do país. Nessa oportunidade, a Corte Suprema determinou que os recursos do Fundo Penitenciário Nacional fossem aplicados, nos seguintes termos:

*“CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – **VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado***



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direcionada à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATORIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.”³² (grifou-se)

Como se extrai, trata-se de caso semelhante ao presente, no qual, conforme demonstrado, a situação dos serviços de telecomunicação no país beira a precariedade, de modo que, em razão do evidente “estado de coisas inconstitucional”, assim como no caso das penitenciárias, deve ser determinada a aplicação dos recursos do fundo destinado à universalização dos serviços de telecomunicação: o FUST.

Resta demonstrado, assim, que cenários de grave e massiva violação de direitos, **decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas** (que caracterizam o “estado de coisas inconstitucional”), demandam muitas vezes soluções complexas dos tribunais, que não se afeiçoam à sua função tradicional, de invalidação de atos normativos.

Nestas hipóteses, o papel de guardião da Constituição exige uma postura diferenciada, sob pena de frustração dos direitos fundamentais e inefetividade da Constituição, daí que, embora, em regra, não seja papel do Judiciário envolver-se na gestão pública e na formulação e implementação de políticas públicas, quando estas, por excesso ou deficiência, resultarem em graves lesões a direitos básicos (como no presente caso), se justifica democraticamente a intervenção jurisdicional.

Com base em tais entendimentos, não há falar em impossibilidade de o Poder Judiciário determinar a aplicação dos recursos do FUST em suas finalidades (universalização dos serviços de telecomunicação) e, apesar da ausência da experiência técnica necessária para a formulação de novas políti-

³² ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

cas públicas em relação ao FUST, definir premissas, no estrito interesse público, a serem seguidas pelos órgãos responsáveis pela formulação.

Pelo exposto no presente tópico, **resta comprovada a necessidade de determinação de investimento dos recursos do FUST, bem como da formulação e aprovação de novas políticas públicas atualmente pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações** que assumiu a competência do antigo Ministério das Comunicações, para posterior implementação e repasse de valores do FUST pela ANATEL, devendo ser fixadas por esse E. STF as seguintes premissas:

(a) As políticas públicas a serem formuladas devem abranger os serviços de telecomunicação prestados em regime privado, em especial a telefonia móvel e a *internet* banda larga, desde que observado o interesse público.

(a.1) Caso essa E. Corte entenda necessário para efetivação das políticas, seja determinado ao Poder Legislativo que adequa a LGT para compreender, em seu artigo 64, a previsão de prestação no regime privado de serviço no interesse público.

(b) O rol de legitimados para formular propostas de políticas, programas e atividades que visem à universalização dos serviços de telecomunicação ao Ministério das Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações não pode ficar limitado aos beneficiários (pessoas físicas, jurídicas e órgãos públicos no interesse dos quais são implementados os programas), haja vista a ausência de conhecimento técnico destes diante da complexidade das relações que permeiam o serviço de telecomunicação.

(c) Devem ser autorizadas a formular propostas de políticas, programas e atividades que visem à universalização dos serviços de telecomunicação ao Ministério das Comunicações as empresas de telefonia concessionárias, permissionárias ou autorizadas à prestação do serviço de telecomunicação, nos regimes público e privado, haja vista que, por serem destinatários da obrigação de executar os serviços de telefonia, são capacitados para avaliar a viabilidade técnica e o impacto econômico da proposta pública.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

4 – DO PEDIDO CAUTELAR:

O artigo 12-F, §1º, da Lei 9.868/99, com a redação dada pela Lei 12.063/09, conferiu nova disciplina à Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, autorizando o Supremo Tribunal Federal a determinar qualquer providência que se revele necessária para a solução de problemas decorrentes de omissões e vácuos legislativos.

Nesse sentido, sobre a nova regulamentação da Lei nº 9.868/99, o Ministro Gilmar Mendes afirma o seguinte, em sede doutrinária:

“A Lei n. 12.063, de 27-10-2009, que regulou a Ação Direta de Inconstitucionalidade, contudo, parece realizar a superação do entendimento jurisprudencial adotado até então. (...) Nos termos da nova disciplina, a medida cautelar poderá consistir: 1) na suspensão de aplicação da norma questionada, nos casos de omissão parcial; 2) na suspensão dos processos judiciais ou dos procedimentos administrativos; ou, ainda, 3) em qualquer providência a ser fixada pelo Tribunal. (...)

É certo (...) que a complexidade das questões afetas à omissão inconstitucional parece justificar a fórmula genérica utilizada pelo legislador, confiando ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de conceber providência adequada a tutelar a situação jurídica controvertida.”³³

A providência sumária, pois, consiste em:

(i) Determinar **a suspensão das cobranças da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE para o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicação – FUST** até o julgamento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, haja vista que, em atenção à referibilidade/retributividade inerente às CIDEs, **não** se justifica a manutenção das cobranças **sem** a contrapartida do investimento nas finalidades para as quais foi criada;

³³ Controle abstrato de constitucionalidade – ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Sarai-va, 2012.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

(ii) **Impedir expressamente que os valores acumulados no FUST sejam desviados das finalidades constitucionais e legais para as quais foi criado o Fundo**, determinando-se que, não havendo a possibilidade de aplicação dos recursos em universalização dos serviços de telecomunicação, não seja gasto absolutamente nenhum valor, preservando-se, assim, a aplicação futura do saldo existente em novas políticas públicas.

Embora esse E. STF apresente competência para ordenar o suprimento da omissão a qualquer momento, a cautelar acima solicitada atende de forma mais adequada e menos traumática o provimento necessário, resultante dos pedidos desta ação.

Nesse contexto, revela-se imperiosa a concessão das medidas cautelares acima indicadas.

5 – DO PEDIDO FINAL:

Pelo exposto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil **requer:**

(a) com fulcro no artigo 12-F (*caput* e § 1º) da Lei 9.868/99, o deferimento de medida cautelar para, imediatamente:

(a.1) determinar a suspensão das cobranças da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE para o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicação – FUST até o julgamento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, haja vista que, em atenção à referibilidade/retributividade inerente às CIDEs, não se justifica a manutenção das cobranças sem a contrapartida do investimento nas finalidades para as quais foi criada; e

(a.2) impedir expressamente que os valores acumulados no FUST sejam desviados das finalidades constitucionais e legais para as quais foi criado o Fundo, determinando-se que, não havendo a possibilidade de aplicação dos recursos em universalização dos serviços de telecomunicação de telefonia fixa (STFC), não seja gasto absolutamente nenhum va-



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

lor, preservando-se, assim, a aplicação futura do saldo existente em novas políticas públicas de interesse da população como a *internet* banda larga e a telefonia móvel.

(b) a notificação da **PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (UNIÃO, MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA, INOVAÇÕES E COMUNICAÇÕES)**, por intermédio do Exmo. Sr. Presidente da República e/ou o Ilmo. Ministro da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, e da **AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL**, por intermédio de seu Presidente, para que, como órgãos/autoridades responsáveis pela formulação/aprovação de políticas públicas visando à universalização dos serviços de telecomunicação e pela implementação de tais políticas e efetivo investimento dos recursos do FUST em suas finalidades, manifestem-se, querendo, no prazo legal;

(c) a notificação, caso Vossa Excelência entenda pertinente, da Ilma. Sra. Advogada-Geral da União para se manifestar sobre o mérito da presente ação, no prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do artigo 12-E, §2º da Lei nº 9.868/99;

(d) a notificação do Ilmo. Sr. Procurador Geral da República para que emita o seu parecer, nos termos do artigo 12-E, §3º da Lei nº 9.868/99;

(e) a procedência do pedido de mérito para que seja declarada a inconstitucional omissão quanto à adoção de providência de índole administrativa no que concerne à aplicação dos recursos do FUST nas finalidades para as quais o Fundo foi criado (universalização dos serviços de telecomunicação);

(f) seja determinada a imediata restituição ao Fundo, pelo Tesouro Nacional, dos valores inconstitucionalmente desviados das finalidades para as quais o FUST foi criado, conforme demonstrado no decorrer da presente Ação, principalmente por meio da análise comparativa entre os dados fornecidos pela ANATEL e pela Secretaria do Tesouro Nacional – STN, contida no Acórdão TCU nº 28/16 (**docs. 06 e 07**);

(g) ainda no mérito, seja determinada ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações a formulação/aprovação, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias ou outro que entenda razoável, de novas políticas públicas, para posterior implementação e repasse de valores do FUST pela ANATEL, observadas as premissas detalhadas no tópico 3.4 (aplicação em



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

serviços privados prestados com interesse público e possibilidade de formulação de propostas de políticas pelas empresas de telefonia).

(g.1) deferido o presente pedido, seja determinada a suspensão das cobranças da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE para o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicação – FUST até a efetiva aprovação de nova política pública e consequente edição de Portaria pelo Ministério das Comunicações, com o esgotamento dos recursos bloqueados e sem a devida destinação/utilização, haja vista que não se justifica a manutenção das cobranças sem existência de programas eficazes para destinação dos recursos;

(h) subsidiariamente, caso se entenda pela necessidade de alteração da LGT para implementação de novas políticas públicas para destinação dos recursos do FUST, a procedência do pedido de mérito para que seja declarada a inconstitucional omissão quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar e determinado, nesse caso, aos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, bem assim à Presidência da República, que ajustem o artigo 64 da mencionada lei para compreender a previsão de prestação, no regime privado, de serviço de telecomunicação no interesse público; e

(i) definidas novas políticas públicas eficazes, seja determinada a imediata implementação de tais políticas, com a aplicação dos recursos do FUST nas finalidades definidas, tanto os acumulados quanto os futuros.

Deixa-se de atribuir valor à causa, em face da impossibilidade de aferi-lo.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília/DF, 11 de novembro de 2016.


Claudio Pacheco Prates Lamachia
OAB/RS 22.356



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'L. G. Bichara', written over a horizontal line.

Luiz Gustavo A. S. Bichara
OAB/DF 21.445

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior', written over a horizontal line.

Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior
OAB/DF 16.275