AO JUÍZO ___VARA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO MARANHÃO

URGENTE REDUÇÃO
DA TARIFA DE TELECOMUNICAÇÕES

INSTITUTO DE COMUNICAÇÃO EM DEFESA DA EDUCAÇÃO, SOCIEDADE, CONSUMIDOR E AMBIENTAIS DO NORTE E NORDESTE – ICDESCA, pessoa jurídica de direito privado, com inscrição no CNPJ sob nº 35.362.875/0001-18, entidade não governamental, de caráter associativo, sem fins lucrativos, com sede na Av. Daniel De La Touche - Cohama - nº 987, Ed. Emp. Shopping da Ilha – Torre Comercial 1, S 1105 – CEP 65.074-115 na cidade de São Luís, Estado do Maranhão, com fundamento no art. 5º da Lei nº 7347/85, por seu procurador constituído, vem à presença de V. Exa., propor:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE
OBRIGAÇÃO DE FAZER
COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

em face de **AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICACOES - ANATEL**, reguladora das atividades econômicas, Autarquia Federal, inscrita no CNPJ sob nº 02.030.715/0001-12, com sede na Q Saus Quadra 6, Blocos C, E, F, E, H, N.º 10 – Bloco H – Asa Sul, Brasília/DF CEP: 70.070-940 pelos motivos de fato e de direito que passa a expor:

I. PRELIMINAR

A. DAS LEGITIMIDADES

No que diz respeito a legitimidade ativa, o artigo 5º, da Lei n.º 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, tem um rol taxativo, vejamos:

> "Art. 5º - Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
>
> I. Ministério Público;
>
> II. Defensoria Pública;
>
> III. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
>
> IV. Autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista;
>
> V. **Associação**, que concomitantemente:
>
> a) esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil;
>
> b) inclua entre as suas finalidades institucionais a proteção dos seguintes direitos difusos e coletivos: o patrimônio público e social, meio ambiente, consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

98 98114 9784
erlinael@erlinaelteixeira.adv.com.br
Av Colares Moreira n.º 03, Qd 32, Lote 3A, Sala 1115 Jardim Renascença - São Luís - MA
CA 02, Lote 01, Torre 02, Sala 312 /313, Ed. Premium corporate, Lago Norte - Brasília - DF

De acordo com dispositivo acima disposto existem alguns requisitos a serem atingidos para tal propositura, e é garantido falar que categoria jurídica da associação se enquadra no disposto no artigo 5º da Lei 7.347/85 e tem legitimidade ativa para propositura de ação civil pública.

Quanto ao requisito de pertinência temática artigo 5º da Lei nº. 7.347/85. Da análise do Estatuto Social que rege a referida associação, restou observado que o mesmo possui cláusula que define dentre suas à proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, **nos Estados do Norte e Nordeste**, podendo-se valer de todos os meios de tutela para sua preservação e reparação, dentre elas, ações coletivas como o mandado de segurança coletivo e ação civil pública, atingindo o requisito de pertinência temática.

A associação foi fundada em 25/10/2019, contando atualmente com mais de 1 ano e por essa razão preenche o requisito temporal aduzido no artigo 5º inciso, V, alínea a da Lei de Ação Civil Pública, o que confere a esta legitimidade ativa.

Com o exposto, verifica-se que a associação civil foi constituída há mais de ano, com tempo mínimo exigido pela alínea A do inciso V do artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública, podendo propor a ação coletiva que objetiva ser indispensável perante da relevância social da demanda.

Pois cuida-se de direitos coletivos, previsto no artigo 81, II do CDC:

> "Art. 81. (...)
>
> II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja

> titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;"

A ação civil pública no que diz respeito a legitimidade passiva, sabe-se que é possível que qualquer pessoa verse no polo passivo, seja ela física ou jurídica, de direito público ou privado que seja responsável por ameaça de dano ou lesão aos direitos coletivos tutelados no art. 1º da Lei 7.347/85.

A Lei da Ação Civil Pública, em sua edição original de 1985, previa apenas a possibilidade de serem ajuizadas ação de responsabilidade civil para reparação de danos causados aos direitos por ela protegidos, ação de execução da sentença condenatória, ação de obrigação de fazer ou não fazer, bem como eventual ação cautelar antecedente ao incidente. Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o âmbito de abrangência da Lei de Ação Civil foi ampliado, de sorte que podem ser propostas todas e quaisquer ações para tutela dos direitos protegidos pela Lei da Ação Civil Pública, conforme dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, abaixo:

> (...)
>
> Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:
>
> I - o Ministério Público,
>
> II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
>
> III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1° O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

Tal determinação tem amparo, conforme posicionamento firmado pela jurisprudência:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.1. Cuida-se de demanda coletiva na qual se busca a adaptação de agências bancárias, com a instalação de assentos com encosto, a fim de evitar que os consumidores formem filas e aguardem o atendimento em pé.2. Versando a ação sobre direitos homogêneos e mantendo relação com os fins institucionais da associação autora, há pertinência subjetiva para a demanda.3. A exegese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do julgamento do Recurso Extraordinário 573.232/SC não altera as hipóteses de legitimação extraordinária previstas no Código de

> Defesa do Consumidor (...) legitimidade da associação civil - independentemente de autorização expressa da assembleia ou do substituído - para ajuizar ação coletiva, na condição de substituta processual, em defesa de direitos individuais homogêneos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor.6. Hipótese que não se confunde com a discussão sobre o alcance subjetivo da coisa julgada no âmbito da ação civil pública (legitimidade do não associado para a execução da sentença proferida em ação civil pública manejada por associação na condição de substituta processual), matéria afeta ao exame da Segunda Seção desta Corte nos Recursos Especiais 1.438.263/SP e 1.361.872/SP, da relatoria do eminente Ministro Raul Araújo.7. Agravo interno não provido. (STJ, AgInt no AREsp 975.547/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/09/2019, DJe 14/10/2019)

A **legitimidade ativa** do demandante, *in casu*, é inconteste, haja vista que a associação atende os requisitos legais.

II. DOS FATOS

Em análise no **relatório de revisão do auditor independente,** elaborado pela PricewaterhouseCoopers, para Telefônica Brasil S.A. - VIVO referente demonstrações financeiras do terceiro trimestre de 2020, foi apontado o valor de **R$4.660.373.000,00 (quatro bilhões, seiscentos e sessenta milhões, trezentos e setenta e três mil reais), de créditos onde R$2.722.373.000,00,** já estão transitados em julgado, o relatório descreve os créditos da seguinte forma:

> "Os saldos circulantes de PIS e COFINS em 30 de setembro de 2020 e 31 de dezembro de 2019, incluem os créditos fiscais

> atualizados monetariamente pela SELIC, nos montantes de R$676.099 e R$2.046.274, respectivamente, oriundos dos processos de judiciais transitados em julgado em 17 de maio de 2018, 28 de agosto de 2018 e 05 de maio de 2020, a favor da Companhia, que reconheceu o direito da exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS para os períodos compreendidos entre julho de 2002 a junho de 2017, julho de 2004 a junho de 2013 e novembro de 2001 a março de 2016 respectivamente.
>
> A Companhia possui outros dois processos judiciais de mesma natureza em andamento (incluindo processo da sociedade que já foi incorporada - Telemig), considerados como ativos contingentes, que abrangem diversos períodos entre fevereiro de 2002 e junho de 2017, cujos intervalos de valores estimamos entre R$1.762 milhões a R$1.938 milhões."

O mesmo ocorre com a CLARO, no relatório elaborado pela Baker Tilly Partners Auditores Independentes S.S., foi apontado o valor de **R$2.420.580.000,00 (dois bilhões, quatrocentos e vinte milhões, quinhentos e oitenta mil reais), ressaltando que até 30 de setembro de 2020, a companhia já tinha compensado R$2.318.692.000,00 (dois bilhões, trezentos e dezoito milhões, seiscentos e noventa e dois mil reais**), quase a totalidade dos créditos.

Segue texto das notas explicativas:

> "Em dezembro de 2018 houve o registro do crédito referente a exclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS/COFINS, no montante total de R$2.420.580 (R$1.214.282 de principal registrado na rubrica de outras receitas e despesas e R$1.206.298 de atualização SELIC registrado no resultado financeiro)

> decorrente da ação judicial, transitada em julgada em novembro de 2018 da controlada Claro, referente ao período de 2002 a 2014. Após a habilitação do crédito, em 19/02/2019 (PIS) e 05/04/2019 (COFINS), a Companhia utilizou crédito no montante de R$2.318.692."

A TIM e a OI acumulam juntas quase 6 bilhões, entretanto o caso OI é mais grave pois em janeiro de 2018, entrou em recuperação judicial, havendo o adiantamento do Plano em 11 de março de 2020, com proposta para aprovação na Assembleia Geral de Credores em 06 de novembro de 2020, a operadora tinha uma dívida consolidada de 18 bilhões em dezembro/2019, conforme relatório apresentado pela BDO RCS Auditores Independentes que presta serviços para OI e suas controladas.

Os créditos gerados pelas operadoras originaram da Decisão **COM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574706),** em que o Ministro CELSO DE MELLO, fundamentou sua decisão, em declaração de **inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS**, destacando o papel da Constituição Federal na vanguarda da Constituição Federal:

> "Torna-se essencial proclamar, por isso mesmo, que **a Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos nem ao império dos fatos e das circunstâncias.** A supremacia de que ela se reveste - enquanto for respeitada - constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades jamais serão ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar por que essa realidade não seja desfigurada. (...)
>
> Nenhum dos Poderes da República pode submeter a Constituição a seus próprios desígnios, ou a manipulações hermenêuticas, ou,

ainda, a avaliações discricionárias fundadas em razões de conveniência política ou de pragmatismo institucional, eis que a relação de qualquer dos Três Poderes com a Constituição há de ser, necessariamente, uma relação de incondicional respeito, sob pena de juízes, legisladores e administradores converterem o alto significado do Estado Democrático de Direito em uma promessa frustrada pela prática autoritária do poder."

E conclui seu voto:

Concluo o meu voto, Senhora Presidente. E, ao fazê-lo, quero destacar que a orientação, por mim ora referida, que censura, de modo correto, **por inconstitucional, a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS (e da contribuição ao PIS)** foi assim resumida na lição de ROBERTO CARLOS KEPPLER e de ROBERTO MOREIRA DIAS ("Da Inconstitucionalidade da Inclusão do ICMS na Base de Cálculo da Cofins", "in" Revista Dialética de Direito Tributário nº 75, p. 178, item n. 4, 2001):

"(...) o ICMS não poderá integrar a base de cálculo da Cofins **pelos seguintes motivos:**

(i) o alcance do conceito constitucional de faturamento e receita não permite referida dilação na base de cálculo da exação; **(ii)** isso representaria afronta aos princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva; e **(iii)** o previsto no art. 154, I, da Constituição Federal seria afrontado."

Com essas considerações e com apoio em seu magnífico voto,

> Senhora Presidente, **conheço e dou provimento ao presente recurso extraordinário interposto pela empresa contribuinte, acolhendo, ainda, a tese formulada por Vossa Excelência no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".**

Ocorre que mesmo com a decisão favorável as companhias há mais de 2 anos, considerando indevidos os tributos pagos a título de PIS/COFINS sobre o ICMS pagos pelos consumidores, TIM, CLARO, VIVO e OI, juntas acumulam um crédito de mais de R$13.000.000.00,00 (treze bilhões) que já estão usando como compensação dos tributos próprios desde 2019 até a presente data ainda não houve início do processo de ressarcimentos aos consumidores, **motivo pelo qual originou a presente demanda**.

III. DA RESPONSABILIDADE DA ANATEL

A **AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICACOES**, é uma autarquia especial criada pela Lei Geral de Telecomunicações (LGT) – pela Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, administrativamente independente, financeiramente autônoma e sem subordinação hierárquica a nenhum órgão de governo.

A Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, atribui competências para a Agência adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, dentre as atribuições da Anatel, merecem destaque:

a) implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações;
b) expedir normas quanto à outorga, à prestação e à fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

c) administrar o espectro de radiofreqüências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas;
d) expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;
e) expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;
f) expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos;
g) reprimir infrações dos direitos dos usuários; e
h) exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

O reajuste tarifário no setor de telecomunicações ocorre com base em fórmula que leva em conta índices de inflação do setor e as determinações de compartilhamento com os usuários dos ganhos econômicos decorrentes de modernização, expansão ou racionalização dos serviços, bem como de novas receitas alternativas. Como se vê, ganhos econômicos relacionados a questões mercadológicas, associadas ou não às práticas empresariais, ou a questões empresariais, associadas ou não às questões mercadológicas, devem ser compartilhados com os usuários.

A ANATEL é competente para atuar, na forma da lei e do contrato, nos processos de definição e controle de preços e tarifas de telecomunicações, ocorre que as quatros operadoras de telefonia do Brasil, TIM, VIVO, CLARO e OI, obtiveram decisão favorável para recuperação do PIS e COFINS sobre a base de cálculo do ICMS pagos pelos consumidores, já estão compensando os créditos com tributos próprios sem efetuar a devolução, como demonstrado na página 73 e 74 das Notas Explicativas das Demonstrações Financeiras Tim, publicada em 10 de outubro de 2021, com o seguinte texto:

"(...)Em junho de 2019, em virtude do seu trânsito em julgado e apuração de valores, foi registrado o montante de R$ 2.875 milhões, sendo R$ 1.720 milhões de principal e R$ 1.155 milhões de atualização monetária (valores relacionados à TIM Celular S.A., incorporada pela TIM S.A. em outubro de 2018).

Em setembro de 2019, em virtude do seu trânsito em julgado e apuração de valores foi registrado o montante de R$ 148 milhões, sendo R$ 75 milhões de principal e R$ 73 milhões de atualização monetária, valores esses relacionados à própria TIM S.A. (quando ainda possuía a denominação de Intelig Telecomunicações Ltda.).

Os valores contabilizados são atualizados mensalmente pela taxa de juros equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), disponibilizada no site da Receita Federal do Brasil.

Em 2020, a TIM efetuou declarações de compensação com créditos oriundos do processo de exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS, para pagamentos de tributos federais, no valor total de R$ 1.516 milhões. Deste montante, em agosto de 2020, foram compensados R$ 632 milhões de débitos de IRPJ e CSLL, relativos ao exercício encerrado em 31 de dezembro de 2019, resultantes de recálculo da apuração para acrescentar às bases de cálculo desses tributos o indébito oriundo do processo mencionado. Em dezembro de 2020, após utilização de parte do estoque de créditos da TIM S.A., no total de R$ 1.578 milhões, encontram-se registrados os montantes de R$1.391 milhões, sendo R$ 908 milhões de principal e R$ 483 milhões de atualização monetária (valores relacionados à TIM Celular S.A.); e R$ 151

milhões, sendo R$ 75 milhões de principal e R$ 76 milhões de atualização monetária (antiga Intelig Telecomunicações Ltda.).

A Consulta Pública n.º 544, de 21 de junho de 2004, que teve por objetivo estabelecer as diretrizes para apresentação do Documento de Separação e Alocação de Contas das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, que serviu como base para o desenvolvimento de modelos de definição de tarifas, preços e valores orientados a custos, através de um padrão as operadoras fornece informações sobre as suas demonstrações financeiras a Agência, que mesmo contento as informações é omissa na fiscalização de valores bilionários recuperados de tributos pagos pelos consumidores não tomando qualquer medida para reprimir **em ato de descaso com a população brasileira**.

Portanto a agência deve ser responsabilizada e obrigada a tomar medidas para que as operadoras façam a imediata devolução dos valores já compensados com tributos próprios e não passados aos consumidores, por questão de justiça **motivo pelo qual originou a presente demanda**.

IV. DO DIREITO

A. DO CABIMENTO

A Lei 7.347/85 que institui a Ação Civil Pública, dispõe o cabimento da presente para prevenir ou reprimir danos morais ou materiais causados, bem como a outros interesses difusos da coletividade.

Dentre os bens tutelados pela ação civil pública, encontram-se os interesses difusos ou coletivos (artigo 1.º, inciso IV, da Lei n. 7.347/85).

Reza também a Lei n. 7.347/85, em seu artigo 3.º, que a ação civil pública "poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de

fazer ou não fazer".

Conforme demonstrado nos fatos, as quatro operados obtiveram o direito ao crédito do PIS e COFINS, uma estimativa em todo país de **R$13.000.000.000,00** (treze bilhões), que devem ser repassados aos consumidores, onde várias operadoras já estão usando para geração de caixa em detrimento a situação financeira dos consumidores que só se agrava em função da pandemia mundial da COVID.

Os serviços públicos devem ser prestados com adequação, expressão que abrange todos os elementos ligados à sua qualidade e acessibilidade. A Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, aduz que o serviço adequado é aquele prestado com regularidade, continuidade, eficiência, segurança, generalidade, cortesia e a tarifas módicas. Veja-se seu art. 6º, *in verbis*:

> Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.
>
> § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.
>
> § 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

O reajuste tarifário, no setor de telecomunicações, se apresenta como mecanismo ordinário de alteração nos valores cobrados dos usuários, enquanto que a revisão se afigura como instituto basicamente extraordinário de alteração desses valores. Veja-se, a respeito, o art. 108 da LGT, que trata dos mecanismos para reajuste e revisão

de tarifas:

> Art. 108. Os mecanismos para reajuste e revisão das tarifas serão previstos nos contratos de concessão, observando-se, no que couber, a legislação específica.
>
> § 1° A redução ou o desconto de tarifas não ensejará revisão tarifária.
>
> § 2° Serão compartilhados com os usuários, nos termos regulados pela Agência, os ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, bem como de novas receitas alternativas.
>
> § 3° Serão transferidos integralmente aos usuários os ganhos econômicos que não decorram diretamente da eficiência empresarial, em casos como os de diminuição de tributos ou encargos legais e de novas regras sobre os serviços.
>
> § 4º A oneração causada por novas regras sobre os serviços, pela álea econômica extraordinária, bem como pelo aumento dos encargos legais ou tributos, salvo o imposto sobre a renda, implicará a revisão do contrato.

Além da revisão tarifária visando a evitar prejuízo à concessionária, nos casos de força maior ou calamidades, também é possível proceder-se à revisão tarifária em prol dos consumidores, a fim de evitar que a concessionária se enriqueça indevidamente. O §2º da cláusula 13.1 do contrato de concessão veda o que denomina de enriquecimento imotivado da concessionária:

> § 2º É vedado o enriquecimento imotivado da Concessionária decorrente:
>
> **I - da apropriação de ganhos econômicos não advindos diretamente da sua eficiência empresarial, em especial quando**

decorrentes da edição de novas regras sobre o serviço; e

II - do repasse de receitas a terceiros, em detrimento da aplicação do princípio da modicidade tarifária, conforme estabelecido no § 7º da Cláusula 6.1.

Portando fica demonstrado que existe norma que regulamenta as revisões tarifarias inclusive vedando o enriquecimento, e que o repasse aos consumidores ganhos que não decorram da eficiência empresarial, como o caso da redução do PIS e COFINS, imotivado que operadora se aproprie de valores a restituir aos consumidores e omissão da ANATEL na fiscalização em detrimento a milhões de consumidores brasileiros, que amargam a difícil situação do Brasil e do mundo em função da Pandemia da COVID.

B. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO da COFINS e PIS.

Ao tratar sobre a matéria, insta trazer à baila recentes julgados sobre a matéria pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao Relatar o RE 240.785/MG, o eminente Ministro MARCO AURÉLIO enfatizou a inconstitucionalidade de incluir na base de cálculo da COFINS o valor retido em razão do ICMS, destacando que:

> "O que sustenta a recorrente é que o decidido pela Corte de origem discrepa da tipologia do tributo, tal como prevista no artigo 195, inciso I, alínea 'b', da Constituição Federal, considerado o teor primitivo do preceito, ou seja, anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, no que, na citada alínea, fez inserir como base de incidência da contribuição devida pelo empregador, juntamente com o faturamento, a receita, utilizando a adjuntiva 'ou'.

Há de se examinar, assim, se a conclusão a que chegou a Corte de origem, refutando a defesa sobre a inconstitucionalidade de ter-se a incidência do tributo sobre o ICMS, incluindo este no que se entende como faturamento, conflita, ou não, com o dispositivo constitucional. A tríplice incidência da contribuição para financiamento da previdência social, a cargo do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, foi prevista tendo em conta a folha dos salários, o faturamento e o lucro.

As expressões utilizadas no inciso I do artigo 195 em comento hão de ser tomadas no sentido técnico consagrado pela doutrina e jurisprudencialmente. Por isso mesmo, esta Corte glosou a possibilidade de incidência da contribuição, na redação primitiva da Carta, sobre o que pago àqueles que não mantinham vínculo empregatício com a empresa, emprestando, assim, ao vocábulo 'salários' o sentido técnico-jurídico, ou seja, de remuneração feita com base no contrato de trabalho - Recurso Extraordinário nº 128.519-2/DF.

Jamais imaginou-se ter a referência à folha de salários como a apanhar, por exemplo, os acessórios, os encargos ditos trabalhistas resultantes do pagamento efetuado. Óptica diversa não pode ser emprestada ao preceito constitucional revelador da incidência sobre o faturamento. Este decorre, em si, de um negócio jurídico, de uma operação, importando, por tal motivo, o que percebido por aquele que a realiza, considerada a venda de mercadoria ou mesmo a prestação de serviços.

A base de cálculo da Cofins não pode extravasar, desse modo, sob o ângulo do faturamento, o valor do negócio, ou seja, a parcela

percebida com a operação mercantil ou similar.

O conceito de faturamento diz com riqueza própria, quantia que tem ingresso nos cofres de quem procede à venda de mercadorias ou à prestação dos serviços, implicando, por isso mesmo, o envolvimento de noções próprias ao que se entende como receita.

Descabe assentar que os contribuintes da Cofins faturam, em si, o ICMS. O valor deste revela, isto sim, um desembolso a beneficiar a entidade de direito público que tem a competência para cobrá-lo. A conclusão a que chegou a Corte de origem, a partir de premissa errônea, importa na incidência do tributo que é a Cofins, não sobre o faturamento, mas sobre outro tributo já agora da competência de unidade da Federação. No caso dos autos, muito embora com a transferência do ônus para o contribuinte, ter-se-á, a prevalecer o que decidido, a incidência da Cofins sobre o ICMS, ou seja, a incidência de contribuição sobre imposto, quando a própria Lei Complementar nº 70/91, fiel à dicção constitucional, afastou a possibilidade de incluir-se na base de incidência da Cofins o valor devido a título de IPI.

Difícil é conceber a existência de tributo sem que se tenha uma vantagem, ainda que mediata, para o contribuinte, o que se dirá quanto a um ônus, como é o ônus fiscal atinente ao ICMS. O valor correspondente a este último não tem a natureza de faturamento. Não pode, então, servir à incidência da Cofins, pois não revela medida de riqueza apanhada pela expressão contida no preceito da alínea 'b' do inciso I do artigo 195 da Constituição Federal.

Conforme salientado pela melhor doutrina, 'a Cofins só pode

incidir sobre o faturamento, que, conforme visto, é o somatório dos valores das operações negociais realizadas'. 'A contrario sensu', qualquer valor diverso deste não pode ser inserido na base de cálculo da Cofins. Há de se atentar para o princípio da razoabilidade, pressupondo-se que o texto constitucional mostre-se fiel, no emprego de institutos, de expressões e de vocábulos, ao sentido próprio que eles possuem, tendo em vista o que assentado pela doutrina e pela jurisprudência.

Se alguém fatura ICMS, esse alguém é o Estado, e não o vendedor da mercadoria.

Conforme previsto no preceito constitucional em comento, a base de cálculo é única e diz respeito ao que faturado, ao valor da mercadoria ou do serviço, não englobando, por isso mesmo, parcela diversa. Olvidar os parâmetros próprios ao instituto, que é o faturamento, implica manipulação geradora de insegurança e, mais do que isso, a duplicidade de ônus fiscal a um só título, a cobrança da contribuição sem ingresso efetivo de qualquer valor, a cobrança considerado, isso sim, um desembolso."

Dessa forma, não resta dúvida da inconstitucionalidade declarada da atual formatação do cálculo, devendo ser deferido o presente pedido, para que e os valores apurados na restituição do PIS e COFINS sejam repassados aos consumidores **através de crédito financeiro que não tem qualquer influência nas tarifas já praticadas.**

C. DO REPASSE DO PIS e COFINS AO CONSUMIDOR

O PIS - Programa de Integração Social e a COFINS - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social são contribuições que são exigidas das pessoas

jurídicas pelo Governo Federal por meio de lei e destinam-se a assegurar recursos para o desenvolvimento de atividades voltadas a seguridade social.

Especificamente na questão "tributo", cita a legislação federal e os contratos de concessões celebrados entre o concessionário e o poder concedente:

> § 3º do art. 9º da Lei n° 8.987/95.
>
> "Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso."

Haviam entendimentos contrários no sentido, que não cabia ao consumidor, suportar a carga tributária do PIS e da COFINS referente ao consumo de dos serviços de telecomunicações, tributos estes pertinentes às empresas operadoras de telecomunicações, pois é o sujeito passivo da relação tributária, por ser o contribuinte, por possuir a receita e o faturamento da venda do produto, não a vende, não utiliza do comércio dos serviços de telecomunicações.

Discorrendo que a ordem constitucional, tributária e econômica está lastreada na proteção ao consumidor, na erradicação da pobreza e na diminuição das desigualdades sociais, que as contribuições para seguridade social são obrigações constitucionais tributárias diretas, pessoais e intransferíveis, com sustentação da violação ao art. 146, III, da Constituição Federal, pois, cabe à Lei Complementar estabelecer normas gerais em matéria tributária, especialmente quando aos fatos geradores, base de cálculo e contribuintes dos tributos.

Entretanto, por entendimento das Cortes Superiores, trata-se do **fenômeno**

da repercussão fiscal, necessário, nas concessões de serviço público, à preservação do equilíbrio econômico financeiro do contrato, sendo pacificado o entendimento de legítimo o repasse, nas tarifas Serviços de telecomunicações, do valor correspondente ao pagamento do PIS e da COFINS devido pelas operadoras:

> Recurso Extraordinário. Direito Tributário. Direito Administrativo. PIS/COFINS. Serviços de telecomunicações. Concessão de serviços públicos. Equilíbrio econômico-financeiro. Política tarifária. 2. Exigência de lei complementar para o repasse de contribuições aos usuários de serviço público. Desnecessidade. Inteligência do art. 146, III, a, da Constituição Federal. 3. Reserva de lei complementar apenas nos casos taxativamente indicados na Constituição Federal. 4. Não há reserva de lei complementar para a definição de fatos geradores, bases de cálculo e sujeitos passivos das contribuições previstas no art. 149 da CF/1988. Conformidade com a jurisprudência da Corte. 5. O repasse do PIS/COFINS nas faturas de telefonia não altera a matriz de incidência tributária das contribuições. Distinção entre contribuinte de direito e contribuinte de fato. 6. O repasse do PIS/COFINS ao consumidor nas faturas do serviço de telefonia, nos termos do art. 9º, §3º, da Lei 8.987/1995, não ofende a Constituição Federal. 7. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. (RE 1053574, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-255 DIVULG 21-11-2019 PUBLIC 22-11-2019)
>
> (STF - RE: 1053574 RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 25/10/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-255 22-11-2019)

98 98114 9784
erlinael@erlinaelteixeira.adv.com.br
Av Colares Moreira n.º 03, Qd 32, Lote 3A, Sala 1115 Jardim Renascença - São Luís - MA
CA 02, Lote 01, Torre 02, Sala 312 /313, Ed. Premium corporate, Lago Norte - Brasília - DF

Houve a distinção entre o **contribuinte de direito** (contribuinte de jure) e o **contribuinte de fato**, onde o contribuinte de direito é aquele que participa do polo passivo da obrigação tributária, no caso em questão a operadora dos serviços de telecomunicação, enquanto que o contribuinte de fato é aquele que efetivamente suporta o ônus tributário, o consumidor.

As denominações e a distinção não são avessas a críticas, conforme revela Eduardo Marcial Ferreira Jardim, o contribuinte de direito é:

> "Expressão impropriamente utilizada para designar o sujeito passivo integrante do liame jurídico, contrapondo-se à locução contribuinte de fato, também imprópria, o qual, embora não fazendo da obrigação, suporta o ônus financeiro do tributo por repercussão, especialmente no caso do IPI e do ICMS. Deveras, contribuinte de direito é simplesmente contribuinte, ou seja, a pessoa que se qualifica para ocupar o pólo passivo da relação tributária e que, na hipótese de inadimplemento, haverá de responder pelo débito em cobrança administrativa ou judicial". (**Dicionário Jurídico Tributário** . 5ª. ed. São Paulo: Dialética, 2005)"

Portando o consumidor é o contribuinte de fato do tributo, devendo **ser ressarcido do valor pago indevidamente.**

V. DA COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA

O Código Civil disciplina a compensação como forma de extinção das obrigações, e diz que a mesma não se aplica aos débitos para com a Fazenda Pública, salvo o estipulado na legislação própria.

A compensação é como que um *encontro de contas*. Se o sujeito passivo da obrigação é credor da Fazenda Pública, poderá ocorrer uma compensação pela qual seja extinta sua obrigação, isto é, o crédito tributário. *Isto, porém, depende de autorização legal e de ato da autoridade administrativa*. Não se opera a compensação automaticamente. No direito privado é que, se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.

O sujeito passivo da obrigação tributária não tem, em princípio, um direito subjetivo à compensação, eis que não há norma prevendo casos em que esta se deva verificar. Diz o CTN que a lei pode *autorizar* a compensação, nas condições e sob as garantias que estipular. A estipulação de tais condições e garantias pode ser atribuída pela lei à autoridade administrativa. Se a lei apenas *autoriza* a compensação, a autoridade administrativa poderá atender, ou não, pedido do sujeito passivo que pretenda compensar créditos seus com dívida tributária. *Entretanto, se a lei estabelece que será admitida a compensação em determinadas condições, que de logo estabelece, ou que não são estabelecidas pela autoridade administrativa, o sujeito passivo que atenda tais condições terá direito à compensação.*

Diversamente do direito privado, o CTN admite a compensação do crédito tributário com dívidas ainda não vencidas, e limita a redução correspondente aos juros, pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento da dívida (CTN, art. 170, parágrafo único);

O artigo 170 Código Tributário Nacional, dispõe:

> A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos **tributários** com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo

contra a Fazenda pública.

A súmula nº 212 STJ, in verbis:

> A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória.(*) na sessão de 11/05/2005, a Primeira Seção deliberou pela ALTERAÇÃO da Súmula n. 212.
>
> REDAÇÃO ANTERIOR (decisão de 23/09/1998, DJ 02/10/1998): A COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS NÃO PODE SER DEFERIDA POR MEDIDA LIMINAR.

Para o Código Tributário Nacional, se o tributo for pago a maior, o contribuinte tem direito à restituição, e qualquer óbice criado pelo fisco, poderá configurar uma tentativa de enriquecimento sem causa, o que é vedado.

Já o art. 166 do referido Diploma Legal estabelece que, em caso de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do encargo financeiro, a restituição só poderá ser feita por quem assumiu o encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, **estar por este devidamente autorizado a recebê-la.**

Observa-se que é perfeitamente possível a compensação dos valores pagos maior com os tributos correntes das operadoras, através de autorização dos consumidores e **oferecimento do crédito financeiro através do desconto direto na fatura mensal de telecomunicações, ocorre que as operadoras estão fazendo compensações se apropriando indevidamente dos tributos que deveriam devolver aos consumidores, sem qualquer intervenção da Requerida.**

VI. DAS PROVAS QUE PRETENDE PRODUZIR

O Autor pretende instruir seus argumentos com as seguintes provas:

a) Que a Requerida apresente relatório analítico por operadora contendo o valor total dos créditos a restituir aos consumidores a título de PIS/COFINS, valores já compensados, informando com qual tributo foi utilizado.

VII. DA ANTECIPAÇÃO LIMINAR DOS EFEITOS DA TUTELA

A. DA TUTELA DE EVIDÊNCIA

Conforme preconizado na lei adjetiva, CPC artigo 311, In Verbis:

> Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:
> [...]
> II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
> Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Dentro do quadro apresentado, a tutela de evidência se monstra plenamente cabível, vez que preenchidos os requisitos do art. 311, II do CPC.

B. DA TUTELA DE URGÊNCIA

Diante dos fatos narrados, principalmente pelo fato de haver o trânsito julgado da ação há mais de dois anos, sem haver qualquer informação aos consumidores,

fica caracterizada a urgência da disponibilização dos relatórios que possibilitem identificar o valor total já compensado e não repassados aos consumidores e a restituição dos valores pagos indevidamente a medida que forem feitas as compensações. Por esse norte, não resta outra alternativa senão requerer à antecipação provisória da tutela preconizada em lei.

No que concerne à tutela, especialmente para que a Requerida seja compelida a fornecer as informações pleiteadas, o CPC autoriza o Juiz conceder a tutela de urgência quando "probabilidade do direito" e o "perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo":

> Art. 300 – A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

No presente caso, estão presentes os requisitos e pressupostos para a concessão da tutela requerida, existindo verossimilhança das alegações.

O fumus boni júris encontra-se estampado na Constituição Federal, na legislação infraconstitucional, bem como, nos julgados colacionados a esta exordial.

Da mesma forma, torna-se igualmente evidenciado o periculum in mora, eis que há a falta de devolução sem justificativa dos valores pagos indevidamente, certamente acarretará um agravamento da situação financeira dos consumidores a não dispor da restituição que tem direito, principalmente devido ao cenário mundial de Pandemia.

No presente caso, não existe qualquer prejuízo à Ré em relação a irreversibilidade dos efeitos da decisão, não podendo ser aplicada a exceção do § 3º do art. 300 do CPC.

Acerca do tema do tema em espécie, é do magistério de José Miguel Garcia Medina as seguintes linhas:

> ". . . sob outro ponto de vista, contudo, essa probabilidade é vista como requisito, no sentido de que a parte deve demonstrar, no mínimo, que o direito afirmado é provável e mais se exigirá, no sentido de se demonstrar que tal direito muito provavelmente existe, quanto menor for o grau de periculum." (MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado ... – 10 São Paulo: RT, 2015, p. 472) (g.n)

Com esse mesmo enfoque, sustenta Nélson Nery Júnior, delimitando comparações acerca da "probabilidade de direito" e o "fumus boni iuris", esse professa, in verbis:

> "4. Requisitos para a concessão da tutela de urgência: fumus boni iuris: Também é preciso que a parte comprove a existência da plausibilidade do direito por ela afirmado (fumus boni iuris). Assim, a tutela de urgência visa assegurar a eficácia do processo de conhecimento ou do processo de execução..." (NERY JÚNIOR, Nélson. Comentários ao código de processo civil. – São Paulo: RT, 2015, p. 857-858) (g.n)

Desse modo, demonstrado o risco de que o Requerida esteja se beneficiando dos valores que pertencem aos consumidores, bem como, a plausibilidade do direito fundamental da Autora, faz-se necessária a concessão da tutela de urgência, o que também sustentamos à luz dos ensinamentos de Tereza Arruda Alvim Wambier:

> "O juízo de plausibilidade ou de probabilidade – que envolvem dose significativa de subjetividade – ficam, ao nosso ver, num segundo plano, dependendo do periculum evidenciado. Mesmo em situações que o magistrado não vislumbre uma maior probabilidade do direito invocado, dependendo do bem em jogo

> e da urgência demonstrada (princípio da proporcionalidade), deverá ser deferida a tutela de urgência, mesmo que satisfativa. " (Wambier, Teresa Arruda Alvim ... [etal]. – São Paulo: RT, 2015, p. 499) (g.n)

Diante disso, a Autora vem pleitear a concessão da liminar, sem a ouvida prévia da parte contrária (CPC, art. 9º, parágrafo único, inc. I, art. 300, § 2º c/c CDC, art. 84, § 3º).

VIII. DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, **REQUER**:

1. O deferimento da medida liminar, para que a Requerida apresente o relatório analítico por operadora com o valor total dos créditos a restituir aos consumidores, o valor já compensado e em qual tributo foi usando a compensação sob pena de multa diária.

2. O deferimento da medida liminar, para que a requerida regulamente a devolução dos créditos a restituir aos consumidores a título de PIS/COFINS, que seja informada ao consumidor o valor que cada usuários tem a receber, o recebimento no mês e o saldo, sob pena de multa diária.

3. A citação do Réu para responder, querendo;

4. A total procedência da ação para que a para que a requerida regulamente a devolução dos créditos a restituir aos consumidores a título de PIS/COFINS, sob pena de multa diária.

5. A produção de todas as provas admitidas em direito, em especial relatório o

98 98114 9784
erlinael@erlinaelteixeira.adv.com.br
Av Colares Moreira n.º 03, Qd 32, Lote 3A, Sala 1115 Jardim Renascença - São Luís - MA
CA 02, Lote 01, Torre 02, Sala 312 /313, Ed. Premium corporate, Lago Norte - Brasília - DF

analítico por distribuidora e valor total dos créditos a restituir aos consumidores a título de PIS/COFINS.

6. A condenação do réu ao pagamento de honorários advocatícios nos parâmetros previstos no art. 85, §2º do CPC;

Por fim, manifesta não ter interesse na realização da audiência conciliatória, nos termos do Art. 319, inc. VII do CPC.

Dá-se à causa o valor de R$13.000.000,00 (treze bilhões).

Termos em que,
pede deferimento.

São Luís-(MA), 11 de fevereiro de 2021.

ERLINAEL DA SILVA TEIXEIRA
OAB-MA 19.855

98 98114 9784
erlinael@erlinaelteixeira.adv.com.br
Av Colares Moreira n.º 03, Qd 32, Lote 3A, Sala 1115 Jardim Renascença - São Luís - MA
CA 02, Lote 01, Torre 02, Sala 312 /313, Ed. Premium corporate, Lago Norte - Brasília - DF

I. ANEXOS

1. Ata

2. Documentos de Identidade do Presidente

3. Estatuto

4. Procuração

5. Demonstrações Financeiras Claro

6. Demonstrações Financeiras OI

7. Demonstrações Financeiras TIM

8. Demonstrações Financeiras VIVO

98 98114 9784
erlinael@erlinaelteixeira.adv.com.br
Av Colares Moreira n.º 03, Qd 32, Lote 3A, Sala 1115 Jardim Renascença - São Luís - MA
CA 02, Lote 01, Torre 02, Sala 312 /313, Ed. Premium corporate, Lago Norte - Brasília - DF