ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - SEDE
COORDENAÇÃO DE CONTENCIOSO JUDICIAL
SAUS, QUADRA 6, BLOCO H, 6º ANDAR, ALA NORTE - BRASÍLIA/DF - CEP 70.070-940 - (61) 2312-2062

INFORMAÇÕES n. 00164/2021/PFE-ANATEL/PGF/AGU

NUP: 00767.000406/2021-63 (REF. 00464.018326/2021-79)
INTERESSADOS: INSTITUICAO DE EDUCACAO SUPERIOR E COMUNICACAO DE RADIO FM EDUCATIVA DA CIDADE DE SAO LUIZ ESTADO DO MARANHAO - MA E OUTROS
ASSUNTOS: OBRIGAÇÃO DE FAZER / NÃO FAZER

1. Trata-se de Ação Civil Pública, tombada sob o n. 1006162-49.2021.4.01.3700, movida pelo INSTITUTO DE COMUNICAÇÃO EM DEFESA DA EDUCAÇÃO, SOCIEDADE, CONSUMIDOR E AMBIENTAIS DO NORTE E NORDESTE – ICDESCA contra a ANATEL, visando à condenação dessa Agência Reguladora, em sede de medida liminar, a apresentar o relatório analítico por operadora com o valor total dos créditos a restituir aos consumidores a título de PIS/COFINS. Ao final, **requer que a Anatel regulamente a devolução dos créditos a restituir aos consumidores a título de PIS/COFINS.**

2. A autora narra que as operadoras de serviços de telecomunicações obtiveram decisão favorável no Recurso Extraordinário n. 574706 - Com Repercussão Geral, tendo o STF declarado a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS. Como o valor desses tributos poderia ser repassado ao consumidor final, conforme entendimento do STF (RE 1053574), seria necessário então que essas prestadoras de serviços de telecomunicações devolvessem os valores repassados aos consumidores atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, sob pena de enriquecimento sem causa.

3. O juízo da causa indeferiu o pedido de liminar, assim afirmando:

> Em juízo de cognição sumária, entendo que deve ser indeferido o pedido de tutela provisória de urgência. Explico.
>
> No caso em tela, a necessidade da colheita de material probatório, para servir de suporte à sentença de mérito, resta evidente. Verifico que apenas da dicção da inicial, a partir do cotejo das argumentações ali expendidas com o acervo probante carreado aos autos pela Requerente, não decorre a prova inequívoca que convença este julgador da verossimilhança da alegação do Autor, na medida em que o acolhimento de sua pretensão requer dilação probatória.
>
> De fato, entendo que o deferimento da medida pleiteada somente deve ocorrer após a oportunização de um contraditório substancial robusto, para que, assim, este Juízo possa formar convicção sobre a situação posta.
>
> Por fim, ressalto que o relatório analítico solicitado pela parte autora pode ser apresentado durante a instrução processual, de modo a não se verificar qualquer urgência a necessitar a imediata intervenção do Poder Judiciário.

4. O OFÍCIO n. 00123/2021/NMF/PFMA/PGF/AGU solicita o envio de subsídios para a elaboração da defesa judicial da Anatel no presente processo judicial. É o que se passa a fazer.

1. DA ILEGITIMIDADE ATIVA DA PARTE AUTORA: AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO HÁ PELO MENOS UM ANO E ASSOCIAÇÃO DOTADA DE FINALIDADE GENÉRICA

5. O inciso V do art. 5 da Lei n. 7.347/85 estabelece requisitos para que uma associação detenha legitimidade para uma dada causa judicial. Precisa ela necessariamente estar constituída há pelo menos 01 (um) ano e possuir como finalidade institucional aqueles objetivos prescritos em lei. Confira-se:

> Art. 5º, Lei n. 7.347/85 - Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)
>
> (....)
>
> V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).
>
> a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).
>
> b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a 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. (Redação dada pela Lei nº 13.004, de 2014)

6. No presente caso, restam ausentes esses dois requisitos. No tocante ao requisito temporal, o estatuto social juntado ao processo é datado de 10 de janeiro de 2021 e possui o **registro no cartório em 10 de fevereiro de 2021**, isto é, a autora foi constituída dias antes da propositura da presente ação civil pública.

7. A autora aduz ter sido fundada em 25/10/2019. Contudo, essa data informada se refere à data da constituição da "EDUCATIVA FM – Instituição de Educação Superior e Comunicação de Rádio FM Educativa da Cidade de São Luiz Estado do Maranhão – MA". Veja, essa associação é bastante diversa do atual Instituto de Comunicação em Defesa da Educação, Sociedade, Consumidor e Ambientais do Norte e Nordeste – ICDESCA, possuindo elas objetos sociais bastante distintos.

8. Assim, para fins da Lei de Ação Civil Pública, deve-se verificar o momento em que houve alteração no objeto social que permitiu a pertinência temática, mudança da razão social de EDUCATIVA FM – Instituição de Educação Superior e Comunicação E de Rádio FM Educativa da Cidade de São Luiz Estado do Maranhão – MA para INSTITUTO DE COMUNICAÇÃO EM DEFESA DA EDUCAÇÃO, SOCIEDADE, CONSUMIDOR E AMBIENTAIS DO NORTE E NORDESTE – ICDESCA.

9. Além disso, a entidade pretende obter uma legitimação universal ao repetir em seu estatuto social, genericamente, conteúdo da Lei de Ação Civil Pública, para poder litigar em qualquer área. A jurisprudência vem rechaçando esse tipo de associação dotada de finalidades genéricas e universais, pois o fortalecimento do caráter da cidadania passa pela especialização das associações e não pela sua generalidade, como é o caso:

> AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÕES COLETIVAS. LEGITIMIDADE. ASSOCIAÇÃO. CONDIÇÃO INSTITUCIONAL NÃO PREENCHIDA.
>
> 1. No que tange à titularidade da ação coletiva, prevalece a teoria da representação adequada proveniente das class actions norte-americanas, em face da qual a verificação da legitimidade ativa passa pela aferição das condições que façam do legitimado um representante adequado para buscar a tutela jurisdicional do interesse pretendido em demanda coletiva.
>
> 2. A LACP (art.5º) legitima não apenas órgãos públicos à defesa dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Também as associações receberam tal autorização. No entanto, contrariamente aos demais habilitados, possuem (as associações) legitimação condicionada.
>
> 3. O exercício do direito de ação por parte das associações demanda o cumprimento de condições: (i) a condição formal, que exige constituição nos termos da lei civil; a (ii) condição temporal, referente à constituição há pelo menos um ano; e (iii) a condição institucional, que exige que a associação tenha dentre os seus objetivos estatutários a defesa do interesse coletivo ou difuso.
>
> 4. **As associações que pretendem residir em juízo na tutela dos interesses ou direitos metaindividuais devem comprovar a chamada pertinência temática. Cumpre-lhes demonstrar a efetiva correspondência entre o objeto da ação e os seus fins institucionais.**
>
> **5. A agravante não observa o requisito da representatividade adequada, consubstanciado na pertinência temática, visto que seu objetivo primordial é atuar em defesa de bares e restaurantes da Cidade de São Paulo. A previsão genérica estatutária de defesa dos interesses do setor e da sociedade não a legitima para a ação coletiva**.
>
> 6. Agravo regimental não provido. ..EMEN:(AEERSP - AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - 1150424 2009.01.30925-4, OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR

CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:24/11/2015 ..DTPB:.)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DECRETAÇÃO DE NULIDADE, SEM QUE TENHA HAVIDO PREJUÍZO. DESCABIMENTO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. AÇÃO COLETIVA. RECONHECIMENTO PELO MAGISTRADO, DE OFÍCIO, DE INIDONEIDADE DE ASSOCIAÇÃO, PARA AFASTAMENTO DA PRESUNÇÃO LEGAL DE LEGITIMIDADE. POSSIBILIDADE. É PODER-DEVER DO JUIZ, NA DIREÇÃO DO PROCESSO, PREVENIR OU REPRIMIR QUALQUER ATO CONTRÁRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. ADEMAIS, O OUTRO FUNDAMENTO AUTÔNOMO PARA NÃO RECONHECIMENTO DA LEGITIMAÇÃO, POR SER O ESTATUTO DA ASSOCIAÇÃO DESMESURADAMENTE GENÉRICO, POSSUINDO REFERÊNCIA GENÉRICA A MEIO AMBIENTE, CONSUMIDOR, PATRIMÔNIO HISTÓRICO, TAMBÉM PATENTEIA A AUSÊNCIA DE LEGITIMAÇÃO DA AUTORA PARA DEFESA DE INTERESSES COLETIVOS DE CONSUMIDORES. 1. As ações coletivas, em sintonia com o disposto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ao propiciar a facilitação da tutela dos direitos individuais homogêneos dos consumidores, viabilizam otimização da prestação jurisdicional, abrangendo toda uma coletividade atingida em seus direitos. 2. Dessarte, como sabido, a Carta Magna (art. 5°, XXI) trouxe apreciável normativo de prestígio e estímulo às ações coletivas ao estabelecer que as entidades associativas detêm legitimidade para representar judicial e extrajudicialmente seus filiados, sendo que, no tocante à legitimação, "[...] um limite de atuação fica desde logo patenteado: o objeto material da demanda deve ficar circunscrito aos direitos e interesses desses filiados. Um outro limite é imposto pelo interesse de agir da instituição legitimada: sua atuação deve guardar relação com seus fins institucionais" (ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: RT, 2014, p. 162). 3. É digno de realce que, muito embora o anteprojeto da Lei n. 7.347/1985, com inspiração no direito norte-americano, previa a verificação da representatividade adequada das associações (adequacy of representation), propondo que sua legitimação seria verificada no caso concreto pelo juiz, todavia, essa proposta não prevaleceu, pois o legislador optou por indicar apenas quesitos objetivos (estar constituída há pelo menos 1 (um) ano e incluir, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico). Com efeito, o legislador instituiu referidas ações visando tutelar interesses metaindividuais, partindo da premissa de que são, presumivelmente, propostas em prol de interesses sociais relevantes ou, ao menos, de interesse coletivo, por legitimado ativo que se apresenta, ope legis, como representante idôneo do interesse tutelado (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores - Lei 7.347/1985 e legislação complementar. 12 ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2011, p. 430). 4. Por um lado, é bem de ver que, muito embora a presunção iuris et de iure seja inatacável - nenhuma prova em contrário é admitida -, no caso das presunções legais relativas ordinárias se admite prova em contrário. Por outro lado, o art. 125, III, do CPC [correspondente ao art. 139, III, do novo CPC] estabelece que é poder-dever do juiz, na direção do processo, prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça. Com efeito, contanto que não seja exercido de modo a ferir a necessária imparcialidade inerente à magistratura, e sem que decorra de análise eminentemente subjetiva do juiz, ou mesmo de óbice meramente procedimental, é plenamente possível que, excepcionalmente, de modo devidamente fundamentado, o magistrado exerça, mesmo que de ofício, o controle de idoneidade (adequação da representatividade) para aferir/afastar a legitimação ad causam de associação.

5. No caso, a Corte de origem inicialmente alinhavou que "não se quer é a montagem de associações de gaveta, que não floresçam da sociedade civil, apenas para poder litigar em todos os campos com o benefício do artigo 18 da Lei de Ação Civil Pública"; "associações, várias vezes, surgem como máscaras para a criação de fontes arrecadadoras, que, sem perigo da sucumbência, buscam indenizações com somatório milionário, mas sem autorização do interessado, que depois é cobrado de honorários". Dessarte, o Tribunal de origem não reconheceu a legitimidade ad causam da recorrente, apurando que "há dado revelador: supostamente, essa associação autora é composta por muitas pessoas famosas (fls. 21), mas todas com domicílio em um único local. Apenas isso já mostra indícios de algo que deve ser apurado. Ou tudo é falso, ou se conseguiu autorização verbal dos interessados, que entretanto nem sabem para que lado os interesses de tais entidades voam".

> 6. **Ademais, o outro fundamento autônomo adotado pela Corte de origem para não reconhecer a legitimação ad causam da demandante, anotando que o estatuto da associação, ora recorrente, é desmesuradamente genérico, possuindo "referência genérica a tudo: meio ambiente, consumidor, patrimônio histórico, e é uma repetição do teor do art. 5º, inciso II, da Lei 7.347/85" tem respaldo em precedente do STJ, assentando que as associações civis necessitam ter finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse transindividual que pretendam tutelar em juízo. Embora essa finalidade possa ser razoavelmente genérica, "não pode ser, entretanto, desarrazoada, sob pena de admitirmos a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado"**. (AgRg no REsp 901.936/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 16/03/2009) 7. Recurso especial não provido. ..EMEN:
>
> (RESP - RECURSO ESPECIAL - 1213614 2010.01.69344-0, LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:26/10/2015 RMDCPC VOL.:00069 PG:00095 ..DTPB:.)

10. Dessa forma, requer-se que o Juízo reconheça a ilegitimidade ativa da parte autora.

2. DA AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DO RE 574706. INEXISTÊNCIA DE PRETENSÃO RESISTIDA PELA ANATEL. ACP PREMATURA E FALTA DE INTERESSE DE AGIR.

11. Como dito alhures, a autora embasa a totalidade de seu pedido na conclusão exposta no RE 574706, julgado pelo Pleno do STF em 15/03/2017. O debate ali travado reside em saber se o ICMS destacado nas notas fiscais de vendas de mercadorias ou serviços integra o conceito de faturamento, para fins de cobrança do PIS e da COFINS. De acordo com o RE 574706, é inconstitucional a inclusão de valores pagos a título de ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS. Confira-se a ementa do referido julgado:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.
>
> 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.
>
> 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.
>
> 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.
>
> 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.
>
> 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

12. Não há aqui qualquer pretensão de discutir o acerto ou desacerto da decisão acima colacionada. Ao contrário, busca-se tão somente informar a inexistência de trânsito em julgado do RE 574706. Isso porque a União apresentou recurso de embargos de declaração, contendo, dentre outros pedidos, o seguinte:

> a) a modulação dos efeitos da decisão, sob o argumento de relevante impacto financeiro e orçamentário, bem como de dificuldades operacionais para a aplicação retroativa do entendimento;
>
> b) que a decisão somente produza efeitos após o julgamento dos Embargos de Declaração, que não seja autorizada a compensação/restituição de valores pagos anteriormente à data do julgado, e

> c) caso o Supremo Tribunal Federal entenda que deve haver compensação e restituição, que se autorize a União a instituir regras gerais para essa finalidade.

13. O referido recurso de embargos de declaração ainda está pendente de julgamento, mas já conta com parecer favorável do Ministério Público, cuja conclusão é a seguinte:

> Fica claro que a decisão tomada pela Suprema Corte, formada em sede de repercussão geral e, portanto, com eficácia vinculante e efeitos ultra partes, produz importante modificação no sistema tributário brasileiro, alcança um grande número de transações fiscais e pode acarretar o pagamento de restituições que implicarão vultosos dispêndios pelo Poder Público.
>
> Todos esses riscos, somados à atual e notória crise econômica por que passa o país e à necessidade de dar-se primazia ao equilíbrio orçamentário financeiro do Estado, impõem a cautela de proceder-se à modulação dos efeitos da decisão embargada, de modo que o cumprimento do aresto não detenha efeitos retroativos, mas eficácia póstera.
>
> **Assim, opino pelo parcial provimento dos embargos, tão somente para que se faça a modulação dos efeitos do acórdão, de modo que o decidido neste recurso paradigmático tenha eficácia pro futuro, a partir do julgamento destes declaratórios.** - destaques nossos.

14. Como se vê, a conclusão do RE 574706, o qual se funda toda a fundamentação jurídica da presente Ação Civil Pública, ainda não terminou, logo não se pode dizer que as empresas serão beneficiadas com efeitos retroativos da decisão, restando temerário proceder com a restituição de créditos quando ainda não se sabe qual decisão será tomada pelo STF. Por óbvio, se o julgamento não terminou, infere-se que a presente ação é extremamente prematura, não sendo possível enxergar uma omissão ou uma pretensão resistida por parte da Anatel, sobretudo quando se verifica uma clara possibilidade de, quando do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, haver a modulação dos efeitos com o fito de conferir eficácia à decisão prolatada no bojo do RE 574706 apenas a partir do trânsito em julgado ou até mesmo a alteração de valores, sem olvidar a possibilidade de ajuizamento de ações rescisórias por parte da União em relação a eventuais ações individuais já transitadas em julgado, a depender da decisão final do STF.

15. Ademais, **vale registrar que, como será melhor explicado adiante, no presente momento inexiste qualquer decisão da Anatel quanto à questão debatida nos autos, de modo que se mostra prematura a presente ação judicial também por esse motivo.** Em nenhum momento houve qualquer provocação administrativa à Anatel por parte da autora. O assunto somente começou a ser analisado recentemente no âmbito administrativo e em relação aos serviços de telecomunicações prestados no regime público (contratos de concessão), não havendo assim qualquer decisão administrativa a ser impugnada. A autora, então, pretende levar ao Poder Judiciário uma questão que sequer foi levada à análise prévia da agência reguladora, invertendo completamente a ordem das coisas. A presente ação, portanto, carece de interesse de agir, já que inexiste qualquer ato da Anatel a ser combatido e considerando, ainda, que o RE 574706, em que se funda toda a fundamentação jurídica da presente Ação Civil Pública, ainda não goza de definitividade, pendendo de julgamento no STF os embargos de declaração opostos pela União que podem mudar completamente o cenário, seja por modulação temporal de efeitos, por alteração de valores ou por possíveis desconstituições de eventuais ações individuais.

16. **Como decorrência lógica dessa prematuridade, registra-se que a Anatel obviamente <u>não</u> possui o tal "*o relatório analítico por operadora com o valor total dos créditos a restituir aos consumidores*", referido no item "1" do pedido autoral a ser apreciado em sede de medida liminar.**

3. DA IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO CONDENAR A AGÊNCIA REGULADORA A EXERCER SEU PODER NORMATIVO.

17. A autora requer a condenação judicial da Anatel a regular o modo como as prestadoras de telecomunicações irão restituir os consumidores pela exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS. Confira-se (fl. 28 da petição inicial):

> 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.

18. Entretanto, há de se reconhecer que **o ordenamento jurídico pátrio não admite que o Poder Judiciário condene um órgão regulador a editar um regulamento.**

19. Com efeito, a ANATEL é a Agência Reguladora do setor de telecomunicações, caracterizada como uma autarquia federal em regime especial, integrante do Poder Executivo Federal. Dentre suas inúmeras atribuições, destaca-

se a **regulação do setor de telecomunicações que decorre diretamente do comando constitucional (art. 21, XI, CF**) e pode ser entendida como uma das principais características das Agências Reguladoras.

20. O art. 8º da Lei nº 9.472/97 criou a Agência Nacional de Telecomunicações, e a mesma lei estabeleceu no artigo 19 suas atribuições. De acordo com o art. 8º, § 1º, do mesmo diploma, o órgão máximo da ANATEL é o Conselho Diretor, colegiado composto por cinco conselheiros indicados pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal (art. 20 c/c art. 23, da LGT), cujas competências estão insertas no art. 22 desta Lei.

21. Dentre as competências da ANATEL, está a edição de atos normativos pertinentes à sua área de atuação, isto é, ao setor de telecomunicações, e qualquer ofensa a essa atribuição legal provocada por Poder diverso ao delegante consiste em afronta ao **princípio da separação dos poderes**, preceito fundante da República Federativa do Brasil (**artigo 2º, CF/88**).

22. Note-se que não estamos diante de um pedido de ilegalidade ou inconstitucionalidade de um ato administrativo ou normativo editado pela Agência Reguladora, o que inquestionavelmente pode ser feito pelo Poder Judiciário**. O que se pretende na presente ação civil pública é a condenação da ANATEL a editar um regulamento específico que permita a operacionalização de uma decisão judicial do STF de forma abrangente, alcançando todos os consumidores.** Não se trata, portanto, de suprir um dever legal específico da Anatel ou uma política pública específica, mas de determinar a criação de uma regra que o próprio Judiciário venha a eventualmente entender como adequada para atingir o fiel cumprimento de uma outra decisão judicial.

23. É importante registrarmos, ainda, que o eventual acolhimento do pedido formulado na presente ação civil pública não seria apenas inconstitucional por ferir o princípio da separação dos poderes, mas também por ofender o princípio da livre conformação legislativa/regulatória.

24. Como sabido, cabe ao Poder Judiciário fazer o controle dos atos administrativos quanto ao aspecto da legalidade e, com *grano salis*, até em relação ao conteúdo, desde que violado o devido processo material. No caso em tela, todavia, pleiteia-se uma invasão das competências da Agência Reguladora, na medida em que o Poder Judiciário, de forma apriorística, determinaria à Anatel criar um regulamento sobre o tema.

25. E nem se diga que o fato de se tratar de matéria consumerista justificaria a intromissão do Poder Judiciário no desenho da política pública, pois se isso fosse verdade, seria o mesmo que o Poder Judiciário, a partir de um dever geral de proteção ao meio ambiente, determinar a criação de regras de reflorestamento, de definição de percentuais de área preservada. etc, o que configura nítida intromissão do Poder Judiciário no âmbito das competências do Poder Executivo.

26. Nessa perspectiva, cumpre trazer precedentes judiciais no sentido de que os aspectos técnicos da regulação sejam objeto de análise e de decisão da Agência Reguladora a quem compete disciplinar o setor, não devendo o Judiciário regular uma atividade para a qual foi criado um órgão regulador específico no âmbito do Poder Executivo.

27. Como primeiro exemplo, colaciona-se abaixo a ementa do recente acórdão proferido pelo TRF5 em sede de ação rescisória que julgou procedente o pedido da Anatel para desconstituir uma decisão judicial transitada em julgado que, a pedido do MPF, havia determinado que a Anatel regulamentasse o acesso pelos titulares de linhas telefônicas destinatários de ligações a dados cadastrais de titulares de linhas telefônicas que originaram as respectivas chamadas, como também criasse um regulamento obrigando as operadoras de telefonia a fornecer nome completo e CPF (ou CNPJ) do originador da chamada. Tudo isso independentemente de ordem judicial. Confira-se:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. ACÓRDÃO QUE OBRIGOU A ANATEL A REGULAMENTAR O ACESSO A DADOS DOS USUÁRIOS NA FORMA QUE ESPECIFICOU.VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DE PODERES E À LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES. PROCEDÊNCIA. **Em regra, não se admite ao Poder Judiciário que determine à ANATEL a regulação de determinada matéria em moldes previamente estabelecidos. É possível que haja a intervenção, mas diante de uma situação de notória insuficiência regulatória.** O art. 72, caput, da Lei Geral das Telecomunicações estabelece que somente "na execução da sua atividade, a prestadora poderá valer-se de informações relativas à utilização individual do serviço pelo usuário" e, em seguida, ressalva no § 1o que para a divulgação das informações individuais será necessária "anuência expressa e específica". Hipótese na qual o acórdão rescindendo, ao negar provimento à apelação, determinou à ANATEL que regulamentasse, no prazo de até 120 (cento e vinte) dias, o acesso, independentemente de ordem judicial, pelos titulares de linhas telefônicas destinatários de ligações, a dados cadastrais de titulares de linhas telefônicas que originaram as respectivas chamadas, como também que no mesmo regulamento obrigasse as operadoras de telefonia a fornecer nome completo e CPF (ou CNPJ) do originador da chamada. **Reconhecimento de violação ao disposto no art. 21, XI e art. 3º, da Constituição Federal, como também ao art. 72, § 1º, da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Procedência do pedido para julgar improcedente o pedido formulado na Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal.** (TRF5. PROCESSO:

> 08143987320194050000, AÇÃO RESCISÓRIA, DESEMBARGADOR FEDERAL MANUEL MAIA DE VASCONCELOS NETO (CONVOCADO), PLENO, JULGAMENTO: 21/10/2020)

28. O acórdão é claro ao restringir a atuação do Poder Judiciário apenas quando haja "situação de notória insuficiência regulatória", tais como a legislação expressamente prescrever o dever da Agência regular uma determinada matéria. Como dito alhures, o caso aqui é totalmente diferente. A pretensão autoral nasce da decisão judicial não transitada em julgado proferida pelo STF que versa sobre matéria tributária, sem adentrar especificamente no setor de telecomunicações.

29. No setor de seguros de saúde, o PROCON requeria do Poder Judiciário uma decisão que obrigasse a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS - a regular a oferta de planos privados de saúde. O pleito foi negado sob o fundamento de que "***não cabe ao Judiciário invadir a esfera discricionária da Agência Reguladora responsável".*** Na oportunidade, também se destacou que não restou demonstrada a omissão da agência reguladora e que a "***interferência do Poder Judiciário em matéria técnica dominada por órgão especializado da Administração Pública implicaria em inevitável violação da Separação dos Poderes, cláusula pétrea de nossa Constituição***". Veja-se a ementa do julgado:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANOS DE SAÚDE INDIVIDUAL E FAMILIAR. AUSÊNCIA DE OMISSÃO DA ANS. IMPOSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO. CONDENAÇÃO DO AUTOR AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS. DESCABIMENTO. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDAS.
>
> **1. O pedido formulado pelo PROCON é para que seja determinado que a ANS regule a oferta dos planos privados de saúde individuais e familiares, a fim de estancar a redução de oferta de tais planos, sob o fundamento de evitar prejuízos para os consumidores.**
>
> 2. A ANS, como Agente Reguladora realiza opções discricionárias, escolhendo dentre várias técnicas possíveis, aquela que se repute mais eficaz para a implementação de uma política pública. Logo, é um juízo técnico e não político. Da autonomia da Agência Reguladora em face do Judiciário, destaca-se que este fica adstrito aos limites de avaliação das matérias aptas ao uso da discricionariedade técnica. Em razão desta liberdade conferida às Agências Reguladores, incumbe-lhes prolatar escolhas fundadas na natureza técnica-científicas do setor, mostrando indevida a intromissão do Judiciário na seara discricionária.
>
> 3. É incontroverso que há o direito do consumidor de contratar plano de saúde em regime individual ou familiar, e que tal direito deve ser garantido pela ANS, conforme as competências que lhe foram atribuídas.
>
> 4. Pela documentação carreada aos autos, e pelas próprias afirmações do Autor, percebe-se que está havendo a comercialização dos planos de saúde individual e familiar, tendo, inclusive, ocorrido o aumento na quantidade de beneficiários de tais planos de saúde no sistema individual e familiar no decorrer dos anos.
>
> 5. A ANS informou que "a Diretoria Colegiada desta Agência, em sua 377ª Reunião Ordinária, ocorrida em 29 de maio de 2013, deliberou pela criação de um Grupo de Trabalho intersetorial para diagnóstico e estudo de mecanismos de incentivo para comercialização de planos individuais pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde", ou seja, está adotando medidas, dentro de sua competência e discricionariedade, para regular a comercialização dos planos de saúde individuais e familiares.
>
> **6. In casu, não cabe ao Judiciário invadir a esfera discricionária da Agência Reguladora responsável, uma vez que, como mencionado, o direito dos consumidores (de ter a opção de contratar plano de saúde individual ou familiar) permanece garantido. Também, não restou demonstrada a suposta omissão da ANS. A interferência do Poder Judiciário em matéria técnica dominada por órgão especializado da Administração Pública implicaria em inevitável violação da Separação dos Poderes, cláusula pétrea de nossa Constituição.**
>
> 7. Incabível a condenação de honorários na presente Ação Civil Pública, uma vez que vencida a parte Autora, a qual, segundo consta nos autos, não agiu de má-fé. Aplicação da regra disposta nos artigos 17 e 18 da Lei 7.347/85. 8 . Apelação e Remessa Necessária parcialmente providas.
>
> (Tribunal Regional Federal da 2a Região, 8ª Turma Especializada, Rel. Desembargador Federal Guilherme Diefenthaeler, AC 01366840620134025101, Data da Decisão 24/08/2016, Data da Publicação 30/08/2016) (grifos nossos)

30. Os Tribunais Regionais Federais têm afastado a indevida intromissão de órgãos do Poder Judiciário também nos casos em que uma decisão judicial visa extirpar normas regulatórias. Ora, trata-se de decisões administrativas proferidas por órgãos públicos dotados da maior expertise em sua área de atuação. Nesse sentido, citam-se as decisões proferidas no caso de transporte de bagagens despachadas em aeronaves (Resolução ANAC nº 400/2016) e

de definição de áreas geográficas para efeito de cobrança de tarifa local no setor de telecomunicações, respectivamente, valendo destacar que o caso do transporte de bagagens despachadas foi julgado pelo próprio Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESOLUÇÃO Nº. 400/2016 DA ANAC. CC Nº. 151.550/CE. COMPETÊNCIA DA 10ª VARA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO CEARÁ. MEDIDAS DE URGÊNCIA. RESTABELECIMENTO DA VIGÊNCIA DOS ARTS. 13 E 14, PARÁGRAFO 2º DA RESOLUÇÃO. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DOS ATOS NORMATIVOS. REALIZAÇÃO PRÉVIA DE ESTUDOS TÉCNICOS E AUDIÊNCIA PÚBLICA À EDIÇÃO DA NORMA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA ATÉ DECISÃO FINAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. IMPROVIMENTO.
>
> 1. Agravo de instrumento contra decisão interlocutória de 1º grau que deferiu o PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA DA ANAC para, apreciando o pedido de reconsideração da decisão liminar proferida no processo nº 0002138-55.2017.4.03.6100, veiculado como requerimento de tutela de urgência incidental ao processo de nº 0816363-41.2016.4.05.8100, determinar o levantamento da suspensão da vigência dos artigos 13 e 14, parágrafo 2º, da Resolução nº 400/2016 da ANAC, ordenada em liminar concedida no processo nº 0002138-55.2017.4.03.6100, restabelecendo a vigência integral do referido ato normativo até o julgamento final do Conflito de Competência nº 151.550/CE pelo Superior Tribunal de Justiça.
>
> 2. (...)
>
> 7. Dispõem os artigos da resolução da ANAC que se pretendem suspender pelo recurso: "Art. 13. O transporte de bagagem despachada configurará contrato acessório oferecido pelo transportador; parágrafo 1º A bagagem despachada poderá sofrer restrições, nos termos desta Resolução e de outras normas atinentes à segurança da aviação civil; parágrafo 2º As regras referentes ao transporte de bagagem despachada, ainda que realizado por mais de um transportador, deverão ser uniformes para cada trecho contratado; Art. 14. O transportador deverá permitir uma franquia mínima de 10 (dez) quilos de bagagem de mão por passageiro de acordo com as dimensões e a quantidade de peças definidas no contrato de transporte; parágrafo 2º O transportador poderá restringir o peso e o conteúdo da bagagem de mão por motivo de segurança ou de capacidade da aeronave".
>
> 8. Entende-se que a decisão vergastada foi prudente e deve ser prestigiada, visto que restabeleceu dispositivos normativos da ANAC até a decisão final do STJ no CC nº. 151.550/CE. **Ressalte-se que a resolução da ANAC foi baseada em estudos técnicos e foi precedida de audiência pública da qual participaram os órgãos de proteção ao consumidor. Os dispositivos normativos da Resolução nº. 400/2016 limitam a bagagem de mão a 10 quilos, contra os anteriores 23 quilos. A inovação normativa, pelos elementos de prova juntados aos autos, decorre de estudos técnicos e da política de outros países para o transporte de bagagens por passageiros: até 10 Kg, o passageiro pode levar a bagagem à mão, utilizando-se dos compartimentos da cabine de voo; acima desse peso, deve despachar a bagagem e pagar pelo transporte dela A permissiva anterior acabava repassando o preço da bagagem para os demais consumidores, que acabavam dividindo entre si os custos pela bagagem de mão excessiva permitida pela legislação nacional, discrepante com o resto do mundo, segundo os estudos. Diga-se ainda que o poder regulamentar da ANAC lhe garante a disciplina de normas relativas à aviação, como na hipótese dos autos.**
>
> 9. De fato, o art. 42 da referida resolução prevê que a Superintendência de Acompanhamento de Serviços Aéreos - SAS deverá submeter à Diretoria, após 5 (cinco) anos de vigência da Resolução, relatório sobre sua aplicação, eficácia e resultados, com a indicação de possíveis pontos para revisão. Tal dispositivo denota que o poder de polícia de regulamentar a política tarifária da aviação no Brasil, dentro do espectro do princípio da liberdade tarifária, disposta no art. 49, parágrafo 1º da Lei nº. 11.182/05, é da ANAC. Nesse sentido, seus atos normativos gozam de presunção de veracidade e legitimidade.
>
> **10. Assim, considerando-se a existência de estudo técnico, de audiência pública e do poder de polícia inerente às agências reguladoras, deve ser restabelecida a norma regulamentar por ela editada até uma decisão final nos autos do conflito de competência, em razão da presunção de legalidade dos atos normativos.**
>
> 11. Registre-se, por fim, que o CC nº. 151.550/CE teve como última decisão a que atribuiu ao Juízo recorrido a competência para apreciar as medidas urgentes relacionadas aos feitos acima elencados. Consta na movimentação do processo, que o último ato praticado foi em 28 de fevereiro de 2018, adiando o julgamento do feito.

12. Agravo de instrumento improvido.

(Tribunal Regional Federal da Quinta Região, 2ª Turma, Rel. Desembargador Federal Leonardo Carvalho, Agravo de Instrumento nº 08041813920174050000, Data do julgamento 10/04/2018) (grifos nossos)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇOS DE TELEFONIA. COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA. ÁREAS LOCAIS DISTINTAS DO MESMO MUNICÍPIO. RESOLUÇÃO Nº 373/2004 DA ANATEL. RECURSO DESPROVIDO.

1. Trata-se de Apelação interposta contra sentença proferida, em sede de Ação Civil Pública, a qual julgou improcedente o pedido de suspensão pela empresa concessionária do serviço de telefonia - TELEMAR Norte Leste S/A, EMBRATEL, INTELIG TELECOMUNICAÇÕES LTDA e ANATEL - da cobrança de tarifas interurbana nas ligações de telefonia fixa realizadas no âmbito dos Municípios de Magé, Mauá, Santo Aleixo e Suruí.

2. **A atuação do Poder Judiciário interferindo na determinação das áreas que ensejam cobrança de tarifa local mostra-se indevida não só por configurar intromissão na seara de discricionária regulamentação da Agência, mas também por não deter o Magistrado das informações técnicas necessárias a aferir os critérios para melhor prestação do serviço de telefonia.**

3. Nos termos do art. 103 da Lei 9.472/97, à ANATEL compete a fixação da política tarifária de telefonia, porquanto é a Agência Reguladora entidade dotada de aptidão técnica para verificar, a partir do conhecimento da Engenharia das Redes de Telecomunicações, as regiões em que se faz viável a cobrança de tarifa local, bem como os locais em que a complexa rede de recursos técnicos recomenda a cobrança de tarifa não local.

4. Tratando-se acerca da legalidade dos critérios de definição de "área local" para a cobrança de tarifa de serviço telefônico local, diferenciados do critério de divisão político-geográfico do município, a ANATEL, utilizando-se das competências que lhe foram atribuídas por lei, definiu-a na Resolução nº 85, de 30/12/98, em razão do interesse econômico, da continuidade urbana, da engenharia de redes e das localidades envolvidas. Nesta perspectiva, não há ilegalidade na não correspondência entre área local e a área político-geográfica do Município, uma vez que distintos os critérios de definição. Precedentes.

5. Posteriormente, com base no Princípio da Discricionariedade Técnica, a ANATEL, por meio da Resolução 373/2004, alterou as diretrizes e critérios aplicáveis à configuração de área local para o Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC, passando esta ser definida como a área geográfica de um município, ou de um conjunto de municípios, critério defendido pelo Apelante. 6. Apelação desprovida.

(Tribunal Regional Federal da 2a Região, 8ª Turma Especializada, Rel. Desembargador Federal Guilherme Diefenthaeler, AC 00002935420034025114, Data da Decisão 09/04/2013, Data da Publicação 19/04/2013) (grifos nossos)

31. Como visto, a ANATEL é o órgão regulador previsto no inc. XI do art. 21 da CF e criado pela LGT. Entre suas atribuições institucionais está a edição de atos normativos (art. 19, inc. IV, dentre outros, da Lei 9472/97). **Assim sendo, é possível à função judiciária do poder declarar a ilegalidade de suas normas, mas não pode impor a edição delas e determinar, positiva ou negativamente, qual deverá ser o seu conteúdo no futuro.**

32. **Não é só uma questão de mérito. Caso se acolha o pedido autoral, todo o procedimento legalmente definido para a elaboração de um regulamento estará maculado.**

33. Como se sabe, a construção de uma regra regulatória é tarefa complexa atribuída legalmente à agência reguladora. É preciso analisar todas as opções e caminhos a serem trilhados para perseguir o *standard* normativo geral contido na lei. Nesses casos, não há espaço para o Poder Judiciário, ele próprio, escolher qual caminho trilhar, criando e definindo qual regra deverá ser implementada para atingir um determinado valor jurídico.

34. Com efeito, o procedimento para a edição dos atos normativos no âmbito da ANATEL é composto por várias fases e etapas, tais como: (i) proposta de minuta de Regulamento a ser feita pela área técnica da ANATEL após intensos estudos, inclusive Análise de Impacto Regulatório (AIR); (ii) manifestação da Procuradoria Federal Especializada junto à ANATEL; (iii) deliberação pelo Conselho Diretor sobre a proposta; (iv) realização de consulta pública e, dependendo do caso, de audiências públicas; (v) análise pelas áreas técnicas da Agência sobre as contribuições feitas pela sociedade; (vi) nova manifestação da Procuradoria Federal Especializada junto à ANATEL; (vii) deliberação e votação da proposta pelo Conselho Diretor da ANATEL, que legalmente pode solicitar mais informações e esclarecimentos da área técnica, acolher ou negar a proposta; e, finalmente, (viii) a publicação do Regulamento no Diário Oficial da União, que deverá ser observado por todas as empresas atuantes no setor, em todo o território nacional.

35. Ademais, desde 2013, com o novo Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução nº 612, os novos atos de caráter normativo, salvo em situações expressamente justificadas, deverão ser precedidos de **Análise de Impacto Regulatório** (art. 62, parágrafo único), exigência consolidada no plano legal para todas as agências reguladoras pelo art. 6º da Lei nº 13.848/2019. A Análise de Impacto Regulatório - AIR mundialmente utilizada é uma metodologia orientada a resolver os problemas mais comuns da regulação, dentre os quais podemos citar o excesso de regras, a falta de clareza, a complexidade da linguagem e falta de atualização das normas, a busca por ferramentas mais eficazes para a melhoria da qualidade regulatória, além de avaliar os efeitos diretos e indiretos de todos os cenários (conteúdo das possíveis regras e até mesmo da não regulamentação de determinadas situações, o que também pode ser uma opção regulatória).

36. Com a eventual e, *data vênia,* indevida intromissão do Poder Judiciário determinando a edição de Regulamento pela ANATEL, **todo o regular trâmite do processo administrativo que visa a expedição do ato normativo estará comprometido**, o que poderá, inclusive, ensejar a ilegalidade formal do eventual Regulamento.

37. Por exemplo, havendo condenação judicial que obrigue a ANATEL a editar um regulamento contendo determinada regra, como se requer no caso dos autos, não poderá o Conselheiro da Agência votar em sentido contrário, sob pena de descumprimento da decisão judicial, o que significa dizer que o conselheiro não terá resguardado seu direito legal de votar com independência, como determina o art. 20, parágrafo único da Lei nº 9.472/97:

> Parágrafo único. Cada conselheiro votará com independência, fundamentando seu voto

38. Aliás, podemos dizer que o conselheiro da ANATEL sequer poderá pedir vistas nos autos para melhor analisar o caso antes de proferir seu voto ou solicitar esclarecimentos da área técnica, sob pena de desobediência a eventual prazo fixado para a edição do regulamento.

39. Por outro lado, a **consulta pública**, fase obrigatória para a edição dos atos normativos nos termos do art. 9º da Lei das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019), a qual pressupõe a participação e contribuição de toda a sociedade (usuários, empresas, órgãos de defesa do consumidor, ministério público, etc...), **não terá simplesmente nenhuma função ou eficácia,** pois não poderá ensejar qualquer decisão em sentido contrário à eventual decisão, igualmente sob pena de descumprimento de decisão judicial. Nenhuma contribuição em sentido diverso das regras pré-estabelecidas pelo autor ministerial poderá ser levada em conta pela ANATEL para a edição do ato normativo.

> Art. 9º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.
>
> § 1º A consulta pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, por meio do envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora.
>
> (...)

40. Também as análises e estudos a serem realizados pela área técnica da ANATEL durante o transcurso do procedimento que visa a edição de ato normativo, como o importante instrumento da análise de impacto regulatório, serão completamente esvaziados, pois não poderão chegar a nenhuma conclusão diversa da que chegou a parte autora .

41. De igual maneira, também a manifestação da Procuradoria Federal Especializada junto à ANATEL, unidade integrante da Procuradoria-Geral Federal, estará completamente comprometida. Afinal, não terá independência para analisar a legalidade e constitucionalidade da proposta, tudo sob pena de descumprimento de eventual decisão judicial.

42. **Como demonstrado, o pedido autoral pretende obter uma decisão judicial que violaria materialmente competências constitucionais, bem como acabaria por ignorar todo o procedimento legalmente definido para a edição de regulamentos da Agência Reguladora.**

43. Desse modo, forte nos dispositivos constitucionais e legais ora invocados: art. 2º e art. 21, XI, da Constituição Federal; e art. 19, IV, X, art. 20; parágrafo único; art. 22; art. 40 e art. 42 da Lei nº 9.472/97, impõe-se que seja julgado improcedente o presente feito, ante a vedação constitucional e legal de o Judiciário impor à ANATEL o dever de criar um regulamento específico.

4. PIS E COFINS COMO TRIBUTOS DIRETOS. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA ENTRE CONSUMIDORES DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES E O FISCO.

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE RECONHECIMENTO DE UM DEVER TRIBUTÁRIO DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS A MAIOR AOS CONSUMIDORES EM GERAL.

44. A autora narra a existência de duas decisões judiciais proferidas pelo STF: i) no **Recurso Extraordinário n. 574706** - Com Repercussão Geral o STF declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS; ii) no **Recurso Extraordinário n. 1053574** o STF decidiu que o valor do PIS e da COFINS poderia ser repassado ao consumidor final.

45. A partir desses dois julgados a autora concluiu que se o valor do PIS e da COFINS poderia ser repassado ao consumidor final, mas parte desse valor era pago a maior em razão da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, com a exclusão dessa parcela, os consumidores teriam feito pagamentos de valores às prestadoras a maior do que o efetivamente devido. Logo, para evitar o enriquecimento sem causa das prestadoras, os consumidores deveriam ser ressarcidos pelas prestadoras.

46. Apesar da simplicidade do raciocínio jurídico esposado pela autora, ela padece de sérios equívocos. É o que se passa a explicar.

47. O Direito Tributário classifica os tributos quanto à possibilidade de **translação do seu encargo econômico-financeiro** para uma pessoa diferente daquela definida em lei como sujeito passivo. Assim, de acordo com essa classificação de tributos, separam-se aqueles tributos que já foram tecnicamente concebidos como aptos à transferência do encargo (tributos indiretos), daqueles tributos que não permitem tal translação (tributos diretos). Como exemplos de tributos diretos, pode-se citar o IR e o IPTU, enquanto o ICMS e o IPI são exemplos de tributos indiretos.

48. **Essa classificação é de natureza eminentemente jurídica, pois ela não trata de uma simples transferência da carga econômica de um tributo para uma outra pessoa diversa do sujeito passivo**; a rigor, todo tributo é repassado para o consumidor final da cadeia econômica. Ora, o preço do bem produzido ou do serviço prestado deve embutir todos os custos de produção inclusive os tributos incidentes sobre os bens/serviços e o empresário. Dito de outra forma, essa classificação leva em conta unicamente critérios jurídicos, e não econômicos.

49. Essa classificação tem utilidade quando se trata de pedido de restituição do indébito tributário. Para os tributos diretos, nada há de exigir do sujeito passivo, basta que ele comprove o pagamento indevido de um tributo ("*Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo [....]*"), enquanto para os tributos indiretos o ressarcimento ao sujeito passivo está condicionado às exigências do art. 166 do CTN, *in verbis*:

> Art. 166, CTN - A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

50. Nesse sentido, confira-se as seguintes lições doutrinárias sobre tributos diretos, indiretos e sua aplicação ao art. 166 do CTN:

> Quando o Código Tributário Nacional se refere a tributos que, pela sua própria natureza, comportam a transferência do respectivo encargo financeiro, está se referindo **a tributos que, pela sua constituição jurídica, são feitos para obrigatoriamente repercutir, casos do IPI e do ICMS**, entre nós, idealizados para serem transferidos ao consumidor final. **A natureza a que se refere o artigo é jurídica. A transferência é juridicamente possibilitada.** A abrangência do art. 166, portanto, é limitada, e não ampla. Sendo assim, é possível, pela análise dos documentos fiscais e pela escrita contábil das empresas, verificar a transferência formal do encargo financeiro do tributo. O Código Tributário Nacional está rigorosamente correto. Não seria ético, nem justo, devolver o tributo indevido a quem não o suportou. Seria enriquecimento sem causa. Por isso mesmo, exige a prova de não-repercussão, ou então a autorização do contribuinte de fato, o que suportou o encargo, para operar a devolução ao contribuinte de jure, o sujeito passivo da relação jurídico-tributária. (...) **Mas nos tributos que não são juridicamente construídos para repercutir, por isso que inexistem mecanismos comprovadores da inclusão do tributo nos documentos legais, é impossível comprovar o repasse (prova diabólica). Aqui, a repercussão é econômica, plausível, possível, mas juridicamente incomprovável. (...) O erro está em afirmar que uns tributos comportam, e outros não, a possibilidade de transferência. Todos comportam!** (...) **O certo é distinguir repercussão econômica e repercussão jurídica**. **Tributos que repercutem economicamente mas não são, pela sua natureza, construídos juridicamente para repercutir, estão livres da exigência do art. 166 do CTN.** (COÊLHO, Sacha Calmon Navarro.Prescrição e Decadência no Direito Tributário Brasileiro, em RDT nº 71) (grifos nossos)
>
> A nosso ver, tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro são somente aqueles tributos em relação aos quais a própria lei estabeleça dita

> transferência. Somente em casos assim aplica-se **a regra do art. 166 do CTN, pois a natureza a que se reporta tal dispositivo legal só pode ser a natureza jurídica, que é determinada pela lei correspondente, e não por meras circunstâncias econômicas** que podem estar, ou não, presentes, sem que se disponha de um critério seguro para saber quando se deu, e quando não se deu, tal transferência. (MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 33ª ed. Malheiros, 2012, p. 211) (grifos nossos)

51. Dito isso, é necessário esclarecer que a relação jurídica tributária do PIS e da COFINS se restringe às prestadoras de serviços de telecomunicações e ao fisco federal. Os sujeitos passivos do PIS e da COFINS são unicamente as prestadoras de serviços de telecomunicações, pois são elas quem auferem faturamento, cabendo a elas, portanto, efetuar o pagamento dos referidos tributos. **O PIS e a COFINS são tributos diretos, reunindo em um mesmo sujeito as figuras do contribuinte de fato e o de direito.** Na doutrina, Luís Eduardo Schoueri, após detalhar a razão da aplicação do art. 166 ao ICMS e ao IPI, repele a mesma aplicação para o PIS e a COFINS, pois é impossível classificar tais tributos como indiretos:

> É o caso do IPI e do ICMS. Quando a Constituição prevê a não cumulatividade na sistemática imposto a imposto, acaba por prestigiar, juridicamente, a transferência do encargo ao adquirente do produto, que passa a ter um direito de crédito perante o Estado. Nesse caso, é este adquirente quem, como novo credor, pode exigir que o Estado devolva o tributo indevido; o sujeito passivo originário somente o pode exigir se autorizado pelo adquirente. Este, por sua vez, ao autorizar que o primeiro promova a repetição, abre mão, simultaneamente, de seu direito de crédito.
>
> (...)
>
> **Diferentemente é o caso das contribuições do PIS e COFINS**: embora o artigo 3º da Lei n. 10.637/2002 e também o artigo 3º da Lei n. 10.833/2003 se refiram a créditos a serem descontados, constata-se que tais créditos não tem relação com o montante recolhido nas etapas anteriores; são, antes, recurso do legislador para adotar a sistemática base a base. Noutras palavras: o valor recolhido pelo fornecedor não tem relação com o "crédito" do adquirente; este se calcula independentemente. **Não é, enfim, crédito transferido e não há que cogitar transferência jurídica**. (SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito Tributário. 7ª ed. Saraiva, 2017, p. 679) (grifos nossos)

52. Jurisprudencialmente, a conclusão é idêntica, conforme entendeu o STJ para os tributos incidentes sobre o faturamento, como a COFINS e o FINSOCIAL:

> FINSOCIAL. INCIDÊNCIA. FATURAMENTO. A sentença julgou procedente a ação, permitindo que a empresa revendedora de combustível, como substituída na relação tributária com as companhias distribuidoras, nos termos do art. 170 do CTN e da Lei nº 8.383/91, realize a compensação do que pagou como contribuinte de fato. Inexiste, na espécie, a figura da substituição tributária, porquanto incide o Finsocial sobre o faturamento da empresa que figura como contribuinte, de tal forma que não há repasse algum ao contribuinte de fato. Em uma sociedade capitalista, todos os gastos debitados à comercialização de um produto ou mercadoria passam a integrar o seu preço, e, ao ser adquirido, paga o segundo na cadeia comercial o plus integrante do preço. **Há incidências em que a lei expressamente prevê a não-inclusão a fim de evitar o efeito cascata. Essa sistemática só é aplicável se prevista em lei. Isso não ocorre com contribuições como o Finsocial e o Cofins, em que se reúnem na mesma pessoa o contribuinte de fato e o de direito.** (STJ, REsp 387.788-BA, Min. Eliana Calmon, julgado em 11/6/02)

53. Se o PIS e a COFINS são tributos diretos então porque há o destaque desses tributos nas tarifas cobradas dos consumidores? **A resposta dessa questão escapa ao âmbito do Direito Tributário, residindo em determinações regulatórias, bem como de exigências de medidas de transparência e esclarecimento ao consumidor (Lei nº 12.741/2012).** Interessante notar que no **Recurso Extraordinário n. 1.053.574** mencionado pela autora, o Rel. Min.Gilmar Mendes assim esclareceu a necessidade de se destacar da tarifa o valor dos tributos pagos pelos consumidores, entre eles PIS e COFINS (pág. 32):

> Portanto, é legítima, nos termos da legislação atinente às concessões de serviços públicos, a revisão das tarifas em função de alterações na legislação tributária, de onde se pode concluir pela possibilidade jurídica do repasse econômico dos tributos ao usuário de serviço público.

> E como fez a ANATEL, agência reguladora do setor, para viabilizar o repasse econômico?
>
> Adotou um modelo de tarifas líquidas de tributos, definidas pela agência. Por sua vez, os preços a serem pagos pelos usuários do serviço passaram a ser as tarifas líquidas acrescidas do custo econômico dos tributos (PIS, COFINS e ICMS).
>
> Segundo a agência reguladora, tal prática (tarifa líquida de tributos) é consolidada no setor de telecomunicações, e foi iniciada mesmo antes da privatização. Tem lugar, segundo a agência, pela dificuldade em mensurar o efetivo custo econômico para o pagamento das exações, haja vista que o ICMS recolhido integra a base de cálculo das referidas contribuições (esse era o entendimento vigente na época dos fatos).
>
> Assim, havendo uma variação de alíquotas do ICMS entre os Estados, a opção por embutir o custo do PIS e COFINS na tarifa (tarifa bruta) tornava-se inviável, pois exigia o estabelecimento de grande número de tarifas: uma para cada Estado-membro.

54. **Esse destaque na tarifa não tem qualquer conteúdo ou repercussão no Direito Tributário.** O destaque da tarifa não transforma o PIS e a COFINS em tributos indiretos. Ao contrário, o **PIS e a COFINS são legítimos tributos diretos**, pois o ônus financeiro é, do ponto de vista jurídico, suportado pelo próprio contribuinte, *in casu*, a prestadora do serviço de telecomunicação. É precisamente isso que disse o Rel. Min.Gilmar Mendes no **Recurso Extraordinário n. 1053574** (pág. 24):

> No caso das contribuições PIS/COFINS, os contribuintes de direito são as pessoas jurídicas de direito privado, nos termos do art. 2º da Lei 9.718/1998.
>
> Portanto, **destacar o tributo na fatura de prestação de serviço público não implica tornar sujeito passivo da obrigação tributária o usuário do serviço,** este é meramente um contribuinte de fato, assumindo o ônus econômico do tributo. - destaques constantes no original.

55. Em idêntico sentido, o STJ, no julgamento do RESP 1.185.070/RS (tema/repetitivo 428), sob a sistemática de recurso repetitivo, assentou a tese segundo a qual "*é legítimo o repasse às tarifas de energia elétrica do valor correspondente ao pagamento da Contribuição de Integração Social - PIS e da Contribuição para financiamento da Seguridade Social - COFINS devido pela concessionária*". A justificativa para tanto foi a de que o consumidor de energia elétrica não é contribuinte do PIS e da COFINS, mas concluiu-se ser legal o repasse do tributo na tarifa de energia elétrica sob a ótica da relação jurídica consumerista, até porque a tarifa pode sim incluir os custos suportados pelo prestador. Confira-se o seguinte trecho do voto do Min. Rel. Teori Zavaski:

> 3. No mérito, não há como acolher o recurso. A tese defendida pelo demandante e aqui chancelada pelo IDEC e pelo Ministério Público, parte de um pressuposto manifestamente equivocado: o de atribuir à controvérsia uma natureza tributária. Com efeito, a relação jurídica que se estabelece entre concessionária e consumidor de energia elétrica não é relação tributária, cujos partícipes necessários são o Fisco e o contribuinte. Aqui, o que se tem é relação de consumo de serviço público, cujas fontes normativas são próprias, especiais e distintas das que regem as relações tributárias. Em outras palavras, o que está em questão não é saber se o consumidor de energia elétrica pode ser alçado à condição de contribuinte do PIS e da COFINS, que à toda evidência não o é, mas sim a legitimidade da cobrança de uma tarifa, cujo valor é estabelecido e controlado pela Administração Pública e no qual foi embutido o custo correspondente aqueles tributos, devidos ao Fisco pela concessionária. Essa a questão.

56. O tema é recorrente e já tinha sido analisado no STJ no julgamento do RESP 976.836/RS (tema/repetitivo 293), que também foi julgado sob o regime de recurso repetitivo e assentou seguinte tese: "*o repasse econômico do PIS e da COFINS realizados pelas empresas concessionárias de serviços de telecomunicação é legal e condiz com as regras de economia e de mercado*".

57. Como se vê, resta claro que o PIS e a COFINS repercutem economicamente no consumidor final, inclusive tendo as tarifas dos consumidores finais expressamente deixado isso claro. Todavia, isso não importa em dizer que essa repercussão econômica equivalha a uma repercussão jurídica. Não, isso não ocorre. O **consumidor final <u>não</u> é contribuinte do PIS e da COFINS**, não possuindo ele qualquer razão para pleitear o indébito tributário.

58. Dito de outra forma, PIS e COFINS são tributos diretos, não havendo possibilidade do consumidor, à luz de regras tributárias, intentar um ressarcimento após a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. Não fosse assim, seria possível a restituição de um valor aos consumidores quando houvesse um ganho pelas prestadoras de telecomunicações de uma causa tributária envolvendo o imposto de renda (imposto direto por excelência). Discussões

desse tipo seriam intermináveis, haja vista todo e qualquer tributo possa ter sua repercussão econômica repassada ao consumidor final.

59. *Ad argumentandum*, caso se tratasse aqui de tributos indiretos, dever-se-ia ser exigido das prestadoras de serviços de telecomunicações comprovar o cumprimento dos requisitos do art. 166 do CTN para a repetição de indébito. No entanto, no Recurso Extraordinário n. 574706 que julgou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS não houve qualquer discussão sobre os contribuintes de direito atenderem as exigências do art. 166 do CTN, pois simplesmente não se tratava de tributos indiretos. No mesmo sentido, não há que se imaginar uma repercussão tributária para os consumidores quando da repetição do indébito, pois eles simplesmente não fazem parte da relação jurídico-tributária, nem suportam, do ponto de vista jurídico, os encargos econômicos do tributo.

60. Como visto anteriormente, **o destaque de PIS e COFINS na fatura dos serviços de telecomunicações é apenas repasse do custo da empresa decorrente de relação consumerista e regulatória, não se confundindo com repasse de obrigação tributária, inclusive como já assentou o STJ e STF nos julgados acima mencionados.**

61. Por todo o exposto, como não há diferença entre contribuinte de fato e de direito nas contribuições PIS e COFINS e, portanto, inexiste repasse jurídico do ônus econômico-financeiro, não há supedâneo jurídico-tributário para que a Agência reguladora crie uma restituição ampla e genérica a todos os consumidores. No entanto, há normas regulatórias a envolver o tema, mormente aquelas referentes aos contratos de concessão dos serviços de telefonia fixa, a ensejar reflexões mais complexas e específicas em relação ao tema. Dessa feita, passa-se a analisar o contexto regulatório com o propósito de melhor esclarecer a questão.

5. A REPERCUSSÃO DA EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES.

62. Estabelecida que a questão aqui posta não versa sobre uma relação jurídica tributária, resta explanar qual a repercussão da exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS no setor de telecomunicações quando se analisa a legislação setorial. Para tanto, importante antes de tudo explanar como é a regulação do setor de telecomunicações, sendo relevante para tanto esclarecer as diferenças entres os regimes jurídicos de prestação de serviços de telecomunicações.

5.1 Regimes jurídicos de prestação de serviços de telecomunicações. Serviços prestados sob o Regime Público e sob Regime Privado.

63. A Lei Geral de Telecomunicações - LGT classifica os serviços de telecomunicações quanto ao regime de prestação, podendo eles serem prestados em **regime público** e em **regime privado**. Dada a importância dessa separação para a presente questão, apresentam-se a seguir algumas das distinções entre as duas modalidades de prestação dos serviços de telecomunicações.

64. Para o serviço em **regime público**, exige-se que seja prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição à prestadora de obrigações de universalização e de continuidade. Obrigações de *universalização* são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público ao serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição socioeconômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público (art. 79, §1º da LGT). As obrigações de *continuidade*, por sua vez, são as que objetivam possibilitar aos usuários a fruição dos serviços de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso (art. 79, §2º da LGT).

65. Nesse regime, a concessão de serviço é delegada mediante contrato, por prazo determinado, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, com a presença dos institutos da reversibilidade de bens essenciais e do equilíbrio econômico-financeiro à luz das regras legais e contratuais aplicáveis, sendo elas remuneradas pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas.

66. Em suma, regime público é o regime de prestação de serviço de telecomunicação outorgado mediante contrato de concessão e com obrigações legais de universalização e continuidade, cuja remuneração do prestador será via tarifa. **Todas essas condições são aplicadas ao Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), telefonia fixa, hoje o único serviço de telecomunicação prestado em regime público.**

67. Em que pese a legislação preveja o controle tarifário para a prestação do serviço em regime público, o concessionário desse serviço sofre concorrência das pessoas jurídicas autorizadas do mesmo serviço, o que impede que os prejuízos do momento presente sejam facilmente compensados por decisões administrativas do Poder Público, tal como ocorre em regimes monopolistas (setor elétrico). O próprio STFC (telefonia fixa), portanto, é prestado concomitantemente nos regimes público, por meio dos contratos de concessão, e no regime privado, por meio das autorizações, concorrendo entre si. Na prática, portanto, um aumento de tarifa numa concessão de Serviço Telefônico Fixo Comutado pode fazer com que a concessionária perca clientes para autorizadas do mesmo serviço ou até mesmo para autorizadas de Serviço Móvel Pessoal (telefonia móvel), o qual comumente tem sido apresentado como um serviço substituto (e, portanto, concorrente) do Serviço Telefônico Fixo Comutado.

68. Quanto ao serviço prestado em **regime privado**, a LGT explicita que a sua exploração será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica (art. 126 da LGT). Como consequência dessa regra geral, a imposição pela Agência de condicionantes na exploração do serviço no regime privado observará a exigência de mínima intervenção, sendo a liberdade a regra, constituindo exceções as proibições, restrições e interferências do Poder Público (art. 128, I da LGT).

69. Além do mais, **a LGT dispõe que no regime privado o preço do serviço será livre, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, nos termos da legislação própria (art. 129 da LGT)**. A exploração do serviço nesse regime é outorgada mediante autorização prévia da Agência.

70. O regime privado, portanto, baseia-se nos princípios constitucionais da atividade econômica, em que o preço é livre e, portanto, não sujeito a um controle por parte da Anatel, sendo outorgado por intermédio de autorização. Ou seja, é possível dizer que, salvo exceções extremas detectadas a posteriori, não há qualquer interferência da Anatel na fixação dos valores que serão cobrados ao consumidor. Pratica-se preço livre, e não tarifa fixada pela Anatel. Entre os principais serviços prestados nessa modalidade estão o Serviço Móvel Pessoal – SMP (telefonia móvel e banda larga móvel), o Serviço de Acesso Condicionado – SeAC (TV por assinatura), o Serviço de Comunicação Multimídia – SCM (*internet* banda larga fixa) e o STFC prestado em regime privado (autorizações concedidas para prestar a telefonia fixa alguns anos após a desestatização da Telebrás). Todos esses serviços são sujeitos ao regramento do preço livre, estando apenas a telefonia fixa prestada no regime público (contrato de concessão) sujeita ao regramento das tarifas fixadas pela Anatel.

71. Do exposto, resta demonstrado o quão distintas são as regras do regime público e do regime privado, bem como as abordagens de regulação econômica entre o setor de telecomunicações e o setor elétrico. Tem-se de um lado uma indústria (setor elétrico) que manteve um regime de operação monopolista, com estrita regulação dos preços, um acompanhamento pormenorizado de indicadores de performance e incentivos econômicos via tarifa; por outro, a regulação de telecomunicações investiu na promoção da competição, em que a efetiva concorrência é baliza fundamental para constranger a elevação de preços e permitir a concentração da intervenção em casos específicos de comprovadas falhas de mercado. Dessa breve explanação sobre os regimes de prestação dos serviços de telecomunicações, percebe-se que a ampla maioria dos serviços de telecomunicações são de livre concorrência entre as prestadoras, inexistindo o intervenção regulatória de preços da Agência.

5.2 Repercussão da exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS para os serviços de telecomunicações prestados sob o regime privado.

72. Conforme anteriormente explicado, a Anatel não regula os preços dos serviços de telecomunicações prestados sob o regime privado. Dessa feita, os preços de relevantes serviços de telecomunicações hoje prestados à população, como o Serviço Móvel Pessoal – SMP (telefonia móvel e banda larga móvel), o Serviço de Acesso Condicionado – SeAC (TV por assinatura) e o Serviço de Comunicação Multimídia – SCM (*internet* banda larga fixa) não são regulados ou fixados pela Anatel. Logo, não há como a Agência alterar ou regular os preços cobrados pelas prestadoras de serviços de telecomunicações, inexistindo supedâneo legal para a Agência determinar algum tipo de abatimento de preços desses serviços, decotando do valor que deveria ser cobrado pelas prestadoras o preço a ser devolvido aos consumidores. Pelo mesmo motivo, inexiste o pretendido "*relatório analítico por operadora com o valor total dos créditos a restituir aos consumidores*", referido no item "1" do pedido autoral.

73. Ademais, como vigora a liberdade de preços para os serviços de telecomunicações prestados sob o regime privado, caso a Anatel, em razão de ordem judicial, forçasse a devolução dos créditos fiscais aos consumidores, nada impediria que as prestadoras de telecomunicações compensassem essa determinação judicial com a elevação de preços, o que demonstra que eventual medida nesse sentido seria inócua, como bem lembrou a área técnica da Anatel no INFORME Nº 36/2021/PRRE/SPR:

> 3.62. Em se estabelecendo tal medida (devolução dos créditos) para as prestadoras no regime privado, como não há uma regulamentação dos preços praticados ao consumidor nesse regime, nada impediria as prestadoras de repassarem esses custos adicionais para o consumidor final (esse movimento já ocorreu em serviços como o SeAC). Nessa hipótese, os ganhos que o consumidor teria com a devolução dos créditos seriam anulados por possíveis incrementos de preço. Por outro lado, para implementar a devolução dos créditos, as prestadoras deverão implementar processos, sistemas e dispor de recursos financeiros e humanos, o que deve impor aumentos de custos, sem uma contrapartida para os consumidores. O saldo de custos e benefícios nessa hipótese parece ser negativo tanto para a prestadora quanto para os consumidores, assim como para a Agência que deverá implementar processos de acompanhamento e controle para tal medida. O ponto principal, portanto, é a ausência de regramento ou fixação de valores pelo Estado, uma vez que o preço praticado no regime privado é livre e as prestadoras (autorizadas, e não concessionárias) não estão submetidas à lógica de equilíbrio econômico-financeiro.

Visto não ser possível a devolução dos créditos fiscais aos consumidores para os serviços de telecomunicações prestados sob o regime privado, convém analisar sua repercussão sobre os serviços prestados sob o regime público.

5.3 Repercussão da exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS para os serviços de telecomunicações prestados sob o regime público. Tema complexo e que demanda tempo para análise e estudo da Anatel.

74. De início, convém informar que a Anatel recentemente instaurou o processo administrativo nº 53500.022092/2021-47 justamente para tratar do assunto objeto da presente ação, no tocante aos serviços de telecomunicações prestados no regime público, que são os sujeitos ao regramento de tarifas fixadas pelo Poder Público. A Anatel, portanto, ainda está estudando e analisando se há, e quais seriam os possíveis impactos no âmbito das concessões de decisões judiciais que consideram inconstitucional a inserção do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS. **A questão é extremamente complexa e envolve avaliações relativas ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão, justa equivalência entre a prestação do serviço e a remuneração em ambiente de livre competição, compartilhamento e transferência de ganhos econômicos, prescrição e discussões sobre a adequação de possíveis providências regulatórias a serem eventualmente adotadas, se for o caso, dentre elas a própria revisão tarifária, isso tudo num contexto que combina tarifas (fixo-fixo e fixo móvel) e regime de liberdade tarirária.**

75. Como se vê, no presente momento inexiste qualquer decisão da Anatel quanto a providência regulatória, de modo que se mostra prematura a presente ação judicial. Ora, em nenhum momento houve qualquer provocação administrativa à Anatel por parte da autora, nem o assunto, que recentemente começou a ser analisado, tem uma decisão administrativa a ser impugnada. A autora, então, pretende levar ao Poder Judiciário uma questão que sequer foi levada à análise prévia da agência reguladora, invertendo completamente a ordem das coisas. A presente ação, portanto, carece de interesse de agir, já que inexiste qualquer ato da Anatel a ser combatido e considerando, ainda, que o RE 574706, em que se funda toda a fundamentação jurídica da presente Ação Civil Pública, ainda não goza de definitividade, pendendo de julgamento no STF os embargos de declaração opostos pela União que podem mudar completamente o cenário, seja por modulação temporal de efeitos, por alteração de valores ou por possíveis desconstituições de eventuais ações individuais.

76. Diante desse contexto, a presente argumentação não será feita como instrumento para defesa de uma tese, pois ela ainda não está firmada administrativamente, mas tão somente como meio de explanar a complexidade do controle das tarifas dos serviços prestados no regime público, de modo a refletir a impossibilidade e inadequação de interferência do Poder Judiciário, sobretudo no estágio atual em que o contexto se apresenta.

77. Como dito acima, a Anatel exerce um controle sobre as tarifas exercidas pelas concessionárias. Esse controle, todavia, não determina exatamente o preço a ser cobrado por cada um dos serviços de telefonia fixa (e.g. a Anatel não define o preço do minuto do pulso telefônico), sendo o modelo adotado o de preço-teto (*price cap*), conforme a Lei Geral de Telecomunicações (arts. 103 e seguintes) e a Exposição de Motivos da LGT, *in verbis*:

> e) tarifas: os operadores estarão sujeitos a regulamentação que vise evitar o aumento abusivo de preços para os consumidores e a prática de preços predatórios que impeçam a entrada de novos competidores no mercado. A maneira mais prática de se fazer isso é através do estabelecimento de um sistema de 'teto de preços' (price cap system), em que uma 'cesta' de serviços, em quantidades representativas da conta média dos consumidores, tem seu valor máximo estabelecido pelo órgão regulador. O operador tem alguma flexibilidade para alterar as tarifas de cada serviço individualmente, desde que o valor da 'cesta' fique abaixo do 'teto' fixado pelo órgão regulador. Após um período inicial, é razoável também que o órgão regulador defina um fator de produtividade que incidirá sobre o valor da 'cesta', reduzindo seu nível real, como forma de estimular o operador dominante a reduzir ainda mais suas ineficiências e assegurar que parte desses ganhos sejam transferidos aos consumidores. (cf. Documento de Encaminhamento da Lei Geral das Telecomunicações, que a comenta. GABINETE DO MINISTRO E.M. no 231 /MC. Brasília, 10 de dezembro de 1996. p. 26.)

78. Melhor explicando, a regulação de preços segundo o modelo de preço-teto consiste em fixar um valor máximo a ser praticado pelas concessionárias, permitindo que as tarifas do ente regulado possam sofrer um reajuste periódico, sempre dentro do limite estabelecido, equivalente a um determinado índice inflacionário, deduzido de um fator de produtividade, comumente denominado Fator X. A equação matemática pode ser assim descrita: $Pt = Pt{-}1 * (1 + i - X)$, em que "$Pt$" e "$Pt{-}1$" são os índices do preço-teto para o ano corrente e o ano anterior, respectivamente, "i" é o índice inflacionário enquanto "X" é o ganho de produtividade do ente regulado.

79. Percebe-se, portanto, que o Fator X é um redutor do índice inflacionário, impedindo que o preço da cesta de serviços prestados pelo concessionário suba de modo mais intenso do que o índice inflacionário adotado. Dessa forma, o ente regulado é impelido a obter ganhos de produtividade em sua atividade a ponto de compensar o impedimento de aumento de preço imposto pelo modelo de preço-teto. Por ter como foco uma cesta de serviços, confere ainda uma maior

liberdade de atuação ao regulado ao possibilitar que ele modifique certas tarifas acima do valor-teto, desde que a cesta de tarifas o respeite. A equação matemática acima mencionada é uma simplificação para meros fins didáticos. Na realidade, o cálculo é por demais complexo, possuindo inúmeras variáveis setoriais e econômicas.

80. A diretriz contida na Exposição de Motivos foi materializada no §1º do artigo 103 da LGT, no qual se prescreve que o reajuste e a revisão das tarifas poderão se basear em valor que corresponda à média ponderada dos valores dos itens tarifários, sistema implementado mediante a adoção de uma cesta tarifária para fins de reajuste.

> **Lei nº 9472/1996 (Lei Geral de Telecomunicações)**
>
> Art. 103. Compete à Agência estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço.
>
> § 1° A fixação, o reajuste e a revisão das tarifas poderão basear-se em valor que corresponda à média ponderada dos valores dos itens tarifários.

81. Tal disciplina encontra fundamento, ainda, no art. 7º, inciso II, do então vigente Decreto nº 4.733, de 10 de junho de 2003, que dispõe sobre políticas públicas de telecomunicações no Brasil.

> **Decreto nº 4.733/2003**
>
> Art. 7º A implementação das políticas de que trata este Decreto, quando da regulação dos serviços de telefonia fixa comutada, do estabelecimento das metas de qualidade e da definição das cláusulas dos contratos de concessão, a vigorarem a partir de 1º de janeiro de 2006, deverá garantir, ainda, a aplicação, nos limites da lei, das seguintes diretrizes:
>
> (...)
>
> II - a definição do reajuste das tarifas de público será baseada em modelo de teto de preços com a adoção de fator de produtividade, construído mediante a aplicação de sistema de otimização de custos a ser implementado pela agência reguladora;

82. O modelo de regulação *Price Cap* também encontra-se prevista nos Contratos de Concessão, a saber:

> Cláusula 12.1. A cada intervalo não inferior a 12 (doze) meses, por iniciativa da Anatel ou da Concessionária, observadas as regras da legislação econômica vigente, as tarifas constantes do Plano Básico do Serviço de Longa Distância Nacional - Anexo 02, poderão ser reajustadas mediante a aplicação da seguinte fórmula:
>
> (...)
>
> § 1º Para o período de 1º de janeiro de 2006 a 31 de dezembro de 2007, o fator de transferência X será estabelecido pela Anatel com base em metodologia simplificada que inclua, dentre outros, os dados físicos e econômicos referentes ao minuto de longa distância nacional, bem como aos fatores materiais, pessoal, serviços e depreciação. § 2º A partir de 1º de janeiro de 2008 o fator de transferência X será estabelecido pela Anatel com base em metodologia que considere a otimização dos custos de prestação do serviço, nos termos da regulamentação. § 3º Caso o valor resultante do cálculo do fator de transferência X seja negativo, será adotado para o mesmo o valor 0 (zero). § 4º O valor do fator de amortecimento é: I - 0 (zero) para variações do IST, no período considerado, até 10% (dez por cento); II - 0,01 (zero vírgula zero um), para variações do IST, no período considerado, acima de 10% (dez por cento) e até 20% (vinte por cento); e III - 0,02 (zero vírgula zero dois), para variações do IST, no período considerado, acima de 20% (vinte por cento). § 5º Caso o período de reajuste envolva valores diferentes dos fatores de transferência, o fator de transferência a ser aplicado é determinado pela fórmula:
>
> (...)
>
> § 6º Caso a data do último reajuste seja anterior à data de vigência deste Contrato, o reajuste será aplicado de forma progressiva observando os períodos envolvidos e respectivas fórmulas e critérios vigentes. 13 § 7º Novos critérios de acompanhamento tarifário, inclusive valores dos fatores de transferência, poderão ser estabelecidos pela Anatel quando da alteração deste Contrato, nos termos da Cláusula 3.2., considerando as condições vigentes à época. § 8º A liberdade tarifária, quando aplicável, será objeto de Ato normativo da Anatel.

83. Explicado o modelo de tarifação por preço-teto, convém mencionar que o reajuste tarifário envolvendo as concessionárias do STFC, previstos tanto nos Contratos de Concessão quanto na Resolução nº 426, de 09 de dezembro de 2006 (Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC), ocorrem a cada intervalo não inferior a 12 (doze) meses, por iniciativa da Anatel ou da Concessionária.

84. Historicamente, a Anatel tem procedido aos processos de reajuste tarifário em processos administrativos auditáveis, nos quais é assegurado às Concessionárias do STFC a formulação de alegações e o conhecimento das premissas adotadas pela Agência na fixação dos parâmetros que orientam o cálculo dos índices aplicáveis.

85. Os processos de reajustes tarifários obedecem a um rito processual que compreende a análise das premissas, o cálculo e a conferência dos valores de reajuste solicitados pelas concessionárias, a remessa obrigatória da proposta de reajuste à Procuradoria Federal Especializada da Anatel (PFE-ANATEL) para a elaboração de Parecer jurídico sobre o tema e por fim o envio do processo ao Conselho Diretor da Agência para a análise final e a homologação dos valores tarifários por meio de Ato.

86. Além de todo esse complexo sistema de controle de tarifas empreendido pela Anatel, cumpre mencionar ainda que a Anatel também regula as tarifas dos Valores de Comunicação VC-1, VC-2 e VC-3 do Plano Básico de Serviço das concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) em suas relações com as operadoras do Serviço Móvel Pessoal (SMP), isto é, a tarifa cobrada em uma ligação de telefone fixo para um telefone móvel. Nesse sentido, vale frisar que as tarifas dos Valores de Comunicação VC-1, VC-2 e VC-3 tem como insumo para sua precificação os valores do VU-M (preço cobrado pela prestadora de telefonia móvel para completar uma chamada que se originou em rede de outra prestadora - interconexão).

87. No tocante à demonstração da complexidade que envolve o tema, cabe lembrar, ainda, que, no âmbito do setor de telecomunicações, há concessionárias de STFC sujeitas ao regime de liberdade tarifária (o que já tem ocorrido nas modalidades do STFC de Longa Distância Nacional - LDN e Internacional - LDI), de modo que a tarifa praticada pela concessionária é definida por ela própria, nos moldes do art. 104 da Lei nº 9.472, de 1997. Nessas situações, eventuais providências regulatórias a serem adotadas, se for o caso, gozam de ainda maior complexidade, uma vez envolverá caminhos regulatórios mais variados para a definição dos mecanismos aptos a neutralizar a situação verificada (Cláusula 13.2 do contrato de concessão).

88. **Trazendo todas essas lições para o presente caso, pode-se concluir que sistema de precificação de tarifas no setor de telecomunicações é por demais complexo e uma alteração em um dado item setorial pode provocar efeitos em outros temas regulados. Diante disso, há um enorme cuidado da Agência reguladora ao interferir no setor regulado, motivando os atuais estudos e análises empreendidos pela Anatel a fim de avaliar a questão, o que certamente não deve ser feito no bojo de um processo judicial, quando se retira da Agência as prerrogativas de, à luz de suas competências legais, tratar ordinariamente dos temas regulatórios como o presente, com a complexidade já identificada e outras que ainda certamente ainda vão surgir.**

É o que tínhamos a informar no presente momento.

Brasília, 05 de maio de 2021.

(*assinado eletronicamente*)
DANTE AGUIAR PARENTE
PROCURADOR FEDERAL

(*assinado eletronicamente*)
IGOR GUIMARÃES PEREIRA
PROCURADOR FEDERAL

(*assinado eletronicamente*)
PAULO FIRMEZA SOARES
PROCURADOR FEDERAL
PROCURADOR-GERAL DA ANATEL

Documento assinado eletronicamente por PAULO FIRMEZA SOARES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 608213983 no endereço eletrônico

http://sapiens.agu.gov.br. Informações adicionais: Signatário (a): PAULO FIRMEZA SOARES. Data e Hora: 05-05-2021 16:49. Número de Série: 39202853085965979245108033337. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por IGOR GUIMARAES PEREIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 608213983 no endereço eletrônico http://sapiens.agu.gov.br. Informações adicionais: Signatário (a): IGOR GUIMARAES PEREIRA. Data e Hora: 05-05-2021 16:55. Número de Série: 78675177994261251355890706005. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por DANTE AGUIAR PARENTE, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 608213983 no endereço eletrônico http://sapiens.agu.gov.br. Informações adicionais: Signatário (a): DANTE AGUIAR PARENTE. Data e Hora: 05-05-2021 16:48. Número de Série: 17258492. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

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