

O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, nos autos do mandado de segurança impetrado por EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A. - EMBRATEL contra ato do PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DA DÍVIDA ATIVA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO E DO SUPERINTENDENTE DE FINANÇAS DA SECRETARIA ESTADUAL DE FINANÇAS, vem, por seu procurador abaixo assinado, oferecer a sua impugnação, nos seguintes termos:

#### DECADÊNCIA EVIDENTE

1. Antes de qualquer outra consideração, registre-se que o mandado de segurança impetrado pela EMBRATEL é, evidentemente, inadequado, uma vez que não foi observado o prazo decadencial para a sua propositura. Como dispõe o art. 18 da Lei nº 1.533/51, o prazo para se requerer mandado de segurança se extingue depois de decorridos 120 dias contados da ciência do ato impugnado.

2. Ocorre que o mandado de segurança, impetrado pela EMBRATEL, visa a desconstituir os autos de infração n.ºs 01.122309-6 e 01.122308-8. Contudo, a EMBRATEL foi intimada da lavratura dos referidos autos no dia 04.04.01 (fls. 117 e 122) e o mandado de segurança foi ajuizado apenas no dia 09.12.03 (fls. 02) — quando há muito ultrapassado o prazo de 120 dias para a propositura da ação.

3. O argumento de que o prazo decadencial, no caso, deveria ser contado da data da decisão proferida na impugnação administrativa, também não socorre a impetrante. Isso porque a intimação da decisão, que pôs fim à impugnação administrativa oferecida pela EMBRATEL, é de 26.12.02 (fls. 187). Mesmo que se contasse dessa última data o prazo decadencial de 120 dias, ainda assim seria intempestiva a impetração do mandado de segurança, ocorrida meses depois do término do prazo.

4. Ademais, não se poderia entender que o prazo do mandado de segurança inicia-se a partir da inscrição do débito fiscal na Dívida Ativa do Estado. Nesse caso, não se estaria questionando a lavratura dos referidos autos de infração, mas sim o da inscrição, o que não revela ser o presente caso, uma vez que a EMBRATEL discute a sua obrigação tributária decorrente de sua responsabilidade pelo recolhimento do ICMS incidente sobre a prestação onerosa de serviço de telefonia de longa distância internacional, que nada tem a ver com a validade do ato de inscrição em dívida ativa.

5. Portanto, consumada a decadência, pois há muito decorridos, quando da impetração do writ, os 120 dias de que dispunha a impetrante, torna-se impositiva a extinção do processo.

#### APRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA TELEBRÁS

6. Antes de expor o mérito da controvérsia, é necessário, para a devida compreensão do problema, breve relato sobre a privatização do sistema de telecomunicações no Brasil.

7. Como se sabe, até junho de 1998, o sistema de telefonia do país era público.

Embora a atividade fosse dividida pela atuação de diversas sociedades separadas por regiões (TELERJ, TELESP, TELECEARA, por exemplo) e outra que fazia o serviço de conexão nacional e internacional (EMBRATEL), todas as empresas eram do mesmo grupo Telebrás, ligado ao Ministério das Comunicações.

8. Com a nova política imposta pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, 16.7.97), iniciou-se, a partir de 1998, o processo de privatização das prestadoras do serviço de telefonia, que se deu pelo leilão das ações de controle das empresas antes pertencentes à Telebrás.

9. O Anexo 1 do Plano Geral de Outorgas (aprovado pelo Decreto nº 2.534, de 02.4.98) dividiu o país em quatro regiões, tal como previsto no seu art. 4º (doc. 1). A Região I compõe-se dos Estados do Rio, Minas, Espírito Santo, Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Piauí, Maranhão, Pará, Amapá, Amazonas e Roraima. Na Região II estão o Distrito Federal e os Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Goiás, Tocantins, Rondônia e Acre. Apenas o Estado de São Paulo integra a Região III. Finalmente, a Região IV abrange todo o território brasileiro para o serviço de conexão nas chamadas nacionais e internacionais.

10. Em virtude das licitações ocorridas, a EMBRATEL, por sua vez, tornou-se concessionária da Região IV, obtendo a concessão para a prestação do serviço de telefonia fixa (a) de longa distância nacional (sem qualquer restrição geográfica) e o (b) de longa distância internacional (fls. 44/106).

11. Desde o momento da publicação do contrato de concessão, celebrado entre a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a EMBRATEL, esta companhia deixou ser uma mera exploradora de troncos de longa distância para ser uma efetiva prestadora de serviço de telefonia.

12. A questão sobre a definição da EMBRATEL, como efetiva prestadora de serviços de telefonia, já foi decidida pela ANATEL, ao editar o Aresto nº 002, de 12 de julho de 2000 (doc. 2). No caso em questão, em razão da disputa entre operadores locais de telefonia e a EMBRATEL quanto à titularidade da receita oriunda de chamadas de longa distância nacional, originada em um telefone fixo e destinada a um telefone móvel, a EMBRATEL alegou que ela já seria a efetiva prestadora de serviço desde a celebração do contrato de concessão — ou seja, desde junho de 1998 — e, por tal motivo, ela seria a titular da receita oriunda da prestação de serviço de telefonia.

13. A posição da EMBRATEL foi recepcionada pela ANATEL que decidiu o caso em seu favor. Como fica claro, de acordo o voto do relator do Aresto nº 002/00, o Conselheiro José Leite Pereira Filho, a EMBRATEL, mesmo antes da entrada em funcionamento do Código de Prestação de Serviço, já era a efetiva prestadora de serviço de telefonia de longa distância nacional e internacional:

“Foram, assim, firmados contratos de concessão e termos de autorização do STFC nas três modalidades acima. Em particular, o Contrato de Concessão firmado entre a Embratel e a Anatel, em 02/06/98, para o longa distância nacional, tem o seguinte objeto:

*“O objeto do presente Contrato é a concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado, destinado ao uso do público em geral, prestado em*

*regime público, na modalidade de serviço de longa distância nacional, para chamadas originadas na área geográfica definida na cláusula 2.1, nos termos do Plano Geral de Outorgas.”*

Essa foi uma mudança bastante relevante para a Embratel, realizada através desse contrato de 02/06/98. Essa empresa que, anteriormente à promulgação da LGT, era considerada unicamente como uma empresa exploradora de troncos interestaduais e internacionais, passou a ser, nesse novo cenário, caracterizada como empresa exploradora de STFC nas modalidades Longa Distância Nacional e Longa Distância Internacional.

Do ponto de vista regulatório, não resta dúvida que a Embratel recebeu, nesse novo cenário, novas atribuições, passando a ser uma efetiva prestadora de serviço telefônico fixo comutado de longa distância nacional com área de atuação em todo o território nacional. Ela agora não faz mais, apenas, o transporte integrado de telecomunicações, que se constitua na operação dos circuitos portadores comuns que interligam os centros principais de telecomunicações, mas sim é responsável por toda a telecomunicação, desde a origem até o destino, mesmo que a origem ou o destino estejam em outras redes de empresas exploradoras de serviço de telecomunicações.

[...]

Portanto, aplicando-se as regras de remuneração do STFC, resulta que a titularidade da receita das chamadas de longa distância *originadas* no STFC e *destinadas* ao SMC é da Prestadora de STFC na modalidade Longa Distância Nacional.

Em relação às chamadas anteriores ao estabelecimento do CSP, entendo que também devam ser aplicadas as mesmas regras do STFC, constantes do art. 72 do Regulamento Geral de Interconexão, desde a entrada em vigor dos contratos de concessão do STFC até 02/07/99, uma vez que em 03/07/99 se tornou possível a escolha do CSP.” (doc. 03)

14. Portanto, desde a entrada em vigor do contrato de concessão, a EMBRATEL era a efetiva prestadora de serviço de telefonia nas modalidades de longa distância nacional e internacional, auferindo receita por tal prestação.

#### **INCIDÊNCIA MANIFESTA**

15. A EMBRATEL ajuizou, perante esse MM. Juízo, este mandado de segurança, com pedido de concessão de medida liminar, inaudita altera parte, no qual objetiva a suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorrente dos Autos de Infração nºs 01.122309-6 e 01.122308-8.

16. Em síntese, a impetrante insurge-se contra a lavratura de tais autos de infração, no qual o ESTADO DO RIO DE JANEIRO exige o recolhimento do ICMS incidente sobre serviços prestados, onerosamente, pela EMBRATEL entre junho de 1998 e dezembro de 1999.

17. A EMBRATEL sustenta que, durante tal período, ela não seria efetivamente prestadora de serviço de telecomunicações, eis que não faturava o valor do serviço de telefonia prestado, e, conseqüentemente, não seria responsável pelo recolhimento do

ICMS incidente sobre a prestação de serviço de telefonia na modalidade de longa distância internacional.

18. Note-se ademais que a Resolução nº 33/98 da ANATEL determinou que, até 31.12.99, os valores referentes aos serviços de telefonia nas modalidades de longa distância nacional e internacional deveriam ser cobrados pelas operadoras locais, no caso do Estado do Rio de Janeiro, a TELEMAR (fls. 166/172). Entendeu-se que, naquele momento, seria prudente adotar regras de transição entre o antigo sistema estatal para o novo sistema de telefonia, uma vez que, até então, a EMBRATEL nunca realizara cobranças diretamente aos usuários, justamente porque não dispunha dos dados cadastrais de seus clientes.

19. Muito convenientemente a EMBRATEL quer confundir a atividade de cobrança — que se faz mediante a celebração de um contrato de co-faturamento entre a EMBRATEL e as demais operadoras locais — com a legitimidade para a prestação do serviço de telecomunicações.

20. Entenda-se bem a questão: quem presta o serviço de longa distância internacional no Brasil desde julho de 1998 é a EMBRATEL, tal como reconhecido pela ANATEL no caso acima citado. A cobrança das faturas por outras empresas se dá por mero acordo comercial, que, logicamente, não altera a titularidade do serviço nem da respectiva receita. Aliás, se o raciocínio da EMBRATEL fosse correto, a ela não caberia mais as receitas das chamadas de longa distância nacional e internacional, que são cobradas dos usuários finais, hoje, pelas outras operadoras de telefonia, tais como a BRASIL TELECOM, a TELEMAR, a Oi, e a TELEFÔNICA mediante contratos do co-faturamento. O argumento, como se vê, não é sério.

21. E a Lei Complementar nº 87/96 é claríssima no sentido de ser o contribuinte do ICMS aquele que realiza a prestação do serviço (e não a cobrança, insista-se), no caso em questão a EMBRATEL que, na época, era a única prestadora de serviço de telefonia de longa distância nacional e internacional:

“Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.”

22. Ademais, o art. 5º da referida lei é taxativo ao estabelecer que somente se poderá atribuir a terceiro, no caso em questão, a TELEMAR e as demais operadoras, a responsabilidade pelo recolhimento do tributo devido através de lei prevendo tal responsabilidade, o que não existe na presente hipótese:

“Art. 5º Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.”

23. Veja-se que não há possibilidade de se retirar da EMBRATEL a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS, motivo pelo qual se revela legítima a lavratura dos autos de infração questionada pela EMBRATEL.

24. Afirmar o contrário seria considerar a TELEMAR, e não a EMBRATEL, a

prestadora de serviços de telefonia de longa distância nacional e internacional, o que, certamente, não seria o caso, uma vez que, de acordo com a própria regulamentação do mercado de telecomunicações à época, somente a EMBRATEL detinha a concessão para a exploração de tais serviços.

25. Portanto, é clara a responsabilidade da EMBRATEL pelo recolhimento do ICMS, motivo pelo qual se ostenta pela improcedência do presente mandado.

#### CONFUSÃO INADMISSÍVEL

26. Alega ainda a impetrante que a prestação de serviço de telefonia de chamadas de longa distância nacional e internacional não constituiria fato gerador do ICMS, uma vez que o art. 3º, II, da Lei Complementar nº 87/96, determina que não incidirá ICMS nas “operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou serviços”.

27. No entanto, a prestação onerosa de serviço de telefonia na modalidade de longa distância internacional não se destina ao exterior, como tenta a impetrante fazer parecer. A EMBRATEL, na prestação de serviço de telefonia de longa distância internacional, é responsável pela interconexão do usuário no território nacional com outro usuário que se encontra em outro país. Na verdade, portanto, a prestação de serviço é destinada ao usuário que se encontre em território nacional. O que efetivamente interessa é local da prestação de serviço e não o destino da mensagem.

28. Ademais, a própria EMBRATEL vem recolhendo, desde janeiro de 2000, o ICMS devido sobre a prestação de serviço de telefonia na modalidade de longa distância internacional, o que já basta para demonstrar a inconsistência da alegação apresentada na inicial.

29. Por essas razões, não se aplica ao caso o disposto no art. 3º, II, da Lei Complementar nº 87/96, sendo, assim, a prestação onerosa de serviço de telefonia na modalidade de longa distância internacional hipótese de incidência do ICMS.

30. No caso específico, fora o reconhecimento implícito de que a EMBRATEL efetivamente efetuava as chamadas internacionais, fato, aliás, mais do que notório, não há qualquer consistência jurídica na afirmação de que não incidiria o ICMS sobre os serviços prestados pela EMBRATEL.

#### GRAVÍSSIMA LESÃO

31. Não se pode admitir que o ESTADO DO RIO DE JANEIRO se veja privado da estratosférica quantia de cerca de R\$ 66 milhões, num caso em que a incidência do ICMS sobre os serviços prestados pela EMBRATEL é inequívoca.

32. Não é preciso ser especialista na matéria para se verificar o enorme prejuízo que julgados procedentes este mandado causará aos já combalidos cofres públicos.

33. Além de privar o ESTADO DO RIO DE JANEIRO de cerca de R\$ 66 milhões, devidos sem qualquer sombra de dúvida, a EMBRATEL ainda se verá livre da incidência do ICMS sobre serviços por ela prestados, o que significará que a arrecadação tributária do ESTADO DO RIO DE JANEIRO será diretamente afetada.

34. Mas não se pense que o ESTADO DO RIO DE JANEIRO será o único prejudicado por um possível êxito da pretensão da empresa de telefonia. Como se sabe, e conforme o aqui já demonstrado, os valores gastos com os serviços de longa distância internacional são altos e, obviamente, não só essenciais como também inclusos na totalidade do serviço vendido e cobrado do consumidor. Desta forma, a hipótese da não incidência do tributo no caso aqui em tela geraria um sensível impacto no preço final do serviço prestado pela EMBRATEL.

35. É evidente que, livre da incidência do ICMS sobre tais serviços, a EMBRATEL passaria a possuir uma incrível vantagem competitiva, pois poderia exercer a sua atividade com uma margem de lucro consideravelmente superior à dos seus concorrentes.

36. Nessas situações, é óbvio que, até mesmo por uma questão de sobrevivência, as demais empresas do setor serão compelidas a ajuizar ações idênticas à proposta pela EMBRATEL, para obter o mesmo benefício a ela concedido. É o que o Supremo Tribunal Federal denomina efeito multiplicador de demandas, a justificar a suspensão de segurança, como se vê das seguintes decisões daquela Corte:

“É certo que, no caso dos autos, só se discute a liminar concedida à impetrante. Mas, por outro lado, é notório que milhares de liminares vêm sendo concedidas, em todo o País, em condições assemelhadas, o que põe em choque todo o plano em questão, com riscos de graves danos para a economia.

Afigura-me, em tais circunstâncias, caracterizada a hipótese prevista no art. 4º da Lei n.º 4.348, de 23.7.64, segundo a qual compete ao Presidente do Tribunal a quem couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução de medida liminar a da sentença, quando houver requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada e risco de grave lesão à economia pública” (Suspensão de Segurança n.º 315/DF, in DJU de 30.4.91, p. 5.337).

Constitucional. Processual Civil. Tributário. Mandado de segurança: suspensão. Grave lesão à economia pública. Efeito Multiplicador. Substituição Tributária para frente.

(...)

**III – Necessidade de suspensão dos efeitos da liminar, tendo em vista a ocorrência do denominado ‘efeito multiplicador’**” (AGREg. na Suspensão de Segurança n.º 1.307-2/PE, pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, in DJU de 11.10.01).

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA: SUSPENSÃO. GRAVE LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA. EFEITO MULTIPLICADOR. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA ‘PARA FRENTE’. ICMS: OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE PETRÓLEO, LUBRIFICANTES E COMBUSTÍVEIS LÍQUIDOS E GASOSOS. C.F., art. 155, § 2º, X, b.

I – O Supremo Tribunal Federal, pelo seu Plenário, julgando os RREE 213.396-SP e 194.382-SP, deu pela legitimidade constitucional, em tema de ICMS, da denominada substituição tributária ‘para frente’.

II – A medida liminar, nos termos em que concedida, impossibilita a Fazenda Pública de receber a antecipação do ICMS por um largo período, o que lhe causa dano, sendo ainda certo que a segurança, se concedida, a

final, não resultará inócua, dado que ao contribuinte é assegurada a restituição do pagamento indevido.

**III – Necessidade de suspensão dos efeitos da liminar, tendo em vista a ocorrência do denominado ‘efeito multiplicador’**” (AgR na Suspensão de Segurança 1887/PA, STR, Pleno, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, vu em 01.03.01, DJ 11.10.01, p. 9 – grifou-se e destacou-se).

37. Também por esse motivo, não se pode conceder a segurança postulada na inicial.

38. Por essas razões, e por outras, ditas pela elevada cultura do eminente Julgador, o ESTADO DO RIO DE JANEIRO confia em que V.Exa. denegará a segurança pretendida pela impetrante, seja pelo acolhimento da manifesta decadência do seu direito, seja ainda por ser a EMBRATEL a efetiva responsável pelo recolhimento do ICMS incidente na prestação onerosa de serviço de telefonia na modalidade de longa distância no período de 01.06.98 a 31.12.99.

**39. Requer, ainda, o ESTADO DO RIO DE JANEIRO que se oficie a ANATEL, a fim de que o Órgão Regulador se pronuncie expressamente acerca da caracterização da EMBRATEL como prestadora de serviço de telefonia, na modalidade de longa distância internacional, durante o período de 03.06.98 a 31.12.99, em razão da gravidade das afirmações constantes da petição inicial do mandado de segurança.**

Nestes termos,

P. Deferimento

Rio de Janeiro, 30 de março de 2004

**GUSTAVO FERNANDES DE ANDRADE**

Procurador do Estado