



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13708.000822/2003-26
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3302-012.737 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de dezembro de 2021
Recorrente TELEMAR NORTE LESTE S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/08/2000

SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. DESPESAS DE INTERCONEXÃO TELEFÔNICA - INDEDUTIBILIDADE.

A base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e Cofins é o total do valor cobrado pela prestação de serviços de telecomunicação. A remuneração recebida dos usuários é preço do serviço de comunicação e as despesas incorridas pelas operadoras de telefonia para interconexão telefônica, utilizando-se de infraestrutura de telecomunicações de outra concessionária de serviço para a adequada prestação de seu serviço é despesa operacional da prestação de serviços, não podendo ser excluídos da base de cálculo das contribuições.

Do preço do serviço cobrado dos consumidores, a parcela repassada para outras empresas de telefonia compõem a receita bruta, não se tratando de mero ingresso financeiro.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Vinicius Guimarães - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Walker Araujo - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Vinicius Guimarães (Presidente em exercício), Jorge Lima Abud, José Renato Pereira de Deus, Raphael Madeira Abad, Denise Madalena Green e Walker Araujo.

Ausente a Conselheira Larissa Nunes Girard, o Conselheiro Gilson Macedo Rosenberg Filho, substituído pelo Conselheiro Vinicius Guimarães.

Relatório

Por bem retratar os fatos, adoto o relatório da decisão de piso:

Versa o presente processo sobre a Declaração de Compensação - DCOMP de fis. 01 a 04, peticionada em 14/05/2003, na qual o interessado alega possuir crédito contra a Fazenda Pública, oriundo de pagamentos efetuados a maior ou indevido nos anos-calendário de 1999 e 2000, pela incorporada TELEBAHIA, CNIº1 15.137.276/0001-93, no valor original de R\$ 4.024.621,26 (campo n.º 4 da fl.2 do presente processo), e do pedido de restituição/planilha anexa às fls. 03/04 oriundos do processo 10.580.021677/99-10, no valor original de R\$ 3.074.558,00 (campo VALOR DA RESTITUIÇÃO da fl. 3).

Os débitos de PIS e COFINS, que o interessado pretende compensar, referem-se ao período de apuração Abril/2003, no valor total de R\$ 11.178.351,28 (onze milhões cento e setenta e oito mil trezentos e cinquenta e um reais e vinte e oito centavos) conforme fl. 01.

Pelo despacho às fls. 48 e 49, verifica-se que as folhas 03 e 04 foram desentranhadas dos presentes autos e transladadas para o processo 10.580.021677/99-10 e que o crédito pretendido não foi reconhecido pelo Despacho Decisório Derat/RJO, de 29/06/2007, daquele processo (cópia anexa à fls. 54) sob o fundamento da ausência da comprovação daquele crédito.

No Acórdão n.º 12-16.478, a V Turma da DRJ-I deferiu a solicitação do processo 10.580.021677/99-10 por entender ter ocorrido homologação tácita das compensações lá veiculadas.

Entretanto, a decisão do Acórdão n.º 12-16.478 não alcança a presente Declaração de Compensação à medida que ainda há prazo legal para a manifestação da Fazenda Pública.

Com o objetivo de conferir certeza e liquidez necessárias à compensação pleiteada, nos moldes determinados pelo artigo 170 do Código Tributário Nacional, o presente processo foi encaminhado à DEFIS/RJO para que fosse efetuada diligência, nos termos do artigo 40 da IN-SRF n.º 600/2005 (vide despacho de fls. 68 e 69).

Em decorrência da diligência empreendida, foram anexados ao presente processo os documentos de fls. 70 a 89, bem como o despacho de fls. 90 a 93, que concluiu que a interessada efetuou "... a exclusão da base de cálculo das referidas exações de valores a título de 'Custos de Interconexão'. Estes valores se referem a montantes pagos a outras operadoras de telefonia, através das quais os clientes da interessada faziam ligações telefônicas".

Por meio do Despacho Decisório datado de 10/04/2008 (fl. 129), a autoridade competente:

a) não reconheceu o direito creditório pleiteado pelo interessado, relativo aos pagamentos indevidos ou a maior oriundo dos DARF's discriminados às fl. 02 e 04 destes autos e não homologou a DCOMP de fl. 01;

b) Não homologou as Dcomps listadas na Tabela V;

c) determinou a cobrança dos débitos corresp. - b. -4 o valor total de R\$ 11.196.528,28, na forma indicada.

O pedido foi indeferido sob o seguinte argumento:

1) A Cofins e o PIS devido pelas pessoas jurídicas de direito privado, incidentes sobre o faturamento (receita bruta) admitem as exclusões listadas no parágrafo 2º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98, não contemplando os valores pagos a outras congêneres a título de "custos de interconexão".

2) O crédito pleiteado pela interessada, correspondente a recolhimentos que teriam sido efetuados a maior de COFINS e PIS, anos-calendário 1999 e 2000, decorre da exclusão dos valores pagos pelas concessionárias de serviços de telecomunicações a outras operadoras de telefonia (custos de interconexão).

3) A Associação Brasileira de Prestadores de Serviço Telefônico Fixo Comutado - ABRAFIX, formalizou consulta encaminhada a Coordenadoria-Geral de Tributação, processo n.º 10168.000644/2003-08, na qual questiona a possibilidade de excluir da base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP (receita bruta mensal) os valores pagos pelas concessionárias de serviços de telecomunicações a outras congêneres, a título de "co-prestação de serviços" de interconexão de redes.

4) Da análise deste processo de consulta foi proferida a Solução de consulta COSIT n.º 6, de 31 de março de 2004, cópia anexa fls. 40 a 47, concluindo que "os valores pagos pelas concessionárias de serviços de telecomunicações a outras congêneres, a título de "co-prestação de serviços", por serem considerados despesas das operadoras, não podem ser excluídos do faturamento (receita bruta) mensal, base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da Cotins."

5) A Solução de Consulta conforme o art. 2º, inciso I, alínea "f", da Portaria SRF n.º 001, de 02/01/2001, é ato tributário, e - portanto - integra a legislação tributária nos termos do art. 100,1 c/c art. 96, ambos do Código Tributário Nacional.

6) Desta forma, verifica-se que não há saldo credor para nenhum dos supostos créditos tributários alegados.

O interessado contestou o despacho decisório que indeferiu seu pleito (fls. 148/161), argumentando, em síntese, que:

1) Versa o presente processo sobre Declaração de Compensação (DCOMP) apresentada pela Requerente à Receita Federal em 14.05.2003, na qual se compensou débito de PIS e Cofins de abril de 2003, no valor total de R\$ 11.178.351,28, com créditos decorrentes de pagamentos a maior ou indevidos de PIS e Cofins efetuados pela Telebahia (incorporada pela Requerente), realizados nos anos-calendário de 1999 e 2000.

2) O valor original do crédito utilizado para compensação foi de R\$ 4.024.621,26, sendo que tal valor atualizado em abril de 2003 (mês da compensação) alcançava R\$ 11.178.351,28, exatamente o valor do débito compensado.

3) Os créditos utilizados na compensação refere-se a pagamentos efetuados pela Telebahia, que indevidamente incluiu em sua base de cálculo do PIS e da Cofins valores recebidos a título de interconexão de redes.

4) Receitas de interconexão de redes são aquelas pagas pelas empresas prestadoras de serviços de telecomunicação pela utilização de rede telefônica de uma outra empresa, na prestação de seus serviços.

5) Com a devida vênia, o referido despacho decisório deve ser prontamente reformado, tendo em vista a clara demonstração de que os "custos com interconexão" estão fora do aspecto material da hipótese de incidência do PIS e da Cofins.

6) Nenhuma empresa de telefonia detém rede própria de transmissão que cubra todo o País, e muito menos todo o globo, pretensão que se revelaria economicamente inviável, além de ocasionar desnecessária redundância de meios.

7) Assim, para completar parte de suas chamadas originadas de sua área de atuação, vale-se a Requerente (e sempre se valerem as suas sucedidas) da infraestrutura instalada das demais companhias telefônicas, por meio da integração das respectivas redes - que é obrigatória por lei.

8) Tal sistemática recebe a denominação técnica de interconexão e está regulada pela Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações) e pela Norma n.º 24/96 – Remuneração pelo Uso das Redes de Serviço Móvel Celular e de Serviço Telefônico Público, aprovada pela Portaria n.º 1.537/96 do Ministro das Comunicações (doc. n.º 08).

9) Sobre o assunto, registra a doutrina especializada:

"De um ponto de vista comercial, a LGT caracteriza a interconexão entre redes pelo escopo de propiciar que os usuários de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra e acessar serviços nela disponíveis (art. 146, caput e incisos I e II, LGT)

De um ponto de vista jurídico-administrativo, a interconexão constitui obrigação instrumental da imposição legal da obrigação de organização das redes de telecomunicações como vias integradas de livre circulação ou curso de tráfego (art. 146, caput e incisos I e II, LGT).

A imposição da interconexão como serviço que dá acesso aos serviços disponíveis nas redes de terceiros e a imposição do curso de tráfego até ou a partir do ponto de interconexão, como meio de acesso ao usuário, essencial à prestação de serviços por terceiros, constitui norma especial de competição da LGT.

A obrigação legal de interconexão tem, portanto, por objeto a prestação de, pelo menos, dois serviços distintos e logicamente sucessivos, porque inerentes a cada uma das redes de suporte de serviços ofertados ao usuário final. Seu aperfeiçoamento dá-se pela execução global de prestações subjetivas distintas, que devem ser realizadas, sucessivamente, por cada operadora envolvida, em benefício do direito de comunicação ou de acesso a serviços de outra ou de terceiro, de que é titular o usuário final.

A interconexão deve dar-se mediante acordo, formalizado por contrato livremente negociado entre as operadoras interessadas (ad. 153 LGT).

Na falta de acordo entre os interessados, não obstante a natureza da obrigação legal de interconexão como obrigação legal de contratar em benefício de terceiro — o usuário-assinante — a LGT só admite seu suprimento pela ANA TEL, por provocação de um deles (art. 153, § 2º, LGT)."(HELENA LOPES £4VIER, O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 45-47)

10) Resulta evidente, pois, que uma mesma ligação telefônica pode ensejar duas prestações sucessivas de serviços de comunicação, a saber:

- 1ª prestação: prestador: a companhia que origina a chamada;

tomador: o assinante desta;

preço: a tarifa cobrada em conta telefônica.

-2ª prestação:

prestador: a companhia que termina a chamada;

tomador: a companhia que a origina;

preço: a tarifa de interconexão (receita de interconexão para a primeira; repasse

de interconexão para a segunda).

11) A receita da operadora que termina chamada (receita de interconexão) está, é óbvio, contida nas entradas financeiras daquela que a origina (tarifa cobrada do usuário em conta).

12) Tratando-se de caso de contratação compulsória - sob pena de intervenção da ANATEL -, sem a qual, ademais, o serviço público essencial de telefonia não se completa, conclui-se que a receita de interconexão é, para a operadora que a paga, receita de terceiros.

13) Em não se tratando de receita própria, não há que se falar, sequer, em exclusão da base de cálculo. Para que se possa excluir da base de cálculo determinada receita, o ingresso deverá, obrigatoriamente, constituir-se em receita, de modo que haverá composição da base e posterior exclusão.

14) Não é esse o caso. Em não se tratando de receita, os ingressos estão fora do âmbito de incidência da norma, em seu aspecto material. Em uma base de cálculo na qual são incluídas as receitas, não pode haver inclusão/exclusão de um ingresso que não preencha esse requisito.

15) A posição do Fisco, exarada no parecer conclusivo, causa dupla oneração das receitas de interconexão, a primeira das quais (na operadora que origina a chamada) é manifestamente indevida, por incidir sobre receita de terceiro, que passa pelas suas mãos sem jamais lhe pertencer.

16) Não bastasse isso, a presente decisão caminha em sentido diametralmente oposto ao entendimento da Câmara Superior de Recursos Fiscais do Conselho de Contribuintes. Em caso muito parecido, que discutiu a incidência no caso das receitas de *roaming*, veja-se a ementa de recente julgado:

"COFINS. RECEITAS DE TERCEIROS TELEFONIA CELULAR. 'ROAMING'. As receitas de "roaming" mesmo recebidas pela operadora de serviço móvel pessoal ou celular com quem o usuário tem contrato não se incluem na base de cálculo da Cofins por ela devida. A base de cálculo da contribuição é a receita própria, não se prestando o simples ingresso de valores globais, nele incluídos os recebidos por responsabilidade e destinados desde sempre à terceiros, como pretendido "faturamento bruto" para, sobre ele, exigir o tributo." (CC, CSRF, Processo n.º 1016500088872001- 31. Sessão de 24 de janeiro de 2006).

17) O caso seria idêntico, não fosse o nome da receita de terceiro discutida: Ainda assim, os termos da ementa transcrita são inteiramente aplicáveis. A base de cálculo do PIS e da Cofins é a receita própria, de modo que meros ingressos com fins de repasse assim não podem ser caracterizados.

18) A instituição válida de PIS e COFINS sobre a receita bruta deu-se somente com as Leis n.º 10.637/2002 e 10.833/2003, que não se aplicam à Impetrante.

19) Em suma, o PIS e a COFINS incidem sobre o faturamento (receita bruta operacional) quando sujeitos ao regime cumulativo da Lei n.º 9.718/98 - caso da Impetrante - e à receita bruta quando submetidos à sistemática da não-cumulatividade disciplinada pelas Leis n.º 10.637/2002 e 10.833/2003.

20) As entradas a que corresponda dever de imediata transferência a terceiros não constituem receita da empresa que as recebe (mas sim dos terceiros a quem são repassadas), não devendo ser tributadas pelo PIS e pela COFINS nas mãos daquela.

21) Sendo o art. 3º, § 2º, 111, da Lei n.º 9.718/98 simples preceito declaratório, a aplicação do comando nele vazado impõe-se mesmo à falta de edição do

regulamento infralegal a que remetia e mesmo diante de sua posterior revogação pela Medida Provisória n.º 1.991-18/99 e reedições posteriores.

22) De fato, a exclusão das receitas de terceiros da base de cálculo do PIS e da COFINS não depende de autorização legal, por constituir hipótese de não-incidência natural, por falta de subsunção ao conceito de receita própria da entidade que as recebe e depois repassa.

23) Como é cediço, a norma isencional (a que equivale a autorização para a exclusão de determinados tens da base de cálculo de um tributo) só se faz necessária onde o tributo pudesse em princípio incidir.

24) Não menos do que por isso, mesmo à falta de regra expressa, tem o STJ vedado a tributação de receitas de terceiros pelo ISS, com argumentos que se aplicam inteiramente ao PIS e à COFINS.

25) O que importa é distinguir - como ane STJ i o REsp. n.º 777.717/MG, - as transferências de receitas de terceiros, dedutíveis da base de cálculo do PIS e da COFINS (bem como do ISS e de quaisquer outros tributos incidentes sobre a receita ou o faturamento), das simples despesas do contribuinte com a realização de sua atividade, que não o são (sob pena de confundirem-se os conceitos de receita e de lucro).

26) A diferença está em que as despesas relacionam-se à atividade do próprio contribuinte (pagamento de seus empregados, dos fornecedores das mercadorias que revende, investimento em maquinários, etc.) ou a atividades que, podendo ser por este exercidas, são terceirizadas por simples questão de conveniência (a editora que, em vez de ter ilustradores empregados, terceiriza a atividade para outras empresas ou profissionais autônomos). Por isso são indedutíveis da receita bruta.

27) Já as receitas de terceiros dizem respeito à atividade de pessoas a que o contribuinte tem por força de recorrer na realização da atividade contratada com o seu cliente, a qual desborda de seu objeto social (como pode uma agência de publicidade criar e veicular propaganda sem remunerar os veículos de comunicação? como pode uma empresa distribuir filmes que não realizou, senão pagando royalties ao titular dos direitos autorais? como pode uma agenciadora de mão-de-obra — que não é uma empresa de segurança — atender à demanda de vigilância de um banco, senão contratando pessoas específicas para este fim?) ou ultrapassa, quando necessária, a autorização de funcionamento expedida pelo Poder Público (caso da empresa de telefonia que precisa valer-se de rede alheia para terminar chamada destinada a ponto situado fora de sua área de concessão).

28) Como se pode perceber, a situação é clara: a receita de interconexão de redes é receita de terceiros, que transita na conta da Requerente, mas que é compulsoriamente repassada para outras empresas de telecomunicações, as quais prestam serviço de interconexão à Telemar.

29) Por fim, pede a procedência da manifestação de inconformidade, para que seja homologada a compensação efetuada, reconhecendo-se o direito creditício, devidamente atualizado, bem como a insubsistência da decisão profligada e a extinção do crédito tributário consubstanciado na declaração de compensação não homologada.

A DRJ, por unanimidade de votos, julgou improcedente a manifestação de inconformidade, nos termos da ementa abaixo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/08/2000

SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. CUSTOS. INDEDUTIBILIDADE.

A base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e Cotins é o total do valor cobrado pela prestação de serviços de telecomunicação. Não podem ser deduzidos os custos de utilização, pela prestadora do serviço, de rede de telecomunicações de terceiros. Dispositivos Legais: Lei nº 9.718/1998, arts. 2º e 3º; AD SRF nº 56/2000.

Irresignada com a decisão “a quo”, a Recorrente interpôs recurso voluntário, reproduzindo, em síntese apertada, suas razões de decidir.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Walker Araujo, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Conforme exposto anteriormente, o cerne do litígio diz respeito ao direito do contribuinte excluir ou não base de cálculo das contribuições, os valores recebidos a título de interconexão telefônica.

Em ocasiões anteriores, a última dela em 31 de janeiro de 2018 Acórdão 3302-006.529, tive a oportunidade de votar no sentido de que os referidos valores não integram a referida base de cálculo, em harmonia com o entendimento de outras Turmas deste Colegiado.

Contudo, atualmente este entendimento é isolado, como se infere do julgamento do processo 10768.906953/200669, acórdão 3301-005.669, proferido por unanimidade pela Primeira Turma desta mesma Câmara, autuado contra a ora Recorrente, bem como do acórdão da CSRF 9303-009.624 e do próprio entendimento do judiciário.

Por este motivo, por concordar com os fundamentos apresentados no acórdão 3301-005.669, peço vênias para adotar suas razões como causa de decidir, a saber:

Trata-se os autos de discussão acerca do conceito de receita bruta/faturamento e se as despesas com interconexão incorridas pela prestadora de serviços de telecomunicação é despesa operacional de sua atividade, ou, ao contrário, se é um ingresso financeiro que não pode ser considerado receita própria, pois deve ser transferido para terceiros.

As contribuições para o PIS e para a COFINS, nos termos do art. 195 da Constituição e art. 3º da Lei 9.718/1997, têm como base de cálculo o faturamento, assim entendido como a receita bruta decorrentes das vendas de mercadorias e prestação de serviço de qualquer natureza conforme se extrai das Leis nº 9.715/1998 art. 3º, LC 70/91 art. 2º e art. 12 do DecretoLei 1.598/1977, conforme já assentado pelo STF nos RREE nº RE 390.840 e 358.273.

Este conceito de receita bruta, cabe salientar, não se restringe aos resultados da venda de mercadoria ou venda de serviços, mas incluem-se nesta concepção todas as receitas operacionais auferidas no exercício da atividade da empresa, como vem decidindo tanto o STJ, em sede de recurso repetitivo no REsp 929521/SP, quanto o STF no RE nº 371.258, bem como AgRg no RE nº 400.479, este último ainda pendente de embargos de declaração, mas restou decidido que receitas das atividades de

seguradora e instituições financeiras também se incluem no conceito de receita bruta, pois auferidas no exercício da atividade operacional.

Para prestação de serviços de telecomunicação as prestadoras necessitam de infraestrutura própria ou de terceiros. Para prestar serviços de telecomunicação em áreas onde a prestadora não tenha infraestrutura de conexão, como chamadas de longa distância, é necessário contratar a infraestrutura de terceiros.

Esta contratação para utilização de infraestrutura de terceiros pela operadora de telefonia é denominada pela Lei Geral de Telecomunicação de "interconexão". Assim dispõe a LGT, Lei nº 9.472/1997:

Art. 146. As redes serão organizadas como vias integradas de livre circulação, nos termos seguintes:

I é obrigatória a interconexão entre as redes, na forma da regulamentação;

II deverá ser assegurada a operação integrada das redes, em âmbito nacional e internacional;

III o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social.

Parágrafo único.

Interconexão é a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis.

Percebe-se do inciso I do art. 146 que a interconexão entre as redes é obrigatória, não podendo a proprietária da infraestrutura (ou titular dos direitos de exploração) se negar a permitir a utilização de sua rede para que uma outra operadora a utilize na prestação de seus serviços.

Esta obrigatoriedade se faz necessária como objetivo de universalização da comunicação, sendo inclusive causa de intervenção na concessionária, por ato da ANATEL, caso uma operadora se recuse, injustificadamente, a permitir a utilização da sua rede própria por uma outra concessionária, nos termos do art. 110, VI da LGT.

Assim, como já explanado no relatório adrede, uma determinada prestadora de serviços de telecomunicação presta serviços de comunicação para seus consumidores para que estes realizem chamadas para todo o país e até mesmo o exterior. Há apenas uma relação contratual entre a concessionária e seus consumidores.

Entretanto, quando for preciso completar uma chamada telefônica em uma localidade em que não possua infraestrutura, a concessionária precisa contratar a infraestrutura de outra concessionária (interconexão), remunerando a por isso, e a empresa terceira não pode recusar a contratação.

Este custo pela utilização da rede de terceiros (interconexão) é incluído na conta de telefone do usuário, que o paga para a operadora com a qual tem relação comercial.

Assim, ao prestar seus serviços de telefonia para seus consumidores em chamadas de longa distância, o consumidor paga por um serviço de telecomunicação da operadora que ele contratou, incluindo-se no preço estas despesas de conexão. Toda esta "logística" da prestação de serviço é totalmente transparente para o consumidor do serviço, já que é a operadora quem subcontrata a infraestrutura de terceiras concessionárias para a prestação de seu serviço ao consumidor.

A Recorrente afirma que as duas operadoras de telefonia prestam o serviço juntas (coprestação de serviço), onde apenas uma delas tem contrato com o usuário final e cobra pelo serviço total, mas deve repassar para a outra concessionária os valores correspondentes ao serviço de interconexão. Com este raciocínio, a Recorrente afirma que este montante é uma receita de terceiro, devendo ser excluída da base de cálculo das contribuições por não representarem receitas próprias.

Em que pese os bons argumentos trazidos pela Recorrente no sentido de que estes valores recebidos de seus usuários não são receitas, mas um mero ingresso que deve ser repassado para terceiro, esta concepção não merece prosperar.

Esta interconexão é uma subcontratação, uma despesa operacional incorrida pela prestadora de serviços no desenvolvimento de suas atividades de telefonia para seus usuários. É irrelevante para o consumidor se a Recorrente, para prestar seu serviço de telefonia, utiliza rede própria ou se precisa contratar infraestrutura de terceiros. Entre a Recorrente e seus usuários existe apenas uma relação jurídica.

Assim, assiste razão aos julgadores da r. decisão de piso ao afirmarem que o preço do serviço prestado pela Recorrente corresponde ao montante cobrado de seus usuários. Este ingresso pertence à Recorrente, é receita própria, sendo a subcontratação de outra infra estrutura uma despesa decorrente de outra relação contratual e que deve incorrer para o desenvolvimento de seus serviços. Assim, é remuneração pelo serviço por ela prestado, ainda que se utilizando de rede de terceiros. Não há dupla tributação sobre a mesma receita, mas duas receitas distintas e bem definidas. Uma em relação à impugnante, que é o valor cobrado de seu cliente pela prestação do serviço de telecomunicação; e outra da terceira. empresa, cobrada da impugnante pela utilização da rede daquela. (grifei)

Esta conclusão pode ser detectada na própria LGT, onde há a previsão de que a contratação da interconexão será fiscalizada pela ANATEL, mas as partes têm a liberdade para fixar suas cláusulas e valores:

Art. 153.

As condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, mediante acordo, observado o disposto nesta Lei e nos termos da regulamentação.

§ 1º O acordo será formalizado por contrato, cuja eficácia dependerá de homologação pela Agência, arquivando-se uma de suas vias na Biblioteca para consulta por qualquer interessado.

§ 2º Não havendo acordo entre os interessados, a Agência, por provocação de um deles, arbitrará as condições para a interconexão. (grifei)

Desta feita, é a própria Recorrente quem entabula com as outras operadoras a contratação para utilização da infraestrutura para poder prestar aos seus consumidores um serviço completo.

Os casos análogos de transferência de recursos à terceiros trazidos pela Recorrente em socorro de sua fundamentação, como os das agências de publicidade nos repasses de recursos para os veículos de comunicação, também não são comparáveis e, ademais, há norma expressa contida no art. 13 da Lei nº 10.925/2004, combinado com o art. 53 da Lei nº 7.450/1985, permitindo a exclusão destas transferências financeiras da base de cálculo das contribuições devidas pelas agências de publicidade.

Caso a lei quisesse adotar os mesmos critérios para as empresas de telefonia, o teria feito expressamente, não podendo o intérprete ampliar as hipóteses de

exclusões. Cabe salientar que havia um projeto de lei em tramitação PL 5285/2013 para alterar a Lei 9.718/1998 e permitir a exclusão das despesas de interconexão das bases de cálculo do PIS e da COFINS, mas foi arquivado por ser benefício fiscal que não encontrava amparo no art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Também não socorre a Recorrente o argumento de que o caso seria equiparável aos casos de locação de mão de obra, onde o STJ definiu que a agência deve ser tributada por ISS apenas sobre a comissão pelo agenciamento, devendo ser excluídos da base de cálculo os salários e encargos sociais, pois pertencentes à terceiros (REsp nº 771.717/MG).

Isso porque este julgado já se encontra superado por um outro julgado mais recente, proferido em sede de recursos repetitivos, onde o STJ adotou um posicionamento bem diverso em matéria de PIS e COFINS para este caso, manifestando o posicionamento no sentido de que os valores destinados aos salários e encargos trabalhistas integram a base de cálculo das contribuições devidas pelas prestadoras de serviços de locação de mão de obra temporária:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543C DO CPC. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS DESTINADAS AO CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. “FATURAMENTO” E “RECEITA BRUTA”. LEIS COMPLEMENTARES 7/70 E 70/91 E LEIS ORDINÁRIAS 9.718/98, 10.637/02 E 10.833/03. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO QUE OBSERVA REGIMES NORMATIVOS DIVERSOS.

EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO DE LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA TEMPORÁRIA (LEI 6.019/74). VALORES DESTINADOS AO PAGAMENTO DE SALÁRIOS E DEMAIS ENCARGOS TRABALHISTAS DOS TRABALHADORES TEMPORÁRIOS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO

1. A base de cálculo do PIS e da COFINS independentemente do regime normativo aplicável (Leis Complementares 7/70 e 70/91 ou Leis ordinárias 10.637/2002 e 10.833/2003), abrange os valores recebidos pelas empresas prestadoras de serviços de locação de mão de obra temporária (regidas pela Lei 6.019/74 e pelo Decreto 73.841/74), a título de pagamento de salários e encargos sociais dos trabalhadores temporários

. (...)

3. Deveras, a definição de faturamento mensal/receita bruta, à luz das Leis Complementares 7/70 e 70/91, abrange, além das receitas decorrentes da venda de mercadorias e da prestação de serviços, a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais, concepção que se perpetuou com a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98 (...).

5. Consequentemente, a definição de faturamento/receita bruta, no que concerne às empresas prestadoras de serviço de fornecimento de mão de obra temporária (regidas pela Lei 6.019/74), engloba a totalidade do preço do serviço prestado, nele incluídos os encargos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores para tanto contratados, que constituem custos suportados na atividade empresarial .

(...) 8. Recurso especial da Fazenda Nacional provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. REsp 1141065/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010 (grifei)

Também resta assentado em sede de recursos repetitivos o entendimento de que os valores recebidos pela pessoa jurídica, mas transferidos a terceiros integram a

base de cálculo das contribuições. Ainda, firmando a tese para efeito de recurso representativo da controvérsia, deixou consignado:

RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543C DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DOS VALORES COMPUTADOS COMO RECEITAS QUE TENHAM SIDO TRANSFERIDOS PARA OUTRAS PESSOAS JURÍDICAS. ART. 3º, § 2º, III, DA LEI Nº 9.718/98. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA. NÃO APLICABILIDADE.

12. A Corte Especial deste STJ já firmou o entendimento de que a restrição legislativa do artigo 3º, § 2º, III, da Lei nº 9.718/98 ao conceito de faturamento (exclusão dos valores computados como receitas que tenham sido transferidos para outras pessoas jurídicas) não teve eficácia no mundo jurídico já que dependia de regulamentação administrativa e, antes da publicação dessa regulamentação, foi revogado pela Medida Provisória n. 2.158 35, de 2001. (...)

13. Tese firmada para efeito de recurso representativo da controvérsia:

“O artigo 3º, § 2º, III, da Lei nº 9718/98 não teve eficácia jurídica, de modo que integram o faturamento e também o conceito maior de receita bruta, base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica”. (REsp 1144469/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2016, DJe 02/12/2016) (grifei)

Recentemente, em sessão de 25/09/2018, em um caso envolvendo a empresa Oi Móvel S.A. RESp nº 1.734.244, em que se discutia a exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS os valores recebidos pela prestação de serviços de telecomunicação, mas em parte transferidos à terceiros em decorrência da contratação de interconexão e roaming nos serviços de telefonia.

A Corte rejeitou o agravo interno no recurso especial por entender que a tese já foi fixada em sede de recursos repetitivos RESp. nº 1.144.469 (acórdão retro transcrito), manifestando o entendimento de que os valores repassados para terceiras empresas à título de subcontratação de serviços de interconexão/roaming, integram a base de cálculo do PIS e da COFINS, por se tratarem de receita bruta ou faturamento das empresas de telefonia.

Neste julgado, o STJ deixou claro que no recurso repetitivo RESp. nº 1.144.469 foi firmada a tese em tudo aplicável aos casos de subcontratação de interconexão nos serviços de telefonia, pois este repetitivo não se restringe à análise de aplicação do art. 3º, § 2º, III da Lei nº 9.718/1998, por ser mais amplo e afirmando que integram o faturamento qualquer valor computado como receita e transferido para outra pessoa jurídica:

Ora, o caso concreto se amolda perfeitamente aos fundamentos determinantes do recurso representativo da controvérsia RESp. n. 1.144.469 PR (Tema 313). Isto por que o repetitivo não se restringe à análise da aplicação artigo 3º, § 2º, III, da Lei n.º 9.718/98, como entende a agravante, mas parte dessa análise (caso concreto) para afirmar a tese (regra de aplicação ratio decidendi) de que " integram o faturamento e também o conceito maior de receita bruta, base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica ". (grifos do original)

Assim, neste caso específico de telefonia, RESp nº 1.734.244 da operadora "Oi Móvel S.A.", o entendimento do STJ restou assim ementado:

RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. TELEFONIA. INCLUSÃO DE VALORES A SEREM REPASSADOS A TERCEIRAS EMPRESAS A TÍTULO DE SUBCONTRATAÇÃO (SERVIÇOS DE INTERCONEXÃO / ROAMING). TEMA JÁ JULGADO EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (RESP. N. 1.144.469 PR). TEMA QUE DIFERE DAQUELE JULGADO PELO STF EM REPERCUSSÃO GERAL NO RE N. 574.706 RG / PR QUE DETERMINOU EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES AO PIS/PASEP E COFINS. AGRAVO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. MULTA DO ART. 1.021, §4º, DO CPC/2015.

(...)3. No caso concreto, a empresa concessionária de telefonia móvel visa assegurar o direito de não incluir na base de cálculo do PIS e da COFINS os valores recebidos de seus clientes e que são, por obrigação legal, repassados a terceiras operadoras a título de roaming nacional e internacional. Afirma, em síntese, que na situação de roaming a remuneração recebida dos usuários é revertida para custear os gastos com a sub contratação do uso da rede de outra operadora. Sustenta que tais valores, por isso, não são receita sua, mas de terceiros.

4. O caso concreto se amolda perfeitamente aos fundamentos determinantes do recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.144.469 PR (Tema 313). Isto por que o repetitivo não se restringe à análise da aplicação artigo 3º, § 2º, III, da Lei n.º 9.718/98, como entende a agravante, mas parte dessa análise (caso concreto) para afirmar a tese (regra de aplicação ratio decidendi) de que " integram o faturamento e também o conceito maior de receita bruta, base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica ".

(...) 6. A conhecida pretensão de se esquivar ao pagamento de tributos incidentes sobre a receita/faturamento mediante o artifício de se suprimir uma etapa econômica (tratar como faturamento de terceiro o que é faturamento próprio) já foi exaustivamente tratada e rechaçada por este Superior Tribunal de Justiça.

7. Entendimento que não sofreu qualquer derrogação pelo posterior julgamento do RE n. 574.706 RG / PR, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 15/03/2017 construído pelo STF para a não inclusão dos débitos de ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, já que aqui não se está a falar nestes autos de valor correspondente a tributo arrecadado pela empresa para repasse ao Fisco, mas sim de valor pago pelo usuário à empresa de telefonia que esta usa para pagar o contrato que firmou com outra empresa de telefonia (subcontratação de serviços), ainda que ex lege.

De ver que os temas são conexos, porém não são idênticos: o precedente do STF trata do repasse de receitas públicas/tributárias, o presente caso trata do repasse de receitas privadas/contratadas, ainda que ex lege. (AgInt no REsp nº 1734244/RJ. Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 03/10/2018)

Neste julgado, como se percebe, o STJ tomou o cuidado de ressaltar que esta situação não é equiparável ao julgamento do STF no julgamento de exclusão do ICMS, que também foi entendido como receita de terceiros, da base de cálculo do PIS e da COFINS. Isso porque o valor recebido e repassado à título de interconexão não é correspondente a tributo arrecadado pela empresa para repasse ao Fisco, mas sim de valor pago pelo usuário à empresa de telefonia que esta usa para pagar o

contrato que firmou com outra empresa de telefonia (subcontratação de serviços), ainda que ex lege.

Portanto, a contratação de interconexão é despesa incorrida para a prestação de serviços de telefonia, cuja contratação pode ser livremente pactuada entre as concessionárias. Com isso, o valor pago pelo usuário à empresa de telefonia representa o preço da prestação do serviço (faturamento), e a utilização pela concessionária de parte deste preço para pagar o contrato que firmou com outra empresa de telefonia (subcontratação de serviços), continua fazendo parte de sua receita bruta, não podendo ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Walker Araujo