EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1599065 - DF (2016/0011234-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO TEODORO SILVA SANTOS**
EMBARGANTE	:	FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO	:	OI S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL
EMBARGADO	:	OI S.A
OUTRO NOME	:	BRASIL TELECOM S/A
EMBARGADO	:	OI MOVEL S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL
OUTRO NOME	:	14 BRASIL TELECOM CELULAR S/A
ADVOGADOS	:	CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS - DF002462 EDUARDO MANEIRA - MG053500 LUIZ GUSTAVO ROCHA OLIVEIRA ROCHOLI E OUTRO(S) - MG072002 GERALDO MASCARENHAS LOPES CANCADO DINIZ - DF017828 ANA CAROLINA ANDRADA ARRAIS CAPUTO BASTOS - DF026891 EDUARDO LOURENCO GREGORIO JUNIOR - DF036531

EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO. PIS E COFINS. REGIME CUMULATIVO. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. IMPOSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DE VALORES REPASSADOS A OUTRAS OPERADORAS, A TÍTULO DE INTERCONEXÃO E *ROAMING*. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA CONHECIDOS, MAS DEPROVIDOS.

1. O cerne da controvérsia está em saber se os valores recebidos dos usuários pelas companhias de telefonia e repassados a outras operadoras, a título de interconexão e *roaming*, devem ou não ser incluídos na base de cálculo das contribuições para o PIS e a COFINS.

2. A **interconexão** (uso compartilhado das redes locais de diferentes prestadoras de serviços de telecomunicações) e o ***roaming*** (uso compartilhado de redes de outras operadoras, fora da localidade de cobertura nacional ou internacional) visam viabilizar a utilização de redes de comunicação, compatíveis entre si, pertencentes a diferentes operadoras, de modo a permitir que o relevante serviço público de telecomunicações seja melhor prestado. Por essa razão, a lei de regência dispõe que essa espécie de compartilhamento de estruturas tecnológicas para a prestação do serviço é **obrigatória** pelas concessionárias.

3. A empresa de telefonia, ao cobrar, em fatura única, todos os

Documento eletrônico VDA43453306 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): TEODORO SILVA SANTOS Assinado em: 16/09/2024 20:21:37
Publicação no DJe/STJ nº 3954 de 18/09/2024. Código de Controle do Documento: 628980ed-6cf5-4df9-ae12-11449fd02466

serviços prestados ao consumidor, deve incluir o valor correspondente à utilização da interconexão e do *roaming*, valores esses que **não lhe pertencem**, mas, sim, a quem efetivamente prestou o serviço, ou seja, àquelas outras operadoras do sistema que disponibilizaram suas redes, por força de imposição legal, para a operacionalização das telecomunicações.

4. O paradigmático julgamento do **Tema 69** pela Suprema Corte (RE 574.706/PR, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 2/10/2017), ao decidir pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, analisou importante aspecto da controvérsia: a definição do **conceito de faturamento/receita**, na qual não se insere a parcela do numerário que, embora ingresse no fluxo de caixa, não se incorpora ao patrimônio do contribuinte.

5. Portanto, os valores arrecadados de seus usuários pelas operadoras de telefonia referentes à interconexão e ao *roaming* (a serem repassados a outras operadoras pelos serviços prestados), por não integrarem o patrimônio da contribuinte, não configuram receita/faturamento e, portanto, não compõem as bases de cálculo das contribuições para o PIS e a COFINS.

6. É inadequado o argumento de que seria necessária expressa previsão legal para "excluir" os valores em discussão da base de cálculo das contribuições, uma vez que, se tais valores **não configuram faturamento**, não há falar em exclusão, mas, pura e simplesmente, em caso de **não incidência das exações**.

7. Embargos de divergência conhecidos, mas desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO, por unanimidade, conhecer dos embargos de divergência, mas negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sérgio Kukina, Gurgel de Faria, Paulo Sérgio Domingues e Afrânio Vilela votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 11 de setembro de 2024.

MINISTRO TEODORO SILVA SANTOS
Relator

Documento eletrônico VDA43453306 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): TEODORO SILVA SANTOS Assinado em: 16/09/2024 20:21:37
Publicação no DJe/STJ nº 3954 de 18/09/2024. Código de Controle do Documento: 628980ed-6cf5-4df9-ae12-11449fd02466

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1599065 - DF (2016/0011234-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO TEODORO SILVA SANTOS**
EMBARGANTE	:	FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO	:	OI S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL
EMBARGADO	:	OI S.A
OUTRO NOME	:	BRASIL TELECOM S/A
EMBARGADO	:	OI MOVEL S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL
OUTRO NOME	:	14 BRASIL TELECOM CELULAR S/A
ADVOGADOS	:	CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS - DF002462 EDUARDO MANEIRA - MG053500 LUIZ GUSTAVO ROCHA OLIVEIRA ROCHOLI E OUTRO(S) - MG072002 GERALDO MASCARENHAS LOPES CANCADO DINIZ - DF017828 ANA CAROLINA ANDRADA ARRAIS CAPUTO BASTOS - DF026891 EDUARDO LOURENCO GREGORIO JUNIOR - DF036531

EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO. PIS E COFINS. REGIME CUMULATIVO. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. IMPOSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DE VALORES REPASSADOS A OUTRAS OPERADORAS, A TÍTULO DE INTERCONEXÃO E *ROAMING*. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA CONHECIDOS, MAS DEPROVIDOS.

1. O cerne da controvérsia está em saber se os valores recebidos dos usuários pelas companhias de telefonia e repassados a outras operadoras, a título de interconexão e *roaming*, devem ou não ser incluídos na base de cálculo das contribuições para o PIS e a COFINS.

2. A **interconexão** (uso compartilhado das redes locais de diferentes prestadoras de serviços de telecomunicações) e o ***roaming*** (uso compartilhado de redes de outras operadoras, fora da localidade de cobertura nacional ou internacional) visam viabilizar a utilização de redes de comunicação, compatíveis entre si, pertencentes a diferentes operadoras, de modo a permitir que o relevante serviço público de telecomunicações seja melhor prestado. Por essa razão, a lei de regência dispõe que essa espécie de compartilhamento de estruturas tecnológicas para a prestação do serviço é **obrigatória** pelas concessionárias.

3. A empresa de telefonia, ao cobrar, em fatura única, todos os

Documento eletrônico VDA43453307 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): TEODORO SILVA SANTOS Assinado em: 16/09/2024 20:21:37
Código de Controle do Documento: 881402f6-3dd5-4d14-813e-2a0c22d18144

serviços prestados ao consumidor, deve incluir o valor correspondente à utilização da interconexão e do *roaming*, valores esses que **não lhe pertencem**, mas, sim, a quem efetivamente prestou o serviço, ou seja, àquelas outras operadoras do sistema que disponibilizaram suas redes, por força de imposição legal, para a operacionalização das telecomunicações.

4. O paradigmático julgamento do **Tema 69** pela Suprema Corte (RE 574.706/PR, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 2/10/2017), ao decidir pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, analisou importante aspecto da controvérsia: a definição do **conceito de faturamento/receita**, na qual não se insere a parcela do numerário que, embora ingresse no fluxo de caixa, não se incorpora ao patrimônio do contribuinte.

5. Portanto, os valores arrecadados de seus usuários pelas operadoras de telefonia referentes à interconexão e ao *roaming* (a serem repassados a outras operadoras pelos serviços prestados), por não integrarem o patrimônio da contribuinte, não configuram receita/faturamento e, portanto, não compõem as bases de cálculo das contribuições para o PIS e a COFINS.

6. É inadequado o argumento de que seria necessária expressa previsão legal para "excluir" os valores em discussão da base de cálculo das contribuições, uma vez que, se tais valores **não configuram faturamento**, não há falar em exclusão, mas, pura e simplesmente, em caso de **não incidência das exações**.

7. Embargos de divergência conhecidos, mas desprovidos.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de divergência opostos pela FAZENDA NACIONAL, contra acórdão da Primeira Turma do STJ, relatado pela Ministra REGINA HELENA COSTA, e ementado nestes termos:

> **PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS. COFINS. REGIME CUMULATIVO. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. INCLUSÃO DE VALORES REPASSADOS A OUTRAS OPERADORAS, A TÍTULO DE INTERCONEXÃO / ROAMING. ILEGALIDADE. COMPENSAÇÃO. APLICÁVEL A VEDAÇÃO DO ART. 26 DA LEI N. 11.457/2007. PRECEDENTES.**
>
> I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, *in casu*, o Código de Processo Civil de 1973.
>
> II - O Tribunal de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese. Inexistência de omissão.
>
> III - Configura ilegalidade exigir, das empresas prestadoras de serviços de telefonia, a base de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins integrada com os montantes concernentes ao uso da estrutura de terceiros – interconexão e roaming.
>
> IV - Cuidam-se de somas destinadas a outra operadora daquele sistema, em conformidade com a política regulatória nacional das telecomunicações, não havendo legitimidade para a incidência das exações em tela.

Documento eletrônico VDA43453307 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): TEODORO SILVA SANTOS Assinado em: 16/09/2024 20:21:37
Código de Controle do Documento: 881402f6-3dd5-4d14-813e-2a0c22d18144

V - A base imponível do tributo há sempre de guardar pertinência com aquilo que se pretende medir, não podendo conter aspectos estranhos, é dizer, absolutamente impertinentes à própria materialidade contida na hipótese de incidência.

VI - O STF, ao julgar, o Tema n. 69 de repercussão geral (RE n. 574.706/PR), declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins, por compreender que o valor de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, constituindo mero ingresso de caixa, cujo destino final são os cofres públicos. Axiologia da *ratio decidendi* que afasta a pretensão de caracterização, como faturamento, de cifras relativas à interconexão e ao roaming, as quais obedecem a sistemática própria do serviço público prestado pelas empresas do setor.

VII - A compensação tributária rege-se pela disciplina normativa vigente à época do ajuizamento da demanda. Incide a restrição à compensação forjada no art. 26 da Lei n. 11.457/2007.

VIII - Recurso Especial parcialmente provido.

Alega a embargante dissídio jurisprudencial, no que se refere à inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS dos valores computados como receitas, mas transferidos para outras empresas a título de *roaming* nacional e internacional, apontando como **paradigma** o acórdão proferido pela Segunda Turma, no **AgInt no REsp n. 1.734.244/RJ**, relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 25/9/2018, DJe de 3/10/2018, cuja ementa é a que se segue:

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 1.144.469 - PR). TEMA QUE DIFERE DAQUELE JULGADO PELO STF EM REPERCUSSÃO GERAL NO RE 574.706 RG / PR QUE DETERMINOU A 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.

1. Não ocorreu a alegada violação ao art. 535, do CPC/1973 tendo em vista que a Corte de Origem fundamentou o decisum em argumentos suficientes, havendo expressa menção aos arts. 145 et seq., da Lei n. 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), a caracterizar o regime jurídico do roaming nacional e internacional, sendo desnecessária a menção aos demais dispositivos normativos invocados.

2. Nem a Corte de Origem e nem este Superior Tribunal de Justiça são obrigados a examinar argumentos e artigos de lei e normativos invocados pelas partes que não sejam capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (v.g. art. 489, §1º, IV, 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 1.144.469-PR (Tema 313). Isto por que o repetitivo não se restringe à análise da aplicação artigo 3º, § 2º, III, da Lei

Documento eletrônico VDA43453307 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): TEODORO SILVA SANTOS Assinado em: 16/09/2024 20:21:37
Código de Controle do Documento: 881402f6-3dd5-4d14-813e-2a0c22d18144

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'.

5. Essa mesma *ratio decidendi* está presente em inúmeros precedentes deste Superior Tribunal de Justiça e também no recurso representativo da controvérsia REsp 1.141.065-SC (Tema 279, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 9.12.2009), quando examinou a tributação pelas contribuições ao PIS e COFINS dos valores recebidos pelas empresas de trabalho temporário das empresas tomadoras de serviço destinados ao pagamento de salários e encargos trabalhistas dos respectivos trabalhadores.

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 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.

8. O gravo interno de recurso especial cujo tema foi julgado sob o regime dos recursos repetitivos é manifestamente inadmissível, havendo que incidir o §4º, do art. 1.021, do CPC/2015, fixando-se a multa apropriada.

9. Agravo interno não provido.

Requer a FAZENDA NACIONAL o provimento dos embargos de divergência, para o fim de "fixar tese no sentido da legalidade da inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS dos valores computados como receitas pela recorrida, mas repassados a empresas terceiras a título de *roaming* nacional e internacional, prevalecendo o entendimento da Segunda Turma" (fl. 3145).

A então relatora, a eminente Ministra Assusete Magalhães, proferiu a **decisão** de fls. 3177-3179, admitindo o processamento dos embargos.

As ora embargadas, a OI S/A – em recuperação judicial (atual denominação: BRASIL TELECOM S/A) e OI MÓVEL S/A – em recuperação judicial (atual denominação: 14 BRASIL TELECOM CELULARS/A), ofereceram **contrarrazões** às fls. 3186-3208.

Sustentam a inadmissão dos embargos de divergência, em suma, em razão da **(i)** ausência de cotejo analítico para a demonstração da apontada divergência jurisprudencial; **(ii)** inexistência de similitude jurídica, o que afasta os fundamentos determinantes do paradigma invocado; **(iii)** falta de impugnação específica de todos os

Documento eletrônico VDA43453307 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): TEODORO SILVA SANTOS Assinado em: 16/09/2024 20:21:37
Código de Controle do Documento: 881402f6-3dd5-4d14-813e-2a0c22d18144

fundamentos nos quais se assenta o acórdão embargado, o que atrairia, por analogia, a incidência da Súmula n. 283 do STF.

No mérito, argumentam que as empresas de telefonia "são simples 'cobradoras' de valores que não dizem respeito aos serviços por elas próprias prestados (utilização de suas próprias redes), mas sim prestados por outras empresas de telefonia (utilização de redes de terceiros)". Aduzem que são "obrigadas por lei e por contrato a repassar a outras empresas de telefonia a quantia inerente à utilização das redes daquelas, pois foram elas quem prestaram o respectivo serviço (inclusive sob pena de enriquecimento ilícito)" (fl. 3201). Por essa razão, ponderam que **(iv)** "as EMBARGADAS foram alvo de exigências tributárias indevidas, particularmente por lhe estar sendo incluída na base de cálculo destas contribuições as quantias recebidas a título interconexão e de *roaming*" (f. 3201). Asseveram que "[a] incidência do PIS/COFINS sobre as tarifas de interconexão e *roaming* na pessoa da operadora que inicia a chamada, e, sucessivamente, na pessoa da operadora que finaliza a chamada acarretaria indevido *bis in idem*" (fl. 3205).

Requerem, pois, o não conhecimento dos embargos de divergência; no mérito, o desprovimento do recurso.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal ofereceu **parecer** (fls. 3210-3220) pela rejeição dos embargos, com a seguinte ementa:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. LEGALIDADE DA SUJEIÇÃO DAS EMPRESASPRESTADORAS DE SERVIÇOS DE TELEFONIAÀ BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO AOPIS E DA CONFINS INTEGRADA COM ASSOMAS REFERENTES AO USO DAESTRUTURA DE OUTRAS OPERADORAS DETELEFONIA – INTERCONEXÃO E ROAMING.
>
> – Entendimento em consonância com o decidido pelo Plenário do STF no julgamento em repercussão geral do RE 574706/PR (Tema 66).
>
> – Os valores de interconexão e *roaming* não têm o condão de integrar as bases de cálculo da contribuição ao PIS e da Cofins, uma vez que são elementos estranhos ao faturamento, constituindo-se em meros ingressos, que não podem ser computados como receita.
>
> – Parecer pela rejeição aos embargos de divergência.

As embargadas juntaram **parecer jurídico** às fls. 3222-3286.

A CONEXIS BRASIL DIGITAL – SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TELEFONIA E DE SERVIÇO MÓVEL CELULAR E PESSOAL, por meio da petição de fls. 3288-3413, requereu seu ingresso no feito na condição de *amicus curiae*.

Com a aposentadoria da então relatora, os autos foram a mim redistribuídos em 15/03/2024 (fl. 3415).

Documento eletrônico VDA43453307 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): TEODORO SILVA SANTOS Assinado em: 16/09/2024 20:21:37
Código de Controle do Documento: 881402f6-3dd5-4d14-813e-2a0c22d18144

Proferi a decisão, indeferindo o ingresso do Sindicato como *amicus curiae*, por entender que a controvérsia está devidamente posta e delineada nos autos, com clara exposição pelas partes dos aspectos fáticos e operacionais do serviço prestado, além de bem embasadas as teses jurídicas aplicáveis à espécie, o que torna desnecessário o auxílio oferecido.

É o relatório.

VOTO

O **acórdão embargado** da Primeira Turma reconheceu o direito das empresas concessionárias de telefonia, ora embargadas, 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 interconexão e *roaming*, em conformidade com a política regulatória nacional.

O **acórdão paradigma**, por seu turno, adotou posicionamento diametralmente oposto, consignando que incidiria sobre a espécie os fundamentos determinantes do julgamento do Tema 313 (REsp. n. 1.144.469/PR), ao concluir 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′."

Há, como se vê, flagrante divergência, oportuna e devidamente demonstrada pela embargante, por meio do cotejo analítico entre o acórdão embargado e o paradigma colacionado (**AgInt no REsp n. 1.734.244/RJ**, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25/9/2018, DJe de 3/10/2018), razão pela qual **conheço** dos embargos de divergência e passo ao exame do mérito.

Convém, de início, destacar a oportuna observação lançada no voto condutor do acórdão embargado, da lavra da eminente Ministra Regina Helena Costa, que **ressalta a competência deste Superior Tribunal de Justiça para apreciar a questão relacionada à exclusão dos valores decorrentes de interconexão e *roaming* da base de cálculo da COFINS e do PIS,** sem invasão da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, por se tratar de controvérsia infraconstitucional (fl. 3104-3105; grifo acrescido):

> Inicialmente, consigno que o tema tributário articulado no recurso em tela, por vezes, não ultrapassa a etapa do conhecimento, em razão da existência de precedentes desta Corte assentando, como premissa, a competência do Supremo Tribunal Federal para a análise da definição do conceito de faturamento, base de cálculo das contribuições em debate (e.g. SEGUNDA TURMA, AgInt no REsp n.

Documento eletrônico VDA43453307 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): TEODORO SILVA SANTOS Assinado em: 16/09/2024 20:21:37
Código de Controle do Documento: 881402f6-3dd5-4d14-813e-2a0c22d18144

1.746.132/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 07/02/2019, DJe 11/03/2019; e PRIMEIRA TURMA, AgInt no REsp n. 1.529.182, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, julgado em 08/06/2021, DJe 15/06/2021).

Noutro vértice, **há decisão monocrática oriunda daquele Tribunal fixando o caráter infraconstitucional da discussão, figurando como parte, vale ressaltar, uma das empresas Recorridas no presente feito (cf. RE n. 1.203.682/RJ, Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 29/05/2020, DJe 02/06/2020).**

Nesse cenário, esta Turma, atenta à indesejável ocorrência do "limbo jurisdicional" – expressão empregada pelo Sr. Ministro Gurgel de Faria em seus votos-vista proferidos nos REsp ns. 1.725.452/RS; 1.845.082/SP; e 1.849.819/PE, todos de minha relatoria para os acórdãos, julgados em 08.06.2021 – advindo, principalmente, do caráter analítico da Constituição da República, adentrou ao mérito, evitando-se eventual incongruência do sistema recursal.

Evidencia-se a assertividade de tal postura na hipótese de uma das Turmas da Seção de Direito Público desta Corte ter examinado a questão de fundo – a composição da base de cálculo das Contribuições em tela – em processo semelhante, fato verificado no presente tema (cf. SEGUNDA TURMA: AgInt no REsp n. 1.734.244/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 25/09/2018; e AgInt no REsp n. 1.560.967/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, julgado em 04/02/2020, DJe 11/02/2020).

Sobre a matéria, vale colacionar as normas concernentes às contribuições para o PIS e a COFINS, no regime cumulativo, incidentes sobre as receitas decorrentes da prestação de serviços de telecomunicações:

Lei n. 9.718/1998

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu **faturamento**, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º O **faturamento** a que se refere o art. 2º compreende a **receita bruta** de que trata o **art. 12 do Decreto-Lei no 1.598**, de 26 de dezembro de **1977**. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)

Decreto-Lei n. 1.598/1977

Art. 12. A **receita bruta** compreende: (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II - o preço da prestação de serviços em geral;

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III. (incisos incluídos pela Lei n. 12.973/2014).

[...]

Lei n. 10.637/2002

Art. 8º Permanecem sujeitas às normas da legislação da contribuição para o PIS/Pasep, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 6º:

[...]

VIII - as receitas decorrentes de prestação de serviços de

Documento eletrônico VDA43453307 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): TEODORO SILVA SANTOS Assinado em: 16/09/2024 20:21:37
Código de Controle do Documento: 881402f6-3dd5-4d14-813e-2a0c22d18144

telecomunicações;

[...]

Lei nº 10.833/2003

Art. 10. Permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º:

[...]

VIII - as receitas decorrentes de prestação de serviços de telecomunicações;

A base de cálculo do PIS e da COFINS, portanto, é o **faturamento/receita (bruta)**, assunto que sempre suscitou intensos debates nas pautas de julgamento dos tribunais pátrios.

Cumpre anotar que, depois da prolação do acórdão paradigma, sobreveio mais um julgamento da Segunda Turma sobre a mesma questão em tela, mantendo, a propósito, o mesmo entendimento sufragado no respectivo colegiado, divergente com o da Primeira Turma. A propósito, confira-se a ementas:

> TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÕES AO PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. INCLUSÃO DE VALORES A SEREM REPASSADOS A OUTRAS OPERADORAS, A TÍTULO DE INTERCONEXÃO DE REDES. QUESTÃO ABRANGIDA PELO RESP 1.144.469-PR, JULGADO SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. CONTROVÉRSIA QUE DIFERE DAQUELA JULGADA PELO STF, SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL, NO RE 574.706 RG/PR, QUE DETERMINOU A EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES AO PIS E COFINS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.
>
> I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73.
>
> II. Na origem, trata-se de ação ordinária, ajuizada por prestadoras de serviços de telecomunicação, visando afastar a incidência das contribuições ao PIS e COFINS sobre as receitas a serem repassadas a outras prestadoras de serviços de telecomunicação, por força de contratos de interconexão de redes. Após o regular processamento do feito, sobreveio a sentença de improcedência da demanda. Interposta Apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao aludido recurso, pelos fundamentos assim sintetizados na ementa do acórdão recorrido: a) "Nos termos do artigo 111 do Código Tributário Nacional: 'Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I - suspensão ou exclusão do crédito tributário; II - outorga de isenção; III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias'. Assim, vedada toda interpretação tendente a reduzir a base de cálculo de qualquer tributo sem expressa previsão legal"; b) "o disposto no art. 3º, § 2º, III, da Lei 9.718/98, que assegurava a exclusão das receitas transferidas a terceiros da base de cálculo da COFINS e do PIS, jamais produziu efeitos, ante a inexistência de regulamentação, requerida pela própria norma. Com sua revogação pela Medida Provisória 1.991-18/2000, o que já era ineficaz, deixou de existir"; c) "A vigência da norma, ou seja, a aptidão para produzir efeitos jurídicos, não confere ao contribuinte o direito de proceder ao abatimento dos valores repassados a terceiros, na forma preconizada pelo art. 3º, § 2º, III, da Lei 9.718/98, porque este apenas incide no mundo fático à medida que a norma respectiva passa a ter eficácia

Documento eletrônico VDA43453307 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): TEODORO SILVA SANTOS Assinado em: 16/09/2024 20:21:37
Código de Controle do Documento: 881402f6-3dd5-4d14-813e-2a0c22d18144

plena, o que nunca ocorreu, na hipótese, enquanto vigente". No Recurso Especial, sob alegação de violação aos arts. 111 do CTN e 3º da Lei 9.718/98, a parte ora agravante sustenta, uma vez mais, a não incidência das contribuições ao PIS e COFINS sobre os valores cobrados por conta e ordem de outras operadoras de serviços de telecomunicação e repassados, a elas, em virtude de contratos de interconexão de redes.

III. Não há falar, na hipótese, em afronta aos arts. 111 do CTN e 3º da Lei 9.718/98. Ao contrário, o acórdão recorrido está em consonância com a orientação firmada pela Primeira Seção do STJ, por ocasião do julgamento, sob o rito dos recursos repetitivos, do REsp 1.144.469/PR (Rel. p/ acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 02/12/2016), no sentido de que "o artigo 3º, § 2º, III, da Lei 9.718/98 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".

IV. A Segunda Turma do STJ, ao julgar o AgInt no REsp 1.734.244/RJ (Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 03/10/2018), enfrentou questão idêntica à dos presentes autos, ocasião em que considerou legítima a incidência das contribuições ao PIS e COFINS sobre os valores a serem repassados a outras empresas telefônicas, por força de contratos de interconexão de redes, ao fundamento de que a orientação firmada no supracitado Recurso Especial repetitivo não se restringe à análise da aplicação do art. 3º, § 2º, III, da Lei 9.718/98, 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".

V. No referido julgamento da Segunda Turma ficou claro que, diferentemente do primeiro dos dois entendimentos adotados pela Primeira Seção, no supracitado REsp 1.144.469/PR, qual seja, aquele objeto do Recurso Especial do particular e referente à questão em torno da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS), o segundo entendimento, objeto do Recurso Especial da Fazenda Nacional, no sentido 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", não sofreu qualquer derrogação pelo posterior julgamento do RE 574.706 RG / PR (STF, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, TRIBUNAL PLENO, 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 -, de vez que, em se tratando de valor repassado a outra operadora de telefonia, a título de interconexão de redes, não se está a falar 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). Assim, os temas são conexos, porém, não são idênticos: um trata do repasse de receitas públicas/tributárias; o outro trata do repasse de receitas privadas/contratadas.

VI. À toda evidência - conforme assentado pela Segunda Turma, no aludido julgamento -, excluir os valores repassados a outras operadoras de telefonia, a título de interconexão de redes, do conceito de receita/faturamento da empresa, equivaleria a permitir a todas as empresas que deduzissem, da base de cálculo de todas as exações incidentes sobre a receita/faturamento, os valores referentes à contratação particular de terceiros para auxiliar ou viabilizar a sua prestação de serviços, ou seja, permitiria a dedução das despesas e custos em geral com a contratação de terceiros, sem previsão legal para isso, descaracterizando as referidas contribuições e as aproximando perigosamente do Imposto de Renda, já que o conceito de receita/faturamento acabaria se identificando com o conceito mais restrito de "renda". Tal não foi o alcance do julgado do STF. Cabe registrar que essa supressão somente pode ser feita por lei expressa, tal como ocorre no art. 13 da Lei

Documento eletrônico VDA43453307 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): TEODORO SILVA SANTOS Assinado em: 16/09/2024 20:21:37
Código de Controle do Documento: 881402f6-3dd5-4d14-813e-2a0c22d18144

10.925/2004, que permite, às agências de publicidade e propaganda, a exclusão dos valores repassados a empresas de rádio, televisão, jornais e revistas.

VII. Para corroborar a conclusão no sentido da incidência das contribuições ao PIS e COFINS sobre os valores referentes a serviços de interconexão de redes, basta observar que, na Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados, foi arquivado o substitutivo ao Projeto de Lei 5.285, de 2013 - em que se propunha afastar a incidência das alíquotas de PIS/PASEP e COFINS sobre o montante das despesas de interconexão de redes incluídas nas receitas das operadoras de telecomunicações -, arquivamento que se deu motivado pelo entendimento de que a referida proposição envolvia a concessão de benefício tributário, sem que tivessem sido apresentadas as estimativas de renúncia de receita e sem que tivessem sido atendidos os demais requisitos exigidos pelo art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

VIII. Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp n. 1.560.967/MG, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 4/2/2020, DJe de 11/2/2020.)

Pois bem. O cerne da controvérsia está em saber se os valores recebidos dos usuários pelas companhias de telefonia e repassados a outras operadoras, a título de interconexão e *roaming*, devem ou não ser incluídos na base de cálculo das contribuições para o PIS e a COFINS.

A **interconexão** (uso compartilhado das redes locais de diferentes prestadoras de serviços de telecomunicações) e o ***roaming*** (uso compartilhado de redes de outras operadoras, fora da localidade de cobertura nacional ou internacional) visam viabilizar a utilização de redes de comunicação, compatíveis entre si, pertencentes a diferentes operadoras, de modo a permitir que o relevante serviço público de telecomunicações seja melhor prestado. Por essa razão, a lei dispõe que essa espécie de compartilhamento de estruturas tecnológicas para a prestação do serviço é **obrigatória** pelas concessionárias.

Eis as normas dispostas na Lei Geral da Telecomunicação (**Lei n. 9.472/97**):

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;

[...]

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.

Art. 147. É obrigatória a interconexão às redes de telecomunicações a que se refere o art. 145 desta Lei, solicitada por prestadora de serviço no regime privado, nos termos da regulamentação.

Art. 148. É livre a interconexão entre redes de suporte à prestação de serviços de telecomunicações no regime privado, **observada a regulamentação**.

[...]

Documento eletrônico VDA43453307 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): TEODORO SILVA SANTOS Assinado em: 16/09/2024 20:21:37
Código de Controle do Documento: 881402f6-3dd5-4d14-813e-2a0c22d18144

> **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**.
>
> **§ 1° 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.
>
> **§ 2° Não havendo acordo** entre os interessados, **a Agência, por provocação de um deles, arbitrará as condições para a interconexão**.

A Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, por seu turno, editou o Regulamento Geral de Interconexão (**Resolução n. 693/2018, de 17 de julho de 2018**), de onde se lê, *in verbis*:

> **Art. 8º As prestadoras de Serviços de Telecomunicações de interesse coletivo, no regime público ou privado, são obrigadas a tornar suas redes disponíveis para Interconexão** quando solicitado por outras prestadoras de Serviço de Telecomunicações de interesse coletivo.
>
> [...]
>
> **Art. 10 Quando da Interconexão** de duas prestadoras de Serviços de Telecomunicações de interesse coletivo, **cada prestadora deve arcar com os custos de entrega do tráfego advindo de sua rede** até o POI ou PPI da prestadora recebedora do tráfego, inclusive nas chamadas a cobrar.
>
> **§ 1º O procedimento descrito no *caput* não impede as prestadoras, por meio de negociação, de celebrarem acordo entre as partes em outras condições, seguindo o disposto na regulamentação.**

Com a explicitação do tipo de serviço prestado e as condições, cumpre examinar o ponto nodal da divergência.

A linha adotada pelo **paradigma** aponta para a inaplicabilidade do entendimento construído pelo Supremo Tribunal Federal para a não inclusão dos débitos de ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS, uma vez que, no precedente da Suprema Corte, o valor em discursão correspondente a tributo arrecadado pela empresa para repasse ao Fisco, diferente do caso em tela, em que se discute o valor pago pelo usuário à empresa de telefonia, o qual é usado para pagar contrato firmado com outra empresa de telefonia (subcontratação de serviços), ainda que por imposição legal. Assim, concluiu o ilustrado voto-condutor do acórdão da Segunda Turma, relatado pelo eminente Ministro Mauro Campbell Marques, 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*."

O **acórdão embargado**, no entanto, entende que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, o Tema n. 69 de repercussão geral (RE n. 574.706/PR), declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS, por compreender que o valor de ICMS **não se incorpora ao patrimônio do**

Documento eletrônico VDA43453307 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): TEODORO SILVA SANTOS Assinado em: 16/09/2024 20:21:37
Código de Controle do Documento: 881402f6-3dd5-4d14-813e-2a0c22d18144

contribuinte, constituindo **mero ingresso de caixa**, cujo destino final são os cofres públicos. Dessa forma, adotou a Primeira Turma a ***ratio decidendi*** desse precedente, para afastar a pretensão fazendária de caracterização, como faturamento, de cifras relativas à interconexão e ao *roaming*, as quais obedecem a sistemática própria do serviço público prestado pelas empresas do setor de telecomunicações.

Com as mais respeitosas vênias dos entendimentos contrários, penso que a melhor solução está no acórdão embargado.

O paradigmático julgamento do **Tema 69** pela Suprema Corte, ao decidir que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS, analisou importante aspecto da controvérsia, ao definir o **conceito de faturamento/receita**. A propósito, vale destacar trecho conclusivo do voto da eminente Ministra Cármen Lúcia, *in verbis*:

> [...] conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e **não constitui receita do contribuinte**, logo, **ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições**.
>
> (RE 574.706/PR, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 2/10/2017; sem grifos no original.)

Com efeito, a distinção erigida pelo paradigma da Segunda Turma, para rejeitar utilização dos fundamentos determinantes do citado precedente, no que diz respeito à vinculação da verba que entra e saí do fluxo de caixa do contribuinte (se tributária ou privada), ao meu sentir, reiterando as vênias, não é elemento relevante para desfazer a constatação iniludível de que se trata de valores que **não constituem receita**, pois **não integram o patrimônio da contribuinte, porquanto destituído do caráter de definitividade**. E é esse exatamente o ponto sobrelevado pelo acórdão embargado para aplicar a *ratio decidendi* do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do **Tema 69**.

Embora se trate de valores pagos por usuários do serviço de telefonia à operadora por eles contratada, esses montantes são posteriormente transferidos a outras operadoras do mesmo sistema, em razão do uso de suas redes, o que é uma **imposição legal** (art. 146, inciso I, da Lei n. 9.472/97) – e não mero ajuste entre particulares –, para que haja ampla cobertura e maior eficiência operacional do serviço.

Assim, a empresa de telefonia, ao cobrar, em fatura única, todos os serviços prestados ao consumidor, deve incluir o valor correspondente à utilização da interconexão e do *roaming*, valores esses que **não lhe pertencem**, mas, sim, a quem

Documento eletrônico VDA43453307 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): TEODORO SILVA SANTOS Assinado em: 16/09/2024 20:21:37
Código de Controle do Documento: 881402f6-3dd5-4d14-813e-2a0c22d18144

efetivamente prestou o serviço, ou seja, àquelas outras operadoras do sistema que disponibilizaram suas redes, por força de imposição legal, para a operacionalização das telecomunicações.

A propósito, com propriedade, anotou a relatora do **acórdão embargado**, a eminente Ministra Regina Helena Costa (sem grifos no original):

> (i) A interconexão e o *roaming* se equivalem, mormente no contexto da efetivação da interligação da telefonia, para fins de definição da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins, orientação essa adotada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF (CSRF, 3ª Turma, Processo n. 10768.906667/2006-01, Acórdão n. 9309-009.620, Relator para o *decisum* Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal, julgado em 15.10.2019); e
>
> (ii) **A atuação empresarial, no ambiente da política regulatória nacional dos serviços de telecomunicações, com inevitável compartilhamento de estrutura, implica a segregação da receita entre as empresas, bem como do custo de entrega do tráfego advindo da rede, demonstrado, em verdade, que se está diante de um autêntico repasse, valor estranho ao faturamento das operadoras Recorridas**.

Nesse contexto, também me parece absolutamente inadequada a afirmação de que seria necessária expressa previsão legal para "excluir" os valores em discussão da base de cálculo das contribuições. Ora, se tais valores **não configuram faturamento**, não há falar em exclusão, mas, pura e simplesmente, caso de **não incidência das exações**.

Corrobora esse entendimento o douto **parecer ministerial**, apoiado em substancial voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do RE n. 574.706/PR (Tema 69), do qual se extrai o seguinte excerto (fls. 3216-3218; grifos no original):

> [...]
>
> 9. Sobre o tema cita-se argumentação constante do voto do então Ministro Celso de Mello no RE nº 574.706/PR, (Tema nº 69), esclarecendo que na discussão em torno da noção conceitual de faturamento e receita para fins jurídico-tributários não se pode recusar a definição que aos institutos é dada pelo direito privado, contudo o conceito de receita não se confunde com o conceito contábil, conforme assentado pelo Supremo Tribunal Federal, que fixou o conceito de faturamento ou de receita como espécies de ingresso financeiro definitivo no patrimônio do contribuinte, sem reservas ou condições:
>
> > **Irrecusável**, Senhora Presidente, tal como assinalado por Vossa Excelência, **que o valor pertinente** ao ICMS é repassado ao Estado-membro (**ou** ao Distrito Federal), **dele não sendo titular** a empresa, **pelo fato**, juridicamente relevante, **de tal ingresso** não se qualificar como receita que pertença, por direito próprio, à empresa contribuinte.
> >
> > **Inaceitável**, por isso mesmo, **que se qualifique** qualquer ingresso como receita, **pois** a noção conceitual de receita **compõe-se** da integração, ao menos para efeito de sua configuração, de **02 (dois) elementos essenciais**:
> >
> > **a) que a incorporação** dos valores faça-se positivamente, **importando** em acréscimo patrimonial; **e**
> >
> > **b) que essa incorporação** revista-se de caráter definitivo.

Documento eletrônico VDA43453307 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): TEODORO SILVA SANTOS Assinado em: 16/09/2024 20:21:37
Código de Controle do Documento: 881402f6-3dd5-4d14-813e-2a0c22d18144

Daí a advertência de autores e tributaristas eminentes, **cuja lição**, no tema, **mostra-se extremamente precisa** (e correta) **no exame** da noção de receita.

(...)

É importante ressaltar, ainda, **que a orientação que venho de mencionar encontra apoio** em autorizado magistério doutrinário (...) **a precisa lição** de ROQUE ANTONIO CARRAZZA **exposta** em conhecida monografia **que escreveu** como doutrinador ilustre ("**ICMS** ", p. 530/542, 12ª ed., 2007, Malheiros):

(...)

"**O 'faturamento'** (que, etimologicamente, advém de 'fatura') corresponde, em última análise, ao 'somatório' do valor das operações negociais realizadas pelo contribuinte. 'Faturar', pois, é obter 'receita bruta' proveniente da venda de mercadorias ou, em alguns casos, da prestação de serviços"

Noutras palavras, 'faturamento' é a contrapartida econômica, auferida, como 'riqueza própria', pelas empresas em razão do desempenho de suas atividades típicas. Conquanto nesta contrapartida possa existir um componente que corresponde ao ICMS devido, ele não integra nem adere ao conceito de que ora estamos cuidando.

Indo ao encontro desta linha de raciocínio, a **Suprema Corte pacificou e reafirmou**, no julgamento **dos RE** 346.084, 358.273, 357.950 e 390.840, **em sessão** do dia 9.11.2005, **a distinção** entre 'faturamento' e 'receita'. **Mais**: deixou claro que 'faturamento' é espécie de 'receita', podendo ser conceituado como o 'produto da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviço (...).

(...)

A parcela correspondente ao ICMS pago não tem, pois, natureza de 'faturamento' (e nem mesmo de 'receita'), **mas de simples 'ingresso de caixa'** (na acepção 'supra'), **não podendo**, em razão disso, **compor a base de cálculo** quer do PIS, quer da COFINS.

Ademais, se a lei pudesse chamar de 'faturamento' o que 'faturamento' não é (e, a toda evidência, empresas não faturam ICMS), **cairia por terra o rígido esquema de proteção ao contribuinte, traçado** pela Constituição.

(...)

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) (...).

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". (destaques constam do original).

10. Ora, só porque meros ingressos transitaram na contabilidade da empresa não significa que houve incorporação definitiva de valores ao seu patrimônio.

11. No caso da interconexão e do *roaming*, ora em análise, cuida-se de somas destinadas a outras operadoras de telefonia e por **disposição legal**, de acordo com a política regulatória nacional do setor de telecomunicações, formadas por leis e resoluções. Frise-se ainda ser o serviço de *roaming* **obrigatório**, nos termos do artigo 146, I, da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), de onde se extrai ser impositiva também a operação integrada das redes, em âmbito

Documento eletrônico VDA43453307 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): TEODORO SILVA SANTOS Assinado em: 16/09/2024 20:21:37
Código de Controle do Documento: 881402f6-3dd5-4d14-813e-2a0c22d18144

> nacional e internacional. Do mesmo modo é **obrigatório** às empresas de telecomunicações tornar suas redes disponíveis para interconexão quando solicitadas por outras prestadoras de serviço de telefonia, devendo inclusive casda (Artigo 8º da Resolução nº 693/2018 – Anatel), devendo inclusive, cada prestadora, arcar com os custos de entrega do tráfego advindo de sua rede (art. 10 da referida Resolução).

Em suma: os valores arrecadados de seus usuários pelas operadoras de telefonia referentes à interconexão e ao *roaming* (a serem repassados a outras operadoras pelos serviços prestados), por não integrarem o patrimônio da contribuinte, não configuram receita/faturamento e, portanto, não compõem as bases de cálculo das contribuições para o PIS e a COFINS.

Ante o exposto, CONHEÇO dos embargos de divergência, mas a eles NEGO PROVIMENTO.

É como voto.

Documento eletrônico VDA43453307 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): TEODORO SILVA SANTOS Assinado em: 16/09/2024 20:21:37
Código de Controle do Documento: 881402f6-3dd5-4d14-813e-2a0c22d18144

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1599065 - DF (2016/0011234-7)

RELATOR	:	**MINISTRO TEODORO SILVA SANTOS**
EMBARGANTE	:	FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO	:	OI S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL
EMBARGADO	:	OI S.A
OUTRO NOME	:	BRASIL TELECOM S/A
EMBARGADO	:	OI MOVEL S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL
OUTRO NOME	:	14 BRASIL TELECOM CELULAR S/A
ADVOGADOS	:	CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS - DF002462 EDUARDO MANEIRA - MG053500 LUIZ GUSTAVO ROCHA OLIVEIRA ROCHOLI E OUTRO(S) - MG072002 GERALDO MASCARENHAS LOPES CANCADO DINIZ - DF017828 ANA CAROLINA ANDRADA ARRAIS CAPUTO BASTOS - DF026891 EDUARDO LOURENCO GREGORIO JUNIOR - DF036531

VOTO-VOGAL

MINISTRO AFRÂNIO VILELA: Em análise, embargos de divergência interpostos pela FAZENDA NACIONAL contra acórdão da Primeira Turma do STJ, de relatoria da Ministra Regina Helena Costa, segundo o qual configura ilegalidade exigir, das operadoras de telefonia, a base de cálculo da contribuição ao PIS e da Cofins integrada com os montantes concernentes ao uso da estrutura de terceiros – interconexão e *roaming*.

Nos embargos de divergência o ente público apontou dissídio com o acórdão proferido pela Segunda Turma do STJ, no AgInt no REsp 1.734.244/RJ, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, sustentando, em síntese, que se incluem na base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS os valores que a concessionária de serviços telefônicos recebe de seus clientes e que são, por obrigação legal, repassados a terceiras operadoras a título de *roaming* nacional e internacional.

Admitido o regular processamento dos embargos de divergência, a parte

embargada, na impugnação, requereu o não conhecimento do recurso, ou então, a negativa de seu provimento.

O Ministério Público Federal, em seu parecer, manifestou-se pela rejeição dos embargos de divergência.

Iniciado o julgamento dos embargos de divergência, o Ministro Relator deles conheceu, mas negou-lhes provimento, por entender que os valores arrecadados de seus usuários pelas operadoras de telefonia referentes à interconexão e ao *roaming* (a serem repassados a outras operadoras pelos serviços prestados), por não integrarem o patrimônio da contribuinte, não configuram receita/faturamento e, portanto, não compõem as bases de cálculo das contribuições para o PIS e a COFINS.

Passo a decidir.

Preliminarmente, concordo com o Ministro Relator no sentido de que a divergência jurisprudencial restou devidamente comprovada e demonstrada, razão pela qual os embargos de divergência devem ser conhecidos.

No tocante ao mérito recursal, comungo do mesmo entendimento adotado pela Primeira Turma desta Corte, por ocasião da prolação do acórdão ora embargado, entendimento esse que veio a ser endossado pelo judicioso voto do Ministro Relator.

Com efeito, a partir da interpretação da legislação de regência das contribuições ao PIS e da COFINS, em harmonia com os dispositivos da legislação do setor de telecomunicações reproduzidos no voto do Ministro Relator, é forçoso reconhecer que os valores arrecadados de seus usuários pelas operadoras de telefonia referentes à interconexão e ao *roaming* (a serem repassados a outras operadoras pelos serviços prestados), não constituem receita/faturamento, pois não integram o patrimônio da pessoa jurídica contribuinte.

Conforme sustentado pela parte embargada, acertadamente, o acórdão ora embargado, ao tratar de interconexão de redes como atividade que geraria receita de terceiros, salvaguardou o conceito de interconexão, previsto nos arts. 146 a 156 da Lei 9.472/1997 (Lei Geral das Telecomunicações) e nos arts. 8º e 10 da Resolução

693/2018, da ANATEL, que determinam a obrigatoriedade dessa atividade de co-prestação de serviços.

E como restou bem esclarecido pelo Ministério Público Federal, em seu parecer, os valores de interconexão e *roaming* não têm o condão de integrar as bases de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, uma vez que são elementos estranhos ao faturamento, constituindo-se em meros ingressos a serem repassados a terceiros, em função de serviços por estes prestados, e que, portanto, não podem ser computados como receita própria da contribuinte (fl. 3.210).

Enfim, a caracterização de um valor como receita exige que o empenho/exploração dos meios de produção seja realizado pelo titular destes meios, compondo receita própria, que não é o caso dos autos. Assim, os ingressos financeiros, por si só, não podem ser tomados como receita.

Isso posto, acompanho o Ministro Relator, para conhecer dos embargos de divergência e negar-lhes provimento, de modo a fazer prevalecer o acórdão embargado.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2016/0011234-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EREsp 1.599.065 / DF**

Números Origem: 00351343020084013400 200834000354109 351343020084013400

PAUTA: 28/08/2024 JULGADO: 11/09/2024

Relator
Exmo. Sr. Ministro **TEODORO SILVA SANTOS**

Ministro Impedido
Exmo. Sr. Ministro : **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão
Exma. Sra. Ministra REGINA HELENA COSTA

Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. DARCY SANTANA VITOBELLO

Secretária
Bela. MARIANA COUTINHO MOLINA

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE	:	FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO	:	OI S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL
EMBARGADO	:	OI S.A
OUTRO NOME	:	BRASIL TELECOM S/A
EMBARGADO	:	OI MOVEL S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL
OUTRO NOME	:	14 BRASIL TELECOM CELULAR S/A
ADVOGADOS	:	CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS - DF002462 EDUARDO MANEIRA - MG053500 LUIZ GUSTAVO ROCHA OLIVEIRA ROCHOLI E OUTRO(S) - MG072002 GERALDO MASCARENHAS LOPES CANCADO DINIZ - DF017828 ANA CAROLINA ANDRADA ARRAIS CAPUTO BASTOS - DF026891 EDUARDO LOURENCO GREGORIO JUNIOR - DF036531

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - Cofins

SUSTENTAÇÃO ORAL

Proferiu sustentação oral o Dr. EUCLIDES SIGOLI JUNIOR, pela EMBARGANTE: FAZENDA NACIONAL.
Assistiu ao julgamento o Dr. EDUARDO MANEIRA, pela EMBARGADA: OI S.A.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A PRIMEIRA SEÇÃO, por unanimidade, conheceu dos embargos de divergência, mas negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sérgio Kukina, Gurgel de Faria, Paulo Sérgio Domingues e Afrânio Vilela votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Documento eletrônico VDA43404355 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARIANA COUTINHO MOLINA, PRIMEIRA SEÇÃO Assinado em: 12/09/2024 11:31:40
Código de Controle do Documento: 5599C876-FC5A-4118-AF68-B8B41D5856C4

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2016/0011234-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EREsp 1.599.065 / DF**

Documento eletrônico VDA43404355 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARIANA COUTINHO MOLINA, PRIMEIRA SEÇÃO Assinado em: 12/09/2024 11:31:40
Código de Controle do Documento: 5599C876-FC5A-4118-AF68-B8B41D5856C4