

previsão legal autorizadora da incidência direta ou repasse jurídico das alíquotas do PIS e da Cofins, sobre o preço dos serviços de telefonia, a concessionária não pode fazê-lo.

- Afirmando ser indevido o repasse jurídico ou incidência direta, resulta que deve ser restituído tudo quanto foi do consumidor cobrado, todavia descabe a devolução em dobro, com base no art. 42 do CDC, pois tal legislação não se aplica quando ausente a prova da má-fé na cobrança indevida.

- A prescrição, no caso, é de 10 anos, ao influxo do art. 205 do CC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0223.09.283524-6/001 - Comarca de Divinópolis - Apelante: Maria da Conceição Fernandes - Apelado: Telemar Norte Leste S.A. - Relator: DES. LUCIANO PINTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Eduardo Mariné da Cunha, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de janeiro de 2010. - *Luciano Pinto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUCIANO PINTO - Maria da Conceição Fernandes ajuizou ação ordinária em face de Telemar Norte Leste S.A., narrando ter firmado com a ré contrato de prestação de serviços de telefonia fixa.

Disse que a requerida lhe estaria repassando nas contas telefônicas os valores do PIS e da Cofins, embora tal repasse fosse ilegal, haja vista não ter havido pactuação acerca de tal pagamento nem ser ela, consumidora final, obrigada a arcar com tributos devidos pela concessionária do serviço público.

Discorreu sobre a matéria e, ao final, requereu a procedência da ação para que a ré seja obstada de cobrar nas suas contas telefônicas os valores relativos ao PIS e Cofins e, ainda, que seja condenada a devolver os valores que cobrou a tal título, desde a contratação.

Citada, a ré não apresentou contestação (f. 21).

A autora requereu o julgamento antecipado do feito (f. 25).

Sobreveio sentença às f. 32/37, que julgou improcedente o pedido, ao fundamento de ser legal o repasse dos tributos ao consumidor final.

Embargos de declaração de f. 40/41, rejeitados à f. 42.

Ação de indébito - Serviço público - Telefonia - PIS e Cofins - Repasse ao consumidor - Preço dos serviços - Incidência - Exclusão e restituição devidas - Prescrição decenal

Ementa: Apelação cível. Ação de indébito. Serviço público. Telefonia. PIS e Cofins. Repasse ao consumidor. Incidência sobre o preço dos serviços. Exclusão e restituição devidas. Prescrição decenal.

- A telefonia é serviço público e, portanto, a concessionária está sujeita ao princípio da legalidade; logo, não havendo

Daí o recurso de f. 44/48, pelo qual a autora insiste na tese de ser ilegal o repasse na conta telefônica do PIS e da Cofins, transcrevendo jurisprudência sobre a matéria.

Pedi, por fim, o provimento do seu recurso, para que seja reformada a sentença, julgando-se procedente seu pedido.

Não foram apresentadas contrarrazões (f. 52).

É o relatório.

Decido.

Conheço do recurso porque presentes seus pressupostos legais.

Cuidam os autos de matéria ligada à legalidade da prática adotada pela concessionária de serviço público de telefonia, Telemar, que repassa ao consumidor o ônus financeiro do PIS e da Cofins, na fatura mensal.

De início, importa registrar que a contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

Da mesma forma, a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com incidência não cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

Vejamos:

Lei 10.637/2002:

Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

Lei 10.833/2003:

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

Força é convir, pois, que o sujeito passivo das obrigações, nos termos do inciso I do parágrafo único do art. 121 do CTN, é a empresa de telefonia, não o consumidor do serviço, porque este não tem qualquer relação pessoal ou direta com o fato gerador.

O que importa, então, é saber se o sujeito passivo das contribuições (PIS e Cofins) pode transferir o ônus financeiro para o consumidor do serviço de telefonia, já que não compõem o custo da tarifa anunciada pela concessionária.

A meu aviso não, porque esses tributos não incidem diretamente sobre a prestação do serviço de telefonia.

Bem de ver que a jurisprudência pacificada do STJ também assim entende, conforme exemplo:

A Segunda Turma desta Corte firmou entendimento no sentido da ilegalidade do repasse do PIS e da Cofins na fatura telefônica, bem como acerca da má-fé das empresas de telefonia e, por consequência, da abusividade dessa conduta (AgRg no Ag 1102492/SP).

4. A Segunda Turma desta Corte firmou entendimento no sentido da ilegalidade do repasse do PIS e da Cofins na fatura telefônica, bem como acerca da má-fé das empresas de telefonia e, por consequência, da abusividade dessa conduta (REsp 910784/RJ).

Acrescente-se que, ao contrário do entendimento da sentença, o PIS e a Cofins não podem ser confundidos com ICMS (f. 62), tanto em relação a seus fatos geradores como com relação às suas bases de cálculo e suas sistemáticas de cobrança.

O fato gerador do PIS e da Cofins não é a prestação do serviço, e a base de cálculo respectiva não é o valor ou preço do serviço ou tarifa.

Ao contrário, o fato gerador é o faturamento como sinônimo da receita bruta, e a base de cálculo é o valor do faturamento como receita bruta que inclui, como acentuado, outras receitas extraoperacionais, além daquela estritamente operacional decorrente das tarifas cobradas dos consumidores.

E assim é porque não há qualquer dispositivo da legislação pertinente que determine que o tributo incida diretamente sobre o preço do serviço ou tarifa, individualmente, prestação a prestação, usuário a usuário, conta a conta. Essas duas contribuições (PIS e Cofins), como já aludido, são muito diferentes, e não se confundem com o ICMS.

E, pela mesma ordem de razões, também não há qualquer disposição da legislação que determine a cobrança do usuário consumidor na fatura da conta respectiva, como a ré/apelada arbitrariamente entendeu de proceder.

Em razão disso, o PIS e a Cofins somente podem integrar o preço das tarifas compondo os seus custos, proporcionalmente, segundo o grau de participação na formação do preço, de modo que o repasse seja somente o econômico, mas jamais o jurídico.

Em face do sistema jurídico vigente e das disposições constitucionais e legais em vigor, portanto, o repasse do PIS e da Cofins somente pode ser o econômico, e nunca o repasse jurídico.

A propósito, veja-se o contido no julgamento do Recurso Especial nº 1.053.778-RS, de que foi Relator o Ministro Herman Benjamin:

[...] Enfim, eminentes colegas, o repasse jurídico ou incidência direta, isto é, das próprias alíquotas do PIS e da Cofins sobre o valor pago a título de tarifa de telefone, além de não autorizado legalmente, incorre em tríplice equívoco: (a) contribuinte passa a ser o consumidor, e não o fornecedor; (b) fato gerador passa a ser a prestação do serviço, e não o faturamento ou receita bruta da concessionária; e (c) base de cálculo passa a ser o valor do serviço, e não o valor do fatu-

ramento ou receita bruta da concessionária, a qual, conforme bem salientado pelo eminente Des. Cassiano, abrange tanto a receita operacional (decorrente das tarifas), quanto as não operacionais, observadas as exclusões previstas no art. 1º, § 3º, da Lei 10.637/02, relativamente ao PIS, e no art. 1º, § 3º, da Lei 10.833/03, relativamente à Cofins.

No âmbito do Direito Tributário, devem ser examinados os pontos fixados pela instância de origem: há indevida alteração na sujeição passiva tributária, no fato gerador (ou no momento de sua ocorrência) e na base de cálculo dessas contribuições?

Como visto, o acórdão recorrido concluiu que a adição do PIS e da Cofins à tarifa de telefonia altera, de forma indevida, a relação jurídica tributária, tendo em vista que: (a) contribuinte passa a ser o consumidor e não o fornecedor; (b) fato gerador passa a ser a prestação do serviço e não o faturamento ou receita bruta da concessionária; e (c) base de cálculo passa a ser o valor do serviço e não o valor do faturamento ou receita bruta da concessionária, a qual, conforme bem salientado pelo eminente Des. Cassiano, abrange tanto a receita operacional (decorrente das tarifas), quanto as não operacionais, observadas as exclusões previstas no art. 1º, § 3º, da Lei 10.637/02, relativamente ao PIS, e no art. 1º, § 3º, da Lei 10.833/03, relativamente à Cofins.

Entendo que a inclusão do PIS e da Cofins na fatura (conta telefônica) não tem o condão de modificar a sujeição passiva tributária. O usuário é tão somente contribuinte de fato, já que suporta o ônus financeiro, permanecendo a concessionária como contribuinte de direito. Note-se que esse fenômeno ocorre no ICMS e que não há, em relação a esse imposto, discussão quanto à sujeição passiva.

Assim, estou que deve ser reformada a sentença, para o acolhimento do pedido inicial.

Isso posto, dou provimento ao recurso, julgo procedente o pedido, condenando a ré/apelada a se abster de cobrar nas contas telefônicas da autora, a partir do trânsito em julgado deste acórdão, valores relativos a PIS e Cofins, sob pena de multa no valor de 10% (dez por cento) do valor da fatura em que forem cobrados, condeno ainda, a ré/apelada, ao pagamento dos valores efetivamente cobrados, desde a contratação dos serviços, observando-se a prescrição de 10 anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, com correção monetária desde cada cobrança indevida e juros de mora a partir da citação, tudo conforme for apurado em liquidação de sentença por arbitramento.

Custas e honorários advocatícios, pela ré/apelada, esses que fixo em 10% sobre o valor da condenação, com base no art. 20, § 3º, do CPC, dada a simplicidade da matéria versada nos autos, que conta com vasta jurisprudência.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MÁRCIA DE PAOLI BALBINO e LUCAS PEREIRA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.