



ESTADO DO ACRE
Secretaria de Estado de Fazenda
Conselho de Contribuintes do Estado do Acre

ACÓRDÃO Nº	83/2018
PROCESSO Nº	2015/81/33717
RECORRENTE:	AMERICEL S/A
ADVOGADOS:	EDSON ANTÔNIO SOUSA PINTO OAB/RO 4.643 ANA CAROLINA RODRIGUES TEIXEIRA ZANIN OAB/AC 3.534
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
PROCURADOR FISCAL:	LEANDRO RODRIGUES POSTIGO MAIA
RELATOR:	Cons. BRENO GEOVANE AZEVEDO CAETANO
DATA DE PUBLICAÇÃO:	

E M E N T A

ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. PRELIMINAR QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO. DESCONTOS CONCEDIDOS POR EMPRESA DE TELEFONIA. CARÁTER CONDICIONAL. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO E MULTA PUNITIVA.


1. A preliminar de nulidade suscitada pelo Recorrente acaba por se confundir com o mérito e com este será analisada. 2. Os descontos discutidos nos autos são concedidos sob condição, razão pela qual integram a base de cálculo do imposto, na forma do art. 8º, inciso II, alínea “a”, da Lei Complementar nº 55/97. 3. Configura infração tributária a omissão de pagamento do imposto em decorrência de apuração incorreta, passível da exigência do imposto e da respectiva multa punitiva, na forma do art. 61, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 55/97. 3. Não cabe ao Conselho de Contribuintes do Estado do Acre, por ser Órgão Administrativo, deixar de aplicar instrumento normativo sob alegação de inconstitucionalidade ou ilegalidade, consoante determinação do artigo 175, da Lei Complementar Estadual nº 07/82, tarefa reservada aos órgãos do Poder Judiciário, a teor do artigo 102, inciso I, alínea “a” c/c artigo 97, ambos da Constituição Federal. 4. Recurso voluntário improvido. Decisão por maioria.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que é interessada AMERICEL S/A, ACORDAM os membros do Conselho de Contribuintes do Estado do Acre, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário do contribuinte e, via de consequência, em manter a decisão, ora recorrida, tudo nos termos do voto do Conselheiro Relator, que passa a constituir parte deste julgado. Participaram do julgamento os Conselheiros a seguir nominados: Nabil Ibrahim Chamchoum (Presidente), Breno Geovane Azevedo Caetano (Relator), André Luiz Caruta Pinho, Fredi Dettweiler e Marco Antonio Mourão de Oliveira. Presente ainda o Procurador Fiscal Leandro Rodrigues Postigo Maia. Sala das Sessões, Rio Branco, Capital do Estado do Acre, 28 de novembro de 2018.


Nabil Ibrahim Chamchoum
Presidente


Breno Geovane Azevedo Caetano
Conselheiro - Relator


Leandro Rodrigues Postigo Maia
Procurador Fiscal



ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DO ACRE

PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO nº 2015/81/33717 – RECURSO VOLUNTÁRIO

RECORRENTE: AMERICEL S/A

RECORRIDA: Fazenda Pública Estadual

PROCURADORA FISCAL: Raíssa Carvalho Fonseca e Albuquerque

RELATOR: Cons. Breno Geovane Azevedo Caetano

RELATÓRIO

Trata-se de **Recurso Voluntário** interposto por **AMERICEL S/A**, em face da Decisão nº 635/2016 proferida pela Diretoria de Administração Tributária (fls. 212/216), nos autos do Processo Tributário Administrativo de auto de infração, impugnado pela Recorrente, que **decidiu pela improcedência do pedido**, como se afere do *decisum* vergastado:

Ante o exposto, com fundamento no art. 2º, inciso III; no art. 5º, inciso IX; no art. 6º, inciso VI; no art. 8º, inciso II, alínea “a”; no art. 22, da Lei Complementar nº 55/97; no arresto STJ AgRg no Recurso Especial nº 1.157.617 – SP (2009/0180479-7); no art. 161, do CTN; no art. 62-A, da Lei Complementar nº 55/97, c/c os arts. 514 e 515, do Decreto nº 08/98; no AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 503.031 SP do STF e Parecer nº 785/2016 do Departamento de Assessoramento Tributário, decido pela **improcedência** do pedido de exclusão do Auto de Infração e Notificação Fiscal nº 07.297/2015, pertinente a exigência da cobrança do ICMS incidente sobre os descontos condicionais, que foram excluídos pelo contribuinte da base de cálculo do imposto. Bem como, os valores lançados a título de juros moratórios e penalidade pecuniária, considerando que os descontos condicionais integram a base de cálculo para o pagamento do ICMS, considerando ainda que o não recolhimento do ICMS implica na cobrança de juros e aplicação de penalidade pecuniária.

Em suas razões (fls. 219/241), o Recorrente aduz, em síntese, preliminarmente, nulidade do auto de infração por erro de motivação (fática e jurídica), visto que os descontos sobre serviços não se confundem com o desconto fornecido na compra de um aparelho celular em conjunto com a aquisição de um dos planos ofertados pela Recorrente. No mérito, alega (i) que os descontos concedidos objeto do AINF são incondicionais, pois não dependem de evento futuro e incerto, conforme se infere, por exemplo, do regulamento da promoção “Verão 2011” (fls. 53/60); e (ii) caráter confiscatório da multa aplicada.

Por fim, requer (i) o cancelamento do AINF, ora impugnado, seja em razão de sua

patente nulidade, seja em virtude da manifesta natureza de descontos incondicionais das promoções praticadas pela Recorrente; e (ii) subsidiariamente, caso mantido o AINF, seja afastada a penalidade aplicada ou reduzida a um patamar não confiscatório.

Na forma do disposto no Regimento Interno deste Conselho, a representante da Fazenda Estadual, por intermédio do Parecer N° 205/2017/PGE/PF (fls. 277/290), opinou pelo **não provimento** do Recurso Voluntário.

A Procuradoria Fiscal, quanto à preliminar suscitada pelo Recorrente, alega que o pretense erro de motivação do Auto de Infração diz respeito à própria controvérsia fática e jurídica travada nos autos, confundindo-se, assim, com o mérito recursal. Não se cuida de hipótese em que os agentes fiscais procederam à autuação considerando ocorridos fatos inexistentes, mas da adoção de interpretação, divergente da do Contribuinte, de que os descontos concedidos não são incondicionais. Entende-se, portanto, que a preliminar de vício de motivação resta prejudicada, devendo ser discutido a classificação dos descontos concedidos no julgamento do mérito.

No mérito, sustenta que diferentemente do que compreende o Recorrente, não é somente a questão da fidelização ao plano de telefonia que irá determinar que o desconto seja condicional ou não e que, no presente caso, é possível verificar que os descontos quando concedidos sempre estão atrelados a algum tipo de condição, a título de exemplo, reproduz as cláusulas do regulamento apresentado pela Recorrente: “Planos Controle, Claro 45 e 80: Carência de 12 meses com multa de R\$ 450,00 para Kit e R\$ 750,00 para Upgrade”; “Pacotes de Internet: a carência é de 12 meses com multa de 50% do valor da mensalidade multiplicadas pelo número de meses restantes para o fim da carência”; e “Para o cliente usufruir dos benefícios desta promoção, ele deverá permanecer adimplente durante todo o processo promocional, sob pena de perder definitivamente a promoção”. Neste sentido, entende que os descontos devem ser considerados condicionais, o que permite a sua inclusão na base de cálculo do ICMS.

No que se refere à multa aplicada sustenta que ela não tem caráter confiscatório, visto que a aplicação do princípio do não confisco restringe-se aos tributos, não incidindo com relação às multas.

É o relatório, e nos termos do art. 10, inciso XI, do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes do Estado do Acre (Decreto n° 13.194/05), solicito a inclusão em pauta para julgamento.

Rio Branco – AC, 20 de novembro de 2018.

Breno Geovane Azevedo Caetano
BRENO GEOVANE AZEVEDO CAETANO
Conselheiro Relator



ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DO ACRE

PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO nº 2015/81/33717 – RECURSO VOLUNTÁRIO

RECORRENTE: AMERICEL S/A

RECORRIDA: Fazenda Pública Estadual

PROCURADORA FISCAL: Raíssa Carvalho Fonseca e Albuquerque

RELATOR: Cons. Breno Geovane Azevedo Caetano

VOTO DO RELATOR

Cuida-se de pedido de cancelamento do lançamento tributário materializado por meio do Auto de Infração e Notificação Fiscal nº 07.297/2015, sob a alegação de que os descontos concedidos objeto do AINF são incondicionais conforme se infere do regulamento da promoção (fls. 53/60).

Ab initio, conheço o **Recurso Voluntário** (fls. 219/241), eis que preenchidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade para tanto.

Preliminarmente, o Recorrente alega nulidade do auto de infração por erro de motivação (fática e jurídica), visto que os descontos sobre serviços não se confundem com o desconto fornecido na compra de um aparelho celular em conjunto com a aquisição de um dos planos ofertados pela Recorrente. Restá claro que a preliminar de nulidade suscitada pelo Recorrente acaba por se confundir com o mérito e com este será analisada.

Quanto ao mérito, noto que os descontos da promoção “Verão 2011” (fls. 53/60) não são concedidos de forma incondicional. O item “10. Carência” do regulamento estabelece a carência atrelada ao subsídio de aparelho, vejamos “Planos Controle, Claro 45 e 80: Carência de 12 meses com multa de R\$ 450,00 para Kit e R\$ 750,00 para Upgrade”; “Pacotes de Internet: a carência é de 12 meses com multa de 50% do valor da mensalidade multiplicadas pelo número de meses restantes para o fim da carência” e o item “14. Outras considerações” impõe contraprestação aos clientes ao determinar “Os clientes que habilitarem um plano Claro Controle, conta, Sob Medida ou Combo na promoção e por ventura migrarem para Claro Cartão, ou para um plano com franquia inferior ao contratado, perderão o benefício da Promoção” e “Para o cliente usufruir dos

benefícios desta promoção, ele deverá permanecer adimplente durante todo o processo promocional, sob pena de perder definitivamente a promoção”. Ademais, para a obtenção desta promoção, os clientes devem realizar a fidelização a um dos planos pós de telefonia elegíveis elencados no Regulamento que sempre estão atrelados a algum tipo de condição.

Por ser assim, é de se entender que os descontos discutidos nos autos são concedidos sob condição, razão pela qual integram a base de cálculo do imposto, de conformidade com as disposições do art. 8º, inciso II, alínea “a”, da Lei Complementar nº 55/97, *in verbis*:

Art. 8º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso II do art. 6º:

[...]

II - o valor corresponde a:

a) seguros, juros e demais importâncias recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição, assim entendidos os que estiverem subordinados a eventos futuros e incertos; [...]

Noutro ponto, no que se refere à multa aplicada, não cabe ao órgão administrativo deixar de aplicar instrumento normativo sob alegação de inconstitucionalidade ou ilegalidade (art. 175, da Lei Estadual nº 07/82), tarefa reservada aos órgãos do Poder Judiciário (art. 102, inciso I, alínea “a” c/c art. 97, ambos da Constituição Federal).

Desse modo, reitero o assentado na decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões, 28 de novembro de 2018.


BRENO GEOVANE AZEVEDO CAETANO
Conselheiro Relator