



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

|                     |   |
|---------------------|---|
| ACÓRDÃO Nº          | 82/2018   |
| PROCESSO Nº         | 2015/81/38218   |
| RECORRENTE:         | VIVO S/A  |
| ADVOGADOS:          | ANA CAROLINA RODRIGUES TEIXEIRA ZANIN OAB/AC<br>3.534 |
| RECORRIDA:          | FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL                              |
| PROCURADOR FISCAL:  | LEANDRO RODRIGUES POSTIGO MAIA                        |
| RELATOR:            | Cons. Sup. WILLIAN DA SILVA BRASIL                    |
| DATA DE PUBLICAÇÃO: |   |

EMENTA

ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. DESCONTOS CONCEDIDOS POR EMPRESA DE TELEFONIA. CARÁTER CONDICIONAL. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO E MULTA PUNITIVA.

1. 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. 2. 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 VIVO 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), Willian da Silva Brasil (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

  
Willian da Silva Brasil  
Conselheiro - Relator

  
Leandro Rodrigues Postigo Maia  
Procurador Fiscal



ESTADO DO ACRE  
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA  
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo Administrativo nº 2015/81/38218 - RECURSO VOLUNTÁRIO  
RECORRENTE: VIVO S/A  
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
PROCURADORA: DRA. RAÍSSA CARVALHO FONSECA E ALBUQUERQUE  
ADVOGADA: DRA. ANA CAROLINA RODRIGUES TEIXEIRA ZANIN  
RELATOR: Cons. Sup. WILLIAN DA SILVA BRASIL

### RELATÓRIO

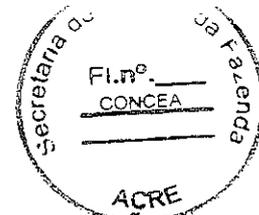
Trata-se de **Recurso Voluntário** interposto por **VIVO S/A**, em face da Decisão nº 237/2015 proferida pela Diretoria de Administração Tributária (fls. 114/117), nos autos do Processo Tributário Administrativo de impugnação ao Auto de Infração, requerido pela Recorrente, que **decidiu pela improcedência do pedido**, como se afere do *decisum* vergastado:

Ante o exposto, com fundamentos nos arts. 2º, inciso III; 5º, inciso IX; 6º, inciso VI; 8º, inciso II, alínea "a"; 22 e 61, inciso I, todos da Lei Complementar nº 55/97; e no Parecer n. 305/2017 do Departamento de Assessoramento Tributário, decido pela **IMPROCEDÊNCIA** do pedido para **cancelar o Auto de Infração e Notificação Fiscal n. 07.401**, lavrado no dia 21 de dezembro de 2015, porquanto os descontos condicionais nos serviços de telecomunicações integram a base de cálculo do ICMS.

Em outras palavras, a Decisão combatida manteve o auto de infração sobre a falta de recolhimento sobre o valor integral da operação, o que inclui o valor efetivamente cobrado somado ao desconto considerado condicional pelo Fisco.

Irresignado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário (fls. 120/126), aduzindo que os descontos a que se refere o Auto de Infração, são incondicionais, derivando de ato volitivo exclusivo da empresa, não devendo compor a base de cálculo do imposto, e que a multa rescisória não tem qualquer relação jurídica com os descontos concedidos. Não juntou cópia do contrato contendo as cláusulas para a concessão do desconto.

Na forma do disposto no Regimento Interno deste Conselho, o Representante da Fazenda Estadual, por intermédio do Parecer/PGE/PF nº 206/2017 (fls. 184/190), opinou pelo **desprovimento** do Recurso Voluntário, ratificando os termos da Decisão nº 237/2015 proferida



pela Diretoria de Administração Tributária.

A Procuradoria Fiscal sustenta que o ato administrativo se reveste de presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, e que a avença (contratação do serviço com fruição de desconto no pacote) não se aperfeiçoaria sem a aquiescência do cliente às cláusulas contratuais, dentre as quais a cláusula penal em caso de rompimento do contrato pelo cliente.

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

Rio Branco – AC, de

de 2018.

*Willian da Silva Brasil*  
Conselheiro Relator



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

PROCESSO: 2015/81/38218 – RECURSO VOLUNTÁRIO  
RECORRENTE: VIVO S/A  
RECORRIDA: Fazenda Pública Estadual  
PROCURADOR FISCAL: Dra. Raíssa Carvalho Fonseca e Albuquerque  
RELATOR: Cons. Sup. Willian da Silva Brasil

VOTO DO RELATOR

Cuida-se Recurso voluntário contra a Decisão 237/2017, da Diretoria de Administração Tributária, que decidiu pela total improcedência do pedido para cancelar o Auto de Infração e Notificação Fiscal nº 07401/2015.

*Ab initio*, conheço o Recurso Voluntário, eis que preenchidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade para tanto, razão pela qual passo ao exame do mérito.

O AINF combatido foi lavrado em função da exclusão da base de cálculo do ICMS de valores correspondentes a descontos tidos como condicionais por ato da fiscalização, conforme notas fiscais de prestação de serviço de telecomunicação (planilha de apuração de fl. 03 e mídia anexa).

Em impugnação ao auto de infração o contribuinte alegou:

- a) Caráter incondicional dos descontos;
- b) Ilegalidade da cobrança de ICMS sobre uma base de cálculo maior que a praticada pelo sujeito passivo.

Em sede de primeira instância, o julgador considerou presentes os requisitos da futuridade e incerteza, próprios dos descontos condicionais, eis que, como cediço, a aquiescência do plano contratado está atrelada à adesão do cliente às cláusulas de fidelidade e pontualidade.

No mesmo sentido foi o Parecer PGE/PF 206/2017, o qual sustenta o caráter condicional dos descontos concedidos, eis que presentes os respectivos requisitos, destacando, ainda, a acessoriedade da multa contratual. Vejamos:

[...] a cláusula penal tem, como uma de suas características essenciais, a acessoriedade. Desse modo, a multa (acessório) depende de uma obrigação contratual (principal) para existir – a qual pode se consubstanciar numa condição – e somente perdurará enquanto houver obrigações (condições) a serem cumpridas.

Passemos, portanto, a analisar cada uma das teses levantadas pela Recorrente:

Primeiramente, cumpre destacar que a controvérsia orbita em torno da



configuração ou não da condição resolutiva nos contratos de prestação de serviços de telecomunicação. Havendo condicionante, o imposto deverá incidir integralmente sobre o valor do serviço, caso contrário, o lançamento deverá considerar o desconto.

Compulsando os autos, verificou-se que a Recorrente se limitou a rebater os pontos que fundamentaram a exação, mas deixou de instruir o pedido com cópia do contrato de prestação de serviços de telecomunicação vigente à época fiscalizada.

Não obstante, conforme o art. 27, § 2º, da Resolução 488 de 2007, com redação dada pela Resolução 528 de 2009, ambas da Anatel, podemos concluir que as cláusulas de fidelização vigentes à época devem constar no próprio contrato de prestação de serviços, restando assegurado ao cliente a aquisição de serviço com ou sem fidelidade.

Atualmente, apenas para exemplificar, vige a Resolução 632 de 2014, cujo art. 2º, inciso II define o contrato de permanência (fidelidade):

**Contrato de Permanência: documento firmado entre Consumidor e Prestadora, regido pelas regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, que trata do benefício concedido ao Consumidor em troca da sua vinculação, durante um prazo de permanência pré-determinado, a um Contrato de Prestação do Serviço;**

O regulamento atual da Anatel difere da regra anterior por prever dois contratos distintos: o Contrato de Prestação de Serviços e o Contrato de Permanência, este vinculado àquele, e que prevê a concessão de benefícios em troca de permanência mínima ao contrato principal (inteligência do art. 57, c/c §3º, da Resolução 632/2009).

Como se vê, embora a Recorrente alegue (à fl. 124) que a concessão de descontos seja mera liberalidade, ato unilateral da empresa, as práticas comerciais e a própria legislação parecem apontar no sentido contrário, trazendo ao caso dois questionamentos: a) Em relação ao Contrato de Prestação de Serviço – se o desconto depende, exclusivamente, do arbítrio da empresa, por quê a necessidade constar em contrato (negócio jurídico bilateral)? b) em relação ao Contrato (ou cláusula) de Permanência – o que levaria o cliente a assumir, gratuitamente, uma permanência a um serviço contratado, sujeitando-se, inclusive, a penalidade por rescisão antecipada do contrato? Sem acesso aos termos dos contratos, parece pouco plausível que a concessão de desconto, no presente caso, tenha se dado de maneira incondicional.

Vejamos o que tem a dizer a jurisprudência a respeito da fidelização de clientes mediante a concessão de benefícios (REsp 1445560/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2014, DJe 18/08/2014):

ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA. CLÁUSULA DE FIDELIZAÇÃO. LEGALIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS.

1. É firme a jurisprudência do STJ de que a chamada cláusula de fidelização em contrato de telefonia é legítima, na medida em que se trata de condição que fica ao alvedrio do assinante, o qual recebe benefícios por tal fidelização, bem como por ser uma necessidade de assegurar às operadoras de telefonia um período para



recuperar o investimento realizado com a concessão de tarifas inferiores, bônus, fornecimento de aparelhos e outras promoções.

Verifica-se, portanto, que a jurisprudência, a legislação e a praxe reconhecem a cláusula de fidelização como condição para a concessão de determinados benefícios nos contratos de prestação de serviços.

Portanto, considerando a presunção de legitimidade de que se reveste o ato administrativo, e diante da ausência de contratos e regulamentos que apontem o caráter incondicional dos descontos concedidos, não há como acolher a essa tese levantada pelo Recurso.

Quanto à base de cálculo tributada, não há que se falar em ilegalidade, eis que o valor dos descontos condicionais deve ser considerado no cálculo do imposto devido. Uma interpretação *a contrario sensu* da Súmula 457 do STJ:

ICMS. Alíquota. Base de cálculo do imposto. Desconto condicionado à contratação de prestação de serviços de telefonia. Auto de Infração e Imposição de Multa lavrado por falta de recolhimento de ICMS em operação de contratação de telefonia. **Descontos condicionados à contratação de prestação de serviço de telefonia e manutenção de tais servidos por certo período.** Cláusula contratual que prevê o pagamento dos descontos concedidos no caso de rompimento do contrato antes do prazo contratual ou por rescisão por culpa da contratante. **Desconto que se caracteriza como condicionado. Valor do desconto que deve integrar a base de cálculo do ICMS** nos termos dos artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 87/96, Lei Estadual nº 6.374/89, e art. 37, §1º, item 01 do Decreto Estadual nº 45.490 (RICMS/SP). Súmula nº 457 do STJ.

Por outro lado, em relação à base de cálculo do imposto, a Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir), em seu artigo 13, § 1º, inciso II, alínea "a", última parte, onde determina que o valor correspondente aos descontos condicionais concedidos deve integrar a base de cálculo do ICMS.

No caso em espeque, o auto de infração combatido foi lavrado sobre o valor do desconto, eis que considerado condicional pela fiscalização, portanto, houve descumprimento do disposto na legislação, sendo legítima a cobrança.

*In fine*, por todo o exposto, reitero o assentado na decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos.

Nego provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões, 22 de novembro de 2018.

Willian da Silva Brasil  
Relator