



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

ACÓRDÃO Nº	14/2018
PROCESSO Nº	2015/81/38218
RECORRENTE:	VIVO S/A
ADVOGADOS:	ANA CAROLINA RODRIGUES TEIXEIRA ZANIN OAB/AC 3.534
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
PROCURADOR FISCAL:	LUÍS RAFAEL MARQUES DE LIMA
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. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. TESES DE RECURSOS NÃO ABORDADOS DIRETAMENTE. RECURSO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO

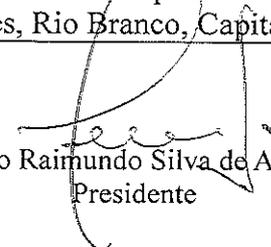
1. Pedido de reconsideração formulado em função da omissão da decisão de segunda instância acerca dos pontos: a) Não configuração da condição como elemento do contrato em razão da ocorrência de evento simultâneo e certo, da vontade unilateral da empresa; e b) Multa rescisória com caráter distinto do desconto, haja vista os valores não serem coincidentes, o pagamento da multa ter caráter de direito decorrente do adimplemento contratual, além da permanência no plano ser evento certo.

2. Pedido de reconsideração conhecido, mas improvido, após debatidos e abordadas as teses de recurso, ainda assim não foi possível modificar o caráter condicional dos benefícios concedidos em troca da permanência no plano contratado, razão pela qual foi mantida a incidência do imposto respectivo.

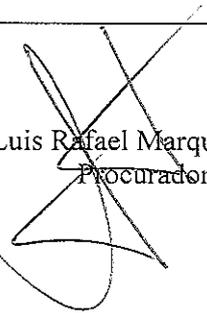
3. Decisão integrativa. Pedido de reconsideração improvido. Unânime.

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 pedido de reconsideração 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: Antonio Raimundo Silva de Almeida (Presidente), Willian da Silva Brasil (Relator), André Luiz Caruta Pinho, Fredi Dettweiler e Márcio José Castro de Aquino. Presente ainda o Procurador Fiscal Luís Rafael Marques de Lima. Sala das Sessões, Rio Branco, Capital do Estado do Acre, 22 de maio de 2019.


Antônio Raimundo Silva de Almeida
Presidente


Willian da Silva Brasil
Conselheiro - Relator


Luis Rafael Marques de Lima
Procurador Fiscal



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 de Pedido de Reconsideração contra o Acórdão nº 82/2018, publicado no Diário Oficial do Estado de nº 12.459, de 12 de dezembro de 2018, interposto sob o fundamento de omissão quanto aos pontos:

- a) Não configuração da condição como elemento do contrato
 - a.1 Ocorrência de evento simultâneo e certo;
 - a.2 Vontade unilateral da empresa.
- b) Multa rescisória com caráter distinto do desconto
 - b.1 Valores não coincidentes;
 - b.2 Não pagamento da multa como direito decorrente do adimplemento contratual;
 - b.3 Permanência no plano como evento certo.

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.

Vejamos ponto a ponto, cada uma das teses propostas no Pedido de Reconsideração:

1. PONTO A.1 - OCORRÊNCIA DE EVENTO SIMULTÂNEO E CERTO

Aduz o recorrente que a fidelização é certa e simultânea à concessão do desconto.

Ocorre que, como demonstrado à fl. 198, vigia na época do fato gerador, regra que previa a celebração de contrato único com dois objetos: a prestação de serviço e a fidelização (Resolução 488/2007, da Anatel), inclusive com previsão de benefícios em troca de fidelização (art. 2º, inciso II).

De fato, a empresa antecipa o desconto para o cliente que opte pela permanência no plano por um determinado tempo. O benefício aqui é simultâneo e certo à celebração do contrato, portanto não se constitui uma condição, não havendo dúvidas quanto a isso. No entanto, o desconto não é o fato que, se vir a ocorrer, dá direito ao benefício. O desconto é o benefício, repise-se.

Por outro lado, o elemento que atende à descrição de condição contratual é a permanência, esta é elemento acidental ao contrato de prestação de serviços e fidelização mencionado alhures, eis que a permanência é:

- a) Voluntária – conforme mencionado demonstrado no voto de fls.197/199, havia a previsão na legislação de contrato com ou sem fidelização (art. 27, § 2º, da Resolução 488/2007, com redação dada pela Resolução 528/2009, ambas da Anatel), presumindo-se, por conclusão lógica, que as duas possibilidades estavam postas ao usuário do serviço;
- b) Futura – permanência pressupõe decurso de tempo
- c) Incerta – havendo ocorrendo uma probabilidade mínima de um evento ocorrer, ele restará incerto. No caso presente tanto há a possibilidade de não permanência, como existe cláusula penal pelo descumprimento, multa que não se confunde com o valor garantido a título de desconto.

2. PONTO A.2 - VONTADE UNILATERAL DA EMPRESA

Alega o Recorrente que a concessão do desconto deriva do arbítrio da empresa.

Conforme exposto, ainda na fl. 198, repetimos, vigia norma que previa a opção, pelo cliente, de celebração de um contrato com ou sem fidelização, portanto, não há que se falar em vontade unilateral. Vejamos *in litteris* o dispositivo mencionado (art. 27, da Resolução nº 488, de 3 de dezembro de 2007):

Ao **Assinante** deve sempre haver a **opção** de contratar os serviços da Prestadora sem cláusulas de fidelização.
(grifamos)

Ora, existindo a possibilidade de celebração de um contrato sem fidelização e havendo a possibilidade de fazê-lo, ainda com desconto (concedido por vontade unilateral da empresa), estaríamos diante de um desconto incondicional. Tal possibilidade não foi demonstrada nos autos, vez que não consta cópia de contrato em que, não optando por fidelização, ainda assim o cliente receba desconto na aquisição de aparelho ou mesmo na mensalidade do plano.

3. PONTOS B.1 E B.2 – NATUREZA JURÍDICA DA MULTA CONTRATUAL

Alega, o Recorrente, que a multa contratual prevista não coincide com o valor do desconto e se constitui um direito dado ao consumidor.

A princípio, conforme explanado nos pontos anteriores, resta configurada a condição, eis que presentes a vontade, a futuridade e a incerteza do cumprimento da cláusula de permanência (art. 121, do Código Civil), prescindindo de mais elementos para a sua caracterização. Todavia, façamos a análise mais detalhada da natureza jurídica da multa contratual:

A estipulação de pena rescisória não é elemento caracterizador da condição, mas uma obrigação acessória ao contrato de prestação de serviços, senão vejamos o que diz a doutrina de Silvio de Salvo Venosa¹:

Cláusula penal é uma obrigação de natureza acessória. Por meio desse instituto insere-se uma multa na obrigação, para a parte que deixar de dar cumprimento ou apenas retardá-lo.

[...]

Quando a multa é aposta para o descumprimento total da obrigação, ou de uma de suas cláusulas, será compensatória.

Como vemos acima, a pena contratual não tem natureza jurídica de direito, mas de obrigação acessória do tipo compensatória que visa coagir uma das partes ao cumprimento de todo o contrato ou de suas cláusulas, no caso em espeque, da cláusula de fidelidade.

Por outro lado, também inexistente na lei, na doutrina ou na jurisprudência, entendimento que exija que a cláusula penal seja coincidente com o prejuízo advindo do inadimplemento contratual. O que há é um limite superior, ou seja, a multa não poderá exceder ao valor da obrigação principal. No entanto não há limite mínimo, podendo até nem existir cláusula penal nos contratos. Vejamos o que diz o Código Civil a respeito:

Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

[...]

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

Enfim, como demonstramos, não há a necessidade de coincidência de valores entre a multa contratual e o valor concedido a título de desconto para que seja caracterizada a condição. Aliás nem seria preciso haver previsão de cláusula penal para que seja configurada a condição, já que a multa não é elemento formador desta que se constitui um evento surgido de uma manifestação volitiva, com futuridade e incerteza.

¹ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil. 17 ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

PONTO B.3 – PERMANÊNCIA NO PLANO COMO EVENTO CERTO

Aduz, por fim, o Recorrente, que a permanência em um determinado plano é evento certo.

A afirmativa acima é logicamente inválida, eis que não se pode determinar categoricamente a permanência de um cliente por determinado período de tempo. Tanto é que a própria peça recursal diz ser possível a aplicação de uma multa em caso de rescisão antecipada (fls. 125).

CONCLUSÃO E VOTO

À rigor, tanto o desconto concedido, quanto a multa contratual são conseqüências de condições postas ao consumidor que, querendo, poderá optar por aderir ao contrato com ou sem cláusula de permanência (condição que lhe dará ou não o direito ao desconto na compra de um produto), e em um segundo momento esse consumidor poderá permanecer ou não no plano contratado (condição que lhe eximirá ou não do pagamento da multa rescisória).

Em uma rápida análise pode parecer que o desconto, por ser concomitante à assinatura do contrato, descaracterizaria a condição como elemento acidental da avença. Todavia, percebe-se que o desconto é concedido **após a escolha** do instrumento contratual, **se** o cliente optar por um dos modelos de contrato. Percebe-se aqui que estão presentes os elementos caracterizadores da condição tanto na incidência da multa, como na concessão do desconto, já que ambas as possibilidades se adéquam perfeitamente à proposição lógica **se p então q**, senão vejamos:

- a) Se optar por contrato com fidelização, o cliente terá direito ao desconto;
- b) Se permanecer pelo tempo mínimo estipulado, não será cobrada multa rescisória.

Percebe-se, sem muito esforço que estamos diante de duas condições. A primeira resultou na glosa do valor concedido a título de desconto e cobrado o imposto sobre ele. Já a segunda não foi objeto de tributação, uma vez que não se constitui fato gerador de ICMS.

Por fim, restando configurada celebração de contratos com concessão de desconto condicionadas à adesão à cláusula de permanência, por todos os fundamentos acima expostos, mantenho a Decisão e **nego provimento ao recurso**.

É como voto.

Sala das Sessões, 27 de maio de 2019.

Willian da Silva Brasil
Relator