

PROCESSO - A. I. Nº 281081.0005/21-1
RECORRENTE - TIM S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0277-04/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 27/07/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0165-11/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. USO IRREGULAR DE CRÉDITO PRESUMIDO. O pagamento em cartão de crédito, uma vez autorizada a transação, libera o consumidor de qualquer obrigação perante o fornecedor, pois este dará ao consumidor total quitação. Assim, o pagamento por cartão de crédito é modalidade de pagamento à vista, *pro soluto*, implicando, automaticamente, extinção da obrigação do consumidor perante o fornecedor. Pelo exposto acima, é forçoso admitir que embora o desembolso do cliente ocorra em até 40 dias, para efeitos de cobrança, trata-se de pagamento à vista, e, portanto, pré-pago, ainda que o cliente não desembolse o valor do contrato no momento da aquisição do plano. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, decorrente de Auto de Infração julgado Procedente na Primeira Instância deste Conselho de Fazenda, lavrado em 17/06/2021, sendo lançado ICMS no valor de R\$120.844,91, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 001.004.006 – “Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS”.

Em complemento consta a seguinte informação: “A TIM S/A utilizou irregularmente crédito fiscal presumido de 1%, no exercício de 2019, referente aos planos Tim Controle Express que são lançados na escrita fiscal pela série exclusiva “BO”.

São efetivamente Planos Pré-Pagos, visto que, são pagos, ativados e recarregados, através do cartão de crédito dos seus clientes. Apuramos que esses contratos exigem o pagamento antecipado, via cartão de crédito, para haver a antecipação dos serviços de comunicações, essa característica é totalmente avessa aos moldes dos planos pós-pagos, perante a legislação tributária.

A empresa criou especificamente a série “BO”, em suas notas fiscais de telecomunicações, para tratar, “exclusivamente” dos Planos Liberty Controle Express, em função da sua característica completamente distinta dos seus planos pós-pagos.

Para corroborar nossa afirmação apensamos ao PAF Intimação Fiscal 02/2018 e a resposta da empresa a esta intimação fiscal. A autuada, em resposta a Intimação fiscal 02/2018 elaborada pelo fisco, declara de forma objetiva que os valores lançados na Série “BO” são referentes a ‘Recarga de Pré-Pago através de cartão de crédito-Plano Liberty Controle Express’.

O Fisco também anexa ao PAF os contratos Tim Liberty Controle Express”, Tim Controle Giga B Promo Express, Tim Controle Light Express e Tim Controle A Express, que confirmam tidas nossas afirmações.

Estes contratos demonstram que são planos essencialmente pré-pagos, visto que, para serem ATIVADOS/PAGOS, precisam que seja efetuado o PRÉ-PAGAMENTO dos serviços através de Cartão de Crédito do cliente, modalidade de pagamento considerada à vista pela legislação brasileira. Inclusive, caso os serviços contratados se esgotem pelo uso antes de 30 dias o cliente poderá fazer uma nova RECARGA, através de qualquer loja ou pelo número *244 utilizando o cartão de crédito. Exatamente como num plano pré-pago e completamente oposto ao modelo pós-pago. Vide parte dos contratos anexados.

O Código de defesa do consumidor e também o STJ já possuem claro entendimento, manifestado através de

diversas decisões, que as compras feitas com cartão de crédito são consideradas à vista pois garante ao estabelecimento comercial o efetivo adimplemento, e que a disponibilização dessa forma de pagamento é uma escolha do empresário.

(...)

A legislação tributária do Estado da Bahia no artigo 269, inciso XIV, alínea “a”, reza que devem ser excluídos da base de cálculo do crédito presumido de 1%, os documentos emitidos por uso de rede, interconexão e planos pré-pagos.

Portanto fica evidente que os valores referentes a série “BO” devem ser excluídos da base de cálculo do crédito presumido.

Os valores excluídos, referente a serie BO” estão demonstrados no ANEXO A de cobrança apenso ao PAF. “

Após a impugnação (fls. 34/39) e a informação fiscal (fls. 125/28), o Auto de Infração foi julgado Procedente conforme voto abaixo:

VOTO

A acusação fiscal encontra-se assim descrita: “Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS. “.

De acordo com os documentos acostados aos autos e informações inseridas no Auto de Infração no campo “Descrição dos Fatos”, constato que a glosa do crédito decorreu do fato do sujeito passivo ter se utilizado para a apuração do crédito presumido de 1%, previsto no art. 169, inciso IX, alínea “a” do RICMS, operações inseridas em suas notas fiscais de telecomunicação, série “BO”. No entendimento da fiscalização, as ditas operações seriam classificadas como “Planos Pré-Pagos”, já que de acordo com os contratos apresentados pela TIM foram efetuados pagamentos antecipados, via cartão de crédito, para haver a ativação dos serviços.

Consta ainda a informação de que a autuada em atendimento à intimação do Fiscal declarou de forma objetiva que os valores lançados na “serie “BO”, são referentes à “Recarga de Pré-Pago, através de cartão de crédito- Plano Liberty Controle Express.

Na apresentação da defesa o autuado argumentou que o “Plano Liberty Controle Express”, que foi considerado pela Fiscalização como serviço pré-pago que se trata de um plano pós pago, que difere dos demais planos dessa categoria devido apenas à forma de pagamento.

Justifica que visando uma melhor facilidade para seus clientes, alterou a forma de pagamento para o referido plano de serviços. Ao invés do valor referente à prestação ser cobrado em boleto bancário, o pagamento é realizado pelo cartão de crédito do cliente.

Assim, para segregar a prestação de serviço internamente, foi criada a série “BO”, que possui a mesma característica das demais séries de planos pós-pagos. Diferenciando-se dos casos de recarga avulsa, quando o valor ativado é registrado através da série “G”, referente a serviços pré-pagos e não utilizada para fins de cálculo do crédito presumido.

Acrescenta que, a fim de comprovar que o plano de serviços sobre o qual entendeu a Fiscalização ser indevido o aproveitamento de crédito presumido de ICMS, informa estar juntando o modelo de Notas Fiscais de prestação de serviço (Doc. 04), no qual constam as informações relativas à ativação do plano, que demonstram a natureza pós-paga dos serviços.

Ao proceder a informação fiscal, o Autuante reitera as informações contidas no campo “Descrição dos Fatos” inseridos no Auto de Infração, enfatizando que as características de pagamento antecipado para que possa ocorrer a ativação dos serviços, esgotamento de serviços antes de 30 dias, e compra de recarga se mostram completamente avessos aos modelos de contrato dos Planos Pós- Pago. Portanto, os valores referentes a série “BO”, devem ser excluídos da base de cálculo do crédito presumido, como o assim procedeu.

Analizando os elementos que compõem o presente PAF, observo que o mesmo atende ao disposto no art. 269, inc. XIV, alínea “a” do RICMS/2012, que determina a exclusão para cálculo do crédito presumido as operações referentes a planos pré-pagos.

Art. 269. *Ficam concedidos os seguintes créditos presumidos do ICMS para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e de apuração do imposto a recolher.*

(...)

XIV - em opção ao processo de restituição relativo aos valores recolhidos indevidamente em função de faturamento indevido, as empresas prestadoras de STFC, SMP, SMC e SCM, mediante a celebração de termo de acordo com a Secretaria da Fazenda, representada pelo titular da Diretoria de Administração Tributária do domicílio do contribuinte, poderão utilizar o valor correspondente a aplicação do percentual de 1% (um por cento) sobre o valor dos débitos de ICMS relacionados à prestação de serviços de comunicação e telecomunicação cujo documento fiscal seja emitido em via única, nos termos do Convênio ICMS nº 115/03, sendo que:

a) na base de cálculo do crédito presumido ficam:

- 1. incluídos os documentos fiscais emitidos por terceiros em “cobilling” e cofaturamento;*
- 2. excluídos os documentos emitidos por uso de rede, interconexão e planos pré-pagos*

- a) Chego a tal conclusão em razão da informação do próprio contribuinte, ao ser intimado pela fiscalização para informar todas as séries e modelos de notas fiscais utilizados pela empresa, e sua utilização, conforme se observa na Intimação 02/2018, fl. 07.*
- b) Em resposta, o sujeito passivo apresetou planilha informando todas as séries por ela utilizadas no período autuado, sendo que a série “BO”, encontra-se a informação de que se refere a: “Recarga de Pré-Pago através de cartão de crédito- Plano Liberty Controle Express”, conforme documento de fl. 08, razão pela qual tais valores foram objeto do presente lançamento.*
- c) Neste caso, caberia ao autuado trazer provas para desconstituir a sua própria afirmativa de que a série “BO” se referia a planos pré pagos. No entanto, na apresentação da defesa apesar do mesmo ter informado de que estaria anexando Notas Fiscais de prestação de serviço (Doc. 04), no qual continham as informações relativas à ativação do plano, que demonstrariam a natureza pós-paga dos serviços, observo que o citado Doc. 04 inserido no CD de fl. 120 consta cópia da Intimação 04/2017 emitida pelo autuante, cujo original se encontra à fl. 09, emitida em 24/02/21, onde a fiscalização solicita a apresentação de planilha, demonstrando, mês a mês, a composição dos valores utilizados a título de crédito presumido.*

O impugnante solicita, que seja determinada a redução da multa imposta a patamares razoáveis, em respeito aos princípios da vedação ao confisco, razoabilidade e proporcionalidade.

Em relação a tal pedido (multa lançada no percentual de 60% do imposto), a arguição de respeito aos princípios da vedação ao confisco, razoabilidade e proporcionalidade, não podem ser acolhidas, visto que a imposição fiscal decorreu de expressa previsão da Lei nº 7.014/96, no seu art. 42, inc. VII, “a”.

Por outro lado, é vedado aos órgãos administrativos de julgamento deixar de aplicar as regras que compõem o ordenamento jurídico-tributário, nos termos do que estabelece o art. 167 do RPAF/BA, baseado, apenas, no argumento de que houve violação a regras ou princípios constitucionais.

Por fim, quanto ao pedido do representante legal da empresa de que cópias das notificações referentes a presente lide sejam encaminhadas ao seu escritório de advocacia, situado no estado do Rio de Janeiro, entendo que nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade da intimação, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado, o contribuinte ingressou com o presente recurso às fls. 153/62.

DOS FATOS

Trata-se de Auto de Infração, lavrado pela Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia, objetivando a cobrança de ICMS, por suposta utilização irregular de crédito fiscal presumido no percentual de 1%, referente ao faturamento “Pré-pago” lançado na escrita fiscal Série BO, em desacordo com o RICMS/BA, referente ao período de janeiro a dezembro de 2019, no valor histórico de R\$201.511,42.

Não obstante o direito ao referido crédito, a Fiscalização Estadual considerou que a Recorrente teria supostamente violado o disposto nos artigos 49 da Lei nº 7.014/96 e nos artigos 269 e 270 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/12.

A exigência fiscal compreende, ainda, a cobrança de multa, correspondente a 60% (sessenta por cento) do valor do imposto lançado, na forma do artigo 42, inciso VI, alínea “a” da Lei Estadual nº 7.014/1996.

Em razão disso, foi apresentada Impugnação em face da referida autuação, por meio da qual foram sustentados fundamentadamente os motivos para cancelamento dos débitos consubstanciados no Auto de Infração em referência.

Em que pese os sólidos fundamentos apresentados pela Recorrente, a Colenda 4ª Junta de Julgamento Fiscal proferiu o v. acórdão, ora recorrido, o qual entendeu pela procedência integral da autuação, mantendo a cobrança de ICMS em virtude do aproveitamento indevido de crédito fiscal presumido, referente ao faturamento “Pré-pago” lançado na escrita fiscal Série BO,

relacionado ao período de janeiro a dezembro de 2019.

Todavia, conforme restará demonstrado a seguir, o entendimento adotado pelos Ilmo. Julgadores de 4ª Junta de Julgamento Fiscal não merece prosperar, posto que uma vez **a série BO deve ser incluída na base de cálculo do crédito presumido**, não havendo que se falar em qualquer irregularidade cometida pela Recorrente, razão pela qual deve ser reformado integralmente o v. acórdão ora recorrido, sendo cancelado o Auto de Infração nº 281081.0005/21-1, em referência

DO CORRETO APROVEITAMENTO DOS CRÉDITOS NOS MESES DE JANEIRO A DEZEMBRO DE 2019

Conforme se verifica do Auto de Infração ora impugnado, a Recorrente supostamente teria aproveitado, indevidamente, crédito presumido, à alíquota de 1%, concedido pela legislação estadual, sobre o valor do ICMS relacionado à prestação de serviços telecomunicação cujo documento fiscal seja emitido em via única.

A fiscalização estadual entendeu que a ora Recorrente não teria direito aos referidos créditos, por, supostamente, o tributo ter incidido sobre a prestação de serviços de telecomunicação pré-pagos, o que é vedado pelo art. 269 XIV, “a” do RICMS:

Art. 269. Ficam concedidos os seguintes créditos presumidos do ICMS para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e de apuração do imposto a recolher.

(...)

XIV - em opção ao processo de restituição relativo aos valores recolhidos indevidamente em função de faturamento indevido, as empresas prestadoras de STFC, SMP, SMC e SCM, mediante a celebração de termo de acordo com a Secretaria da Fazenda, representada pelo titular da Diretoria de Administração Tributária do domicílio do contribuinte, poderão utilizar o valor correspondente a aplicação do percentual de 1% (um por cento) sobre o valor dos débitos de ICMS relacionados à prestação de serviços de comunicação e telecomunicação cujo documento fiscal seja emitido em via única, nos termos do Convênio ICMS nº 115/03, sendo que:

a) na base de cálculo do crédito presumido ficam:

- 1. incluídos os documentos fiscais emitidos por terceiros em “cobilling” e cofaturamento;*
- 2. excluídos os documentos emitidos por uso de rede, interconexão e planos pré-pagos. (Grifamos)*

Todavia, em que pese as alegações do Fisco, o aproveitamento indevido do crédito presumido do ICMS incidente sobre os serviços prestados não ocorreu, visto que além de o “Plano Liberty Controle Express” se tratar de serviço pós-pago, e não pré-pago, este é o único tipo plano elencado na série ‘BO’.

Dentre os demais planos contidos na série ‘BO’, conforme se verifica nos detalhamentos dos arquivos do Convênio ICMS 115/03, é possível identificar os seguintes: “TIM Controle B Express”, “Franquia Liberty Express +40”, “Franquia TIM Controle Light Express”, “Web+Torpedo Express” e “TIM Controle A Express”, os quais **tratam de serviços pós-pagos**, sendo, portanto, legítima o aproveitamento do crédito presumido de 1% do ICMS incidente sobre a prestação dos mesmos.

Com relação ao o “Plano Liberty Controle Express”, que foi considerado pela Fiscalização como serviço pré-pago, a Impugnante esclarece que se trata de um plano pós-pago, que difere dos demais planos dessa categoria devido apenas à forma de pagamento, conforme se passa a esclarecer.

Visando uma melhor facilidade para seus clientes, a Recorrente mudou a forma de pagamento para o referido plano de serviços. Ao invés de o valor referente à prestação ser cobrado em boleto bancário, o pagamento é realizado pelo cartão de crédito do cliente.

Assim, para segregar a prestação de serviço internamente, foi criada a serie ‘BO’, que possui a mesma característica das demais séries de planos pós-pagos. Diferenciando-se dos casos de recarga avulsa, quando o valor ativado é registrado através da série ‘G’, referente a serviços pré-pagos e não utilizada para fins de cálculo do crédito presumido.

Conforme pode se verificar nos Regulamentos dos Planos TIM Controle (Doc. 04), se tratam de planos de serviços pós-pagos alternativos.

Além disso, ao contrário do que consta na descrição dos fatos presente no Auto de Infração ora

impugnado, o site da Impugnante demonstra claramente que se trata de plano de serviços pós-pago, conforme pode ser verificado no endereço [‘https://www.tim.com.br/ba/para-voce/atendimento/perguntas-frequentes/planos-controle/liberty-controle’](https://www.tim.com.br/ba/para-voce/atendimento/perguntas-frequentes/planos-controle/liberty-controle):

“LIBERTY CONTROLE

- *1 - Se o Cliente possuir créditos de franquia no TIM Liberty Controle e o número for migrado para o plano pré-pago, os créditos serão transferidos?*

Sim. Os créditos da franquia destinados ao uso de outras chamadas e serviços serão transferidos automaticamente com migração da linha para o plano pré-pago e o número do telefone permanece o mesmo.

<https://www.tim.com.br/ba/para-voce/atendimento/perguntas-frequentes/planos-controle/liberty-controle-express>

LIBERTY CONTROLE EXPRESS

- 2 - *O que o Cliente pode fazer se os R\$ 10,00 de crédito acabarem?*

*Ele poderá efetuar uma recarga, normalmente **como** em um plano pré-pago em qualquer ponto de recarga ou através do número *244 utilizando o cartão de crédito.*

- 4 - *E se o cartão não passar por 2 vencimentos consecutivos?*

Neste caso o Cliente será migrado para o Infinity Pré automaticamente.

- 5 - *Como o Cliente poderá cancelar o plano?*

*O Cliente deverá ligar para o *144 e solicitar o cancelamento da linha. A linha será migrada para o pré-pago, isso pode ocorrer no momento da ligação ou ser agendado para o último dia de vencimento da oferta.”*

Ademais, a fim de comprovar que o plano de serviços sobre o qual entendeu a Fiscalização ser indevido o aproveitamento de crédito presumido de ICMS, a Recorrente requer a juntada do modelo de Notas Fiscais de prestação de serviço (Doc. 05), no qual constam as informações relativas à ativação do plano, que demonstram a natureza pós-paga dos serviços.

Ainda, nos termos do Regulamento do plano, a cobrança ao consumidor final poderá ocorrer em até 40 dias após a ativação:

7.7.3. A data da primeira cobrança após a ativação da oferta varia de acordo com a data de vencimento da fatura do cartão de crédito do Cliente, desta forma, a cobrança da franquia mensal no cartão de crédito poderá ocorrer em até 40 (quarenta) dias após a data da ativação do plano.

Portanto, mesmo que a Impugnante receba o valor antecipado, o consumidor final só é cobrado em sua fatura do cartão de crédito, em até 40 dias, **caracterizando o plano como pós-pago**.

Posto isto, diante dos esclarecimentos prestados, resta devidamente comprovado que a Impugnante tem direito aos créditos aproveitados nas competências glosadas pelo fisco, de modo que a presente Impugnação deve ser julgada totalmente procedente, sendo cancelada a autuação em tela e a cobrança veiculada pelo Auto de Infração em referência.

Diante de tais esclarecimentos, resta plenamente comprovado que a Recorrente tem direito aos créditos aproveitados nas competências glosadas pelo fisco, de modo que o presente Recurso Voluntário deve ser julgado totalmente procedente, sendo reformada a Decisão recorrida, para que seja cancelada a cobrança veiculada pelo Auto de Infração em referência.

DO NÃO CABIMENTO DA MULTA APLICADA E DO SEU CARÁTER CONFISCATÓRIO

Como é sabido, além do crédito de ICMS, a exigência fiscal compreende, a cobrança de multa, correspondente a 60% (sessenta por cento) do valor do imposto lançado, na forma do artigo 42, inciso VI, alínea “a” da Lei Estadual nº 7.014/1996, por descumprimento de obrigação acessória.

Não há dúvidas de que o efeito confisco deve ser um conceito aberto para comportar a relativização dos referenciais adotados pela Autoridade Fiscal na prática, devendo ser analisado o dimensionamento do gravame cometido pelo contribuinte para que se revele, em concreto, **a razoabilidade e a proporcionalidade na sanção que lhe deva ser aplicada**.

Considerando tal circunstância, conferindo especial destaque ao caráter pedagógico da multa, seja para impedir o cometimento de futuras infrações, seja para coibir o locupletamento indevido, **a sanção deve ser sempre aplicada em percentuais que guardem razoabilidade com a gravidade da conduta cometida pelo contribuinte.**

É inquestionável, portanto, que a sanção aplicada pelo Fisco, que supera mais da metade do valor crédito de ICMS utilizado, é totalmente desproporcional à conduta da Recorrente.

Sendo assim, a multa aplicada pelo suposto descumprimento de obrigação acessória ora em cobrança é abusiva e tem nítido caráter confiscatório, pois equivale a 60% (sessenta por cento) do valor do imposto supostamente devido.

A ilegalidade e o caráter confiscatório da multa imposta ao contribuinte incorre em violação frontal aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como à proibição da utilização da tributação para fins confiscatórios:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)

IV – utilizar tributo com efeito de confisco;

O E. Supremo Tribunal Federal já se manifestou quanto à possibilidade de aplicação do princípio de vedação ao confisco às multas quando são arbitrariamente impostas, caracterizando desproporcionalidade com a infração.

Naquelas oportunidades, conforme destacado abaixo, a Suprema Corte adotou o posicionamento no sentido de que, à luz do princípio da vedação ao confisco, considera-se como adequadas as multas aplicadas no percentual de 20% (vinte por cento) a 30% (trinta por cento) do valor do débito:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. MULTA. VEDAÇÃO DO EFEITO DE CONFISCO. APLICABILIDADE. RAZÕES RECURSAIS PELA MANUTENÇÃO DA MULTA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO PRECISA DE PECULIARIDADE DA INFRAÇÃO A JUSTIFICAR A GRAVIDADE DA PUNIÇÃO. DECISÃO MANTIDA. 1. Conforme orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da vedação ao efeito de confisco aplica-se às multas. 2. Esta Corte já teve a oportunidade de considerar multas de 20% a 30% do valor do débito como adequadas à luz do princípio da vedação do confisco. Caso em que o Tribunal de origem reduziu a multa de 60% para 30%. (...)

(STF, RE nº 523.471 AgR/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 06.04.2010, grifamos)

Ora, no caso em tela, a multa aplicada pelo Fisco no percentual de 60% (sessenta por cento) equivale ao **triplo** do percentual considerado como adequado pela Suprema Corte, evidenciando novamente o seu caráter confiscatório.

Dessa forma, o que se constata é que a penalidade em tela deveria ter sido aplicada em um patamar compatível com a gravidade da infração supostamente cometida pela Recorrente, sob pena de desrespeito aos princípios da legalidade tributária, razoabilidade, proporcionalidade e do não-confisco.

DO PEDIDO

Ante o exposto, requer que seja integralmente provido o presente Recurso Voluntário, **reformando-se a Decisão recorrida**, para julgar integralmente improcedente o lançamento fiscal, cancelando-se também, a cobrança da multa correspondente a 60% do valor do imposto lançado, nos termos da fundamentação supra.

Por fim, requer que todas as intimações sejam postadas, publicadas ou diligenciadas em nome dos advogados ERNESTO JOHANNES TROUW, OAB/RJ Nº 121.095 e FÁBIO FRAGA GONÇALVES, OAB/RJ Nº 117.404, com escritório na Avenida Atlântica, 1130, 15º andar, Copacabana, Rio de Janeiro.

VOTO

O lançamento trata de crédito presumido de 1% utilizado indevidamente pelo contribuinte, referente ao PLANO TIM CONTROLE EXPRESS lançado em sua escrita fiscal pela série exclusiva BO.

O autuante acusa que os planos são efetivamente pré-pagos, mediante pagamento antecipado em cartão de crédito para haver a ativação, o que difere dos planos pós-pagos o que contraria o disposto no e o art. 269 do RICMS concede o crédito presumido sobre o valor dos débitos de ICMS relacionados a prestação de serviços de comunicação e telecomunicação, conforme inciso XIV abaixo:

XIV - em opção ao processo de restituição relativo aos valores recolhidos indevidamente em função de faturamento indevido, as empresas prestadoras de STFC, SMP, SMC e SCM, mediante a celebração de termo de acordo com a Secretaria da Fazenda, representada pelo titular da Diretoria de Administração Tributária do domicílio do contribuinte, poderão utilizar o valor correspondente a aplicação do percentual de 1% (um por cento) sobre o valor dos débitos de ICMS relacionados à prestação de serviços de comunicação e telecomunicação cujo documento fiscal seja emitido em via única, nos termos do Convênio ICMS nº 115/03, sendo que: (..)

a) na base de cálculo do crédito presumido ficam:

1 incluídos os documentos fiscais emitidos por terceiros em “cobilling” e cofaturamento;

2 excluídos os documentos emitidos por uso de rede, interconexão e planos pré-pagos.

b) a adoção dos procedimentos previstos neste inciso fica condicionado ao lançamento único, a cada mês, do valor obtido no Registro de Apuração do ICMS, no campo “Outros Créditos”, com a expressão “Autorização - art. 269, XIV do RICMS/2012”, e no campo equivalente na EFD, vedada a alteração, para maior, do valor do crédito, na hipótese de retificação do lançamento;

Consta à fl. 104, regulamento do TIM CONTROLE LIGHT EXPRESS, onde é dito no item benefício da oferta, que o cliente terá direito, mediante pagamento de um valor fixo mensal, sem custo adicional, no valor de R\$44,99 minutos locais e longa distância para com uso código de operadora 41, sem restrição e para outras operadoras, 45 minutos e 3 GB de internet.

Adiante é esclarecido que se o cliente não consumir seu pacote de minutos, não terá acumulação para o mês seguinte, no momento que o cliente consumir o pacote de minutos, será avisado por SMS e a partir deste momento, fará ligações pagando por minuto.

Se consumir 100% do seu pacote de internet, terá navegação bloqueada e receberá SMS com esta informação e link gratuito onde poderá caso queira navegar, optar por uma das opções:

- contratar promocionalmente pacote de dados por 7 dias corridos.

- opção de pagar R\$ 0,99 por dia em que acessar internet com 50 MB, mas para isso deverá ter créditos de recarga válidos.

Ao atingir 100% da franquia diária o cliente terá sua conexão bloqueado e será notificado via SMS, podendo acessar um link para contratar mais 50MB, não havendo limites de contratações.

Diz ainda, no item 7.7.2 que o lançamento da oferta no cartão de crédito do cliente garante os benefícios durante um mês, sendo renovado mensalmente, e no item 7.7.3 que a data da primeira cobrança após a ativação da oferta varia de acordo com a data de vencimento da fatura, podendo ocorrer até em 40 dias após a data da ativação do plano.

No momento do cadastro de cartão de crédito, a TIM realizará um lançamento da franquia escolhida. Que os benefícios ficam suspensos até a data que seja aprovado pela administradora do cartão de crédito.

No Recurso, alega que o plano foi considerado pelo fisco como serviço pré-pago, mas a impugnante esclarece que se trata de um serviço pós-pago, diferenciando-se de um serviço de recarga avulsa, quando o valor ativado é registrado através da série G, referente a serviços pré-pagos e não utilizada para fins de crédito presumido.

Chama a isto, de planos de serviços pós-pagos alternativos. Que os planos pós-pagos são registrados na série BO que possui mesmas características de planos.

Diz que nos termos do regulamento do plano, só recebe em até 40 dias após a cobrança. Que mesmo que a impugnante receba o valor antecipado, o consumidor só é cobrado em sua fatura do cartão em 40 dias, caracterizando como pós-pago.

Analisando as razões do recurso, de fato, para efeitos de desembolso do cliente, o valor só é pago quando chega a fatura do cartão de crédito, que na melhor hipótese, pode ocorrer até 40 dias depois de efetuado o lançamento pela operadora. A questão é que se for considerar a data do desembolso do cliente, se caracteriza como pós-pago, mas se considerarmos a data do lançamento no cartão, configura-se como pré-pago.

Evidente que tal situação traz discussões jurídicas, mas importa ressaltar o que diz o poder judiciário sobre isto, e assim, trago o RECURSO ESPECIAL 1.479.039-MG.

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
RECORRENTE : CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS DE BELO HORIZONTE
ADVOGADO : PATRICIA LOYOLA FRANCA CANABRAVA E OUTRO (S)
RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : DIOGENES BALEEIRO NETO E OUTRO (S)

CONSUMIDOR E ADMINISTRATIVO. AUTUAÇÃO PELO PROCON. LOJISTAS. DESCONTO PARA PAGAMENTO EM DINHEIRO OU CHEQUE EM DETRIMENTO DO PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO. PRÁTICA ABUSIVA. CARTÃO DE CRÉDITO. MODALIDADE DE PAGAMENTO À VISTA. “PRO SOLUTO”. DESCABIDA QUALQUER DIFERENCIAÇÃO. DIVERGÊNCIA INCOGNOSCÍVEL.

1. O recurso especial insurge-se contra acórdão estadual que negou provimento a pedido da Câmara de Dirigentes Lojistas de Belo Horizonte no sentido de que o Procon/MG se abstenha de autuar ou aplicar qualquer penalidade aos lojistas pelo fato de não estenderem aos consumidores que pagam em **cartão de crédito** os descontos eventualmente oferecidos em operações comerciais de bens ou serviços pagos em **dinheiro** ou **cheque**.

2. Não há confusão entre as distintas relações jurídicas havidas entre (i) a instituição financeira (emissora) e o titular do cartão de crédito (consumidor); (ii) titular do cartão de crédito (consumidor) e o estabelecimento comercial credenciado (fornecedor); e (iii) a instituição financeira (emissora e, eventualmente, administradora do cartão de crédito) e o estabelecimento comercial credenciado (fornecedor).

3. O estabelecimento comercial credenciado tem a garantia do pagamento efetuado pelo consumidor por meio de cartão de crédito, pois a administradora assume inteiramente a responsabilidade pelos riscos creditícios, incluindo possíveis fraudes.

4. O pagamento em cartão de crédito, uma vez autorizada a transação, libera o consumidor de qualquer obrigação perante o fornecedor, pois este dará ao consumidor total quitação. Assim, o pagamento por cartão de crédito é modalidade de pagamento à vista, pro soluto, implicando, automaticamente, extinção da obrigação do consumidor perante o fornecedor.

5. A diferenciação entre o pagamento em dinheiro, cheque ou cartão de crédito caracteriza prática abusiva no mercado de consumo, nociva ao equilíbrio contratual. Exegese do art. 39, V e X, do CDC: “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; (...) X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços”.

6. O art. 51 do CDC traz um rol meramente exemplificativo de cláusulas abusivas, num “conceito aberto” que permite o enquadramento de outras abusividades que atentem contra o equilíbrio entre as partes no contrato de

Pelo exposto acima, é forçoso admitir que embora o desembolso do cliente ocorra em até 40 dias, para efeitos de cobrança, trata-se de pagamento à vista, e, portanto, pré-pago, ainda que o cliente não desembolse o valor do contrato no momento da aquisição do plano.

Quanto ao pedido de redução de multa, sendo o Auto de Infração lavrado em 17/06/2021, ocorreu em período posterior à alteração do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal que retirou deste Conselho de Fazenda a competência para redução de multas, sendo contudo importante advertir que o próprio Auto de Infração já alerta à fl. 3, que a multa pode sofrer redução de até 70% se pago antes da impugnação, de 35% se for pago antes da inscrição em Dívida Ativa e de 25% se for pago antes do ajuizamento.

Quanto à alegação de exorbitância e inconstitucionalidade, também não está na competência deste

Conselho, apreciar tal pedido

Face ao exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário. Auto de Infração PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281081.0005/21-1**, lavrado contra **TIM S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$120.844,91**, acrescido da multa de 60%, prevista pelo Art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS