

A. I. N º - 281081.0004/22-3
AUTUADO - TIM S.A.
AUTUANTE - RICARDO RODEIRO MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/11/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0249-04/22-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CRÉDITO PRESUMIDO. Restou comprovado que o contribuinte incluiu na base de cálculo para apuração do crédito presumido de 1% previsto no art.269, inciso XIV, alínea “a” do RICMS, operações informadas nas notas fiscais de telecomunicações série “BO”, referentes a planos pré-pagos, visto que para efeito de ativação do serviço, a condição é que ocorra o pagamento imediato via cartão de crédito. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência, teve sua expedição ocorrida em 07/06/2022, objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$ 115.332,43, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte acusação:

Infração 01 – 001.004.006: *“Utilizou indevidamente crédito presumido de ICMS. A empresa TIM S/A também utilizou irregularmente crédito fiscal presumido de 1%, sobre os planos Tim Controle Express. Esses planos são lançados na sua escrita fiscal pela série exclusiva “BO”.*

A autuada, em resposta a intimação fiscal 02/2018, declara de forma objetiva que os valores lançados na série “BO” são referentes à “Recarga de Pré-pago através de cartão de crédito – Plano Liberty Controle Express”.

A fiscalização, através de análise de contratos da TIM S/A, apurou que os planos TIM CONTROLE, série BO, são efetivamente planos Pré-pagos, visto que são pagos, ativados e recarregados, através de cartões de crédito de seus clientes.

Apuramos, também, que caso não ocorra o pagamento antecipado, via cartão de crédito, não haverá a ativação do serviço de telecomunicação, característica totalmente avessa aos modelos pós pagos.

Esta característica distinta caracteriza esses planos como pré-pagos, perante a nossa legislação tributária. A empresa, inclusive, criou especificamente essa 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 realmente pós pagos.

Para corroborar nossa afirmação, apensamos ao PAF a Intimação Fiscal 02/2018 e a resposta a esta intimação fiscal.

A empresa responde a intimação 02/2018, informando de forma clara e objetiva, que a série BO é utilizada exclusivamente para lançamentos de RECARGA PRÉ-PAGO, através de cartão de crédito, dos Planos Liberty Controle Express.

O Fisco também apensa ao PAF, em meio magnético, todos os contratos Tim Liberty Controle Expresss, Tim Controle Giga B Promo Express, Tim Controle Express e Tim Controle A Express, que confirmam 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 a vista pela legislação brasileira.
(...)

A legislação tributária do Estado da Bahia, no Art. 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 referentes a série “BO” estão demonstrados no Anexo A de cobrança apenso ao PAF.

Elaboramos, também, o Anexo B, que compila de forma anual, os dados informados mensalmente pela empresa em atendimento a Informação Fiscal 08/2020 e a resposta da empresa a esta intimação fiscal estão apensas ao PAF em meio magnético”.

O autuado, por intermédio de seus Patronos, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 24 a 31, onde, após destacar a tempestividade da peça defensiva, citou que foi surpreendido com a lavratura do Auto de Infração em referência, objetivando a cobrança de ICMS, “*por suposta utilização irregular de crédito fiscal presumido, referente ao período de janeiro a dezembro de 2020*”.

Citou que, de acordo com o autuante, os valores de recarga do Plano Liberty Controle Express teriam característica de plano pré-pago, razão pela qual não deveriam estar contemplados no cálculo do crédito presumido, nos moldes do disposto no artigo 49 da Lei nº 7.014/96 e nos artigos 269 e 270 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/12.

Apontou que a exigência fiscal comprehende, ainda, a cobrança de multa, correspondente a 60% (sessenta por cento) do valor do imposto lançado, na forma do artigo 42, VII, “a”, da Lei Estadual nº 7.014/1996, perfazendo o montante total de R\$ 196.517,25.

Asseverou que, no entanto, a autuação não merece prosperar, tendo em vista que viola diversos dispositivos legais e constitucionais, tais como:

- Artigo 269 do RICMS/BA aprovado pelo nº Decreto nº 13.780/2012, na medida em que o Plano Liberty Controle Express tem característica de plano pós-pago e que, além do Plano Liberty Controle Express, a autuação contemplou outros planos elencados à série “BO” que não invalidam o cálculo do crédito presumido;
- Afronta ao artigo 150, IV, da Constituição Federal, diante da notória desproporcionalidade da multa punitiva aplicada no percentual de 60% sobre o débito lançado.

Desse modo, afiançou, deve ser integralmente cancelada a cobrança veiculada pelo Auto de Infração em referência, conforme disse que será demonstrado a seguir.

Ao ingressar na seara do Direito, onde sustentou a correção do aproveitamento do crédito nos meses de janeiro a dezembro de 2020, observou que, conforme se verifica, entendeu o autuante como indevida a inclusão dos valores de recarga do Plano Liberty Controle Express no cálculo do crédito presumido, na medida em que tal serviço teria característica de plano pré-pago, o que é vedado pelo artigo 269, XIV, “a”, do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/2002:

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.*

Defendeu que, em sentido inverso do consignado pelo autuante, o Plano Liberty Controle Express possui característica de plano pós-pago, que difere dos demais planos dessa categoria devido apenas à forma de pagamento, isso porque, nesses casos, em vez de o valor referente à prestação

ser cobrado em boleto bancário, o pagamento é realizado pelo cartão de crédito do cliente em até 40 dias após a ativação, conforme previsto no regulamento do plano:

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.

Desta forma, pontuou que o serviço é ativado no momento da solicitação, via telefone, da recarga de créditos, contudo, o seu pagamento apenas ocorrerá após a utilização dos serviços, quando do pagamento da fatura do cartão de crédito.

Em seguida destacou o que consta nos Regulamentos dos Planos TIM 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.

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."

Aduziu em seguida que sendo evidente que o pagamento ocorre somente após a ativação e utilização dos serviços de telecomunicação, não restam dúvidas quanto à característica de plano pós-pago, sendo plenamente legal a inclusão dos valores de recarga do Plano Liberty Controle Express no cálculo de crédito presumido, na forma do artigo 269, XIV, 'a', do RICMS/BA. 13.780/2002.

Considerou ser de suma importância esclarecer que, independentemente da nomenclatura que o autuante queira conferir ao plano, a operação em fiscalização deveria ser analisada à luz do princípio da verdade material, significando dizer que o autuante deveria ter lavrado o Auto de Infração não em suposições, mas, sim, com base nas reais características do Plano Liberty Controle Express, cujo pagamento, reisso, apenas é realizado após a ativação e utilização do serviço.

Mencionou que 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, aduzindo que, em que pese as alegações do autuante, 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 não é o único tipo plano elencado na série 'BO'.

Acrescentou que 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.

Desta maneira, concluiu que diante dos esclarecimentos prestados, considera restar devidamente comprovado que tem direito aos créditos aproveitados nas competências glosadas, 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.

Ao se reportar a multa aplicada, disse que é abusiva e tem nítido caráter confiscatório, pois equivale a 60% (sessenta por cento) do valor do imposto supostamente devido, observando que ilegalidade e o caráter confiscatório da multa imposta incorrem em violação frontal aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como à proibição da utilização da tributação para fins confiscatórios, consoante previsto pelo Art. 150, IV da Constituição Federal.

Após tecer outras considerações a este respeito, citou decisão oriunda do Supremo Tribunal Federal que reduziu a multa aplicada para um patamar entre 20% e 30%, e concluiu sustentando que é inegável que a sanção imposta criou um encargo exageradamente oneroso e desproporcional à infração cometida, sendo proibido o confisco em matéria tributária.

Em conclusão requereu que:

- a) seja dado provimento à presente Impugnação, para que o Auto de Infração nº 2810810004/22-3 seja julgado integralmente improcedente, determinando-se o seu cancelamento, bem como do débito de ICMS cobrado e da multa aplicada;
- b) caso assim não se compreenda, pugna pela redução da multa aplicada para um patamar razoável.
- c) 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.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 93 a 96, tendo inicialmente apresentado uma síntese dos argumentos defensivos, observando, em seguida que o autuado utilizou irregularmente crédito fiscal presumido (1%), sobre PLANOS PRÉ-PAGOS lançados na Série Exclusiva, “BO”, referente aos Planos LIBERTY CONTROLE EXPRESS, TIM CONTROLE B EXPRESS, TIM CONTROLE A EXPRESS, TIM CONTROLE LIGHT EXPRESS, e SOBRE TODOS OS DEMAIS PLANOS que estão lançados nesta Série “BO”, cujo pagamento para ativação ocorre exclusivamente via CARTÃO DE CRÉDITO.

Pontuou que após da análise dos contratos entregues pela TIM S/A, referente aos Planos acima informados, apurou que o “PLANO LIBERTY CONTROLE EXPRESS” e todos os demais planos, são essencialmente pré-pagos, visto que, para serem ATIVADOS, precisam que seja efetuado o PRÉ-PAGAMENTO dos serviços através do Cartão de Credito dos clientes, modalidade de pagamento considerada a vista pela legislação brasileira, observando que os contratos relacionados aos citados planos estão apensos ao PAF em meio magnético, fl. 18, os quais foram apresentados pelo autuado.

Informou que sem o pagamento antecipado do plano, via cartão de crédito, não ocorrerá a ativação dos serviços, característica esta que os evidencia como planos pré-pagos perante a legislação tributária.

Acrescentou que, além disso, caso os serviços contratados pelos clientes sejam esgotados antes de 30 dias, o cliente poderá fazer uma recarga, normalmente, em qualquer loja ou através do número *244 utilizando o cartão de crédito, exatamente como num plano Pré-Pago, sendo que a própria defesa confessa explicitamente essa prática, fl. 28, item “2”, de sua peça de defesa, sendo que não existe recarga em planos pós-pagos, enquanto que o pagamento antecipado para que possa ocorrer a ativação dos serviços, é uma característica exclusiva dos planos pré-pagos.

Citou que a possibilidade de compra de recarga, em caso de esgotamento dos serviços antes de 30

dias, também é uma característica exclusiva dos planos Pré-Pagos e se mostram completamente avessos aos modelos de contrato dos planos Pós-Pagos, que são ativados de imediato, no momento da contratação, e somente serão pagos depois de 30 dias da sua utilização/contratação, através da emissão de faturas para pagamento, destacando que, além disso os planos Pós-Pagos não possuem a opção de recarga, visto que, caso serviços sejam utilizados a maior, estes serão cobrados na fatura que será emitida até data do vencimento.

Informou que o autuado criou esta série “BO”, para tratar exclusivamente dos Planos Liberty Controle Express e todos os outros citados, em função das características completamente distintas dos seus planos Pós-Pagos, ao tempo em que, em resposta a Intimação 02/2018, confirmou que a série “BO” é utilizada exclusivamente, para lançamentos de RECARGA DE PRÉ-PAGO, através de Cartão de Crédito, dos Planos Liberty Controle Express e de todos os demais que utilizam esta Série “BO”, estando tais informações apensas aos autos em meio magnético, reafirmando, que o pagamento via cartão de crédito se constitui em uma modalidade de pagamento a vista.

Mencionou que a legislação tributária do Estado da Bahia no Artigo 269, inciso XIV, alínea “a”, do RICMS/BA, 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, ao seu entender, fica comprovado que os valores referentes a série “BO”, devem ser excluídos da base de cálculo do crédito presumido, cujos valores glosados, referentes a série “BO”, estão demonstrados nos Anexos A e B, apensos ao PAF.

Aduziu que já existe jurisprudência no CONSEF a respeito desta questão, citando os seguintes julgados como exemplos:

1) AI Nº - 281081.0009/21-7 / AUTUADO - TIM S.A. / PUBLICAÇÃO - INTERNET: 25/02/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO JJF Nº 0021-04/22-VD EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CRÉDITO PRESUMIDO. Restou comprovado que o contribuinte inclui na base de cálculo para apuração do crédito presumido de 1% previsto no art.269, inciso XIV, alínea “a” do RICMS, operações informadas nas notas fiscais de telecomunicações série “BO”, referentes a planos pré-pagos. Infração subsistente Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.

2) Contribuinte: TIM S.A. Inscrição Estadual 051.833.910 - Unidade: CONSEF/1ª CÂMARA Nr sessão: 059/2022 Data do julgamento/Horário: 06/06/2022 - 09:00 Relator: ILDEMAR LANDIN - Auto de Infração nº 281081.0005/21-1

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 PROVADO. Decisão unânime.

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 LANDIN – RELATOR. JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS.

Concluiu citando que diante dos fatos expostos, das provas apensadas ao PAF, e da jurisprudência do CONSEF, opina pela manutenção integral do auto de infração.

Teceu em seguida considerações acerca da multa aplicada, afirmando ser a mesma legal pois se encontra prevista no Art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, mencionando, ainda, que as alegações de constitucionalidade trazidas pelo autuado não se inclui em sua competência sua apreciação.

Finalizou suscitando o julgamento pela procedência integral do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração sob análise foi expedido objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$ 115.332,43, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte acusação:

Infração 01 – 001.004.006: “Utilizou indevidamente crédito presumido de ICMS. A empresa TIM S/A também utilizou irregularmente crédito fiscal presumido de 1%, sobre os planos Tim Controle Express. Esses planos são lançados na sua escrita fiscal pela série exclusiva “BO”.

A autuada, em resposta a intimação fiscal 02/2018, declara de forma objetiva que os valores lançados na série “BO” são referentes à “Recarga de Pré-pago através de cartão de crédito – Plano Liberty Controle Express”.

Consta na descrição dos fatos que o autuante através de análise realizada nos contratos da TIM S/A, apurou que os planos TIM CONTROLE, série “BO”, são efetivamente planos Pré-pagos, visto que são pagos, ativados e recarregados, através de cartões de crédito de seus clientes.

Inexistindo questionamentos de ordem formal em relação ao presente lançamento e considerando que o mesmo atende ao estabelecido pelos Arts. 142 do CTN e 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, passo ao exame do mérito da lide.

O autuado se insurgiu contra o lançamento, argumentando que não merece prosperar o posicionamento do autuante no sentido de que os valores de recarga do Plano Liberty Controle Express possuem característica de plano pré-pago, razão pela qual não deveriam estar contemplados no cálculo do crédito presumido, nos moldes do disposto no artigo 49 da Lei nº 7.014/96 e nos artigos 269 e 270 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/12.

Sustentou que o entendimento do autuante viola o referido Artigo 269 do RICMS/BA, na medida em que o Plano Liberty Controle Express tem característica de plano pós-pago e que, além do Plano Liberty Controle Express, a autuação contemplou outros planos elencados à série “BO” que não invalidam o cálculo do crédito presumido.

Pontuou, também, que o referido plano possui essa característica de pós-pago na medida em que o valor referente a prestação ser cobrado em boleto bancário é realizado pelo cartão de crédito do cliente, em até 40 dias após a ativação, entretanto o serviço é ativado no momento da solicitação, via telefone, da recarga de créditos, contudo o pagamento só ocorre após a utilização dos serviços, quando do pagamento da fatura do cartão de crédito.

Tais argumentos foram rechaçados pelo autuante que afiançou que o autuado utilizou irregularmente crédito fiscal presumido (1%), sobre PLANOS PRÉ-PAGOS lançados na Série Exclusiva, “BO”, referente aos Planos LIBERTY CONTROLE EXPRESS, TIM CONTROLE B EXPRESS, TIM CONTROLE A EXPRESS, TIM CONTROLE LIGHT EXPRESS, e SOBRE TODOS OS DEMAIS PLANOS que estão lançados nesta Série “BO”, cujo pagamento para ativação ocorre exclusivamente via cartão de crédito que se constitui em modalidade de pagamento considerada a vista pela legislação brasileira.

Acrescentou que, além disso, caso os serviços contratados pelos clientes sejam esgotados antes de 30 dias, este poderá fazer uma recarga, normalmente, em qualquer loja ou através do número *244 utilizando o cartão de crédito, exatamente como num plano Pré-Pago, sendo que a própria defesa confessa explicitamente essa prática, fl. 28, item “2”, e que não existe recarga em planos pós-pagos, enquanto que o pagamento antecipado para que possa ocorrer a ativação dos serviços, é uma característica exclusiva dos planos pré-pagos.

Sustentou que a possibilidade de compra de recarga, em caso de esgotamento dos serviços antes de 30 dias, também é uma característica exclusiva dos planos Pré-Pagos e se mostram completamente avessos aos modelos de contrato dos planos Pós-Pagos, que são ativados de imediato, no momento da contratação, e somente serão pagos depois de 30 dias da sua utilização/contratação, através da emissão de faturas para pagamento, destacando que, além disso os planos Pós-Pagos não possuem a opção de recarga, visto que, caso serviços sejam utilizados a maior, estes serão cobrados na fatura que será emitida até data do vencimento.

Informou que o autuado criou a série “BO”, que se referem a planos para tratar exclusivamente dos Planos Liberty Controle Express e todos os outros citados, em função das características completamente distintas dos seus planos Pós-Pagos, destacando, ainda, que em resposta a Intimação 02/2018, fl. 12, confirmou que a série “BO” é utilizada exclusivamente, para lançamentos de RECARGA DE PRÉ-PAGO, através de Cartão de Crédito, dos Planos Liberty Controle Express e de todos os demais que utilizam esta Série “BO”, estando tais informações apensas aos autos em meio magnético, reafirmando, que o pagamento via cartão de crédito se constitui em uma modalidade de pagamento a vista.

Analizando os fatos descritos nestes autos, verifiquei que, realmente, tratam de uma questão já enfrentada por este Órgão Julgador, em diversas oportunidades, consoante pontuado e indicado pelo autuante em sua informação fiscal, por ambas as instâncias de julgamento, a exemplo dos Acórdãos mencionados, os quais, sem dúvida, respaldam o presente lançamento.

Assim é que, pelo fato da questão envolvida na presente autuação tratar da mesma matéria já ventilada em outros julgamentos, cujos argumentos de ambos, autuado e autuante, em nada inovaram, ou seja, foram mantidos, é que, para respaldar e fundamentar meu posicionamento e convencimento, valho-me do excerto do Voto proferido pela Julgadora Maria Auxiliadora Gomes Ruiz, através do recente Acórdão nº 021-04/22, desta mesma 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que assim se apresenta:

(...)

Analisando os elementos que compõem o presente PAF, observo que o mesmo atende ao disposto no art. 269, inc. XIV, alínea “a”, que determinou a exclusão para cálculo do crédito presumido das 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*

Chego a tal conclusão, em razão da informação do próprio contribuinte, ao ser intimado pela fiscalização, a informar todas as séries e modelos de notas fiscais utilizados pela empresa, e sua utilização, conforme se observa na Int. 02/2018, fl. 07.

Em resposta, o sujeito passivo apresentou planilha informando todas as séries por ela utilizadas no período autuado, sendo que na série “BO”, encontra-se a informação de que se refere a “Recarga de Pré-Pago através de cartão de crédito- Plano Liberty Controle Express”, e a série “G” – FATURAMENTO PRÉ PAGO, conforme documento de fl. 08, razão pela qual, tais valores foram objeto do presente lançamento.

Neste caso, caberia ao autuado trazer provas para desconstituir a sua própria afirmativa de que as séries “BO” e “G” se referiam a planos pré pagos, o que não ocorreu, pois na apresentação da defesa, se limita a apresentar cópias dos Regulamentos dos Planos TIM Controle (DOC. 03), que no seu entender comprovariam a natureza pós-paga dos serviços, entretanto, observo que no citado Regulamento, no tópico 7 – PAGAMENTO, consta a seguinte informação:

7.1 O Cliente da Oferta TIM Controle Giga B Promo Express realizará o pagamento mensal da Oferta via cartão de crédito.

7.1 Para manter a Oferta TIM Controle Giga B Promo Express, os Clientes do plano TIM CONTROLE devem estar ativos e adimplentes. Se o Cliente não realizar o pagamento de acordo com sua respectiva data de vencimento do cartão, o mesmo perderá os benefícios imediatamente. Após o reconhecimento do pagamento, o benefício é restabelecido automaticamente após 24 horas.

7.3 Enquanto o pagamento não for realizado pelo Cliente, o mesmo poderá continuar usando o serviço

móvel caso tenha saldo ou faça recargas avulsas, sem usar, porém os benefícios da oferta.

Assim, de acordo com o estabelecido no referido Regulamento, entendo restar comprovado que os valores informados nas Notas Fiscais séries “BO” e “G” tratam de operações oriundas de planos pré-pagos, tendo em vista que são pagos, ativados e recarregados através de cartão de crédito, modalidade de pagamento considerada à vista, portanto, devem ser excluídos da base de cálculo do crédito presumido, conforme previsto no artigo 269, inciso XIV, alínea “a” do RICMS/BA, como procedeu a fiscalização.

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

Ademais, apesar do autuado ter mencionado que a autuação contemplou outros planos elencados à série “BO” que não invalidam o cálculo do crédito presumido, não apontou e valorou quais seriam esses planos, enquanto que o autuante, acertadamente, mencionou que a legislação tributária do Estado da Bahia, através do Artigo 269, inciso XIV, alínea “a”, do RICMS/BA, 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, ao seu entender, com o que concordo, fica comprovado que os valores referentes a série “BO”, devem ser excluídos da base de cálculo do crédito presumido.

Observo, ainda, que o argumento defensivo de que o multi-citado plano “possui a característica de pós-pago na medida em que o valor referente a prestação ser cobrado em boleto bancário é realizado pelo cartão de crédito do cliente, em até 40 dias após a ativação, entretanto o serviço é ativado no momento da solicitação, via telefone, da recarga de créditos, contudo o pagamento só ocorre após a utilização dos serviços, quando do pagamento da fatura do cartão de crédito”, ao contrário do quanto arguido pela defesa, considero que este argumento pesa contra o autuado na medida em que se confirma que o pagamento via cartão de crédito é uma modalidade de pagamento à vista, pois, se assim não fosse, o serviço não seria ativado.

No tocante ao argumento de caráter confiscatório da multa aplicada, foge da competência dos órgãos julgadores administrativos sua apreciação, à luz do quanto dispõe o Art. 167, I do RPAF/BA, enquanto que o pedido de redução da multa também falece competência para tal por este órgão julgador. Acrescente-se que a penalidade aplicada é a legalmente prevista pela Lei nº 7.014/96, portanto, deve ser mantida.

Por fim, quanto ao pedido de que as notificações e intimações sejam encaminhadas ao endereço dos patronos do autuado, esclareço que tais procedimentos obedecem ao previsto pelo Art. 108 do RPAF/BA, entretanto, nada obsta que o pedido seja também atendido, ao tempo em que, acaso assim não o seja, não é motivo para nulidade da peça processual pertinente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281081.0004/22-3, lavrado contra TIM S.A., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 115.332,43, acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR