



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº: 277/2015

011ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 23.01.2015

PROCESSO Nº 1/4610/2012 – AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201213734

RECORRENTE: TIM CELULAR S/A

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR: CONS. ABÍLIO FRANCISCO DE LIMA

EMENTA: ICMS – CRÉDITO INDEVIDO – SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO – DESCONTOS CONDICIONAIS. 1 – Contribuinte acusado de lançar créditos indevidos em decorrência de descontos que o Fisco considerou como condicionais. **2 –** Apontada infringência aos artigos 52, da lei 12.670/96 e art. 90, §2º, do Decreto 24.569/97. **3 –** Imposta a penalidade preceituada no Art. 123, II, “a”, da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03. **3 –** Recurso voluntário conhecido e provido, para modificar a decisão condenatória de 1ª Instância e, em grau de preliminar, declarar a **NULIDADE** processual em face da ausência de comprovação segura da infração denunciada. **4 –** Decisão fundada nos artigo 13, *caput*, e §1º, inciso II, alínea “a”, da Lei Complementar nº 87/96 e IN SRF nº 51/78, por maioria de votos, e de acordo com a manifestação oral, em sessão, do representante da Procuradoria Geral do Estado.

01 – RELATÓRIO

A peça inicial imputa à empresa em epígrafe o cometimento de infração à legislação tributária estadual, conforme relato que se transcreve a seguir:

“Crédito indevido, assim considerado todo aquele escriturado na conta gráfica do ICMS em desacordo com a legislação ou decorrente da não-realização de estorno, nos casos exigidos pela legislação. A empresa, ao apurar o ICMS relativo ao período de marco de 2012, creditou-se indevidamente do ICMS no valor de R\$ 1.895.486,22, conforme Informação Complementar em anexo a este Auto de Infração.”



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

Nas Informações Complementares os Autuantes informam que empresa, ao apurar o ICMS relativo ao período de março de 2012, creditou-se indevidamente do ICMS no valor de R\$ 1.895.486,22 (um milhão, oitocentos e noventa e cinco mil, quatrocentos e oitenta e seis reais e vinte e dois centavos) relativos a descontos condicionais os quais foram considerados pelo contribuinte como incondicionais.

Explicam que os créditos em questão já haviam sido objeto de um pedido de compensação formulado pela Empresa à Secretaria da Fazenda. Que no citado pedido a empresa argumentou que nos exercícios financeiros de 2009 e 2010, em função de campanhas promocionais, concedera diversos descontos aos seus clientes, tais como "Superdesconto TIM Pós", "Desconto Plano de Serviço" e "Crédito TIM Chip Avulso", os quais possuem a natureza de desconto incondicional, mas, por um erro de sistema não foram subtraídos da base de cálculo do ICMS, o que resultou em recolhimento a maior do imposto.

Os Auditores argumentam que *"desconto incondicional é aquele que não exige nenhuma condição que precise ser cumprida para que o desconto seja oferecido. Não é necessário, por exemplo, que a compra seja à vista, nem acima de determinado número de unidades, nem que o pagamento seja antecipado"*.

Afirma que *"os exemplos citados pelo contribuinte configuram vendas de serviços condicionados às compras dos planos acima citados, portanto, trata-se de descontos condicionais, por isso integram a base de cálculo do ICMS"*.

Foi apontada infringência aos artigos 52, da lei 12.670/96 e art. 90, §2º, do Decreto 24.569/97. Imposta a penalidade preceituada no Art. 123, II, "a", da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03, com exigência do seguinte crédito tributário:

Demonstrativo do Crédito (R\$)	
ICMS	1.895.486,22
Multa	1.895.486,22
TOTAL	3.790.972,44

O contribuinte foi regularmente intimado do lançamento e apresentou impugnação às fls. 17 a 39 dos autos, alegando, em síntese, o seguinte:

1. O lançamento fiscal é improcedente, posto que os descontos concedidos pela Recorrente no período compreendido entre janeiro de 2009 a setembro de 2010 possuem natureza incondicional, o que evidencia a liquidez e certeza dos créditos aproveitados;



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

2. *No que tange à penalidade aplicada, esta deve ser cancelada em virtude do seu caráter confiscatório, ou, no mínimo, deve ser substituída por aquela prevista no artigo 123, inciso I, alínea "d", da Lei Estadual nº 12.670/1996.*

Na 1ª Instância o auto de infração foi julgado PROCEDENTE.

Entende a ilustre Julgadora Singular, ser "... de conhecimento público que as ofertas ou os fornecimentos dos serviços para celular pelas operadoras, nestas situações, estão condicionadas a adesão e permanência a algum plano ou pacote de serviços".

E acrescenta: "os valores alusivos a "Superdesconto TIM Pós", "Desconto Plano de Serviço" e "Crédito TIM Chip Avulso", podem ser concedidos da forma que bem aprovar a operadora de telecomunicação, desde que represente apenas uma redução nos valores a serem faturados a seus clientes. O que não se admite é que sejam reduzidos os valores tributáveis dos serviços de telecomunicação por meio de concessão de desconto dessa natureza".

Irresignada com a decisão singular, a empresa interpôs Recurso ao Conselho de Recursos Tributários, alegando, em síntese, o seguinte:

1. *O Ilmo. Julgador de primeira instância não apresentou elementos concretos que o levaram a classificar os descontos concedidos pela Recorrente como condicionais, tendo se limitado a fundamentar o seu entendimento no senso comum (isto é, em suposto conhecimento público e geral), para atingir o seu convencimento de que os descontos concedidos, no presente caso, possuíam natureza condicional;*
2. *Cabe ao julgador enfrentar os fatos apresentados, o direito aduzido em um processo administrativo tributário, para que, a partir dessas informações, apresente uma decisão fundamentada sobre a discussão que lhe é apresentada, não sendo razoável que o convencimento seja baseado única e exclusivamente em suposições populares e conhecimentos intangíveis.*
3. *Se a Julgadora de 1ª Instância tivesse analisado os argumentos da defesa, em especial quanto aos Regulamentos das ofertas SUPERDESCONTO TIM Pós e CRÉDITO TIM CHIP AVULSO, teria concluído que os descontos oferecidos possuem natureza nitidamente incondicional, e que, portanto, foram indevidamente considerados pela Impugnante na base de cálculo do ICMS nos anos de 2009 e 2010, o que lhe gerou o direito ao aproveitamento dos créditos do imposto estadual indevidamente recolhidos ao Estado do Ceará;*



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

4. *Que, ao contrário do que entendeu a ilustre Julgadora, em momento algum a adesão às aludidas ofertas implica a contratação de quaisquer serviços oferecidos pela Recorrente. A simples ausência do oferecimento dessa natureza nos regulamentos anexados é o suficiente para afastar essa linha equivocada de raciocínio;*
5. *O caráter confiscatório da multa aplicada;*

Ao final requer que seja declarada a improcedência do Auto de Infração.

O Parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo douto representante da Procuradoria Geral do Estado, é no sentido de confirmar a decisão de 1ª Instância, ou seja, pela PROCEDÊNCIA da acusação fiscal.

É o relatório.

02 – VOTO DO RELATOR

O Auto de Infração acusa o contribuinte em epígrafe de creditar-se indevidamente do ICMS, no montante equivalente a R\$ 1.895.486,22 (um milhão, oitocentos e noventa e cinco mil, quatrocentos e oitenta e seis reais e vinte e dois centavos).

Consta nos autos que em data anterior à ação fiscal o contribuinte havia solicitado à Secretaria da Fazenda autorização para compensação de créditos de ICMS, ao fundamento de que nos exercícios financeiros de 2009 e 2010, em função de campanhas promocionais, concedeu diversos descontos aos seus clientes, os quais constaram nas notas fiscais de telecomunicação emitidas, tais como: Superdesconto TIM Pós, Desconto Plano de Serviço e Crédito Tim Chip Avulso.

Tais descontos, para o contribuinte, possuem a natureza de incondicionais, pois à época de sua concessão não estavam subordinados a evento futuro e incerto, e como tais poderiam ser deduzidos da base de cálculo do ICMS. Todavia, por um erro de sistema, essa dedução não foi feita, ocasionando o recolhimento a maior do referido imposto. Em razão disso solicitou ao Fisco a compensação dos citados créditos.

Em resposta à postulação do contribuinte, a CATRI expediu o Parecer nº 922/2012 (fls. 09/11), indeferindo o pleito.

4.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

Mesmo assim, a empresa autuada, entendendo ser de direito, lançou os aludidos créditos em sua escrita fiscal e os aproveitou na apuração do imposto referente ao mês de março de 2012.

Foi esse creditamento que ensejou a lavratura do Auto de Infração ora em análise. Os Agentes do Fisco entendem que os descontos concedidos pela Empresa aos seus clientes, por terem a natureza de descontos condicionais, não podiam ser abatidos da base de cálculo do ICMS incidente sobre os serviços de comunicação prestados pela operadora de telefonia. Eis o motivo de considerarem indevidos os créditos aproveitados.

Na peça recursal a empresa reafirma que os descontos em questão possuem natureza nitidamente incondicional, e, portanto, foram indevidamente considerados pela Impugnante na base de cálculo do ICMS nos anos de 2009 e 2010, o que lhe gerou o direito ao aproveitamento dos créditos do imposto estadual indevidamente recolhido ao Estado do Ceará.

Como visto, o núcleo da presente controvérsia consiste em se determinar o que são descontos condicionados e incondicionados, para em seguida estabelecer a qual dessas duas categorias pertencem os descontos concedidos pela empresa aos seus clientes, se condicionais ou incondicionais e, por conseguinte, se os créditos aproveitados pelo contribuinte são, de fato, indevidos, como entende o Fisco, ou não.

Primeiramente calha consignar que em conformidade com o artigo 13, *caput*, e §1º, inciso II, alínea "a", da Lei Complementar nº 87/1996, reproduzido no artigo 28, *caput*, e §1º, inciso II, alínea "a", da Lei Estadual nº 12.670/96, nas operações ou prestações sujeitas à incidência do ICMS, o valor correspondente ao desconto só integra a base de cálculo do Imposto quando forem concedidos sob condição. Vejamos:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

...

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:

...

II - o valor correspondente a:



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como **descontos concedidos sob condição**; (Grifei).

A *contrario sensu*, implica dizer que NÃO integra a base de cálculo do ICMS o valor correspondente aos descontos, quando estes NÃO estiverem vinculados a uma condição, os chamados descontos incondicionais. Esse, aliás, é o entendimento enunciado pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula nº 457:

"Os descontos incondicionais nas operações mercantis não se incluem na base de cálculo do ICMS."

Dito isso, resta esclarecer quais os critérios jurídicos que definem os descontos como condicionais ou incondicionais, o que, evidentemente, vai além do aspecto meramente semântico, e do senso comum.

Uma pista importante é fornecida pela Instrução Normativa nº 51/78, da Secretaria da Receita Federal, a qual, no item 4.2 estabelece:

4.2 - Descontos incondicionais são parcelas redutoras do preço de vendas, quando constarem da nota fiscal de venda dos bens ou da fatura de serviços e não dependerem de evento posterior à emissão desses documentos.

Na mesma esteira a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

"TRIBUTÁRIO. ICMS. DESCONTOS INCONDICIONAIS PRATICADOS PELO SUBSTITUTO. BASE DE CÁLCULO. ABATIMENTO. POSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte assentou entendimento de que os descontos incondicionais concedidos nas operações mercantis, assim entendidos os abatimentos que não se condicionam a evento futuro e incerto, podem ser excluídos da base de cálculo do ICMS, pois implicam a redução do preço final da operação de saída da mercadoria. RECURSO ESPECIAL Nº 783.184 - RJ (2005/0158143-3) RELATOR: MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI"

Assim também preleciona Hugo de Brito Machado, citado pelo Min. Castro Meira no Resp. nº 432.472/SP:



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

*“Realmente a base de cálculo do ICMS não é o preço anunciado ou constante de tabelas. É o valor da operação, e este se define no momento em que a operação se concretiza. Assim, **os valores concernentes aos descontos ditos promocionais, assim como os descontos para pagamento à vista, ou de quaisquer outros descontos cuja efetivação não fique a depender de evento futuro e incerto, não integram a base de cálculo do ICMS**, porque não fazem parte do valor da operação da qual decorre a saída da mercadoria. (Direito Tributário - II, São Paulo, Editora RT, 1994, p. 237) citado no Resp. nº 432.472/SP Rel. Min. Castro Meira.”*

E novamente o eminente tributarista:

“Condiciona é um desconto cuja efetividade fica a depender de evento futuro e incerto, como, por exemplo, o pagamento em certo prazo. Incondiciona é o desconto que se efetiva no momento da operação. Assim, o desconto para pagamento à vista é um desconto incondiciona, cujo valor não integra a base de cálculo.”

Evidencia-se, então, que o desconto condiciona é aquele concedido pelo vendedor/prestador vinculado a evento futuro e incerto, de maneira que a redução do preço original só irá se efetivar em um momento posterior à emissão do documento fiscal, a depender do adimplemento, por parte do adquirente ou tomador, da condição previamente estipulada.

Um exemplo clássico de desconto condiciona é aquele concedido nas vendas a prazo, em que é oferecido um abatimento ao devedor, caso este efetue sem atraso, ou mesmo antecipe, o pagamento da fatura. Nessa hipótese, dado que no momento da emissão do documento fiscal, o cumprimento da condição necessária para fruição do desconto é futura e de ocorrência incerta, ou seja, não há como se saber se tal condição será ou não cumprida, a Lei não admite que o aludido desconto seja abatido da base de cálculo do ICMS.

O desconto incondiciona, por outro lado, consiste num abatimento concedido no preço da mercadoria ou serviço sem nenhuma subordinação a um evento futuro e incerto. O desconto incondiciona se efetiva no momento da operação ou da prestação, de modo que os requisitos para a sua concessão já estão satisfeitos no momento da emissão do documento fiscal correspondente, daí por que o referido documento fiscal



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

pode e deve contemplar a redução de preço do produto ou serviço decorrente do desconto concedido.

São exemplos de desconto incondicional, o chamado desconto promocional, o desconto para pagamento à vista e o desconto vinculado à aquisição de certa quantidade de mercadorias/serviços (leve três e pague dois).

Coerentemente com os incisos I e III do artigo 13 da Lei Complementar nº 87/96¹, os quais estabelecem que a base de cálculo do ICMS é o valor da operação ou o preço do serviço, os descontos incondicionais não integram a base de cálculo do ICMS justamente porque, uma vez que implicam a redução do valor final do negócio celebrado, não fazem parte do valor da operação da qual decorre a saída da mercadoria ou da prestação do serviço.

Feitos esses esclarecimentos, impõe-se analisar os descontos concedidos pela Recorrente ao longo dos anos de 2009 e 2010, no que se refere à sua natureza – se condicionais ou incondicionais –, a fim de definir a pertinência da glosa dos créditos de ICMS realizada por meio do auto de infração em exame.

Referida análise se baseia nos respectivos regulamentos que a empresa anexou ao Recurso, consoante encartes às fls. 102/106 dos autos.

Inicialmente cabe explicitar que não se tratam de planos de telefonia propriamente ditos, mas de ofertas especiais ou promocionais aplicáveis a diferentes planos, e voltadas, evidentemente, à fidelização de clientes antigos e/ou à atração de clientes novos.

Seguem transcrições dos regulamentos das ofertas SUPERDESCONTO TIM PÓS e TIM CHIP AVULSO:

“SUPERDESCONTO TIM PÓS

Com a "Oferta Superdesconto TIM Pós", todos os clientes dos planos pós-pagos elegíveis, que optarem pela não aquisição de aparelho com desconto, receberão um desconto em conta mensal válido por 1 ano. O valor deste desconto varia de acordo com o plano contratado.

¹ Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;

...

III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

1. PERÍODO DE ADESÃO À PROMOÇÃO:

- 1.1 O período de adesão à Promoção terá início em 01/04/2010.
1.2 Não há data prevista para o fim desta oferta.

2. MEIOS DE ATIVAÇÃO:

...

3. PLANOS ELEGÍVEIS:

...

4. FIDELIZAÇÃO:

- 4.1 Não haverá cobrança de multa em caso de migração ou cancelamento. (Grifei).**

5. CUMULATIVIDADE DE PROMOÇÕES:

- 5.1 Os clientes que tiverem a Oferta Superdesconto TIM Pós poderão aderir às demais promoções vigentes de acordo com a elegibilidade do seu plano.

6. REGRAS GERAIS:

- 6.1 Após a ativação desta oferta, os clientes poderão usufruir do benefício a partir da primeira fatura.
- 6.2 Durante o período em que o cliente estiver recebendo o desconto referente à Oferta Superdesconto TIM Pós, ele não poderá adquirir aparelhos com subsídio.**
- 6.3 A qualquer momento, o cliente pode abrir mão do desconto em conta para adquirir um aparelho com subsídio, com as respectivas condições promocionais e de permanência, bastando ligar *144 para solicitar o cancelamento da Oferta Superdesconto TIM Pós.
- 6.4 Caso o cliente esteja usufruindo do benefício referente à Oferta Superdesconto TIM Pós e solicite migração para qualquer outro plano elegível da TIM, seu desconto será automaticamente ajustado para o valor referente ao novo plano e o tempo de benefício será reiniciado.
- 6.4 A utilização do benefício é pessoal e intransferível.
- 6.5 Na hipótese de ocorrência de fato superveniente, que exceda à vontade da TIM, tal como, majoração de tributos inerentes à atividade de telecomunicações ou qualquer outro que incida sobre a atividade comercial por ela exercida, alteração dos preços de tarifas telefônicas pela Autoridade Federal competente, mudança na política econômica, ou qualquer fato que torne excessivamente onerosa a Oferta, poderá a TIM, mediante publicação em periódico de grande circulação, revogar a presente Oferta.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

- 6.7 A adesão do Participante a esta Oferta implica o conhecimento e aceitação de todos os termos e condições deste Regulamento.
- 6.8 Casos omissos serão decididos a exclusivo critério da TIM sendo sua decisão soberana e irrecorrível.”

“TIM CHIP AVULSO

A "Oferta TIM Chip Avulso" é uma modalidade de venda através da qual, clientes que ativarem um dos plano pós-pagos descritos no item 3, e optarem pela não aquisição de aparelho, receberão um desconto em conta mensal durante 18 meses. O valor deste desconto varia de acordo com o plano contratado.

1. PERÍODO DE ADESÃO À PROMOÇÃO:

- 1.10 período de adesão à Promoção terá início em 17/07/2009.
- 1.2 Oferta encerrada em 08/04/10.

2. MEIOS DE ATIVAÇÃO:

...

3. PLANOS ELEGÍVEIS:

...

4. FIDELIZAÇÃO:

- 4.1 Não haverá cobrança de multa em caso de migração ou cancelamento, conforme disposto no item 6.**

5. CUMULATIVIDADE DE PROMOÇÕES:

- 5.1 Os clientes que tiverem a Oferta TIM Chip Avulso poderão aderir às promoções vigentes de acordo com a elegibilidade do seu plano.

6. REGRAS GERAIS:

- 6.1 Durante o período em que o cliente estiver recebendo o desconto referente à Oferta TIM Chip Avulso, ele não poderá adquirir aparelhos com subsídio.**
- 6.2 A qualquer momento, o cliente pode abrir mão do desconto em conta para adquirir um aparelho com subsídio, com as respectivas condições promocionais e de permanência, bastando ligar *144 e solicitar o cancelamento desta oferta.
- 6.3 Caso haja migração para outro plano elegível, o tempo de vigência da oferta não será re-iniciado, o cliente receberá o desconto ajustado de acordo com o Plano migrado.
- 6.4 Caso haja migração para um plano não elegível, a concessão do desconto será cancelada.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

6.5 A utilização do benefício é pessoal e intransferível.

6.6 Na hipótese de ocorrência de fato superveniente, que exceda à vontade da TIM, tal como, majoração de tributos inerentes à atividade de telecomunicações ou qualquer outro que incida sobre a atividade comercial por ela exercida, alteração dos preços de tarifas telefônicas pela Autoridade Federal competente, mudança na política econômica, ou qualquer fato que torne excessivamente onerosa a Oferta, poderá a TIM, mediante publicação em periódico de grande circulação, revogar a presente Oferta.

6.7 A adesão do Participante a esta Oferta implica o conhecimento e aceitação de todos os termos e condições deste Regulamento.

6.8 Casos omissos serão decididos a exclusivo critério da TIM sendo sua decisão soberana e irrecorrível”.

Note-se que em ambos os casos a concessão dos descontos está vinculada a duas exigências básicas:

1. Que haja um plano de telefonia contratado e,
2. Que durante o período em que o cliente estiver recebendo o desconto ele não poderá adquirir aparelhos celulares subsidiados pela operadora.

Entretanto, a meu sentir, a vinculação da concessão dos descontos à satisfação desses requisitos não configura a hipótese de desconto concedido sob condição, de que trata o Art. 13, *caput*, e §1º, inciso II, alínea "a", da Lei Complementar nº 87/1996, conforme alhures explicitado. Com efeito, em ambas as ofertas promocionais consta que o abatimento é concedido mensalmente na fatura do plano de telefonia, sem nenhuma subordinação desse desconto à ocorrência de evento futuro e incerto.

Em vez disso, entendo que tais exigências contratuais constituem apenas pressupostos necessários à fruição do benefício.

Em relação à exigência de que haja um plano contratado, é um pressuposto elementar. Não faz nenhum sentido se falar em desconto na ausência de relação negocial. Ou, colocando de outro modo, não pode usufruir desconto alguém que nada comprou.

Quanto à exigência de que o cliente não adquira aparelho subsidiado durante o período em que estiver recebendo o desconto da oferta promocional “SUPERDESCONTO TIM PÓS” ou “TIM CHIP AVULSO”, é importante notar que se trata de uma circunstância verificável no ato da emissão de cada fatura mensal, sem nenhuma repercussão futura e incerta.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

Além disso, os Regulamentos não proíbem que o cliente adquira aparelho subsidiado pela operadora; apenas não permite a acumulação dos dois benefícios. Se ele optar por adquirir aparelho subsidiado terá que cancelar as ofertas promocionais em questão, hipótese em que os descontos não mais serão concedidos nas faturas subseqüentes. Mas, como se pode ver, não há nenhuma cláusula obrigando a devolução, em qualquer hipótese, dos valores relativos aos descontos já recebidos. Antes, ao contrário, ambos os Regulamentos são claros ao estabelecer no item 4.1 que “... Não haverá cobrança de multa em caso de migração ou cancelamento”, donde se infere que os descontos concedidos são definitivos.

Desta forma, quedo-me convencido de que os descontos concedidos pela Recorrente, através das ofertas "SUPERDESCONTO TIM PÓS" e "CRÉDITO TIM CHIP AVULSO" possuem a natureza de descontos incondicionais. Cabível, portanto, a exclusão dos respectivos valores da base de cálculo ICMS. A peça acusatória, por outro lado, não trouxe nenhum elemento de prova que, objetivamente, demonstrasse o contrário.

Insta consignar, ainda, que examinando os documentos fiscais anexados pela Recorrente observei que os descontos em questão foram realmente lançados em favor dos usuários nas faturas mensais emitidas pela empresa.

Por fim, entendo que a somatória dos elementos de convicção trazidos à baila é bastante para que seja reconhecida a improcedência da autuação relativamente às ofertas intituladas "SUPERDESCONTO TIM PÓS" e "CRÉDITO TIM CHIP AVULSO".

Observei, porém, que quando a empresa pediu autorização da Secretaria da Fazenda para compensar os créditos de ICMS pagos a maior, a mesma mencionou uma terceira oferta promocional intitulada "DESCONTO PLANO DE SERVIÇO". Todavia, no Recurso interposto a empresa não fez qualquer referência a esta oferta, nem tão pouco apresentou o regulamento da mesma, tal como fez em relação às outras duas ("SUPERDESCONTO TIM PÓS" e "CRÉDITO TIM CHIP AVULSO").

Os agentes promotores da ação fiscal, por sua vez, também não forneceram nenhuma informação a respeito dessa oferta, como de resto, a respeito de nenhuma delas. Além disso, os Auditores também não especificaram quanto do crédito fiscal glosado através do Auto de Infração decorreu de cada uma das ofertas promocionais em destaque.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

Assim, diante da falta de elementos que permita uma manifestação segura e estreme dúvidas acerca da natureza dos descontos concedidos através da promoção "DESCONTO PLANO DE SERVIÇO", não é possível afirmar se, em relação a esta, a acusação do Fisco procede ou não.

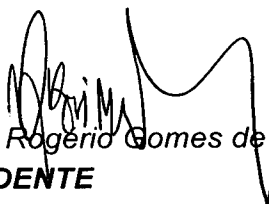
Ex positis, VOTO no sentido de conhecer do Recurso interposto, dar-lhe provimento, para modificar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, e, em grau de preliminar, declarar a nulidade processual ante a ausência de comprovação segura quanto à totalidade da infração denunciada.

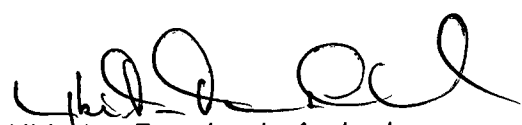
Deixo de apreciar a alegação recursal quanto ao caráter supostamente confiscatório da multa aplicada, por entender que tal análise demandaria o exame de constitucionalidade de norma, e que, portanto, é discussão própria para ser travada no âmbito judicial, não no âmbito administrativo, como tem assentado este órgão de julgamento em reiteradas decisões.

03 – DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é Recorrente **TIM CELULAR S/A** e Recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**. **Decisão:** *"Resolvem os membros da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, e por maioria de votos, dar-lhe provimento, para modificar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância, e em grau de preliminar, declarar a nulidade processual, em razão da falta de clareza e da impossibilidade de comprovação da infração ante a ausência de provas, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com a manifestação oral, em sessão, do representante da Procuradoria Geral do Estado. Foi voto vencido, contrário à nulidade, a Conselheira Lúcia de Fátima Calou de Araújo. Esteve presente para sustentação oral, a representante legal da recorrente, Dra. Lorena Lopes".*

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE REC. TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos de Março de 2015. 26/03/2015


Alfredo Rogério Gomes de Brito
PRESIDENTE


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO



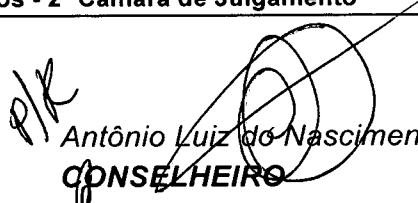
SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento


Abílio Francisco de Lima
CONSELHEIRO RELATOR


Lúcia de Fátima Calou de Araújo
CONSELHEIRA


Francisco Wellington Ávila Pereira
CONSELHEIRO


Valter Barbosa Lima
CONSELHEIRO


Antônio Luiz do Nascimento Neto
CONSELHEIRO

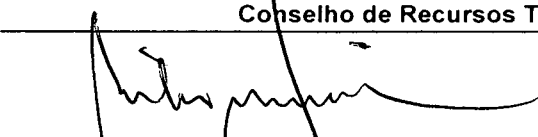

Rílipe Pinto da Costa Leitão
CONSELHEIRO


Agatha Louise Borges Macedo
CONSELHEIRA

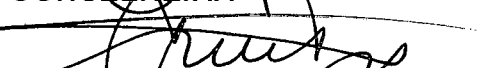

Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento


Abilio Francisco de Lima
CONSELHEIRO RELATOR


Lúcia de Fátima Calou de Araújo
CONSELHEIRA


Francisco Wellington Ávila Pereira
CONSELHEIRO


Valtel Barbalho Lima
CONSELHEIRO



Antônio Luiz do Nascimento Neto
CONSELHEIRO


Filipe Pinho da Costa Leitão
CONSELHEIRO


Agatha Louise Borges Macedo
CONSELHEIRA


Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO

Eu, Caio de Almeida Manhães,
em 26.03.2015, tomei ciência
do acórdão em referência


OAB/RJ 179.986