

A. I. Nº - 269135.0002/17-0
AUTUADO - TELEFÔNICA BRASIL S/A
AUTUANTES - JOSÉ MARIA BONFIM COSTA e GILSON DE ALMEIDA ROSA JUNIOR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 23. 10. 2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0164-01/17

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/03/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor total histórico de R\$92.412,55, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. Consta que o autuado deixou de efetuar o recolhimento do ICMS relativo à substituição tributária de aparelhos celulares e cartões simcard adquiridos de outras unidades da Federação cujas entradas não foram devidamente escrituradas na EFD. Tudo conforme comprovam os respectivos anexos onde constam os números das chaves das NFES que não foram escrituradas pelo contribuinte. Período de ocorrência: janeiro a maio, agosto, outubro a dezembro de 2015.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 20 a 36) Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação.

Diz que da leitura do Auto de Infração, bem como de acordo com as planilhas elaboradas pela Fiscalização, verifica-se que a pretensa ausência de escrituração fiscal foi apurada mediante cruzamento eletrônico de dados, sem a realização de análise documental específica, o que culminou na conclusão de que a empresa teria incorrido em ausência de recolhimento de ICMS-ST, ou ainda, descumprimento de obrigação acessória pela ausência de escrituração de operações de entradas.

Sustenta que o lançamento em lide não procede, haja vista que a metodologia utilizada pela Fiscalização para apuração das supostas infrações padece de nulidades e inconsistências que invalidam toda a conclusão fiscal, bem como que as operações autuadas possuem particularidades operacionais que ensejam as divergências apuradas pela Fiscalização, sem que isso signifique ausência de recolhimento de ICMS, não havendo que se falar em infração tributária, razão pela qual a defesa deve ser julgada integralmente procedente.

Reporta-se sobre as razões operacionais que, segundo diz, justificam o cancelamento do Auto de Infração.

Alega que a Fiscalização, por ter efetuado o levantamento baseado apenas nas operações escrituradas na EFD, bem como nas notas fiscais de entrada e saída no período, deixou de analisar

questões específicas e características das operações realizadas que justificam as diferenças apontadas, sem que tenha havido entrada de mercadorias (aparelhos e Simcards) sem o efetivo recolhimento do imposto. Acrescenta que no levantamento efetuado pela Fiscalização, considerou-se praticamente 100% dos CFOPs como operações de movimentação de estoque, cuja sistemática não retrata de fato as operações efetuadas pela empresa.

Afirma que os exemplos que apresenta dos casos ocorridos justificam as diferenças apontadas pela Fiscalização, sendo que uma nova auditoria, ou uma perícia técnica, serão aptas a demonstrar item a item o ocorrido.

Alega a existência de estoque em poder de terceiros. Diz que quando dos trabalhos fiscais de análise das mercadorias escrituradas na EFD em comparação com as constantes no estoque, a Fiscalização considerou os estoques iniciais da empresa (+), as entradas (+) e as saídas (-) e chegou a uma conclusão sobre os estoques finais os quais, comparados aos estoques escriturados nos seus Livros de Inventário, geraram supostas divergências, que deram origem à autuação.

Salienta que ao conferir os trabalhos realizados pela Fiscalização, verificou que não foi levado em consideração que parte dos estoques da empresa estava, no período fiscalizado, em estabelecimentos de terceiros. Alega que isso ocorreu na situação de remessas de aparelhos para conserto.

Diz que a Fiscalização considerou, no seu cômputo das operações de saídas, tanto as notas fiscais de remessa para conserto quanto às mesmas quantidades do estoque da empresa em poder de terceiros.

Observa que, no caso de remessas para conserto, não há movimentações de baixa no estoque da empresa, apenas mercadorias que saem do estoque circulante (001 - material no estabelecimento) e no retorno, que entram no estoque não circulante (002 - material da empresa inventariado fora do estabelecimento). Acrescenta que, porém, a saída para conserto é acompanhada de nota fiscal de saída. Ou seja, a Fiscalização considerou neste caso, tanto as notas de saída para conserto, quanto o estoque que não foi baixado, o que demonstra ter havido o cômputo em duplicidade.

Alega que, dessa forma, para a realização do levantamento quantitativo dos estoques do estabelecimento, caso sejam consideradas as notas fiscais de remessa de mercadorias para conserto, não poderão ser considerados os saldos iniciais e finais das mercadorias em poder de terceiros, sob pena de se considerar em duplicidade as mesmas quantidades de mercadorias. Neste sentido, apresenta exemplo.

Diz que caso as mercadorias da empresa estivessem estocadas exclusivamente no seu próprio estabelecimento, o critério adotado pela Fiscalização, de considerar o estoque próprio e todas as operações de saídas seria adequado, não gerando divergências. Alega, contudo, que no caso de a empresa possuir produtos estocados em poder de terceiros, a consideração concomitante de todos os estoques e das notas fiscais de saída para conserto, provoca duplicidade. Neste sentido, apresenta exemplo. Observa que no exemplo apresentado, para a apuração dos estoques próprios, foram consideradas apenas as remessas e devoluções de conserto, não sendo considerado o estoque inicial em terceiros.

Afirma que se utilizando os mesmos dados do referido exemplo, caso se considere, para fins de apuração do estoque próprio da empresa, tanto as notas fiscais de remessas e devolução de conserto como os estoques em terceiros, conforme fez a Fiscalização, haverá lançamento em duplicidade quanto às saídas e, conseqüentemente, haverá uma divergência, incorretamente apurada.

Assevera que foi justamente isso que ocorreu no presente caso. Ou seja, além de lançar na apuração as saídas para conserto, ou as saídas e as devoluções, o que é a mesma coisa, a Fiscalização também considerou as quantidades dos estoques em terceiros, gerando duplicidade nos lançamentos e apurando uma divergência, na verdade, inexistente.

Conclusivamente, diz que, desse modo, para evitar o erro acima demonstrado faz-se necessário que seja excluído dos lançamentos referentes à saída das mercadorias a quantidade referente aos estoques armazenados em poder de terceiros, os quais foram equivocadamente considerados.

Aponta como outra razão as remessas/retornos em comodato e Notas Fiscais canceladas.

Consigna que uma peculiaridade do setor de telecomunicações que não foi considerada pela Fiscalização, são os aparelhos e Simcards com saída em comodato aos clientes da operadora. Consigna que, por se tratar de comodato a propriedade dos aparelhos celulares e Simcards continua sendo da empresa que os contabiliza em seu ativo permanente.

Esclarece que nestes casos, os aparelhos e Simcards são contabilizados no ativo imobilizado da empresa e ao final do mês emite nota fiscal de saída de imobilização, referente a todas as remessas em comodato. Acrescenta que, no entanto, para a remessa em comodato ao cliente, também é emitida uma nota fiscal de saída que acompanha o aparelho fisicamente.

Alega que, assim sendo, a Fiscalização considerou na apuração de saídas, notas fiscais em duplicidade, pois considerou as notas fiscais de saídas em comodato para os clientes e também as notas fiscais de baixa de estoque para imobilização, sem o correspondente registro da entrada na EFD.

Acrescenta que, além disso, também foram indevidamente consideradas como não escrituradas pela Fiscalização operações canceladas, que, apesar de terem se iniciado com a emissão de Nota Fiscal de saída ou aquisição de mercadorias, não chegaram a se efetivar, não sendo devido, portanto, o ICMS, já que não há que se falar em ocorrência do fato gerador.

Afirma que outra razão diz respeito as notas fiscais alheias ao seu estabelecimento emitidas pela Samsung Eletrônica da Amazônia Ltda.

Alega que além das questões acima apontadas que demonstram erros na forma de apuração da Fiscalização, verificou ainda que houve lançamento de Notas fiscais que não foram escrituradas por se tratar de operação alheia ao seu conhecimento, cujo emitente e destinatário não se referem a seus estabelecimentos ou filiais. Ressalta que tal fato foi esclarecido ainda na fase da fiscalização, mas desconsiderado por completo, ao menos aparentemente, já que as Notas Fiscais questionadas integram a planilha anexa ao Auto de Infração.

Diz que após analisar as operações listadas na planilha apresentada pela Fiscalização e identificar a razão de divergência da suposta ausência de escrituração de cada operação, todas sintetizadas acima, identificou que as Notas Fiscais nºs 518790, 518827, 543097, 561241, 561346, 561449, 608647, 608647, 608656, 608669, 608670, 608688, 618451, 627802, 627845, 642958, 642965, 642966 foram todas emitidas pela Samsung Eletrônica da Amazônia Ltda., sendo essa a razão pela qual as mencionadas Notas Fiscais não constam em sua Escrituração Fiscal Digital.

Conclusivamente, diz que, também em relação a tais operações a pretensão fiscal é de todo indevida, já que, sendo operações alheias as suas atividades, por óbvio, não há que se falar em ausência de escrituração e/ou de recolhimento do imposto.

Prosseguindo, diz que não obstante as particularidades operacionais que justificam todas as divergências de estoques apuradas pela Fiscalização, também há que se cancelar a exigência do ICMS-ST relativo a operações interestaduais oriundas de Unidades da Federação signatárias do Convênio ICMS 135/06.

Observa que cumprindo com os desígnios constitucionais, sobreveio a Lei Complementar nº 87/96, estabelecendo a possibilidade de a Lei Estadual atribuir a outrem, que não o realizador do fato imponible descrito na norma tributária, a responsabilidade, por substituição tributária, de levar aos cofres públicos, os valores correspondentes ao ICMS, conforme artigos que reproduz.

Salienta que, a partir da leitura dos dispositivos legais, verifica-se que a legislação estadual poderá estabelecer a outrem, que não o realizador do fato gerador da obrigação tributária, a

responsabilidade pelo recolhimento do ICMS, incidente sobre o comércio de mercadorias e prestação de determinados serviços.

Consigna que com a finalidade de regulamentar o comércio interestadual de aparelhos celulares e cartões inteligentes (SmartCards e SimCard), os Estados do Acre, Alagoas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rio de Janeiro, Rondônia, Roraima, Sergipe e Tocantins, firmaram em 15/12/06, o Convênio ICMS 135/2006, por meio do qual, atribuíram *ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, (...), a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS devido pelas subseqüentes saídas.*

Acrescenta que, posteriormente, os Estados da Paraíba, Rio Grande do Norte, Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina, aderiram à sistemática de substituição tributária para o comércio interestadual de aparelhos celulares e Simcards prevista no Convênio ICMS 135/2006, por meio dos Convênios ICMS nº 07/2007, 104/2007 e 43/2009, respectivamente.

Aduz que a conclusão de que se tira a partir da leitura conjunta dos dispositivos legais acima referidos é de que, no comércio interestadual de aparelhos celulares e Simcards, caberá ao importador ou industrial, na qualidade de substituto tributário, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS/ST, relativamente às saídas posteriores realizadas.

Ou seja, na hipótese de o contribuinte baiano como é o seu caso, adquirir aparelhos celulares e Simcards de empresas sediadas em Estados signatários do Convênio 135/06, bem como aqueles posteriormente aderidos ao mencionado acordo, caberá ao remetente da mercadoria a responsabilidade pelo destaque no documento fiscal e recolhimento do ICMS/ST incidente na operação.

Diz que, por outro lado, na hipótese de o contribuinte baiano adquirir aparelhos celulares e Simcards de empresas situadas em Estados não signatários do Convênio 135/06, por força de expressa previsão legal, tornar-se-á responsável, também por substituição, pelo recolhimento do ICMS/ST, correspondente às operações posteriores, a ser apurado de acordo com a sistemática prevista na legislação de regência.

Alega que, no presente caso, de acordo com as planilhas acostadas ao Auto de Infração pela Fiscalização, uma parcela significativa das operações autuadas originou-se de Estados signatários do aludido Convênio desde 15/12/2006, cabendo a tal contribuinte a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS-ST, e não a si, como pretende fazer crer a Fiscalização, razão pela qual a cobrança relativa a tais operações é de todo improcedente e deve ser integralmente cancelada.

Continuando, invoca o princípio da verdade material e pede a realização de diligência. Aduz que com vistas a reiterar o seu direito ao cancelamento da presente autuação, em razão do elevado volume de operações objeto de lançamento, caso esta Junta de Julgamento Fiscal entenda pela necessidade da juntada de documentos adicionais, requer seja o julgamento convertido em diligência, nos termos dos artigos 7º, § 2º e 24 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto 7.629/99.

Lembra que a busca da verdade material dos fatos é um imperativo da atividade de lançamento do tributo, cabendo à autoridade fiscal procurar e levantar os dados necessários à correta identificação do sujeito passivo, do fato tributário praticado, e da quantificação desse fato (base de cálculo). Neste sentido, invoca e reproduz lição de Alberto Xavier.

Conclusivamente, diz que, dessa forma, tendo demonstrado que as operações supostamente não escrituradas diz respeito a divergência decorrentes de particularidades operacionais, não ocasionando prejuízo ao Erário ou falta de recolhimento de imposto, deve ser cancelada integralmente a autuação, prestigiando-se a verdade dos fatos e os documentos que colacionou aos autos.

Argui a confiscatoriedade da multa imposta. Alega que afora as razões de mérito, já devidamente suscitada acima, a pretensão fiscal também não se sustenta, por ser a multa imposta notoriamente confiscatória, abusiva e ilegal, pois a Fiscalização, ao constatar que a empresa teria supostamente deixado de recolher o ICMS e ICMS-ST das notas fiscais referentes a operações de entradas de mercadorias e serviços no período de janeiro a dezembro de 2015, aplicou a multa prevista no artigo 42, inciso II, alínea 'd', da Lei nº 7.014/96, cuja redação reproduz.

Afirma que a multa imposta no Auto de Infração em tela mostra-se manifestamente abusiva, desproporcional e confiscatória, contrariando, assim, as disposições contidas nos artigos. 5º, LIV, e 150, IV, ambos da Constituição Federal.

Salienta que já se encontra ultrapassada a alegação de que o princípio do não confisco se restringiria aos impostos, não se aplicando às penalidades, haja vista que o E. Supremo Tribunal Federal já consolidou entendimento no sentido de que as multas tributárias também devem observar os limites constitucionais, sendo confiscatórias aquelas fixadas em patamar superior a 25% do valor do imposto. Neste sentido, reproduz trecho do voto da decisão.

Diz que o STF também confirma, na esteira do referido art. 150, IV, da CF, que o caráter confiscatório da multa pode ser verificado a partir da sua desproporcionalidade em relação à conduta que se pretende punir:

Ressalta que, no presente caso, sequer houve alegação de fraude ou simulação por sua parte, eventualmente capazes de fundamentar a aplicação de multa tão exorbitante.

Consigna que, no que se refere às situações em que ocorre mera ausência de recolhimento do tributo, sem a ocorrência de uma conduta dolosa, como seria o caso em análise, o E. STF já teve a oportunidade de proferir decisões que determinam a redução das multas abusivas para o percentual de 30%, sob pena de afronta ao princípio do não confisco (REspnºs 81.550 e 91.707).

Assevera que é inequívoco, dessa forma, o descabimento da multa fixada em 60% do valor do imposto supostamente devido, que ainda será passível de correção monetária, tendo em vista que tal percentual viola todos os princípios constitucionais já elencados, no caso razoabilidade, proporcionalidade e não confisco, bem como a própria jurisprudência do STF.

Conclusivamente, requer o cancelamento ou a redução da multa aplicada, em virtude de seu nítido caráter confiscatório e pela ausência de proporcionalidade entre o seu valor e a gravidade da infração cometida, que sequer culminou em dano ao erário, sob pena de ofensa ao art. 150, IV, da CF/88 (princípio do não-confisco) e ao art. 5º, LIV da CF/88 (princípio da proporcionalidade), sendo que é possível ao órgão Julgador, principalmente em função do art. 108, IV, § 2º, do CTN, reduzir penalidade expressamente prevista em lei.

Finaliza a peça defensiva requerendo que seja integralmente cancelado o Auto de Infração, reconhecendo-se:

- (i) a nulidade do lançamento efetuado com base em mera presunção;
- (ii) a improcedência da exigência do ICMS-antecipação e ICMS-ST, em virtude das razões operacionais e de direito suscitadas acima, que afastam por completa a incidência da pretensão fiscal.

Requer, ainda, subsidiariamente, na remota hipótese de não ser integralmente cancelado o lançamento fiscal, seja ao menos cancelada ou substancialmente reduzida a multa de 60% do valor do imposto aplicada, por força do seu caráter abusivo, desproporcional e confiscatório, bem como pela ausência de proporcionalidade com a gravidade da infração cometida.

Protesta pela produção de todos os meios de prova admitidos em direito, notadamente a baixa dos autos em diligência para recomposição dos valores e apresentação de prova documental superveniente, anteriores ao julgamento do feito em Primeira Instância, em respeito aos princípios

da verdade material, ampla defesa e segurança jurídica.

Os autuantes prestaram Informação Fiscal (fls. 132 a 134). Dizem que o impugnante argumenta que os valores cobrados na autuação estão relacionados a diferenças devidas por conta de estoques em poder de terceiros e remessa/retorno em comodatos e notas fiscais canceladas.

Entretanto, afirmam que a autuação não está relacionada a estes pontos. Esclarecem que a exigência fiscal diz respeito à falta de recolhimento do ICMS relativo à substituição tributária referente a operações de aparelhos celulares e cartões simcard, adquiridos de outras unidades da Federação, cujas entradas não foram devidamente escrituradas na EFD, portanto, os pontos levantados pelo autuado nada tem a ver com a autuação.

Salientam que o autuado indica que as notas fiscais arroladas na planilha da autuação foram todas emitidas pela Samsung Eletrônica da Amazônia Ltda., sendo esta a razão pela qual as mencionadas notas fiscais não constam em sua Escrituração Fiscal Digital. Indagam qual o motivo da não escrituração das NFs. A emissão das respectivas pela Samsung Eletrônica da Amazônia Ltda. Asseveram que resta evidente que isto não é motivo suficiente, observando-se, portanto, que o autuado não conseguiu justificar a falta de escrituração das respectivas NFs na sua EFD.

Afirmam que a argumentação do autuado de que não lhe cabe realizar a substituição tributária não resiste à análise da redação do disposto no art. 8º, I, da Lei 7.014/96, conforme transcrição que apresentam. Acrescentam que, dessa forma, cabia sim ao autuado realizar a retenção do ICMS das mercadorias que recebeu sem a devida substituição tributária.

No tocante aos argumentos defensivos atinentes à multa imposta, consignam que seguiram a determinação da Lei 7.014/96, como não poderia deixar de ser, por exercerem atividade vinculada.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de infração à legislação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações (ICMS) imputada ao autuado, decorrente de falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior.

Consta que o autuado deixou de efetuar o recolhimento do ICMS relativo à substituição tributária de aparelhos celulares e cartões simcard adquiridos de outras unidades da Federação cujas entradas não foram devidamente escrituradas na EFD.

Inicialmente, verifico que o lançamento de ofício em exame foi realizado em consonância com as determinações do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, inexistindo qualquer vício ou falha que o inquine de nulidade. A descrição da conduta infracional imputada ao autuado foi feita de forma clara. Identifica-se claramente a infração, o infrator, a base de cálculo, alíquota aplicada e o montante do débito. Os elementos elaborados pela Fiscalização - planilhas, demonstrativos, cópia do Auto de Infração, etc. - foram entregues ao autuado que pode exercer plenamente o direito de ampla defesa e do contraditório.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida.

Quanto ao pedido de realização de diligência, considero que os elementos que compõem o presente processo são suficientes para formação do meu convencimento e decisão da lide, razão pela qual indefiro-o, com fulcro no art.147, I, “a”, do RPAF/99.

No mérito, verifico que o impugnante alega a existência de razões operacionais que, segundo diz, justificam o cancelamento do Auto de Infração.

Como uma das razões operacionais, alega o impugnante que a Fiscalização, por ter efetuado o levantamento baseado apenas nas operações escrituradas na EFD, bem como nas notas fiscais de

entrada e saída no período, deixou de analisar questões específicas e características das operações realizadas que justificam as diferenças apontadas, sem que tenha havido entrada de mercadorias (aparelhos e Simcards) sem o efetivo recolhimento do imposto. Afirma que no levantamento efetuado pela Fiscalização, considerou-se praticamente 100% dos CFOPs como operações de movimentação de estoque, cuja sistemática não retratam de fato as operações efetuadas pela empresa. Alega que para a realização do levantamento quantitativo dos estoques do estabelecimento, caso sejam consideradas as notas fiscais de remessa de mercadorias para conserto, não poderão ser considerados os saldos iniciais e finais das mercadorias em poder de terceiros, sob pena de se considerar em duplicidade as mesmas quantidades de mercadorias.

Vejo que os autuantes contestam essa argumentação defensiva. Afirmam que a autuação não está relacionada a diferenças devidas por conta de estoques em poder de terceiros e remessa/retorno em comodatos e notas fiscais canceladas, mas sim à falta de recolhimento do ICMS relativo à substituição tributária referente a operações envolvendo aparelhos celulares e cartões simcard, adquiridos de outras unidades da Federação, cujas entradas não foram devidamente escrituradas na EFD, portanto, os pontos levantados pelo autuado nada tem a ver com a autuação.

Quanto a esse tópico constato que assiste razão aos autuantes. Na realidade, a autuação diz respeito à falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias - aparelhos celulares e cartões simcard - provenientes de outras unidades da Federação.

O levantamento levado a efeito pela Fiscalização não se trata de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, conforme aduzido pelo impugnante, mas sim referente à entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária cujas notas fiscais arroladas na autuação não tiveram o ICMS devido por antecipação recolhido pelo autuado.

Assim sendo, essa razão aduzida pelo impugnante não pode prosperar.

Quanto à outra razão, ou seja, remessas/retornos em comodato e Notas Fiscais canceladas, também não pode proceder à alegação defensiva. Conforme dito acima, a exigência fiscal não diz respeito à apuração de saídas, mas sim à entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária cujas notas fiscais arroladas na autuação não tiveram o ICMS devido por antecipação recolhido pelo autuado. Vale consignar que a alegação defensiva de cancelamento de notas fiscais de aquisição não restou comprovada. Houve apenas alegação, nenhuma comprovação.

Assim sendo, essa razão aduzida pelo impugnante também não pode prosperar.

No que tange à outra razão apontada pelo impugnante de existência de notas fiscais alheias ao seu estabelecimento emitidas pela Samsung Eletrônica da Amazônia Ltda., no caso as Notas Fiscais nºs 518790, 518827, 543097, 561241, 561346, 561449, 608647, 608647, 608656, 608669, 608670, 608688, 618451, 627802, 627845, 642958, 642965, 642966, sendo essa a razão pela qual as mencionadas Notas Fiscais não constam em sua Escrituração Fiscal Digital, a análise dos referidos documentos acostados aos autos, permite constatar que, diversamente do alegado pelo impugnante, são notas fiscais cujo destinatário é o estabelecimento autuado, portanto, cabendo, sim, a exigência do imposto conforme a autuação.

Assim sendo, essa razão aduzida pelo impugnante também não pode prosperar.

O impugnante alega ainda que, não obstante as particularidades operacionais que justificam todas as divergências de estoques apuradas pela Fiscalização, também há que se cancelar a exigência do ICMS-ST relativo a operações interestaduais oriundas de Unidades da Federação signatárias do Convênio ICMS 135/06.

Diz o impugnante que com a finalidade de regulamentar o comércio interestadual de aparelhos celulares e cartões inteligentes (SmartCards e SimCard), os Estados do Acre, Alagoas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará,

Piauí, Rio de Janeiro, Rondônia, Roraima, Sergipe e Tocantins, firmaram em 15/12/06, o Convênio ICMS 135/2006, por meio do qual, atribuíram *ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, (...), a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS devido pelas subseqüentes saídas.*

Esclarece que, posteriormente, os Estados da Paraíba, Rio Grande do Norte, Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina, aderiram à sistemática de substituição tributária para o comércio interestadual de aparelhos celulares e Simcards prevista no Convênio ICMS 135/2006, por meio dos Convênios ICMS nº 07/2007, 104/2007 e 43/2009, respectivamente.

Aduz que a conclusão de que se tira a partir da leitura conjunta dos dispositivos legais acima referidos é de que, no comércio interestadual de aparelhos celulares e Simcards, caberá ao importador ou industrial, na qualidade de substituto tributário, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS/ST, relativamente às saídas posteriores realizadas.

Ou seja, na hipótese de o contribuinte baiano como é o seu caso, adquirir aparelhos celulares e Simcards de empresas sediadas em Estados signatários do Convênio 135/06, bem como aqueles posteriormente aderidos ao mencionado acordo, caberá ao remetente da mercadoria a responsabilidade pelo destaque no documento fiscal e recolhimento do ICMS/ST incidente na operação.

Diz que, por outro lado, na hipótese de o contribuinte baiano adquirir aparelhos celulares e Simcards de empresas situadas em Estados não signatários do Convênio 135/06, por força de expressa previsão legal, tornar-se-á responsável, também por substituição, pelo recolhimento do ICMS/ST, correspondente às operações posteriores, a ser apurado de acordo com a sistemática prevista na legislação de regência.

Alega que, no presente caso, de acordo com as planilhas acostadas ao Auto de Infração pela Fiscalização, uma parcela significativa das operações autuadas originou-se de Estados signatários do aludido Convênio desde 15/12/2006, cabendo a tal contribuinte a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS-ST, e não a si, como pretende fazer crer a Fiscalização, razão pela qual a cobrança relativa a tais operações é de todo improcedente e deve ser integralmente cancelada.

Efetivamente, assistiria razão ao impugnante se a exigência fiscal decorresse de aquisições (entradas) de mercadorias – no caso, aparelhos celulares e Simcards – junto a empresas sediadas em Estados signatários do Convênio 135/06, haja vista que a responsabilidade pela retenção e destaque do imposto seria do remetente e não do destinatário. Vale dizer, seria um caso de ilegitimidade passiva do autuado e, por consequência de nulidade do lançamento.

Entretanto, no presente caso, as notas fiscais arroladas na autuação não são provenientes de Estados signatários do referido Convênio 135/06, mas sim do Estado de São Paulo e Amazonas que não são signatários da mencionada norma pactual.

Desse modo, a autuação se apresenta correta, haja vista que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado. Infração subsistente.

No que concerne à arguição defensiva de inconstitucionalidade da multa aplicada de 60%, cabe consignar que é vedado a este órgão julgador administrativo apreciar questões que envolvam a declaração de ilegalidade ou inconstitucionalidade de ato normativo, consoante determina o art. 167 do RPAF/99. Quanto ao cancelamento ou redução da multa, cabe também observar que a competência desta Junta de Julgamento Fiscal está adstrita à multa por descumprimento de obrigação acessória, portanto, não sendo o caso do Auto de Infração em lide que versa sobre a aplicação de multa por descumprimento de obrigação principal.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269135.0002/17-0**, lavrado contra **TELEFÔNICA BRASIL S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$92.412,55**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de setembro de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR