

A. I. N° - 269095.0002/08-3
AUTUADO - CONDOMÍNIO SHOPPING CENTER IGUATEMI BAHIA
AUTUANTE - LUIS ADRIANO DE ANDRADE CORREIA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 29. 09. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0318-01/09

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. DOCUMENTOS EXIGIDOS MEDIANTE INTIMAÇÃO. MULTA. Apesar de intimado em duas oportunidades o autuado deixou de atender as solicitações. Infração subsistente. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. As informações prestadas na Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) são fundamentais para o gerenciamento fiscal da situação do contribuinte, para o planejamento fiscal e para o cálculo dos valores a serem destinados a cada município, haja vista a previsão constitucional da participação dos municípios na arrecadação do imposto estadual sobre circulação de mercadorias e serviços. Contudo, no caso em exame, o enquadramento de ofício do autuado na condição de contribuinte normal não foi acompanhado da indispensável notificação para conhecimento do contribuinte. Infração insubstancial. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/12/2008, exige multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 920,00, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Deixou de apresentar comprovantes das operações ou prestações contabilizadas quando intimado, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 460,00. Consta que o contribuinte foi intimado em 10/07/2008, para entrega de documentos contábeis, conforme intimação anexada. Em 15/07/2008 requereu prorrogação, por 30 dias, do prazo para entrega dos documentos solicitados. Diante da não apresentação dos documentos dentro do novo prazo concedido, o contribuinte foi mais uma vez intimado em 30/09/2008. Até a data da lavratura deste Auto de Infração a documentação ainda não havia sido encaminhada pelo contribuinte. Juntamente com este Auto de Infração estará sendo entregue a terceira intimação para entrega de documentação, a qual segue anexada;

2. Falta de apresentação da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 460,00. Consta que o contribuinte, embora obrigado a apresentar mensalmente a DMA, tendo em vista ter sido reclassificado em 08/07/2008 sua condição de Contribuinte Especial para Normal, não vem apresentando a DMA, conforme extrato do INC em anexo.

O autuado apresentou defesa (fls. 20 a 29), afirmando que a autuação não pode prosperar, tendo em vista que lastreada em premissas equivocadas, fruto de uma decisão discutível, exarada pela Diretoria de Tributação da SEFAZ – Bahia .

Reportando-se sobre a sua atividade e aos fatos que antecederam a autuação, traz esclarecimentos relativos ao Condomínio do Shopping Center Iguatemi, o seu porte e importância na geração de mais de 5.000 empregos diretos e faturamento de R\$600.000.000,00 (seiscentos milhões de reais) por ano, gerando por consequência pagamento de tributos, especialmente ICMS na circulação das mercadorias vendidas pelos lojistas ali instalados .

Acrescenta que o Condomínio do Shopping Center Iguatemi foi o primeiro shopping da Bahia, inaugurado em 1975, e há quase 30 anos tem acompanhado, interferido e contribuído para o desenvolvimento de Salvador.

Diz que por conta da escassez de energia elétrica, ocorridos nos idos de 2002, assistiu à diminuição da atividade econômica no seu empreendimento, com a consequente geração da diminuição de empregos e renda, queda no faturamento dos lojistas e, por via de consequência, queda de arrecadação tributária .

Registra que neste contexto de dificuldade, acenada pelo investimento escasso do Estado Brasileiro em geração de energia elétrica, firmou com a Iguatemi Energia S/A - IENSA, especialista na área de energia elétrica, um contrato pelo qual, esta se obrigava a construir e operar uma unidade termoelétrica, geradora de energia elétrica e frio, tornando o Condomínio do Shopping Center Iguatemi, autoprodutor, nos termos da legislação que trata da matéria.

Informa que o Condomínio Shopping Center Iguatemi foi autorizado pela ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, a funcionar como autoprodutor, estando a Unidade Termoelétrica qualificada para este fim.

Esclarece que através da UTE - Unidade Termoelétrica, o Condomínio do Shopping Center Iguatemi tornou-se autoprodutor de energia elétrica, passando a dispor de refrigeração de ar, em 100% das suas instalações, produto resultante da transformação do gás de exaustão e da água quente de arrefecimento do motor, através de *chillers* de absorção, em frio, complementado pelo *chillers* de compressão. Destaca que as despesas com a aquisição e a operação da UTE vêm sendo suportadas pelos condôminos, através do rateio das despesas incorridas na operação, sem qualquer margem positiva de lucro.

Continuando, consigna que nas reuniões preliminares travadas com a Secretaria da Fazenda do Estado, para obtenção de incentivos e licenças, levantou-se o questionamento sobre a incidência ou não do ICMS sobre a geração e consumo da energia elétrica produzida pela UTE, disponibilizada pelo Condomínio aos seus lojistas e para consumo próprio dos proprietários.

Esclarece que o Condomínio formulou consulta à Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, protocolizada sob nº 117827/2004-1, com espeque do art. 55 e seguintes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, tendo apresentado a indagação: “... *há ou não incidência do ICMS na operação de consumo, pelos condôminos do Condomínio do Shopping Iguatemi, da energia elétrica produzida pela Unidade Termoelétrica de sua propriedade, na qualidade de auto-produtor?*”.

Consigna que após o processamento da consulta, concluiu a DITRI haver parcial incidência do ICMS sobre a operação, iniciando-se a fiscalização que ensejou a autuação ora combatida.

Assevera que o autuante não encontrou a base de cálculo na operação, sobretudo, porque a IFEP, quando instada a apresentar a composição do custo pela Douta PROFIS (doc. 4, fl. 94), quedou-se a adotar a premissa de que o valor cobrado pela Consulente aos lojistas é o mesmo utilizado pela concessionária local, reduzido de um percentual de desconto (2% a 7%).

Diz que neste diapasão, não cumpriu o Auditor Fiscal o quanto requerido pela PROFIS, limitando-se a traçar comparativo entre o valor cobrado pela Concessionária local, com o repassado aos lojistas pelo Condomínio, deixando de apresentar o demonstrativo da composição da tarifa de energia cobrada pelo Condomínio(doc. 5, fls. 96 a 111).

Sustenta que, efetivamente, não há margem de lucro na operação, o que retira das operações elemento essencial do ICMS, adotado pela legislação aplicável para fins de definição do conceito de contribuinte do imposto e de mensuração da base de cálculo, no caso, a margem de valor agregado.

Afirma que não tem em seu mister empresarial a comercialização de energia, razão pela qual, repassa aos Condôminos apenas o valor decorrente das despesas com geração de energia, sem qualquer acréscimo ou ganho.

Reitera que no caso em tela, resta evidente que não existe qualquer operação comercial entre o Condomínio e os condôminos, pois neste caso, as variações nos insumos não poderiam ser suportadas pelo Condomínio, que sem dúvida, repassaria no preço praticado com os Condôminos, mantendo, assim, eventual margem de lucro. Salienta que não exerce qualquer outro ato de comércio que esteja sob o campo de incidência do ICMS.

Aduz que não realizando qualquer operação mercantil, consistente na contraprestação pecuniária, inexiste base de cálculo, e com isso, resta impossibilitada a cobrança do ICMS, assim como não se justifica a reclassificação da empresa, que sempre figurou como contribuinte especial.

Adentrando no que denomina de mérito da autuação, reafirma que nunca foi, nem é contribuinte do ICMS, tendo em vista que não exerce ou pratica qualquer ato dentro do campo de incidência do ICMS.

Referindo-se à infração 01, diz que de fato foi intimado a apresentar os documentos:

- Cópia da Memória de Medição de Energia Elétrica e Térmica Disponibilizada de Todos os Condôminos;
- Cópia das Contas de Energia Elétrica (Medição Mensal de Energia Elétrica) de cada Condômino, emitidas pelo Condomínio;
- Cópia dos Balancetes Mensais de Receitas e Despesas do Condomínio;
- Cópia das Notas de Débito emitidas pelo Condomínio para cada Condômino.

Alega, contudo, que na qualidade de contribuinte especial, não sofria fiscalização da SEFAZ, por não praticar qualquer operação sob o campo de incidência do ICMS, e quando instada a apresentar tais documentos, não conseguiu reuni-los, sobretudo porque alguns destes documentos, nem mesmo estão em seu poder, como no caso das Memórias de Medição de Energia Elétrica e Térmica Disponibilizada de todos os Condôminos, que são de competência e ficam sob a guarda e responsabilidade da Iguatemi Energia S/A, que opera e mantém a UTE.

Destaca que a IENSA é uma SPE – Sociedade de Propósito Específico, que dispõe de conhecimento tecnológico de co-geração de energia e se dispôs, às suas expensas, a projetar e construir uma UTE – Unidade Termoelétrica, com todos os equipamentos e componentes necessários à geração de energia e redimensionar e implantar os sistemas de distribuição de água gelada e de ar condicionado, para o Condomínio do Shopping Iguatemi, bem como operar e manter a UTE por um período de 15 anos.

Esclarece que como contraprestação pelas atividades de construção, operação e manutenção da UTE, obrigou-se a pagar a IENSA uma remuneração calculada a partir da produção de refrigeração de ar e da produção de energia elétrica.

Observa que, relativamente às Contas de Energia Elétrica (Medição Mensal de Energia Elétrica) de cada Condômino, emitidas pelo Condomínio, estas não existem, pois com a adesão dos condôminos à co-geração, a parcela referente à energia elétrica de cada condômino é cobrada juntamente com a taxa condominial, tendo em vista que esta obedece ao simples rateio.

No que concerne à infração 02, sustenta que esta é improcedente, pois sempre esteve classificado na condição de contribuinte especial, vindo a ser alterado para normal, após a conclusão da consulta, mas, sem um procedimento próprio para este fim, contrariando entendimento manifestado pela Jurisprudência. Reproduz a ementa relativa à decisão do TJSP –AC 65.522-5.

Diz que a alteração cadastral é matéria que pode ser declarada de ofício pela SEFAZ, contudo, não resta dispensada a notificação da empresa, facultando-lhe a apresentação de defesa, com contraditório específico, respeitando a ampla defesa.

Invoca a Constituição Federal para dizer que esta assegura a todos o direito a produção de prova, independente de estar na esfera administrativa ou judicial, citando e o art. 5º, inciso XXXV. Cita e reproduz também lição de Roque Antonio Carrazza, sobre a segurança jurídica, de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o princípio da finalidade e de Luciano Amaro sobre a legalidade tributária.

Assevera que não é necessária uma profunda análise contábil para visualizar que o Condomínio não é contribuinte do ICMS, tampouco exerce qualquer atividade sobre a qual incida o referido imposto, até pela sua natureza jurídica.

Sustenta que resta evidente que a infração 02, é improcedente, haja vista que nunca foi intimado para responder processo administrativo próprio, onde se deu o desenquadramento do seu regime tributário, tampouco pratica qualquer ato de comércio que a inclua como contribuinte do ICMS, lhe trazendo obrigações acessórias, como a declaração mensal de apuração do ICMS.

Conclui requerendo o julgamento pela improcedência do Auto de Infração, reconhecendo a condição da empresa de não contribuinte do ICMS, mantendo-lhe classificada como contribuinte especial.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 115 a 120), na qual esclarece que a DITRI após diversas análises e pareceres, concluiu pela incidência parcial do ICMS sobre as operações, especificamente, no fornecimento de energia elétrica do Condomínio aos condôminos lojistas não proprietários. Acrescenta que em 11/06/2008 o Condomínio Shopping Iguatemi tomou ciência do Parecer n. 8071/2008, através de publicação do Edital de Cientificação n. 104/2008 e que em 09/07/2008 o Inspetor da IFEP Serviços proferiu despacho no Processo n. 117827/2004-1, determinando a emissão de Ordem de Serviço para inicio imediato da ação fiscal com vistas à exigência do imposto.

Prosseguindo, diz que a ação fiscal teve inicio em 10/07/2008, conforme Termo de Início de Fiscalização à fl. 07, sendo nesta mesma data o contribuinte intimado a apresentar os documentos listados na Intimação Fiscal à fl. 08, contudo, este solicitou a dilação de prazo para mais 30 dias para atendimento da intimação, conforme documentos às fls. 11 a 13. Registra que, devido ao fim do prazo sem atendimento procedeu nova Intimação Fiscal (fl.09), entregue ao autuado em 30/09/2008, porém, diante do silêncio deste lavrou o Auto de Infração em 22/12/2008, para exigir o pagamento de multa pecuniária pelo descumprimento de obrigação acessória.

Quanto ao mérito da infração 01, afirma que muito embora o contribuinte apresente farta argumentação para contestar o Parecer DITRI dado no processo de consulta por este formulado, não lhe cabe nesta fiscalização o exame do mérito da questão, por fugir de sua competência.

Registra que a questão sob análise diz respeito apenas à operação fiscalizadora, e que intimado o contribuinte este não procedeu a entrega de qualquer dos documentos solicitados, o que determinou a aplicação da legislação com a autuação.

No que concerne à infração 02, consigna que desde o seu registro na SEFAZ/BA, o Condomínio Shopping Center Iguatemi sempre foi considerado contribuinte especial, contudo, em face do resultado da consulta, houve a alteração cadastral de ofício do contribuinte que passou a ser considerado normal, obrigando-o a apresentar mensalmente a DMA.

Prosseguindo, diz que após a alegação do autuado de que não fora notificado da alteração de sua condição, procedeu verificação nos registros, não tendo detectada nenhuma notificação, nem mesmo por Edital.

Observa que a alteração de ofício da situação do contribuinte deve ser informada a este, seguindo a legislação vigente e os procedimentos da Administração Pública, haja vista que cria obrigações antes inexistentes.

Finaliza opinando pela manutenção da infração 01 e, o julgamento procedente em parte do Auto de Infração.

Intimado o autuado para ciência da informação fiscal, este se manifesta às fls. 124 a 129, dizendo que considerando o reconhecimento da improcedência da infração 02 pelo autuante a sua manifestação se resumirá à infração 01.

Diz que o autuante manifestou entendimento que não cumpria a ele o exame de mérito da questão, uma vez que fugiria da sua esfera de competência, contudo, argumenta que cabe este CONSEF se manifestar sobre a autuação, seu mérito e as razões de defesa apresentadas, exercendo seu mister de órgão julgador das questões administrativas fiscais.

Sustenta que cabe a este CONSEF se manifestar sobre o fato de ter se tornado autoprodutor de energia elétrica para consumo interno, gera incidência ou não de ICMS, com as consequentes obrigações acessórias e principais.

Reitera em todos os seus termos os argumentos da defesa inicial para sustentar que não há na operação incidência do ICMS.

Conclui requerendo a improcedência da autuação e que seja declarado que deve permanecer na condição de contribuinte especial.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre descumprimento de obrigações acessórias por parte do autuado, decorrentes de falta de apresentação de comprovantes das operações ou prestações contabilizadas quando intimado e falta de apresentação da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS).

A princípio, verifico que o deslinde da questão está adstrito a identificação da qualidade do autuado. Ou seja, se é ou não contribuinte do ICMS e, por consequência, se está ou não obrigado a cumprir as obrigações principais e acessórias decorrentes da legislação tributária.

Observo que o autuado sustenta que a autuação não pode prosperar, haja vista que lastreada em premissas equivocadas, fruto de uma decisão discutível, exarada pela Diretoria de Tributação da SEFAZ – Bahia .

Alega o impugnante que por conta da escassez de energia elétrica, ocorridos nos idos de 2002, diante do contexto de dificuldade, acenada pelo investimento escasso do Estado Brasileiro em geração de energia elétrica, firmou com a Iguatemi Energia S/A - IENSA, especialista na área de energia elétrica, um contrato pelo qual, esta se obrigava a construir e operar uma unidade termoelétrica, geradora de energia elétrica e frio, tornando o Condomínio do Shopping Center Iguatemi, autoprodutor, nos termos da legislação que trata da matéria, sendo devidamente autorizado pela ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, a funcionar como autoprodutor, estando a Unidade Termoelétrica qualificada para este fim.

Esclarece que, através da UTE - Unidade Termoelétrica, o Condomínio do Shopping Center Iguatemi tornou-se autoprodutor de energia elétrica, passando a dispor de refrigeração de ar, em 100% das suas instalações, destacando que as despesas com a aquisição e a operação da UTE vêm sendo suportadas pelos condôminos, através do rateio das despesas incorridas na operação, sem qualquer margem positiva de lucro.

Consigna que nas reuniões preliminares travadas com a Secretaria da Fazenda do Estado, para obtenção de incentivos e licenças, levantou-se o questionamento sobre a incidência ou não do ICMS sobre a geração e consumo da energia elétrica produzida pela UTE, disponibilizada pelo Condomínio aos seus lojistas e para consumo próprio dos proprietários, o que resultou na formulação de consulta à Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, protocolizada sob nº 117827/2004-1, com fulcro no art. 55 e seguintes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, tendo apresentado a indagação: “... *há ou não incidência do ICMS na operação de consumo, pelos condôminos do Condomínio do Shopping Iguatemi, da energia elétrica produzida pela Unidade Termoelétrica de sua propriedade, na qualidade de autoprodutor?*”.

Registra que a resposta dada pela DITRI concluiu haver parcial incidência do ICMS sobre a operação, iniciando-se a fiscalização que ensejou a autuação ora combatida.

A referida resposta dada pela DITRI foi exarada no Processo n. 117.827/2004-1, tendo o Parecer GECOT nº 8071/2008, expressado o seguinte entendimento daquela Diretoria de Tributação:

“DA RESPOSTA

Antes de procedermos às considerações conclusivas sobre a matéria ora consultada, entendemos necessário salientar que as diversas diligências efetuadas no presente processo visaram exclusivamente o seu perfeito saneamento, e decorreram da necessidade de se firmar um entendimento embasado em análises técnicas criteriosas, principalmente considerando tratar-se de matéria ainda não apreciada no âmbito desta Administração Fazendária. O entendimento ora firmado fundamenta-se, portanto, na análise minuciosa de todos os documentos e informações que instruem o presente processo, sob a ótica das regras contidas no ordenamento jurídico pátrio - especialmente aquelas que visam disciplinar as relações jurídicas inerentes a um Condomínio de Shopping Center - bem como das regras que disciplinam a ocorrência do fato gerador, incidência e fixação da base de cálculo do ICMS nas operações de fornecimento de energia elétrica.

Isto posto, considerando os documentos, informações e opinativos que instruem o presente processo, e tendo em vista que compete exclusivamente a esta Diretoria de Tributação emitir parecer conclusivo no tocante à interpretação e aplicação da legislação tributária estadual, nos termos previstos no art. 67, inciso I, do Dec. nº 7.629/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal- RPAF), passamos a tecer as seguintes considerações finais, relativas ao tratamento tributário aplicável ao fornecimento de energia elétrica produzida pelo Condomínio Shopping Center Iguatemi para consumo nas suas áreas comuns, bem como nas unidades imobiliárias autônomas ali localizadas.

Nesse contexto, indispensável salientar inicialmente que, ao contrário da informação trazida pelo Consulente em sua inicial (e conforme se observa da simples leitura da Convenção do Condomínio anexada às fls. 39 a 59 do PAF), o referido Condomínio é formado por dois grupos de condôminos inteiramente diversos entre si, no tocante aos direitos e deveres que lhes são atribuídos pela referida Convenção, a saber: o grupo formado pelos denominados “condôminos titulares de direito no Shopping Center Iguatemi”, de um lado, e, de outro, o grupo formado pelos lojistas não-proprietários de unidades imobiliárias, e que atuam junto ao Condomínio na qualidade de simples locatários das referidas unidades. Há, portanto, uma clara e efetiva distinção entre esses dois grupos de condôminos, especialmente no que concerne à titularidade do direito real de propriedade junto ao Condomínio. Essa distinção, por sua vez, irá repercutir diretamente na definição dos efetivos proprietários da denominada Unidade Termoelétrica (UTE), construída nas dependências do referido Shopping com a finalidade de produzir água gelada e energia elétrica para consumo nas suas áreas de uso comum e nas unidades imobiliárias individualizadas.

Com efeito, considerando que o Condomínio Shopping Center Iguatemi é o efetivo proprietário da UTE (cuja construção, operação e manutenção foram atribuídas à IENSA - Iguatemi Energia S/A, empresa contratada pelo Condomínio com essa finalidade específica, nos termos do contrato anexado às fls. 71 a 127), e considerando, por outro lado, que apenas os condôminos proprietários são titulares de direito de propriedade junto ao Condomínio, necessário se faz concluir que apenas estes últimos podem figurar efetivamente como co-proprietários da referida Unidade

Termoelétrica. Ao contrário, os lojistas que atuam na condição de simples locatários das unidades imobiliárias localizadas no Shopping não podem ter a si atribuída a co-propriedade da UTE, visto que, por força da própria Convenção do Condomínio, não são titulares de qualquer direito de propriedade junto ao mesmo.

Dessa forma, não tem qualquer procedência a alegação do Consulente quanto à inexistência de transferência da titularidade da energia elétrica produzida pela UTE, uma vez que a propriedade da Unidade Termoelétrica não é atribuída a todos os lojistas consumidores, mas apenas àqueles que figuram como proprietários das unidades imobiliárias localizadas no Shopping Center.

Corroborando esse entendimento, indispensável salientar que os contratos de adesão relativos ao fornecimento de energia elétrica firmados entre o Consulente e os lojistas locatários (fls. 191 a 201), determinam, de forma expressa, que a energia elétrica será disponibilizada pelo Condomínio/Autoprodutor no ponto de entrada da unidade imobiliária ocupada pelo Condômino/Locatário, sendo seu consumo medido através de medidor individual e, uma vez constatado a falta de pagamento do valor devido em função do consumo mensal de energia elétrica, o Condômino/Locatário estará sujeito à suspensão do fornecimento de energia elétrica, após quinze dias do recebimento de comunicação específica enviada pelo Condomínio. Percebe-se, assim, a clara distinção entre o autoprodutor da energia elétrica fornecida através da UTE e o lojista locatário que, na condição de mero consumidor, encontra-se obrigado, a adquirir a energia diretamente do autoprodutor e a remunerá-lo por seu consumo, sob pena de suspensão do fornecimento e, consequentemente, sob pena de ser impossibilitado de manter suas atividades empresariais enquanto não for providenciada a adimplência do débito. A condição de autoprodutor de energia elétrica, portanto, concedida ao Condomínio ora consulente por força da Resolução nº 112/99 da ANEEL, não alcança os lojistas que, na qualidade de meros locatários, estão obrigados a remunerar o fornecedor pela energia consumida na unidade imobiliária locada.

Resta, portanto, devidamente caracterizada a circulação jurídica da energia elétrica produzida pela UTE e consumida pelos lojistas não-proprietários, restando igualmente caracterizada a ocorrência do fato gerador do ICMS e a incidência do imposto estadual sobre a operação de fornecimento de energia elétrica assim realizada, afastando-se tal incidência apenas no tocante à energia consumida nas áreas comuns e nas unidades imobiliárias dos condôminos titulares que, na qualidade de co-proprietários da UTE, também exploram diretamente a atividade empresarial nas dependências do Shopping Center - visto que nessas últimas hipóteses a figura do consumidor se confunde com a do próprio produtor de energia elétrica, afastando a tributação do imposto estadual.

Quanto à mensuração da base de cálculo do ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica efetuado pelo Consulente para fins de consumo dos lojistas locatários, ressaltamos que o parecer exarado pela Inspetoria de Fiscalização de Grandes Empresas - IFEP Serviços demonstra de forma clara e objetiva os procedimentos a serem adotados para tal mensuração (fls. 578 a 593), comprovando, mediante laudo técnico específico, que os valores utilizados pelo Consulente para fins de remuneração por tal atividade correspondem efetivamente às tarifas de energia utilizadas pela COELBA - Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia, com inclusão de todos os tributos incidentes e aplicação, ao final, de um desconto que varia entre 2% e 7%, a depender da classificação de cada loja (lojas satélites, lojas âncoras, cinemas, SAC, etc).

Registre-se, quanto a este aspecto, que o fato do Consulente utilizar-se, para fins de remuneração pelo fornecimento de energia elétrica aos lojistas localizados no Shopping Center Iguatemi, de tarifas quase idênticas àquelas utilizadas pela empresa concessionária de energia elétrica que atua no mercado local já demonstra, por si só, o caráter negocial de tal fornecimento ou, em outras palavras, o interesse efetivo em comercializar a energia produzida através da UTE. Da mesma forma, importante salientar que não há qualquer relação jurídica estabelecida entre a IENSA - empresa contratada para fins de operação e manutenção da Unidade Termoelétrica - e os lojistas consumidores da energia assim produzida; com efeito, é o Condomínio ora consulente quem efetivamente atua na condição de fornecedor da energia elétrica consumida pelos lojistas, responsabilizando-se perante os mesmos por tal atividade e sendo por ela remunerado na forma acima demonstrada.

Inevitável concluir, portanto, que os denominados condôminos proprietários do Condomínio Shopping Center Iguatemi exercem, em verdade, duas atividades empresariais distintas e remuneradas de forma independente, a saber: a exploração comercial das unidades imobiliárias e demais espaços localizados no Shopping Center Iguatemi e, por outro lado, a comercialização da energia elétrica que, uma vez produzida pela Unidade Termoelétrica de que são co-proprietários, destina-se ao atendimento da demanda dos lojistas locatários que exercem suas atividades empresariais nas dependências do referido Shopping.

Diante das razões acima aduzidas, concluímos pela efetiva incidência do ICMS sobre o fornecimento de energia elétrica efetuado pelo Consulente para fins de consumo dos lojistas locatários do Shopping Center Iguatemi, devendo ser efetuado o recolhimento do imposto incidente sobre tais operações na forma e prazos previstos na legislação tributária estadual. ”

Vale observar que o autuado inconformado com a resposta dada pela DITRI/GECOT, interpôs Pedido de Reconsideração, tendo aquele órgão consultivo da SEFAZ/BA, dito o seguinte:

“Considerando, porém, que o Requerente não apresentou qualquer fato novo que mereça uma segunda apreciação por parte desta Diretoria de Tributação, inexistindo, igualmente, qualquer comprovação de equívoco cometido quando da análise da matéria, ratificamos o entendimento exarado através do Parecer GECOT nº 8071/2008, ressaltando, por fim, que conforme assegura a Constituição Federal, a presente petição foi devidamente protocolada e analisada pelo órgão competente, o qual concluiu, porém, pela inexistência de pressupostos fáticos e jurídicos que autorizem a reforma do entendimento anteriormente firmado.”

Apesar de o autuado haver se insurgido contra o entendimento externado pela DITRI, coaduno inteiramente com os termos da resposta dada pelo órgão consultivo da SEFAZ/BA, no sentido de que o Condomínio Shopping Center Iguatemi Bahia, na qualidade de autoprodutor de energia elétrica é sim contribuinte do ICMS, haja vista que realiza com habitualidade operação de circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS, no caso, o fornecimento de energia elétrica para fins de consumo dos lojistas locatários do mencionado Shopping Center, sendo exigível o recolhimento do imposto incidente sobre tais operações na forma e prazos estabelecidos na legislação tributária estadual.

Assim sendo, não resta dúvida de que o impugnante, na qualidade de contribuinte do ICMS, se encontra, efetivamente, obrigado a cumprir todas as obrigações – principal e acessórias – decorrentes da legislação tributária estadual.

No caso em exame, a exigência fiscal diz respeito, exclusivamente, ao descumprimento de obrigações acessórias.

As obrigações acessórias do sujeito passivo decorrem da legislação tributária, e têm por objeto as prestações, positivas ou negativas, que impõem a prática de ato ou a abstenção de fato que não configure obrigação principal, estabelecidas no interesse da arrecadação ou da fiscalização do tributo, estando dentre elas a obrigação de exibir ou entregar ao fisco os livros e documentos fiscais previstos na legislação tributária, bem como levantamentos e elementos auxiliares relacionados com a condição de contribuinte.

No que concerne à infração 01, constato que, apesar de ter sido intimado o autuado não entregou qualquer dos documentos solicitados, inclusive, tendo solicitado um prazo maior para atendimento, o que foi concedido pelo autuante, contudo, nada entregou, incorrendo na irregularidade apontada neste item da autuação. Infração mantida.

Cumpre observar que, apesar de o autuado ter sido intimado em duas oportunidades e não ter atendido as intimações, no Auto de Infração foi consignada apenas uma multa no valor de R\$ 460,00 pela não atendimento da primeira intimação.

Ocorre que nos termos do artigo 42, inciso XX, alíneas “a”, “b”, e “c”, da Lei n. 7.014/96, a multa deve ser aplicada pelo não atendimento da cada intimação, conforme se verifica na transcrição abaixo do referido dispositivo legal:

“Art. 42.....

(...)

XX - àquele que, dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exibir livro ou documento, arquivo eletrônico ou similar (exceto os arquivos previstos no inciso XIII-A), ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado:

- a) R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais), pelo não atendimento do primeiro pedido;*
- b) R\$ 920,00 (novecentos e vinte reais), pelo não atendimento da intimação que lhe for feita posteriormente;*

c) R\$ 1.380,00 (mil e trezentos e oitenta reais), pelo não atendimento de cada uma das intimações subsequentes; ”.

Portanto, considerando que o autuado não atendeu a segunda intimação é cabível também a aplicação da multa prevista na alínea “b”, no valor de R\$ 920,00, conforme transcrito acima, o que somente poderá ser feito mediante a instauração de novo procedimento fiscal, consoante o artigo 156 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, motivo pelo qual represento a autoridade competente para que analise tal possibilidade.

Relativamente à infração 02, verifico que o autuante salienta que desde o seu registro na SEFAZ/BA, o Condomínio Shopping Center Iguatemi sempre foi considerado contribuinte especial, porém, em face do resultado da consulta, houve a alteração cadastral de ofício do contribuinte que passou a ser considerado normal, obrigando-o a apresentar mensalmente a DMA.

Ocorre que o próprio autuante confirma a alegação do autuado de que não fora notificado da alteração de sua condição, informando que verificou os registros não tendo detectado nenhuma notificação, nem mesmo por Edital, comunicando-o da alteração de ofício de sua situação de contribuinte especial para contribuinte normal.

Apesar de o artigo 63 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, estabelecer que dentro de 20 (vinte) dias após a ciência da resposta à consulta, o consultante deverá acatar o entendimento estabelecido na mesma, ajustando-se à orientação recebida, se for o caso, efetuando o pagamento das quantias porventura devidas, o que poderia afastar a alegação defensiva de desconhecimento da obrigação atinente ao contribuinte normal, haja vista que a resposta dada pela DITRI foi nesse sentido, coaduno com o opinativo do autuante no sentido de que, no caso do autuado, a mudança de ofício de sua condição pela repartição fazendária deveria ser acompanhada da indispensável ciência ao contribuinte.

Isso porque este se encontrava inscrito na condição de “contribuinte especial”, portanto, desobrigado de cumprir obrigação principal ou acessória antes da resposta da consulta, exigindo o seu reenquadramento de ofício pela repartição fazendária na condição de “contribuinte normal”, que tal fato fosse levado ao seu conhecimento, sob pena de ofensa aos princípios do devido processo legal, da publicidade e da razoabilidade, ao se impor ao contribuinte multa pela falta de apresentação da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS).

Assim sendo, considero insubstancial a infração 02.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269095.0002/08-3, lavrado contra **CONDOMÍNIO SHOPPING CENTER IGUATEMI BAHIA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessórias no valor de **R\$460,00**, prevista no art. 42, XX, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de setembro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR