

A. I. Nº - 206881.0005/19-0
AUTUADO - CONDOMÍNIO SHOPPING DA BAHIA
AUTUANTE - EUGENIA MARIA BRITO REIS NABUCO
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 07.01.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0178-05/21-VD

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. LIVROS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADA (EFD). MULTA. APELAÇÃO DE SENTENÇA JUDICIAL. DISCUSSÃO JUDICIAL DA LIDE. Escolhida a via judicial pelo sujeito passivo, extingue-se o processo administrativo de acordo com o disposto nos artigos 117, inc. II, c/c o art. 122, inc. IV do RPAF/BA (art. 126 da Lei 3.956/1981). Rejeitadas as nulidades suscitadas sob os argumentos de falta de fundamentação, e a multa não guardar relação com a capitulação legal. Não acolhidos os pedidos de cancelamento ou redução da multa por falta de amparo legal. Acolhido o pedido de afastamento da exigência dos acréscimos moratórios incidentes sobre o valor da multa aplicada até a data da ciência da lavratura do Auto de Infração, em 28/06/2019. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE** com relação às questões que não integram a demanda judicial. Defesa do Auto de Infração com relação às razões de **MÉRITO PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 27/06/19, para aplicar multa no valor de R\$ 823.898,96 em decorrência de não ter atendido a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital (EFD), na forma e nos prazos previstos na legislação tributária.

Consta na descrição dos fatos que no período de janeiro/2014 a dezembro/2017, conforme Termos de Intimação Fiscal e Demonstrativo de Apuração da Multa pelo não atendimento de intimação para entrega de EFD não enviada (Anexo I), bem como, Relação de NF-e recebidas e Relatório de Informações do Contribuinte (INC) – Resumo Fiscal (Anexo II).

Destaca ainda que em 14/07/2014 a 2ª Vara da Fazenda Pública do Tribunal de Justiça da Bahia, julgou improcedente e revogou a liminar concedida no processo nº 0072635-78.2011.8.05.0001, o que motivou a lavratura do auto de infração na qualidade de contribuinte do ICMS.

O autuado inicialmente ressalta que a defesa é tempestiva (fls. 302/334), é um condomínio edilício de um Shopping Center e que foi intimado para apresentar documentos fiscais como se fosse contribuinte do ICMS, disponibilizou documentos e foi autuado enquadrado nos artigos 247 a 250 do RICMS/BA e multa prevista no art. 42, XIII-A, “I” da Lei nº 7.014/96.

Suscita a nulidade do auto de infração, invocando o disposto no art. 5º, LV da Constituição Federal, por não vislumbrar como foi apurada a base de cálculo da suposta multa que apurou valores originados de entradas de mercadorias a título de comercialização de energia elétrica.

Transcreve os artigos 18, 20, 39 e 47 do RPAF/BA, para demonstrar que restou prejudicada a defesa, pela aplicação da multa genérica, constituição de base de cálculo desconhecida e exigência de ICMS de não contribuinte do imposto, citando diversas decisões proferidas pelo CONSEF (JJF

0308-02/05 e CJF 0397-12/05), julgando nulas infrações relativas a lançamentos sem conterem elementos suficientes para determinar com segurança a infração.

No mérito, manifesta que não pratica circulação de mercadorias, por não ser contribuinte do ICMS, visto que construiu uma UNIDADE TERMOELÉTRICA (UTE), *tornando-se autoprodutor de energia elétrica*, cujas despesas são rateadas com os condôminos, fato que foi esclarecido a SEFAZ/BA, quanto as obrigações fiscais e a não incidência do ICMS sobre a energia elétrica produzida para autoconsumo, porém foi reclassificado como contribuinte, o que ensejou a ação declaratória de inexistência de incidência tributária 0072635-78.2011.8.05.0001 no Tribunal de Justiça da Bahia, conforme Laudo Técnico (fls. 422/426) que demonstra que a UTE tem superávit e déficit financeiros, rateando as despesas, sem fim lucrativo no fornecimento da energia elétrica.

Discorre sobre locação de espaço em Shopping Center, rateios proporcionais de despesas e custos e que a UTE é um equipamento que integra o condomínio (artigos 1314 e 1315 do Código Civil), concluindo que os lojistas não são consumidores e sim coparticipantes das despesas com a autoprodução de energia elétrica, não havendo incidência, nem fato gerador e base de cálculo para apuração do ICMS, conforme entendeu o STJ em relação a energia elétrica cobrada ao lojista com rateio de despesas condominiais (AgRE 1.407.085 - MG 2018/0315391-8) e Consulta 028/2010 ao Estado de Minas Gerais (fls. 568/569, PTA nº 16.000284787-18).

Discorre sobre os limites de tributar, aspectos da incidência e consulta à SEFAZ/BA, acerca da autoprodução de energia elétrica, obtendo parecer favorável da Procuradoria-Geral do Estado da Bahia (fls. 430 a 445) que entendeu ser proprietário da UTE e autoprodutor de energia, não havendo incidência do ICMS, o que foi alterado posteriormente.

Transcreve o art. 42, XIII-A, "I" da Lei 7.014/96 e afirma que a multa de 1% incide pelo não atendimento de intimação para a entrega da escrituração não enviada, mas não foi intimado a transmitir qualquer arquivo digital e sim para disponibilizar documentação para fazer auditoria, o que extrapola o princípio da estrita legalidade previsto no art. 13 da Constituição do Estado da Bahia, visto que a doutrina preconiza que à administração pública "só é permitido fazer o que a lei autoriza", a exemplo da decisão contida no Acórdão JJF 0323-04/07 (fl. 320), devendo ser afastada a multa aplicada, sob pena de inobservância ao princípio da estrita legalidade.

Invoca a aplicação do disposto no art. 42, § 7º da Lei 7.014/96, afirmando que sempre esteve acessível à repartição fazendária, mostrando-se disponível ao atendimento das fiscalizações, sendo intimado sete vezes e atendidas as intimações recebidas, inclusive se reunindo com o Fisco para dirimir dúvidas e prestar esclarecimentos em reuniões presenciais.

Destaca que se manteve disponível à PGE/PFOFIS, para esclarecer a sua atividade de condomínio edilício com a criação da UTE em 2002, formulando a consulta nº 117827/2004-1, que concluiu não haver cobrança de contraprestação pecuniária decorrente da disponibilização da energia pela central elétrica, o que constitui normas complementares à luz do art. 100, I do CTN.

E ainda, que ao tomar ciência da reforma do Parecer, por discordar da suposta incidência do ICMS sobre a distribuição de energia elétrica, ajuizou ação declaratória 0072635-78.2011.8.05.0001 e obteve decisão liminar em seu favor, que foi revogada em momento posterior, ressaltando que neste período não foram cobrados supostos créditos tributários e/ou cumprimento de obrigações acessórias o que constitui prática reiterada da administração que tem força de norma complementar, nos termos do art. 100, III do CTN, cujo parágrafo único dispõe: "A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo."

Ressalta que foi a impugnante quem provocou a administração pública, realizando consulta formal, antes mesmo de qualquer cobrança em 2004, vindo a se concretizar 15 anos depois, somado à dúvida instaurada pela PGE/PROFIS no processo de consulta nº 117827/2004-1.

Transcreve ementas dos Acórdãos CJF 0254-11/18 e CJF 256-11/18 que tratam de dispensa da multa e acréscimos moratórios (art. 100, III do CTN), c/c o art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, que prevê que as

multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, e não deve ser punido com uma multa que gira a monta de R\$ 1.067.173,41.

Discorre sobre o caráter educativo das multas, de punir a prática de infração, reparar prejuízos, promover educação fiscal, desestimular práticas abusivas e que no caso em apreço, *“não houve a intenção do Impugnante em incorrer com o descumprimento de obrigações acessórias”*, visto que discute há anos a não incidência do ICMS sobre a autoprodução e fornecimento de energia elétrica (consulta em 2004) e não possui caixa para suportar tal exação, se mostrando irrazoável, desproporcional, de caráter confiscatório, agredindo a propriedade privada, sem observar a sua capacidade contributiva, a exemplo do Acórdão CJF 0456-12/17. Requer que a multa seja cancelada, nos termos do art. 42, § 7º da Lei 7.014/96, bem como do art. 100 do CTN.

Transcreve os artigos 113 a 115 do CTN, distinguindo as modalidades de obrigações: principal e acessória e que em se tratando de multa aplicada por descumprimento de obrigação acessória, em especial a transmissão da Escrituração Fiscal Digital (EFD), *“existem duas situações distintas a serem verificadas quanto à ocorrência dos respectivos fatos geradores: (i) obrigação acessória: transmissão da EFD; e (ii) aplicação da multa pelo seu suposto descumprimento”*.

Quanto a data da ocorrência, alega que a fiscalização foi encerrada com a lavratura do auto de infração e não cabe a exigência de acréscimos moratórios, nos termos dos artigos 102, e 161 do CTN (fls. 329/330), visto que conforme o disposto nos artigos 113 a 115 do CTN, o fato gerador da multa ocorreu no momento que foi verificada pela fiscalização em 29/08/19 e não cabe “aplicar os acréscimos moratórios retroativos às competências a que se referem as obrigações acessórias”, desassociando com o fato gerador da sanção pecuniária aplicada. Requer que não seja retroagido a aplicação da data das competências a que se referem as EFDs e sim do momento que a multa foi lançada em junho de 2019, a exemplo do Acórdão JF 0279-04/13 (fls. 482 a 489) e RESP 1.129.990/PR, para reforçar o seu entendimento de que não há que se falar em aplicação dos acréscimos moratórios de obrigação constituída que nem ao menos atingiu o seu vencimento. Requer que seja revisado.

Por fim, requer nulidade da autuação, subsidiariamente sua improcedência, redução ou cancelamento da multa e se superada, a exclusão dos acréscimos moratórios sobre a multa.

A autuante na informação fiscal (fls. 492 a 506), inicialmente discorre sobre a defesa e esclarece que a exigência fiscal tem amparo na Lei 7.014/96 e RICMS/BA.

Ressalta que foi anexado aos autos Demonstrativos da apuração da multa, pelo não atendimento da EFD não enviada, Demonstrativo Resumo da Multa em planilha gravada em mídia e Recibo de Arquivos Magnéticos e NF-e Recebidas (fls. 157 a 209 e 212), Relatório de Informações do Contribuinte (INC) à fl. 272, além de Termos de Intimação pela constatação do não envio da EFD (fls. 9 a 24). Afirma que tudo isso possibilitou exercer o direito de defesa.

Esclarece que foi lavrado os AIs nº 206881.0004/19-4 e 206881.0003/19-8 relativos a descumprimento de obrigações principal e acessória (fls. 184 a 223), em razão de o contribuinte fornecer energia elétrica gerada pela UTE aos lojistas/locatários, sem recolhimento do ICMS.

Informa que a fiscalização foi desencadeada em razão da decisão proferida em 14/07/2014 pelo TJBA que julgou improcedente e revogou a liminar anteriormente concedida no processo nº 0072635-78.2011.805.0001 de Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica (fls. 401 a 409).

O sujeito passivo foi intimado para apresentar livros e documentos fiscais (EFD e DMA - fls. 9 a 17) o que não foi atendido sob pretexto de que inexistia relação jurídica tributária entre o condomínio e o Estado da Bahia.

Quanto a nulidade suscitada, contesta que integram o auto de infração demonstrativos, descrição dos fatos, enquadramentos que indicam a capitulação legal e tipificação da multa tudo em

conformidade com os pressupostos do art. 39 do RPAF/BA e não há o que falar em cerceamento do direito de defesa.

No mérito, esclarece que o contribuinte formulou consulta a administração tributária (DITRI) em 2004 sob nº 117827/2004-1 solicitando orientação quanto ao tratamento tributário aplicável ao fornecimento de energia elétrica gerada pela UTE de sua propriedade e destinada ao consumo das unidades imobiliárias localizadas no Shopping e das áreas de uso comum, cujo Parecer Final de nº 8.071/2008 (fls. 240 a 244) concluiu haver incidência do ICMS, conforme transcrito às fls. 637/638.

E que depois de cientificado do citado Parecer, entrou com um pedido de reconsideração de nº 106.620/2008-2, indeferido por inexistência de pressupostos fáticos e jurídicos no Parecer Final 11.448/2008, tendo sido alterada sua condição de contribuinte “Especial” para “Normal”.

Em 29/12/2008 foi lavrado o AI 269095.0002/08-3 exigindo multa por falta de entrega de DMA, que foi julgado procedente em parte (Acórdão JJF 318-01/09) que foi mantido pela 1ª CJF no Acórdão CJF 013-11/11. Em seguida, o sujeito passivo entrou com ação anulatória de débito fiscal, relativo ao citado processo (0041413-92.2011.805.0001) e foi concedido Tutela Antecipatória em caráter liminar, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário em maio/2011, que foi julgado improcedente e extinto o processo com resolução de mérito em 14/07/2014, revogando a liminar de antecipação de tutela preliminarmente concedida.

Destaca que existem duas figuras participantes do condomínio shopping com relações jurídicas distintas, o de condôminos/proprietários que são titulares de direito de propriedade e condôminos/locatários, sendo o primeiro coproprietário da UTE e o segundo, consumidores de energia elétrica, situação em que o fornecimento de energia elétrica pela UTE aos lojistas/locatários configura circulação de mercadorias sujeita a incidência do ICMS.

Ressalta que os contratos de adesão relativos ao fornecimento de energia elétrica firmados entre o condomínio e os lojistas locatários, determinam que os valores pagos em função do consumo de energia elétrica são calculados por ponto de consumo, através de medidor individual, tomando por parâmetro o valor da tarifa de energia aplicado pela COELBA, aplicando no final um desconto de 2% a 7%, prevendo inclusive suspensão do fornecimento, se não houver pagamento.

Destaca que o art. 38 da Convenção do Condomínio Shopping estabelece que lojistas e condomínios (proprietários) não se confundem e o art. 33 prevê que cada condômino pagará diretamente os impostos, taxas, contribuições e contas de consumo da respectiva unidade, a exemplo de despesas (...) luz, força, telefone, gás, água e esgoto, com *“ciência de que a energia elétrica e a água gelada”* disponibilizada pela UTE, constitui obrigação de pagamento mensal.

Afirma que o impugnante na qualidade de contribuinte do ICMS, obriga-se a cumprir obrigações principal e acessória decorrentes da legislação tributária estadual, que na situação presente deixou de prestar as informações exigidas pelo fisco, conforme prevê a legislação tributária.

Ressalta que o autuado foi intimado diversas vezes, sendo a primeira em 31/10/2018 e a última em 02/04/2019, conforme disposto no art. 247, § 4º do RICMS/BA, e não tendo entregue o arquivo eletrônico da EFD, sujeitou-se a multa prevista no art. 42, XIII-A, “I” da Lei 7.014/96;

Atenta que face o resultado da consulta a DITRI, houve alteração de ofício do cadastro que passou a ser contribuinte normal, o que o obrigava a envio mensal da EFD e DMA, o que não foi feito, descumprindo o disposto no art. 63 do RPAF/BA e pelo não envio da EFD, os artigos 248, 250 e 305 do RICMS/2012.

Quanto a alegação de ter agido com boa fé, ressalta que na sequência dos fatos, o contribuinte formulou consulta, que tendo resposta desfavorável, interpôs liminar, que concedida em caráter preliminar, foi revogada posteriormente e mesmo tendo sido intimado oito vezes não adotou os procedimentos previstos na legislação do ICMS quanto às obrigações principal e acessória.

Informa que mesmo tendo se reunido com representantes da SEFAZ/BA e PGE/PROFIS, não seguiu a orientação dada e não efetuou qualquer pagamento do ICMS (energia/fornecida) nem adotou procedimentos quanto ao cumprimento de obrigações acessórias (DMA/EFD).

Quanto a incidência dos acréscimos moratórios, afirma que sua aplicação a infrações de descumprimento de obrigações acessórias é prevista no art. 102, § 2º, II e § 3º da Lei 3.965/81 e art. 51 da Lei 7.014/96.

Ressalta que à fl. 4 do AI, foi indicado o art. 39, § 3º do RPAF/BA que prevê sujeição a correção monetária, acréscimos moratórios e multa em decorrência de lançamento de ofício (fls. 6 a 10).

Afirma que conforme disposto no art. 8º do RPAF/BA cabe ao contribuinte juntar com a defesa os meios de prova que tem para demonstrar a veracidade de suas alegações, o que não ocorreu, diante dos elementos contidos no processo. Requer julgamento pela procedência do lançamento.

Na assentada do julgamento em 12/05/2020 o patrono do estabelecimento autuado:

- i) Apresentou **Apelação** interposta contra a Sentença proferida pelo TJBA de nº 132/07/2014, na 2ª Vara da Fazenda Pública em 18/05/16, relativa a Ação Declaratória nº 0072635-78.2011.8.05.0001, **que foi revogada**, fazendo se acompanhar do Memorial apresentado a 1ª Câmara Civil em 12/07/18 e Contrarrazões apresentada pela Procuradoria Geral do Estado de 21/06/17 (documentos gravados na mídia à fl. 652).
- ii) Requereu prorrogação para julgamento presencial, que foi indeferido.
- iii) Requereu juntada de petição ao processo, para esclarecer a identidade entre a Apelação interposta contra a decisão judicial da Ação Declaratória nº 0072635-78.2011.8.05.0001 e o mérito da exigência contida neste Processo Administrativo Fiscal.
- iv) A 5ª JJF formulou intimação para juntada da petição ao PAF e concedeu prazo de 10 (dez) dias, contado a partir do dia 14/05/20.

Na assentada de julgamento em 04/06/2020, a 4ª JJF decidiu por unanimidade, encaminhar o processo a PGE/PROFIS (fls. 513/515), requerendo emissão de Parecer Opinativo no seguinte sentido:

- a) *Se há identidade entre a matéria que está sendo discutida na esfera judicial (Apelação - Sentença nº 132/07/2014, relativa a Ação Declaratória nº 0072635-78.2011.8.05.0001) e a matéria que está sendo questionada na esfera administrativa que foi objeto do lançamento no presente PAF (falta de recolhimento de ICMS/energia elétrica);*
- b) *Se houver identidade entre a matéria discutida na esfera judicial e na esfera administrativa, se é o caso de aplicar o disposto no art. 122, IV do RPAF/BA, e considerar desistência da defesa em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo na esfera judicial relativamente à matéria objeto da lide deste lançamento*

No parecer exarado pela PGE/PROFIS (fls. 518/519) foi opinado que a análise da Ação Declaratória nº 0072635-78.2011.8.05.0001 observa-se “*absoluta similitude da matéria objeto da ação judicial e o objeto do auto de infração*” sobre a condição de contribuinte nas operações de fornecimento de energia.

Quanto a aplicação do disposto no artigo 117, II c/c o art. 122, IV do RPAF/BA, opina que “*deve ser declarada a desistência da impugnação com a extinção do processo administrativo fiscal*”, visto que a propositura de medida judicial sobre a lide objeto do lançamento de ofício importou na transferência da decisão de mérito para o Poder Judiciário.

Informou ainda que o citado Processo Judicial se encontra pendente de julgamento desde 2017.

O Parecer foi ratificado pela Procuradora Assistente Paula Gonçalves Morris Matos da PGE/PROFIS/NCA (fl. 520).

Foi juntado petição de outorga de substabelecimento ao advogado Marcelo Neeser Nogueira Reis (fl. 521), que se manifestou sobre o Parecer PGE/PROFIS às fls. 525 a 532.

O patrono do autuado inicialmente discorreu sobre os fatos, reafirmando “*não praticar atividades de comercialização de mercadorias*” e retirada de pauta do processo em 12/05/2020 [04/06/20] com envio a PGE/PROFIS para opinar sobre a ação ajuizada de não ocorrência do fato gerador.

Ressalta que a PGE/PROFIS manifestou que há similaridade da matéria da ação judicial com o objeto da autuação, o que entende estar correto, mas quanto a aplicabilidade do disposto no artigo 117, II c/c o art. 122, IV do RPAF/BA, diz que há “vários outros pontos de contestação à cobrança que foram abordados” na defesa mas não estão presente na ação judicial.

Atenta que a ação judicial foi interposta em 2011 e o auto de infração é datado de 2019 e elenca diversas questões trazidas na impugnação que não são tratadas na ação judicial:

- i) Nulidade por falta de fundamentação;
- ii) Aplicação do disposto no art. 42, § 7º da Lei 7.014/96 e art. 100 do CTN;
- iii) Multa aplicada não guarda relação com a capitulação legal.

Notícia que o julgamento da Ação Declaratória se encontra em via de conclusão pela 1ª Câmara Cível do TJBA que se acolhida a apelação interposta irá demonstrar que não pratica ato de mercancia e inoccorrência do fato gerador do ICMS.

Argumenta que com o desfecho da demanda judicial, caberá ao colegiado do CONSEF examinar outras questões do lançamento que são capazes de desconstituir a autuação.

Conclui afirmando que não discorda da proposição de suspensão do feito até a finalização da demanda judicial, mas que a impugnação seja levada a julgamento para exame de “*todas as matérias estranhas ao que se debate em juízo*”.

Pautado para julgamento no dia 09/12/2021, em memorial apresentado o patrono do estabelecimento autuado apresentou uma Certidão de Julgamento realizado na Sessão da Primeira Câmara Cível Julgamento em 29/11/2021, da Apelação nº 0072635-78.2011.8.05.0001 – interposta pelo Condomínio Shopping Center Iguatemi Bahia contra o Estado da Bahia, que em decorrência do Relator ter negado provimento ao Apelo, inaugurou divergência e ampliou a turma (art. 942 do CPC), decidindo pela anulação da Sentença por maioria.

Na assentada do julgamento os patronos do estabelecimento autuado solicitaram o sobrestamento do julgamento do processo na esfera administrativa até que ocorra o da esfera judicial.

VOTO

Inicialmente, cabe apreciar o pedido de nulidade suscitada sob a alegação de não saber como a fiscalização apurou a base de cálculo para aplicação da multa.

Ressalto que o processo foi pautado para julgamento em 04/06/2020, e diante da apresentação da Apelação interposta contra a Sentença proferida pelo TJBA de nº 132/07/2014, na 2ª Vara da Fazenda Pública (Ação Declaratória nº 0072635-78.2011.8.05.0001), foi atendido pedido de encaminhamento do processo a PGE/PROFIS para esclarecer a identidade entre a Apelação interposta e o mérito da exigência contida neste Processo Administrativo Fiscal.

A PGE/PROFIS, (fls. 518/519), apreciou que há “*absoluta similitude da matéria objeto da ação judicial e o objeto do auto de infração*”, e opinou pela aplicação do disposto nos artigos 117, inc. II, c/c o art. 122 IV do RPAF/BA, reconhecendo a desistência da impugnação e extinção do PAF.

O patrono do autuado manifestou-se concordado com a similaridade da matéria da ação judicial com o objeto da autuação, mas que devia ser apreciado na esfera administrativa as outras questões suscitadas, que não foram objeto da ação judicial.

Pelo exposto, entendo que neste aspecto assiste razão ao sujeito passivo, visto que a demanda judicial reporta se apenas sobre a condição de contribuinte do ICMS e ocorrência do fato gerador.

Sendo assim, passo à apreciação das questões levantadas no Processo Administrativo Fiscal que não estão presente na ação judicial, a saber:

- i) Nulidade por falta de fundamentação;

- ii) Aplicação do disposto no art. 42 § 7º da Lei 7.014/96, e art. 100 do CTN;
- iii) Multa aplicada não guarda relação com a capitulação legal.

NULIDADE POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO: observo que a infração descreve que a aplicação da multa decorreu do não atendimento à intimação para entrega do arquivo eletrônico da EFD, constando ainda que o sujeito passivo foi omissor de EFD no período de janeiro/2014 a dezembro/2017, conforme termos de intimações.

Por sua vez, foram juntadas às fls. 09 a 17 diversas intimações, sendo a primeira datada de 31/10/2018, na qual consta a solicitação da EFD, (fl. 9), do período de 2014 a 2017, o que se repete nas sete intimações seguintes, sendo que a última é datada de 02/04/2019, (fl. 17). Já nas fls. 18 a 24, foram juntados os Termos de Arrecadação de Livros e Documentos, inclusive de planilha entregue pelo estabelecimento autuado, de “Comprovantes de Despesas e de Consumo de Energia Elétrica” (fl. 23 e 24).

Já os demonstrativos de fls. 158 a 209, relacionam as notas fiscais (NF-e), CNPJ do fornecedor e chave eletrônica de acesso ao Portal da NF-e, valor da operação de aquisição de mercadorias, que não foram escrituradas na EFD, cujos arquivos gravados em mídia foram entregues ao estabelecimento autuado, conforme documento de fl. 211, inclusive do demonstrativo da multa de 1% relativa a “ENTRADAS FALTA ENVIO EFD APÓS INTIMAÇÃO”.

A exemplo do exercício de 2014, as páginas impressas juntadas às fls. 158 a 163, relacionam as notas fiscais de entradas não escrituradas na EFD, que totalizou entradas o valor de R\$ 18.048.075,70, que aplicada multa de 1%, resultou em valor exigido de R\$ 180.480,76.

Ressalte-se que os demonstrativos elaborados pela fiscalização no qual foram relacionadas as notas fiscais de entradas, foram entregues ao preposto do estabelecimento autuado, conforme documento de fls. 349 e 350.

Pelo exposto, os elementos acostados aos autos evidenciam com clareza a constituição da base de cálculo da multa aplicada, inclusive tendo as planilhas sido elaboradas com base nos documentos fornecidos pelo próprio estabelecimento autuado. Por isso, fica rejeitada a nulidade suscitada, visto que os demonstrativos analíticos discriminam a base de cálculo da multa aplicada, e possibilitou ao defendente exercer o contraditório, inexistindo o cerceamento de direito de defesa alegado.

Ressalte-se ainda, que foi lavrado o A. I. nº 269095.0002/08-3, em 22/12/2008, para exigir multa por descumprimento de obrigação acessória em decorrência de não ter atendido intimação em 10/07/2008, para entrega de documentos contábeis e falta de apresentação da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA), cuja decisão pela procedência contida no Acórdão JJF 0318-01/09, foi mantida no Acórdão CJF Nº 0013-11/11.

Destaco também, que as decisões proferidas pelo CONSEF (JJF 0308-02/05 e CJF 0397-12/05), cujas ementas foram transcritas na defesa, não servem de parâmetro para o caso concreto, visto que aquelas decisões retratam situações em que ocorreu a falta de elementos para determinar com segurança a infração, que não é o caso do processo em questão.

APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 42 § 7º DA LEI 7.014/96, e ART. 100 DO CTN: no que se refere ao pedido de cancelamento da multa aplicada, invocando o disposto no art. 100 I do CTN, entendo que só poderia ser considerado que os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas respaldaram a sua conduta como não contribuinte do ICMS, durante o período que o parecer da GETRI esteve vigente (Parecer 117827/2004-1 – fls. 430 a 445), ou seja, de 2004 a 2008, quando o estabelecimento autuado foi cientificado da mudança de entendimento (“*caracteriza-se como uma efetiva operação de circulação de mercadoria, sujeita a incidência do imposto estadual*”), conforme documentos de fls. 377 a 382, cujo Parecer Final 8.071/2008, concluiu haver incidência parcial do ICMS (fornecimento aos locatários). A partir do momento que foi

cientificado e ajuizou a questão que lhe foi negada em decisão proferida pelo TJBA, não se pode mais falar em orientação da Administração Tributária, nos termos do art. 100 do CTN.

Posteriormente, as ações judiciais de ação anulatória de débito fiscal e ação declaratória de inexistência de relação jurídica, foram julgadas improcedentes em 2014. Como os valores da multa aplicada neste lançamento são de momento posterior (2014/2017), não há o que considerar, tendo em vista que a administração tributária reviu os seus atos em relação à consulta. E também, que foi apresentada uma Certidão de Julgamento da Sessão da Primeira Câmara Cível Julgamento em 29/11/2021, cuja Apelação nº 0072635-78.2011.8.05.0001 – interposta pelo Condomínio Shopping Center Iguatemi Bahia contra o Estado da Bahia, decidiu pela anulação da Sentença por maioria, ou seja, a demanda judicial não foi finalizada.

A multa aplicada relativa ao período de 2014 a 2018, envolve período que recorreu ao Poder Judiciário para questionar a atividade de mercantilização nas operações com energia elétrica e ocorrência de fato gerador, questão a ser decidida judicialmente. Por isso, nego o pedido de cancelamento da multa. Ressalte-se ainda, que as decisões contidas nos Acórdãos CJF Nº 0254-11/18 e CJF 256-11/18, (fls. 323 e 324), não servem de parâmetro para a situação em questão, visto que naqueles casos, o fisco passou a adotar metodologia diferente (expurgo da base de cálculo do ICMS nas operações de transferências, do PIS e da COFINS).

Com relação ao pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada, invocando o disposto no art. 42 § 7º da Lei 7.014/96, observo que tal dispositivo estabelecia:

§ 7º As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não implique falta de recolhimento do imposto.

Pelos elementos contidos nos autos, não há comprovação de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, entretanto, com relação às questões de mérito, demanda a ser resolvida no Poder Judiciário, o sujeito passivo praticou operações de circulação de mercadorias (fornecimento de energia elétrica), não emitiu documento fiscal, não apurou o ICMS devido e nem escriturou nos livros fiscais próprios para que o fisco estadual pudesse fazer auditoria e identificar possíveis descumprimentos da legislação tributária, logo, pressupõe-se que implicou em falta de recolhimento do imposto, requisito indicado no citado § 7º, motivo pelo qual, não pode ser reduzida ou cancelada a multa. Atento que a questão de mérito, se é contribuinte ou não do ICMS, e que ocorreu fato gerador do imposto em relação às operações praticadas, constitui demanda judicial, e se vier a ser julgada favorável ao estabelecimento autuado, não restará qualquer multa.

Além disso, o § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96, foi revogado pela Lei 14.183/2019, com efeitos a partir de 13/12/2019, não sendo cabível a sua aplicação tomando como parâmetro a decisão contida no Acórdão CJF 0456-12/17, quando era vigente o citado dispositivo legal. Mesmo que se entenda que a aplicação era vigente quando da ciência da lavratura do auto de infração em 28/06/19, não preenche o requisito de que “não implique falta de recolhimento do imposto”, situação que restou caracterizada, mas que está sendo discutida na esfera judicial, cuja apreciação não é feita nesta seara administrativa fiscal. Por isso, fica rejeitado o pedido de redução ou cancelamento da multa.

MULTA APLICADA NÃO GUARDA RELAÇÃO COM A CAPITULAÇÃO LEGAL: com relação ao argumento de que o fato gerador da multa ocorreu com o término da fiscalização e que não cabe a exigência dos acréscimos moratórios, observo que os artigos 247 a 250 do RICMS/BA, determinam a elaboração e transmissão dos arquivos eletrônicos da EFD:

O § 4º do art. 247 do RICMS/BA, determina:

§ 4º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências.

Já o art. 42, XIII-A da Lei 7.014/96 tipifica multa:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

...

l) R\$1.380,00 (um mil, trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal Digital - EFD, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços tomadas, em cada período de apuração, pelo não atendimento de intimação para entrega da escrituração não enviada;

Na situação presente, o sujeito passivo foi intimado para entrega da EFD não enviada, e não tendo sido atendido, a fiscalização aplicou a multa de 1% do valor das entradas, a exemplo do mês de dezembro/2014, que apurou base de cálculo de R\$ 2.020.464,54, e aplicou multa de 1% que resultou em valor da multa de R\$ 20.204,76, conforme consolidado à fl. 163.

Pelo exposto, entendo que assiste razão ao defendente, visto que a infração só se materializou com o vencimento do prazo concedido para entrega da EFD não enviada, e me coaduno com o entendimento manifestado na decisão contida no Acórdão JJF 0279-04/13, de que os acréscimos moratórios sejam cobrados somente a partir da data da lavratura do Auto de Infração, “*pois somente se configurou a exigência da multa a partir do momento em que se efetivou o lançamento*”, decorridos 30 (trinta) dias, “*se reclamado através de Auto de Infração*”, nos termos do art. 102, inc. II § 3º do Código Tributário do Estado da Bahia, (Lei 3.956/1981), ou seja, após trinta dias da ciência do lançamento, que no caso, ocorrido em 28/06/19, passa a ter vigência a partir de 28/07/2019.

Apreciadas as questões discutidas no Processo Administrativo Fiscal, julgo improcedente as alegações defensivas, mantendo a procedência do lançamento em relação a estas questões que não foram objeto da demanda judicial.

Com relação às questões de MÉRITO, sob a sua suposta condição de contribuinte do ICMS em relação as operações de fornecimento de energia elétrica aos lojistas, constato que o sujeito passivo entrou com ação anulatória de débito fiscal (0041413-92.2011.805.0001), que lhe foi concedida Tutela Antecipatória em caráter liminar, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário em 10/11/2011. E também com ação declaratória de inexistência de relação jurídica no processo nº 0072635-78.2011.805.0001, que lhe concedeu Antecipação de Tutela em 16/05/2011, e o patrono do autuado na assentada de julgamento em 04/06/2020, informou ter interposto Apelação - Sentença nº 132/07/2014, relativa a Ação Declaratória nº 0072.635-78.2011.8.05.0001.

Conforme indicado no relatório, o patrono do estabelecimento autuado apresentou uma Certidão de Julgamento realizada na Sessão da Primeira Câmara Cível Julgamento em 29/11/2021, da Apelação nº 0072.635-78.2011.8.05.0001 – interposta pelo Condomínio Shopping Center Iguatemi Bahia contra o Estado da Bahia, que decidiu pela anulação da Sentença.

Portanto, conforme opinativo da PGE/PROFIS no parecer de fls. 518/519, a Ação Declaratória nº 0072635-78.2011.8.05.0001, possui “*absoluta similitude da matéria objeto da ação judicial e o objeto do auto de infração*”, sobre a condição de contribuinte nas operações de fornecimento de energia, tendo o estabelecimento autuado optado pela propositura de medida judicial sobre a lide, objeto do lançamento, acolho o parecer opinativo e *declaro a desistência da impugnação e extinto o processo administrativo fiscal*, no que se refere à questão de mérito, nos termos dos artigos 117, inc. II, c/c o art. 122, IV do RPAF/BA.

Ressalte-se, que tendo o estabelecimento autuado proposto medida judicial sobre a lide objeto do lançamento (condição de contribuinte do ICMS sobre operações com energia elétrica e ocorrência de fato gerador), a depender da sentença final irrecorrível proferida pelo Poder Judiciário, pode implicar em ocorrência ou não da infração que aplica multa por não escrituração da EFD na condição de contribuinte do ICMS, questão a ser decidida na esfera judicial.

Face ao exposto, rejeito as nulidades suscitadas, sob os argumentos de falta de fundamentação, e a multa não guardar relação com a capitulação legal, rejeito os pedidos de cancelamento ou

redução da multa, e acolho o pedido de afastamento da exigência dos acréscimos moratórios incidentes sobre o valor da multa aplicada até a data da ciência da lavratura do Auto de Infração, em 28/07/2019. Portanto, improcedentes as alegações das questões suscitadas na esfera administrativa.

Com relação ao pedido de sobrestamento do julgamento na esfera administrativa até que ocorra o julgamento na esfera judicial, observo que conforme disposto no art. 117 do RPAF/BA, A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo, importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação, e o Auto de Infração deve ser remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, porém, em se tratando de ação judicial interposta antes da efetivação do lançamento na esfera administrativa, deve ficar suspensa a execução do crédito tributário, enquanto não transitar em julgado a ação judicial. Por isso, rejeito o pedido de sobrestamento do julgamento, por entender que não causa qualquer prejuízo ao estabelecimento autuado, cuja execução só deverá ocorrer após a ocorrência da decisão final da medida judicial.

Resta PREJUDICADA a defesa referente à questão de MÉRITO do presente Auto de Infração, devendo os autos serem encaminhados à PGE/PROFIS para exercer o controle da legalidade e adoção dos procedimentos legais.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** as razões apresentadas que não foram objeto da demanda judicial, declarar PREJUDICADA a defesa com relação à questão de mérito e declarar EXTINTO o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº **206881.0005/19-0**, lavrado contra **CONDOMÍNIO SHOPPING DA BAHIA**. Os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, ficando afastada a exigência dos acréscimos moratórios incidentes sobre o valor total da multa aplicada (**R\$ 823.898,96**), até a data da ciência da lavratura do Auto de Infração, em 28/07/2019.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR