

PROCESSO - A. I. Nº 206881.0005/19-0
RECORRENTE - CONDOMÍNIO SHOPPING DA BAHIA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0178-05/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/12/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO C/JF Nº 0365-12/22-VD**

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS ELETRÔNICOS. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD). MULTA. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO INTIMADO. Razão recursal incapaz à reforma da Decisão recorrida. Item nulo, de ofício, por se constatar que a intimação ocorreu com redução do prazo legal previsto para o cumprimento da obrigação acessória de entregar a EFD. Modificada, de ofício, a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Auto de Infração **Nulo**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 5ª JJF, através do Acórdão nº 0178-05/21-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, o qual foi lavrado, em 27/06/2019, para exigir a multa de R\$ 823.898,96, inerente à **infração 01 – 16.14.03**, sob a acusação de:

Deixou o contribuinte de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD - na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária.

Empresa omissa de EFD/OIE, 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 da Escrituração Fiscal Digital (EFD) não Enviada, anexo I, bem como, Relação de NFe Recebidas e Relatório INC – Informações do Contribuinte – Resumo Fiscal Completo, anexo II.

Consta como enquadramento legal os artigos 247, 248, 249 e 250 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, como também a multa aplicada conforme art. 42, inciso XIII-A, alínea “I”, da Lei nº 7.014/96, C/C a Lei nº 12.917/13 e arts. 106 e 112 do CTN (Lei nº 5.172/66).

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, diante das seguintes razões:

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:

... I) 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.

Diante de tais considerações, o Auto de Infração foi julgado Procedente em Parte, mantendo o valor integral da multa de R\$ 823.898,96 e afastando a exigência dos acréscimos moratórios incidentes até a data da ciência da lavratura do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário, às fls. 571 a 594 dos autos, o recorrente, após breve resumo dos fatos, preliminarmente, reitera a arguição de nulidade do lançamento, por não haver demonstrado a base de cálculo para aplicação do percentual da multa, indicada pela legislação como sendo as entradas de mercadorias.

No mérito, sustenta que não violou o preceito legal mencionado na autuação (art. 42, XIII-A, “I” da Lei nº 7.014/96), pois a legislação condiciona expressamente que a multa de 1% incidirá pelo não atendimento de intimação para entrega da escrituração não enviada, do que afirma que em nenhum momento foi intimado a transmitir qualquer tipo de arquivo digital, mas, sim, a lhe disponibilizar documentação para a auditoria, o que foi prontamente atendido, isto porque, da simples leitura das intimações recebidas, resta incontroverso que não há sequer única notificação que o intimasse à transmissão da EFD, não havendo como se sustentar a aplicação de penalidade sobre fato que sequer existiu, o que afasta a autuação do princípio da tipicidade cerrada, sendo insubsistente, sob pena de inobservância ao princípio da estrita legalidade.

Aduz, ainda, que merece reforma o Acórdão recorrido quanto à suposta inaplicabilidade do art. 100, parágrafo único, do CTN e do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, uma vez que a JJF olvidou o fato de o recorrente, em total boa-fé, ter provocado o fisco (processo de consulta nº 117827/2004-1) para que pudesse se respaldar quanto à operação de autoprodução de energia elétrica, sem finalidade lucrativa e/ou comercial, alimentando apenas o empreendimento da energia elétrica autoproduzida. Assim como olvidou, também, o fato de ter levado a discussão ao judiciário, tendo, por anos, decisão liminar favorável à sua pretensão, o que lhe assegurou ao não recolhimento do tributo. O fato é que sempre esteve acessível ao fisco.

Assim, em razão do comportamento omissivo da SEFAZ em relação à possibilidade de tributação

da autogeração de energia elétrica pelo ICMS, somado à própria dúvida instaurada pela PGE no Processo nº 117827/2004-1 (inicialmente de que não há contraprestação pecuniária), não se pode sequer cogitar que o recorrente concorreu para o não cumprimento das obrigações acessórias que resultaram na lavratura das multas, eis que seu comportamento – tratamento tributário do rateio de despesas na autogeração de energia elétrica – se pautou, literalmente, nos costumes da autoridade administrativa, logo, não há o que se falar em imposição de penalidades em seu desfavor.

Destaca sua boa-fé e que o valor da multa monta de R\$ 1.067.173,41, o que representa verdadeiro efeito confiscatório, inexistindo capacidade contributiva, restando evidente que os acréscimos relacionados aos juros moratórios e a multa devem ser cancelados, nos termos do art. 100 do CTN, do que cita Acórdão CJF nº 0456-12/17, o qual analisou caso semelhante, impedindo a cobrança de multa em caráter desproporcional, aplicando o § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, cuja possibilidade foi afastada pela Decisão recorrida sob fundamento de que o dispositivo havia sido revogado em 2019, do que salienta que os fatos ocorridos são de 2014 a 2017, portanto, antes da revogação do dispositivo revogado, razão de invocar o art. 144 do CTN.

Em seguida, sustenta a necessidade de conversão do julgamento em diligência, uma vez que a aplicação da multa, com base nas entradas, decorreu sem qualquer demonstração da base obtida, pois, mesmo tendo sido disponibilizadas notas fiscais relacionadas às aquisições de insumos, matérias-primas e bens do ativo imobilizado necessários para a autogeração de energia elétrica da UTE, tais documentos foram ignorados na composição da base de cálculo da multa aplicada, tendo a autuante considerado uma base muito superior à realidade das entradas ocorridas na operação, razão de invocar os princípios da capacidade contributiva e da verdade material. Destaca que no Acórdão JJF nº 0177-05/21-VD, relativo ao Auto de Infração nº 206881.0003/19-8, inerente a autuação da obrigação principal, o voto vencido se demonstrou inclinado à realização de diligência.

Diante de tais considerações, o recorrente requer a reforma da Decisão recorrida para:

1. julgar nulo o Auto de Infração, nos termos dos arts. 18, 20 e 39 do RPAF/99;
2. subsidiariamente, que seja declarada a insubsistência do Auto de Infração, por todas as razões de fato e de direito, considerando:
 - 2.1 a inocorrência da violação do art. 42, XIII-A, “I” da Lei nº 7.014/96,
 - 2.2 que a aplicação da penalidade afronta o art. 100 do CTN, devendo ser relevada nos termos do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, ou ainda
 - 2.3 que sejam os autos baixados em diligência para se apurar de forma correta a base de cálculo utilizada para aplicação da multa perseguida, considerando que os documentos fiscais de aquisições de insumos – “entradas” – disponibilizados foram ignorados pela autuante que autuou com base completamente desconhecida e que não condiz com a realidade dos fatos.

Por fim, requer que todas as publicações e intimações sejam realizadas, exclusivamente, na pessoa do advogado Luiz Eugênio Porto Severo da Costa, OAB/RJ nº 123.333, sob pena de nulidade.

Registra-se a presença na sessão de videoconferência, os advogados Drs. Victor Tanuri Gordilho, Marília Andrade e Mariana Morna, nos quais exerceram o direito da fala.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª Instância, quanto à subsistência parcial do lançamento de ofício, cuja exação se refere a multa de R\$ 823.898,96, correspondente a 1% sobre as operações de entradas, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2017, por ter o contribuinte deixado de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, na forma e nos prazos previstos na

legislação tributária, sendo a penalidade enquadrada no art. 42, inciso XIII-A, alínea “I” da Lei nº 7.014/96, C/C a Lei nº 12.917/13 e artigos 106 e 112 do CTN (Lei nº 5.172/66).

De início, há de salientar que a aludida multa, no montante de R\$ 823.898,96, relativa aos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2017, por motivo óbvio, só poderia se configurar após o término do prazo concedido pela fiscalização para a apresentação dos respectivos arquivos eletrônicos da EFD, conforme OTE-DPF-3005, abaixo reproduzida, *in verbis*:

“5. caso o contribuinte não entregue o arquivo solicitado ou o apresente ainda com inconsistências, deve ser lavrado Auto de Infração em razão de não atendimento à intimação, conforme referido no item 2 desta orientação gerencial, hipótese em que deverá ser anexada ao Auto de Infração a intimação não atendida.

5.1 – Na lavratura de auto de infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os campos data de ocorrência e data de vencimento do auto de infração deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados.” (grifos nosso)

Assim, considerando que as oito intimações ocorreram entre 31/10/2018 a 02/04/2019 (fls. 9 a 17), o descumprimento da obrigação tributária acessória de apresentar os arquivos eletrônicos da EFD só poderia ser consignado no Auto de Infração a partir do primeiro dia útil após o último prazo concedido pela fiscalização ao contribuinte para apresentação dos referidos arquivos, ocorrido em 02/04/2019 (fl. 17), acaso não atendida a intimação. Porém, jamais em períodos pretéritos, como lançados no Auto de Infração de: 31/01/2014 até 31/12/2017.

Tal fato foi, relativamente, observado na Decisão recorrida que concluiu pela Procedência Parcial da exação, ao assim concluir:

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.

Contudo, em que pese ter sido consignado na “Resolução” do Acórdão recorrido a procedência parcial do Auto de Infração, em decorrência do registro acima, verifica-se que no SIGAT (fl. 560) foi mantido o mesmo valor de acréscimos moratórios anterior ao julgamento de R\$ 321.754,24, logo, relativos às datas de ocorrências de janeiro de 2014 a dezembro de 2017, o que não se justifica até pelo próprio resultado do Acórdão JJF nº 0178-05/21-VD de julgar “PROCEDENTE EM PARTE”, cujo fato (erro material), provavelmente, implicou na falta de interposição de Recurso de Ofício. Porém, vislumbro inócua prejudicialidade da correção, diante das considerações que passarei a fazer.

Entretanto, em que pese a análise anterior, inclusive de cunho didático, devemos consignar que cabe ao julgador, em preliminar, debruçar-se sobre o processo para avaliação do ponto de vista formal, somente adentrando no mérito se verificado que não há nenhum óbice daquela natureza que fulmine de pronto o referido processo por nulidade.

Em relação à exação em análise, pela qual se aplica a multa de R\$ 823.898,96, por deixar de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, verifica-se que a autoridade autuante, às fls. 9 a 17 dos autos, havia intimado por oito vezes ao contribuinte para apresentar, “no prazo de 10 (dez) dias” a “6. Escrituração Fiscal Digital (EFD) – 01/2014 a 12/2017”, com exceção apenas da oitava intimação que consignou o “prazo de 25 (vinte e cinco) dias”.

Ocorre que o art. 247, § 4º do Decreto nº 13.780/12 (RICMS/BA) à época da ação fiscal – ocorrida entre 02/04/2019 a 27/06/2019, determinava que o contribuinte teria 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, conforme a seguir transcrito:

Art. 247. A Escrituração Fiscal Digital - EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Conv. ICMS 143/06).

[...]

§ 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. (grifei)

Sendo assim, em que pese o disposto no § 4º, do art. 247 do Decreto nº 13.780/12 ter sido revogado pelo Decreto nº 19.274, de 04/10/19, com efeitos a partir de 01/11/19, verifica-se que à época da ação fiscal, finalizada em 27/06/2019, vigia tal norma procedimental.

Assim, por constatar que, apesar das oito intimações efetivadas pela autuante, todas ocorreram com preterição ao direito do autuado, em razão da redução do prazo legal previsto para o contribuinte cumprir a obrigação acessória de entregar a EFD, já que nas sete primeiras intimações consignou-se prazo de 10 dias e na última notificação o prazo de 25 dias, vislumbro que a infração está fulminada de nulidade, com prejuízo irreparável ao sujeito passivo, já que as intimações não produziram os efeitos legais desejados e, em consequência, não tiveram plena eficácia, ao não se harmonizarem com o estabelecido na legislação, por **não determinar o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação**, previsto na norma para que o contribuinte enviasse a EFD.

Não tendo assim procedido, entendo que o Fisco subtraiu do contribuinte um direito subjetivo de corrigir os arquivos eletrônicos, dentro do prazo previsto no dispositivo regulamentar citado, o que resultou em vício de procedimento que macula o presente lançamento, sendo forçoso reconhecer-se a sua nulidade, consoante jurisprudência firmada neste CONSEF, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs: 0393-12/21; 0194-11/19; 0335-12/18 e 0389-12/17.

Diante de tais considerações, nos termos do art. 18, II do RPAF, de ofício declaro nula a infração, por ter sido o ato praticado com preterição do direito de defesa.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e, de ofício, declaro NULO o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida e julgar NULO o Auto de Infração nº **206881.0005/19-0**, lavrado contra **CONDOMÍNIO SHOPPING DA BAHIA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS