

A. I. N ° - 206881.0004/19-4
AUTUADO - CONDOMÍNIO SHOPPING DA BAHIA
AUTUANTE - EUGÊNIA MARIA BRITO REIS NABUCO
ORIGEM - DAT METRO / INFRAZ ATACADO

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0057-02/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. FALTA DE ENTREGA NO PRAZO REGULAMENTAR. MULTA. As informações prestadas na Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) são fundamentais para o gerenciamento fiscal da situação do contribuinte, para planejamento fiscal e para cálculo dos índices de participação dos municípios na arrecadação tributária. Rejeitas as nulidades suscitadas e afastado o pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada. Acolhida a alegação relativa ao cálculo dos acréscimos moratórios, pois, no caso de lançamento de ofício relativo a descumprimento de obrigação acessória ocorre após 30 (trinta) dias da ciência da lavratura do Auto de Infração (CONTEB: Art. 102, II). Infração subsistente. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. EFD. FALTA DE APRESENTAÇÃO. EXIGIDA MEDIANTE INTIMAÇÃO. MULTA.** Procedimento fiscal anulado por manifesto cerceamento ao direito de ampla defesa do contribuinte autuado, tendo em vista que as intimações para apresentação das EFDs não estipularam o prazo de 30 (trinta) previsto na norma de regência vigente à época dos fatos geradores (RICMS-BA: Art. 247, § 4º). Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/06/2019, exige multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 88.320,00, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS da Bahia:

Infração 01 - 16.05.04. Falta de apresentação da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Valor: R\$ 22.080,00. Período: janeiro 2014 a dezembro 2017. Enquadramento Legal: Art. 255 do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, XV “h” da Lei 7014/96.

Consta da descrição: “No período de janeiro/2014 a dezembro/2017, conforme Demonstrativo da Multa – Falta de Apresentação da DMA no prazo regulamentar, anexo I e Relatório INC – Informações do Contribuinte – DMA, anexo IV”.

Infração 02 - 16.14.02. Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD nos prazos previstos na legislação tributária. Valor: R\$ 66.240,00. Período: janeiro 2014 a dezembro 2017. Enquadramento Legal: Art. 250, § 2º do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, XIII-A, “I” da Lei 7014/96.

Consta da descrição: “Empresa omissa de EFD/OIE, no período janeiro 2014 a dezembro 2017, conforme Demonstrativo da Multa – Falta de Entrega de Arquivos Eletrônicos da EFD, anexo II e Relatório INC – Informações do Contribuinte – Resumo Fiscal Completo, anexo IV”.

Também consta: “1) Tendo em vista a decisão proferida em 14/07/2014 pela 2ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, Tribunal de Justiça da Bahia, que julgou improcedente e revogou a liminar anteriormente concedida no bojo do processo de nº 0072635-78.2011.1.8.05.0001, lavramos o seguinte auto de infração, uma vez que na qualidade de contribuinte do ICMS, com relação aos lojistas locatários, tem por fato gerador a circulação da energia elétrica que produz na sua Termelétrica, e como base de cálculo a quantidade que é distribuída para os referidos lojistas não proprietários do Shopping; 2) Contribuinte sistematicamente não cumpre com suas obrigações acessórias, quais sejam, entrega de EFD e DMA, não credenciado ao Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), possuindo movimentação expressiva de entradas no período fiscalizado; 3) Além do presente Auto de Infração, foi lavrado o auto de infração nº 206881.0003/19-8, pelo descumprimento de obrigação principal.”

Através do Escritório de Advocacia SEVERO VAZ, representado pelo Advogado VICTOR TANURI GORDILHO – OAB/BA 28.031, tempestivamente o sujeito passivo impugna o lançamento (fls. 226-254).

Reportando-se sobre a sua atividade e aos fatos que antecederam a autuação, traz esclarecimentos relativos ao Condomínio do Shopping Center da Bahia, o seu porte e importância na geração de mais de 8.000 empregos diretos, abrigando 414 lojas.

Relata que, em que pese não praticar atividade comercial de mercadorias, por ser um condomínio edilício, tem-se que a SEFAZ lhe emitiu oito Termos de Intimação (doc. 05) para apresentação de documentos fiscais relacionados à suposta condição de contribuinte do ICMS, tendo ele, autuado, esclarecido sua condição de condomínio edilício, bem como disponibilizado os documentos que constam do itens 8, 9, 10, 11 e 12 dos Termos de Intimação (Relatório mensal da Receita de Fornecimento de Energia Elétrica destinadas aos locatários, contendo o valor do Kw/h; Relatório Mensal da Memória de Medição da Energia Elétrica e Térmica Disponibilizada; Convenção do Condomínio com os anexos; Relação dos condôminos proprietários e dos locatários, com indicação de suas respectivas unidades e Apresentação de planilha do controle da energia elétrica consumida, por mês de competência, pelos condôminos do shopping, identificando os lojista que são proprietários, contendo as seguintes informações: Mês/Ano, Condômino, Qualidade (Locatário/Proprietário), Energia Elétrica Consumida em kw/h, Valor do kw/h, Valor Energia Elétrica paga), mas que, a despeito disso, lavrou-se o AI ora impugnado, sob o equivocado entendimento de o autuado ser contribuinte do ICMS.

No tópico “III – PRELIMINARES – III.a) DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO”.

Arguindo preliminar de nulidade do AI, reproduz o art. 5º, LV da CF/88 e destaca não vislumbrar como a fiscalização apurou o montante indicado como devido, pois não esclareceu os critérios utilizados em relação aos acréscimos moratórios, informações e elementos que entende necessários para assegurar a infração, de modo a possibilitar o direito à defesa. Nesse sentido, reproduz os arts. 39, “b”, 18, 20 e 47 do RPAF, bem como ementas de decisões do CONSEF (JJF nº0308-02/05 e CJF nº 0397-12/05) e excerto de doutrina de ALBERTO XAVIER.

No ponto “IV – DO DIREITO – IV.a) DA CONDIÇÃO DO IMPUGNANTE DE NÃO CONTRIBUINTE DO ICMS”, argumenta que, se superada a preliminar, a autuação não pode prevalecer, pois o Impugnante não praticando circulação de mercadorias não é contribuinte do ICMS, muito menos obrigado a cumprir com obrigações acessórias que ensejaram o AI.

Afirma ter construído 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, conforme Laudo Técnico (doc. 07, fls. 345/349) que demonstra que a UTE tem superávit e déficit financeiros, rateando as despesas, sem fim lucrativo no fornecimento da energia elétrica, porém foi reclassificado como contribuinte, o que ensejou a ação declaratória

de inexistência de incidência tributária tombada sob o nº 0072635-78.2011.8.05.0001 em trâmite no Tribunal de Justiça da Bahia.

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).

Argumentando sobre os limites de tributar, aspectos da incidência, informa ter consultado a SEFAZ/BA acerca da autoprodução de energia elétrica e que em um primeiro parecer obteve favorável entendimento da Procuradoria-Geral do Estado da Bahia (doc. 09, fls. 354 a 368) que entendeu ser proprietário da UTE e autoprodutor de energia, não havendo incidência do ICMS, ainda que tal entendimento tenha sido revisto posteriormente.

No tópico **“IV.b) – DA BOA-FÉ DO IMPUGNANTE – DA NECESSÁRIA APLICAÇÃO DO ART. 42, § 7º, DA LEI 7.014/96 E ART. 100, P. ÚNICO DO CTN”**.

Após reafirmar a consulta feita à SEFAZ e citar o primeiro parecer da PGE, transcrevendo o art. 100 do CTN, 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 que atendeu às intimações recebidas, inclusive se reunindo com o Fisco para dirimir dúvidas e prestar esclarecimentos em reuniões presenciais.

Seguindo, destaca que se manteve disponível à PGE/PRFIS, 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.

Informa 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.

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, não se podendo cogitar que o Impugnante concorreu para o não cumprimento das obrigações acessórias que resultaram na lavratura das multas.

Transcreve ementas dos Acórdãos CJP 0254-11/18 e CJP 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 monta em R\$ 115.642,32.

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, como exemplificado pelo Acórdão CJF 0456-12/17, reproduzido. Requer que a multa seja cancelada, nos termos do art. 42, § 7º da Lei 7.014/96, bem como do art. 100, do CTN.

No tópico “IV.c) – DA INDEVIDA INCLUSÃO DE ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS NO AUTO DE INFRAÇÃO IMPUGNADO – ARTIGOS 113 A 115 DO CTN”.

Diz que na eventualidade dos anteriores argumentos serem superados, reproduzindo os artigos citados, observa que a Autuante calculou o *quantum* em tese devido com a inclusão de acréscimos moratórios que retroagem às competências a que se referem as obrigações acessórias, o que não pode ocorrer.

Após argumentar sobre as distintas modalidades de obrigações tributárias (principal e acessória), diz que em se tratando de multa aplicada por descumprimento de obrigação acessória, legalmente conceituada como aquela que *“decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos”*, reproduz o art. 42, XIII-A, “I” e XV, “h” da Lei 7014/96, em especial, a transmissão da Escrituração Fiscal Digital (EFD) e da Declaração Mensal do ICMS (DMA), *“existem duas situações distintas a serem verificadas quanto à ocorrência dos respectivos fatos geradores: (I) obrigação acessória: transmissão da EFD e DMA; 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, conforme artigos 102 do COTEB e 161 do CTN, não cabe a exigência de acréscimos moratórios anteriores à lavratura do AI, visto que, conforme o disposto nos artigos 113 a 115 do CTN, o fato gerador da multa ocorreu em 29/08/19, data da lavratura do AI, “considerando que as multas foram verificadas pela Autoridade Fiscal”, e não cabe “aplicar os acréscimos moratórios retroativos às competências a que se referem as obrigações acessórias”, desassociando com o fato gerador das sanções pecuniárias aplicadas.

Assim, mesmo que se admita que o Impugnante não tenha cumprido as obrigações acessórias, os juros de mora não podem retroagir às datas das competências a que se referem as EFDs e sim do momento que a multa foi lançada, como exposto no Acórdão JJF 0279-04/13 (fls. 412 a 419) e RESP 1.129.990/PR, indicados para reforçar o entendimento que não há que falar em aplicação dos acréscimos moratórios de obrigação constituída que nem atingiu o seu vencimento.

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

A autuante presta informação fiscal às fls. 422 a 435. Após sintetizar a Impugnação 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 em vista da falta de entrega das DMAs e EFDs nos prazos previstos na legislação (fls. 162-167), conforme comprovam os Termos de Intimação e de Arrecadação (fls. 13 a 28), bem como Relatórios INC – Informações do Contribuinte, Resumo Fiscal Completo (fl. 172), Dados Cadastrais, NF-e, Relação de DAE (fls. 171-183), recibo dos arquivos eletrônicos suportes da autuação (fl. 170).

Esclarece que, além deste AI, lavrou os AIs: nº 206881.0003/19-8 e 206881.0005/19-0, 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. 377 a 382, concluiu haver incidência do ICMS.

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

Fala que 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, mas, 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 Antecipada em caráter liminar, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário em maio/2011.

Informa que o Autuado também ajuizou Ação Declaratória de inexistência de relação jurídica processada sob o nº 0072635-78.2011.805.0001, obtendo antecipação de tutela em 16/05/2011, sendo que, posteriormente, foi julgada improcedente e extinto o processo com resolução de mérito em 14/07/2014, anulando-se, assim, os efeitos das decisões interlocutórias.

Argumenta existirem 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 condôminos (proprietários) não se confundem, exceto quando também são lojistas, e o art. 29 prevê o rateio das despesas comuns do edifício entre os condôminos na proporção da área que ocupam, sendo que o art. 31 prevê o rateio do consumo de energia elétrica para iluminação das áreas comuns, como estacionamento, galerias e mais partes de uso comum, e que o art. 33 determina que cada condômino mensalmente 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, sob risco de suspensão do fornecimento dos itens, caso não comprove os respectivos pagamentos em até 15 (quinze) dias do recebimento da comunicação da inadimplência.

Afirma que o impugnante na qualidade de contribuinte do ICMS, obriga-se a cumprir obrigações principal e acessória decorrentes da legislação tributária estadual e 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 (fls. 13-21), e não as atendeu.

Observando que o julgamento do mérito das ações judiciais ocorreu em 14/07/2014, atenta que em face do resultado da consulta à DITRI, em 28/05/2008 houve alteração de ofício da situação cadastral do Autuado que passou a ser contribuinte normal, o que o obrigava a envio mensal da EFD e DMA, o que não foi feito, ainda que, conforme atesta o próprio Impugnante, antes da lavratura do AI ocorreram várias tentativas para conscientizar o contribuinte acerca do cumprimento de suas obrigações tributárias, sendo que ele nunca as cumpriu, mesmo após as decisões judiciais de mérito das ações que ajuizou, atitude que, inclusive, contraria alegação de boa-fé do Impugnante.

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, e que os cálculos dos acréscimos moratórios foram efetuados pelo SLCT (Sistema de Lançamento de Crédito Tributário).

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 à 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.

Conclui mantendo a autuação.

Na assentada do julgamento ocorrida em 21/08/2020:

- i) **A defesa apresentou memoriais noticiando a existência de Recurso de Apelação interposto contra a Sentença proferida pelo TJBA de nº 132/07/2014, através da 2ª Vara da Fazenda Pública, em 18/05/16, relativa à Ação Declaratória nº 0072635-78.2011.8.05.0001.** Anexou também o texto do Memorial apresentado à 1ª Câmara Civil, em 12/07/18, e as contra razões apresentadas pela Procuradoria Geral do Estado em 21/06/17.
- ii) Requereu conexão do julgamento dos PAFs citados, o que foi, por unanimidade dos julgadores, entendido desnecessário;
- iii) Subsidiariamente, requereu que, a exemplos dos outros citados, o PAF seja encaminhado para Parecer da PGE/PROFIS;
- iv) Requereu, ainda, a 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;
- v) A 2ª JJF formulou intimação verbal para que o autuado procedesse a juntada da petição ao PAF visando detalhar de forma mais minuciosa a questão relativa à identidade das discussões travadas nas esferas judicial e administrativa. Concedido prazo de 05 (cinco) dias, contados a partir do dia 05/06/20.

DA DILIGÊNCIA

Pelo exposto, a 2ª JJF decidiu por unanimidade, encaminhar o processo a PGE/PROFIS, requerendo emissão de Parecer Opinativo no seguinte sentido:

- a) Como diligenciado no processo 206881.0003/19-8, no qual foi exigido ICMS sobre operações de comercialização de energia elétrica, no caso deste PAF, indaga 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, objeto do lançamento no presente PAF (descumprimento de obrigação acessória como contribuinte do ICMS);

- b) Se houver identidade entre as matérias discutidas nas demandas judicial e administrativa, **se é o caso** de se aplicar o disposto no art. 122, IV, do RPAF/BA, e considerar desistência da defesa formulada perante este CONSEF;
- c) No Parecer Jurídico informar, ainda, em que estado se encontra o processo nº **0041413-92.2011.805.0001** relacionada à **ação anulatória de débito fiscal**, interposta pelo Condomínio Shopping da Bahia.

Após o apensamento do Parecer da PGE/PROFIS neste processo, a Secretaria do CONSEF deve:

- A) Cientificar a **autuante** e o **autuado** do inteiro teor do Parecer da PGE/PROFIS, concedendo prazo de 10 (dez) dias para se manifestarem, caso queiram.
- B) Cumpridas as etapas acima o processo deverá retornar para o Relator, visando o prosseguimento ao feito.

Em 24/09/2020 o Impugnante apresentou a petição de fls. 444-446 em que, ademais de repisar seus argumentos defensivos, expressou que a manutenção do AI só será possível se o desfecho judicial da tese que defende lhe for desfavorável, situação que, a despeito disso, o julgamento administrativo deve seguir para que sejam enfrentadas suas argumentações defensivas.

Por consequência, no parecer acostado às fls. 462/463-v, a PGE/PROFIS afirma que a matéria aduzida na 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.

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 (fl. 520).

Foi juntada petição de outorga de substabelecimento ao advogado Marcelo Neeser Nogueira Reis (fl. 465), que se manifestou sobre o Parecer PGE/PROFIS às fls. 468 a 472.

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 [21/08/20] 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) Indevida inclusão de acréscimos moratórios no Auto de Infração impugnado – Artigos 113 a 115 do CTN

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, conseqüentemente, não há 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”.

Levado à pauta suplementar de 22/10/2021, esta 2ª JJF decidiu por novamente diligenciar o PAF à PGE-PROFIS nos seguintes termos:

*“...quando do conhecimento do parecer da PGE-PROFIS, o representante legal do sujeito se manifestou (fls. 468-471) destacando que **“claramente o I. procurador do citado parecer não se atentou a todos os pontos tratados na defesa,** pois, invocando a aplicabilidade do art. 117, II, c/c art. 122, IV, do RPAF, sugeriu fosse declarada a desistência da impugnação apresentada nos autos, com extinção do processo administrativo fiscal, e a inscrição do débito em voga em dívida ativa e suspensão da sua exigibilidade”.*

*Contudo, diz haver vários pontos de contestação na defesa que não estão presentes na ação, e nem poderiam, pois o **processo judicial foi proposto em 2011 e o auto de infração é muito posterior, datado de 2019,** de modo que, ao contrário da conclusão do parecer, entende não haver identidade das discussões e a supressão da discussão em via administrativa cerceia seu direito à ampla defesa, pelo que conclui “não discorda da proposição de suspensão do presente feito até que seja finalizada a demanda judicial, para que, na (remota) hipótese de o Poder Judiciário fixar que ocorre o fato gerador do tributo na autoprodução de energia elétrica, seja a impugnação levada à julgamento para exame de todas as matérias estranhas ao que se debate em juízo”.*

Assim, em benefício da celeridade e eficiência administrativa e para que não se repita recente e semelhante fato enfrentado por essa 2ª JJF com o PAF relativo ao Auto de Infração nº 206920.0008/18-6 em decidindo nos termos indicados no Parecer em referência, quando a PGE-PROFIS acolhendo petição do sujeito passivo representou ao CONSEF para que nossa decisão de piso fosse anulada de modo a proceder ao julgamento do caso, por unanimidade dos julgadores, esta 2ª JJF decidiu devolver o PAF em nova diligência à PGE-PROFIS para opinar se repercute sobre a orientação oferecida no seu parecer, qual seja a de considerar a via contraditória administrativa prejudicada em face da opção à via judicial feita pelo contribuinte”.

Por consequência, em 20/01/2022 a PGE-PROFIS emitiu o parecer de fl. 481 dizendo que “instada a se manifestar sobre consulta de fls. 476/478 dos autos, vem expor seu opinativo da juntada ao feito, mesmo que por mídia eletrônica, da inicial da Ação Declaratória nº 00722635-78.2011.8.05.0001 e da petição de Apelação noticiada pelo sujeito passivo, com o escopo de conferir congruência da lide judicial e a destilada no presente contencioso administrativo”.

Observando que o PAF veio ao CONSEF sem a mídia eletrônica indicada no citado parecer PGE-PROFIS, em nova sessão de pauta suplementar de 31/03/2022, esta 2ª JJF novamente diligenciou o PAF à PGE-PROFIS para aportar aos autos a mídia eletrônica em que diz expor seu opinativo “com o escopo de conferir a congruência da lide judicial e a destilada no presente contencioso administrativo”, diligência que foi cumprida com a mera juntada de cópia impressa da inicial da Apelação Cível nos Autos da Ação Declaratória de Inexistência de Incidência Tributária nº 0072635-78.2011.805.0001 (fls. 487-520).

Presentes na sessão de julgamento de 11/04/2023, os representantes legais do sujeito passivo, Marília Menezes de Andrade, OAB/RJ 199.027 e Victor Tanuri Gordilho, OAB/BA 28.031.

Tomando a palavra, Dr. Victor Tanuri inicialmente historiou fatos já expostos na inicial Impugnação, distinguindo o Condomínio Shopping da Bahia, proprietário da UTE, consequência de fatos que remontam a 2002, do empreendimento Shopping da Bahia. o que, de modo oral, sintetiza as razões aduzidas nas manifestações escritas, os quais, segundo ele, implicaram no equivocado entendimento do caso, tanto pela Administração Tributária, quanto pela PGE-PROFIS, fato que conduziram a Impugnante a levar ao Judiciário a questão de fundo que envolve todos os autos lavrados contra o sujeito passivo, qual seja, ser o sujeito passivo contribuinte ou não do ICMS, cujo desfecho judicial indicará haver ou não a consequente existência ou não da relação jurídica entre o contribuinte autuado e o Estado da Bahia. Além disso, pedindo o sobrestamento do PAF até o trânsito em julgado da questão ajuizada, repisou as demais razões alegadas nas manifestações defensivas, repetindo, também, os pedidos aduzidos na Impugnação.

Para encerrar, noticiou o recente julgamento pela nulidade de um dos autos decorrente da mesma ação fiscal, especificamente o AI 206881.0005/19-0.

Por sua vez, Dra. Marília Andrade, elogiando tanto o relatório como a manifestação oral do seu colega também procurador do sujeito passivo, reforçou e destacou: a) os argumentos de boa-fé do contribuinte autuado; b.1) que o sujeito passivo disponibilizou à fiscalização toda documentação solicitada que mantinha em sua posse; b.2) os argumentos que distinguem os três autos lavrados contra o sujeito passivo, em especial, a razão que motivou a nulidade do AI 206881.0005/19-0, que entende também ocorrer no caso presente.

VOTO

Conforme acima relatado, o processo em juízo administrativo veicula lançamento de sanção tributária acusando o cometimento de duas infrações.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois, na altura em que se encontra, o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibos e documentos de fls. 05, 10 e 170, bem como do que se expõe nas manifestações defensivas, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§ , 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas, têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 06-169) e elas estão, portanto, determinadas com segurança e com infrator identificado.

De logo, ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Passo, portanto, a apreciar o contraditório instalado pelo sujeito passivo.

Como exposto no art. 154 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia – RPAF, início analisando a nulidade suscitada pelo Impugnante sob a alegação de não saber como a fiscalização apurou a base de cálculo para aplicação da multa.

De pronto, observo que o processo foi pautado para julgamento em 21/08/2020 e na assentada para julgamento o representante legal do sujeito passivo apresentou a inicial de 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), fato que motivou o encaminhamento do processo a PGE/PROFIS para esclarecer a identidade entre a Apelação interposta e o mérito da exigência contida neste Processo Administrativo Fiscal.

Apreciando o caso, a PGE/PROFIS se manifestou informando haver “*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 (fls. 462-465).

A despeito de concordar com o entendimento da PGE-PROFIS, o patrono do autuado manifestou-se pelo seguimento do caso na esfera administrativa por haver no PAF outras questões suscitadas, que não foram objeto da ação judicial. Neste ponto concordo com o Impugnante, visto que a demanda judicial se limita à condição de o sujeito passivo ser ou não contribuinte do ICMS e ocorrência do fato gerador.

Então, passo a apreciar as questões aduzidas neste PAF que não se apresentam 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) Da indevida inclusão de acréscimos moratórios no Auto de Infração Impugnado – Artigos 113 a 115 do CTN.

i) DA NULIDADE POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO

Nas suas descrições claramente se vê que as infrações se motivam em constatado descumprimento de obrigações acessórias por falta da entrega regular e periódica de Declaração e Apuração Mensal de ICMS – DMA (Infração 01) e arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Eletrônica – EFD (Infração 02), no período objeto da autuação (Janeiro 2014 a Dezembro 2017), cujas sanções, como expostas no AI, constam tipificadas na Lei 7014/96, respectivamente, incisos XV e XIII-A, “I” do art. 42, ainda que, para tanto, o contribuinte tenha sido reiteradamente intimado (oito vezes), conforme Termos de Intimação Fiscal constantes às fls. 13 a 21 dos autos, sendo a primeira em 31/10/2018 e a última em 02/04/2019.

Compulsando os autos, observo que as 07 (sete) primeiras intimações datadas, respectivamente, de 31/10, 28/11, 14/12, 28/12/2018, 06/02 e 19/02/2019, concederam o prazo de 10 (dez) dias para apresentação da documentação pedida; a oitava intimação, datada de 31/03/2019, concedeu o prazo de 20 dias para apresentação da documentação pedida e a nona e última intimação, datada de 02/04/2019, concedeu o prazo de 25 dias para apresentação da documentação nela indicada.

Tenha-se em conta que da mesma ação fiscal, compartilhando as mesmas intimações para apresentação de documentação fiscal, a mesma autoridade fiscal, além do auto objeto deste PAF, informou ter também lavrado os AIs 206881.0003/19-8 e 206881.0005/19-0.

Tendo em vista diferentes desfechos, passo a apreciar as questões administrativamente aduzidas que não constam das ações judiciais indicadas no relatório.

Infração 01

De logo, destaco e observo 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, o que não é o caso do lançamento em questão.

Observa-se, também, que os documentos de fls. 22 a 28 são cópias de Termos de Arrecadação de Livros e Documentos indicando arrecadação, inclusive, de planilha entregue pelo estabelecimento autuado, bem como de “Comprovantes de Despesas e de Consumo de Energia Elétrica”.

Já o recibo de fl. 170, datado de 28/06/2019, comprova que o contribuinte autuado recebeu cópia de todos os demonstrativos suportes do lançamento (parte integrante do AI) elaborados pela autoridade fiscal autuante no curso da ação fiscal, detalhando os dados das irregularidades apuradas, no sentido de possibilitar o amplo exercício do direito de defesa do contribuinte autuado na forma indicada no art. 123 do RPAF.

Pelo exposto, vê-se, então, que os elementos acostados aos autos evidenciam a constituição da base de cálculo da multa aplicada, inclusive tendo as planilhas sido elaboradas com base nos documentos fornecidos pelo próprio estabelecimento autuado, de modo que, para a Infração 01, não há lógica fática nem fundamento jurídico a sustentar a nulidade arguida e aqui rejeitada, visto que, repito, os demonstrativos informam e detalham os valores e base de cálculo da penalidade aplicada e possibilitaram ao Impugnante o pleno e livre exercício do contraditório, inexistindo o cerceamento de direito de defesa alegado.

ii) DA 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, é de se observar que os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas respaldaram a conduta do sujeito passivo como não contribuinte do ICMS apenas no período que o Parecer da GETRI 117827/2004-1 (Doc. 09, fls. 354 a 368), esteve vigente (período 2004 a parte de 2008), deixando de produzir efeitos 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”*), pois o entendimento primeiramente manifestado foi modificado pelo Parecer GETRI nº 8071/2008, datado de 28/05/2008, considerando o sujeito passivo como contribuinte de ICMS por concluir que as operações relativas ao fornecimento de energia elétrica gerada por Unidade Termelétrica do Consulente, e destinada a consumo dos lojistas se sujeitam à incidência de ICMS. Então, a partir da ciência do consulente acerca do entendimento modificado, conforme art. 63 do RPAF, não há falar em boa-fé do sujeito passivo nem em orientação da Administração Tributária nos termos do art. 100 do CTN, ainda que, diante da negativa do seu pleito, o Consulente e sujeito passivo neste PAF tenha ajuizado a questão.

Posteriormente, as ações judiciais anulatórias de débito fiscal e 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 falar em boa-fé do sujeito passivo, tendo em vista sua ciência da modificação do anterior entendimento da SEFAZ quanto à sua situação cadastral, o considerando contribuinte do ICMS da Bahia, como exposto no novo parecer da DITRI em resposta ao seu pedido de reconsideração.

Na assentada de julgamento de 21/08/2020, o Impugnante apresentou memorial noticiando a existência de Apelação interposta contra a sentença de nº 132/07/2014, proferida pelo TJBA, relativa à Ação Declaratória 0072635-78.2011.8.05.0001.

Consta do Acórdão **JJF Nº 0178-05/21-VD**, relativo ao AI 206881.0005/19-0, que o Impugnante apresentou uma Certidão de Julgamento da Sessão da Primeira Câmara Cível em 29/11/2021, cuja Apelação contra a sentença relativa à ação identificada sob 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, nos autos não se notícia que a demanda judicial foi finalizada.

A multa aplicada relativa ao período de 2014 a 2017, envolve período que o autuado recorreu ao Poder Judiciário para questionar a atividade de mercantilização nas operações com fornecimento de energia elétrica e ocorrência de fato gerador, questão a ser decidida judicialmente que, a

depende do resultado final pode considerar ou não o sujeito passivo deste PAF, contribuinte do ICMS. Em caso de ser contribuinte, consta informado nos autos que em tempo algum ele cumpriu consequentes obrigações tributárias, principais ou acessórias, regularmente constituídas para prevenir a ocorrência de eventuais obrigações por ocorrência do instituto jurídico da decadência do direito de constituição do crédito tributário pela SEFAZ.

Por isso, ressalto que as decisões contidas nos Acórdãos CJF Nº 0254-11/18 e CJF 256-11/18, (fls. 243-245), não servem de parâmetro para a situação em questão por conduzirem matéria distinta e, naqueles casos, o fisco passou a adotar metodologia diferente ao trato anterior (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. (grifei)

Sem embargo, ainda que os autos não contenham comprovação de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a questão ajuizada (ser ou não contribuinte de ICMS) e extensamente tratada no contraditório deste PAF, indica descumprimento de obrigação tributária principal que implica em falta de recolhimento de ICMS, requisito indicado no citado § 7º, motivo pelo qual, a multa proposta não pode ser reduzida ou cancelada, caso o desfecho judicial seja favorável ao fisco que, repito, para prevenir a ocorrência de decadência, o fisco é obrigado a constituir o consequente crédito tributário em face da sua atividade estritamente vinculada à Lei.

Nesse contexto, é de se ter em conta que, caso o desfecho da matéria ajuizada seja favorável ao contribuinte autuado, nada restará devido deste PAF e se um eventual crédito tributário restar deste PAF, terá sua exigibilidade suspensa enquanto não se esgotar o trânsito da questão ajuizada.

Ademais, 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, prolatado na vigência do dispositivo revogado.

De todo modo, mesmo que se entenda que a aplicação era vigente quando da ciência da lavratura do auto de infração em 28/06/19, ainda assim o pedido do sujeito passivo não pode ser atendido por não superar o requisito relativo à falta de recolhimento do imposto. Nego, portanto, o pedido de cancelamento da multa.

III) DA INDEVIDA INCLUSÃO DE ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS NO AUTO DE INFRAÇÃO IMPUGNADO – ARTIGOS 113 A 115 DO CTN

Observando a relevância da Declaração e Apuração Mensal do ICMS - DMA, pois dela serão extraídos os dados para apuração do Valor Adicionado, mediante o qual serão fixados os índices de participação dos municípios no produto da arrecadação do ICMS, para o que interessa ao caso e com meus pertinentes destaques, a constada Infração 01, possui a seguinte previsão legal:

CTN:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

RICMS-BA

Art. 255. A Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) deverá ser apresentada mensalmente pelos contribuintes que apurem o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal.

§ 1º Para cumprimento do disposto neste artigo, observar-se-á o seguinte:

I - na DMA serão informadas, em síntese, as operações e prestações realizadas em cada estabelecimento, do primeiro ao último dia do mês anterior, especificando as operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como os serviços utilizados ou prestados, por unidade da Federação, e outros elementos exigidos no modelo do referido documento, devendo constituir-se em resumo e exato reflexo dos lançamentos efetuados nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS;

...

§ 2º A DMA e a CS-DMA serão enviadas, mensalmente, até o dia 20 de cada mês subsequente ao de referência, mediante acesso público no endereço eletrônico “<http://www.sefaz.ba.gov.br>”, com valores expressos em moeda nacional, considerando-se os centavos.

...

Art. 256. Da DMA e da CS-DMA serão extraídos os dados para apuração do Valor Adicionado, mediante o qual serão fixados os índices de participação dos municípios no produto da arrecadação do ICMS

LEI 7.014/96:

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

...

XV - R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais):

...

h) pela falta de apresentação, no prazo regulamentar, da Guia de Informação e Apuração do ICMS, da Guia Nacional de Informação e Apuração ICMS Substituição Tributária (GIA ST), da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) ou de sua Cédula Suplementar (CSDMA); (grifei)

Versando sobre falta de apresentação de DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) no prazo regulamentar e periódico, constatou-se o descumprimento da obrigação tributária acessória exposta no § 2º do art. 255, do RICMS-BA por 36 (trinta e seis) vezes, já que em conformidade com as disposições dos §§ 1º e 2º do CTN, passado o dia 20 de cada mês subsequente ao período de apuração de referência, não enviando à SEFAZ a correspondente DMA, o contribuinte autuado infringiu a norma de regência e cometeu sucessiva e reiteradamente a Infração 01, isto porque, ainda que de mesma natureza jurídica, cada descumprimento da citada obrigação constitui autônoma infração, independente das demais, tendo por fundamento e motivação legal apenas cada falta do obrigatório envio da DMA correspondente ao período de referência.

Assim, não sendo caso de infração tributária suscetível à penalidade prevista no art. 42, XX da Lei 7.014/96, a consignada na Infração 01 do presente PAF, não há falar em necessidade de Intimação para apresentação de DMA no curso da ação fiscal, pois a infração em juízo correspondente ao descumprimento da obrigação fiscal prevista no § 2º do art. 255 do RICMS-BA, já havia se concretizado anteriormente por 36 sucessivas e reiteradas vezes, constituindo-se, como se vê no contraditório instalado pelo Impugnante, em um *modus operandi* escudado na possibilidade da questão levada ao Judiciário ter desfecho que lhe seja favorável, ainda que desprezando o risco disto não ocorrer e sobre ele sobrevir as legais consequências.

Sem embargo, no que diz respeito ao prazo para computo dos acréscimos moratórios, por tratar de lançamento de ofício aplicando penalidade por descumprimento de obrigação acessória, entendo assistir razão ao Impugnante, visto que a constituição em mora do sujeito passivo ocorreu 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.

Comungo, portanto, do entendimento manifestado na decisão contida no Acórdão JJF 0279-04/13 - do qual participei como Julgador Presidente da JJF -, no sentido de que os acréscimos moratórios sejam cobrados somente após 30 (trinta) dias da ciência da lavratura do Auto de Infração, nos termos do art. 102, inc. II § 3º do Código Tributário do Estado da Bahia, (Lei 3.956/1981).

No que interessa ao caso, eis a disposição legal acerca de acréscimos moratórios sobre a multa de ofício:

COTEB

:“DOS ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS

Art. 102. Os débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares ficarão sujeitos aos seguintes acréscimos moratórios:

...

II - se reclamados através de Auto de Infração, 1% (um por cento) por cada mês ou fração seguinte, a partir de 30 (trinta) dias de atraso.

...

§ 2º Os acréscimos moratórios, incidentes a partir de 1º de janeiro de 2001, serão calculados segundo os seguintes critérios:

...

II - sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, incidirão acréscimos equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.

§ 3º A partir de 1º de janeiro de 2006, também incidirão acréscimos moratórios sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício decorrentes do descumprimento de obrigação tributária acessória, (grifo acrescido), na forma prevista no inciso II do § 2º deste artigo”.

Como se pode constatar nos dispositivos reproduzidos, o § 3º do artigo 102 do COTEB, prevê a incidência de juros de mora sobre os valores cobrados a título de multa formal, cuja fluência só se admite a partir do vencimento do prazo estabelecido para o seu pagamento, nos termos do inciso II do artigo citado, ou seja, após trinta dias da ciência do lançamento.

Ao compulsar os autos se nota que a autoridade fiscal autuante fixou como data de vencimento da multa o dia 20 (vinte) do mês seguinte ao da ocorrência da conduta infratora, conforme folhas 01 e 02 do PAF. Por força deste procedimento, o SEAI (Sistema de Emissão do Auto de Infração), da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, acabou por calcular o acréscimo moratório sobre a multa desde a data originária, da ocorrência do fato, momento em que sequer existia o lançamento de ofício.

Descabe, pois, cobrar acréscimo moratório antes de 28/07/2019. Ou seja, transcorridos 30 (trinta) dias da data em que ocorreu a ciência da lavratura do presente auto de infração, devendo-se, **para efeitos dos acréscimos moratórios**, computar-se tais acréscimos a partir de 28/07/2019, repito.

Infração subsistente.

Infração 02

Concordando com o entendimento do Impugnante acerca do necessário prosseguimento do contraditório no âmbito administrativo (percepção que compartilho para as infrações contidas no AI), julgado em 09/12/2021 na primeira instância deste CONSEF, contendo multa percentual em face do contribuinte não ter atendido intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital (EFD), na forma e nos prazos previstos na legislação tributária (Infração 02 deste PAF), o AI 206881.0005/19-0 foi tido como parcialmente procedente, por entender que os acréscimos moratórios devam ser “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”.

Objeto de Recurso Voluntário, a decisão de piso foi anulada em 23/12/2022 pela 2ª CJF (ACÓRDÃO CJF Nº 0365-12/22-VD) por considerar que, por não observarem o prazo de 30 (trinta) dias para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar e previsto no art. 247, § 4º, vigente à época de ocorrência dos fatos geradores, todas as intimações para apresentação da EFD “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”.

Assim, no que concerne à Infração 02, copiando no que interessa parte do voto do Conselheiro Relator do ACÓRDÃO CJF Nº 0365-12/22-VD, tenho por **nulo o procedimento fiscal relativo à exação pela Infração 02**, ao tempo que, com fundamento no art. 156 do RPAF, represento o caso à autoridade competente no sentido de verificar a possibilidade de instauração de novo procedimento fiscal a salvo de falhas:

“...

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”.

Infração insubsistente.

Face ao exposto, considerando desnecessário o sobrestamento deste PAF até o trânsito em julgado

da questão levada ao Poder Judiciário pelo sujeito passivo, rejeito as nulidades suscitadas, sob os argumentos de falta de fundamentação do Auto de Infração; rejeito o pedido de cancelamento ou redução da multa e acolho o pedido de afastamento da exigência dos acréscimos moratórios incidentes sobre o valor da multa aplicada como penalidade para a Infração 01 até a data da ciência da lavratura do Auto de Infração (28/07/2019).

As intimações acerca deste PAF devem atender a forma regulamentar.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206881.0004/19-4**, lavrado contra **CONDOMÍNIO SHOPPING DA BAHIA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessórias no valor de **R\$ 22.080,00**, prevista no art. 42, XV, “h” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, a partir de 28/07/2019, como indicado no art. 102, inciso II, do COTEB, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de abril de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR