

A.I. Nº - 298922.0006/06-7
AUTUADO - COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA
AUTUANTE - MARIA ROSALVA TELES e OSVALDO CEZAR RIOS FILHO
ORIGEM - IFMT/SUL
INTERNET - 18. 06.2007

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0149-04/07

EMENTA: ITD. 1. DOAÇÃOES. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **a)** REDE ELÉTRICA. **b)** PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA DO CONSUMIDOR NA CONSTRUÇÃO DE REDE ELÉTRICA. É devido o imposto ITD – Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos sobre as doações de rede elétrica, seja construída diretamente pelo consumidor ou mediante doações financeiras realizadas pelo consumidor. Infrações caracterizadas. 2. GUIA DE INFORMAÇÃO DE DOAÇÃOES. FALTA DE APRESENTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA. MULTA. Contribuinte deixou de declarar mediante Guia de Informação operação de doação sujeita ao pagamento do ITD. Infração caracterizada, porém, absorvida em face da multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal. Não acolhidas as argüições de decadência e de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 05/04/2006, exige ITD – Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos no total de R\$381.728,40 e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 238,26, em decorrência de:

1- Falta de recolhimento do ITD, no valor de R\$1.938,25, sobre as operações de doação de Rede Elétrica, no período de maio/2001 a outubro/2001, composta por postes, cabos, transformadores e demais instalações e equipamentos, conforme Contratos de Doação de Rede Elétrica. Os valores constantes do demonstrativo de débito, utilizados como Base de Cálculo do imposto foram extraídos dos saldos mensais de movimentação da conta contábil 222.031.4010 – Imobilizado em serviço – Doações e Subvenções destinados aos serviços concedidos, constante dos balancetes analíticos entregues pelo autuado em CD, o qual encontra-se anexado Auto de infração nº 298922.0001/05-7, lavrado em 29/12/2005. Demonstrativo resumido dos saldos mensais de movimentação da referida conta contábil, bem como do cálculo do imposto encontram-se nos anexos deste.

2- Falta de recolhimento do ITD, no valor de R\$ 379.790,15, sobre operações feitas, a título de Participação Financeira do Consumidor, no período de janeiro a dezembro de 2001, em que o consumidor efetua doação de verbas e valores para o autuado e o mesmo se obriga a construir a Rede de Energia. Os valores constantes do demonstrativo de débito, utilizados como base de cálculo do imposto foram extraídos dos saldos mensais de movimentação da conta contábil 222.031.3010 – Imobilizado em Serviço – Participação Financeira do Consumidor destinados aos serviços concedidos, constante dos balancetes analíticos entregues pelo autuado em CD, o qual

encontra-se anexado Auto de Infração nº 298922.0001/05-7, lavrado em 29/12/2005. Demonstrativo resumido dos saldos mensais de movimentação da referida conta contábil, bem como do cálculo do imposto encontram-se nos anexos deste.

3- Multa no valor de R\$ 238,26, pelo descumprimento de obrigação tributária acessória sem penalidade prevista expressamente na Lei do ITD, pela falta de declaração, mediante guia de informações, as operações de doações sujeita ao pagamento do ITD.

O autuado apresentou defesa às folhas 17 a 41, impugnando o lançamento tributário alegando, preliminarmente, decadência nos termos do art. 150, § 4º, do Código tributário Nacional, uma vez que os fatos geradores ocorrem entre 31.01.2001 a 31.12.2001, e a autuação foi realizada em 28.12.2006.

Argüiu, ainda, nulidade por entender que os autuantes não tipificaram, com segurança o fato gerador, observando que no exercício de 2001 inexistiu qualquer tipo de doação e que todos os valores lançados nas referidas contas decorreram de subvenções do Estado da Bahia ou de contribuições dos consumidores. Diz que nenhuma validade pode, juridicamente, ser emprestada a menção das contas contábeis do autuado, porque a obrigação de pagar um tributo decorre de correta tipificação do contribuinte e da existência de fato gerador, definido em lei, citando decisões de outros tribunais.

No tocante a infração 1, salienta que face ao disposto nas Leis nº 8.987/95 – Lei das concessões, e nº 9.074/95 – Lei das concessões dos serviços públicos de energia elétrica, bem como no próprio contrato de concessão celebrado com a união federal, detém temporariamente a concessão do serviço de distribuição de energia. Findo o prazo estabelecido no contrato, o serviço retorna ao Poder concedente.

Ressalta que, na qualidade de concessionária de serviço público de distribuição de energia, tem obrigação de assegurar e garantir aos seus consumidores a continuidade e a qualidade do fornecimento de energia elétrica. Estes serviços, geralmente são custeados pelo consumidor (pessoa física ou jurídica), com base em orçamento elaborado, considerando apenas o custo. A transferência da rede, com os materiais e postes, não ocorrem por mera liberalidade, mas por disposição legal que de um lado obriga o consumidor a transferi-las, pois, a sua energização, operação e manutenção somente poderão ser realizadas pelo autuado. Entende, assim, que inexistem a doação, apenas, a transferência da propriedade dos bens, os quais, por sua vez, não passam a integrar o patrimônio da concessionária, mais, sim da concessão que é da União, sendo o autuado, somente detentor da posse do acervo elétrico que constitui a concessão e que esta posse lhe é assegurada, repita-se, tão somente enquanto estiver vigente o contrato de concessão celebrado com a união, citando os artigos 538 a 564, do Código Civil.

Prosseguindo, tece comentários a respeito da competência constitucional dos Estados e o Distrito Federal de criar tributos.

Em seguida, reitera que para tipificar a doação, necessário se faz observar o disposto no artigo 538, do Código Civil, ao exigir que esta se opere através de um contrato, por liberalidade do doador, que transfere bens ou vantagens de seu patrimônio para outra pessoa, com aceitação desta. No caso presente, inexiste o ato de liberdade, elemento indispensável para caracterização da doação. A transferência da propriedade decorre de exigência legal, a qual o consumidor, público ou particular, deverá obedecer, impossibilitando, no caso, a possibilidade de tipificar a existência de fato gerador capaz de autorizar a cobrança do ITD.

Frisa que, apesar das doações de bens e instalações às concessionárias do serviço público de energia elétrica para serem incorporados ao acervo elétrico em função do serviço concedido, os valores não são apropriados pelos acionistas, porquanto são registrados como obrigações especiais, constituindo-se em passivo exigível e não em patrimônio líquido.

Quanto a infração 2, Participação Financeira do Consumidor, através da qual o autuado recebe os valores e este se obriga a constituir a rede de energia, que, ao final da construção, passa a integrar

o sistema elétrico da concessão, independente do título que lhe for emprestado, não poderá em hipótese alguma tipificar a doação pretendida pelos autuantes, isto porque inexiste o elemento essencial para tipificar o contrato de doação que é a livre vontade do doador de proporcionar a transferência do bem ao patrimônio de terceiros.

Argüiu imunidade tributária recíproca, reiterando que as doações são para união.

Relativamente a infração 3, obrigação tributária acessória, aduz que nenhum amparo legal encontra a pretensão supra dos ilustres fiscais, porquanto como demonstrado anteriormente os fatos geradores do presente Auto de Infração são totalmente improcedentes. Assim, falece direito ao Estado receber qualquer parcela envolvendo multa pelo descumprimento de obrigação tributária.

Em seguida, citou decisão de tribunal de outro Estado da Federação sobre o tema.

Ao finalizar, requer a nulidade ou improcedência da autuação.

Na informação fiscal, folhas 61 e 83, os autuantes contestam as alegações defensivas, inicialmente, em relação ao pedido de nulidade em função da suposta existência de decadência, entendendo não ser necessário se alongarem nesta questão, haja vista o entendimento reiterado manifestado pelo CONSEF no que tange a matéria, a exemplo dos acórdãos CJF nº 0274-12/02 e CJF nº 0150-12/02, e que aplica-se, no presente caso, a regra do artigo 173, inciso I, do CTN, a qual transcreveu, que preconiza que o prazo decadencial só se inicia no primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência dos fatos geradores, em relação ao imposto que não foi declarado pelo sujeito passivo. Na presente lide, o autuado não prestou declaração, através da Guia de Informação, do valor do imposto a ser lançado, por entender sequer ser devido o ITD nas operações de doações realizadas. Desta forma, inaplicável se torna a forma de contagem prevista no artigo 150, § 4º, do CTN.

Quanto ao pedido de nulidade em relação a falta de definição do fato gerador, esclarece que existem situações em que o consumidores solicitam às concessionárias de energia locais a ligação de energia elétrica em pontos distantes, a exemplo de áreas rurais, através de pedido de fornecimento. Neste caso, frequentemente é necessário o aporte de recursos do solicitante, no todo ou em parte, para as obras necessárias (postes, transformadores e fiação) à extensão da rede e distribuição existente ou a execução pelo próprio solicitante das obras na rede, mediante a contratação de empreiteiros.

Na primeira hipótese, em que o requerente realiza o aporte de recursos junto à concessionária, temos uma operação denominada de Participação Financeira do consumidor, registrada na contabilidade da empresa na conta 222.031.3010 – Imobilizado em Serviço – Participação Financeira do Consumidor. Desta forma, o autuado recebe um valor monetário do solicitante para realizar as obras de extensão de rede necessárias ao atendimento do seu pleito.

Na segunda hipótese, quando o interessado contrata uma empreiteira para realizar as obras na rede de distribuição, que, posteriormente serão doadas à autuada para que esta possa realizar manutenção na referida rede, temos uma operação denominada de Doação de Rede Elétrica – Doações e Subvenções Destinadas aos Serviços concedidos, registrada na contabilidade da empresa na conta 222.031.4010 – Imobilizado em Serviço – Doações e Subvenções Destinadas aos Serviços concedidos.

Observa que, em ambas as hipóteses, a partir da efetivação da doação, o autuado passa a ficar responsável pela manutenção da rede de distribuição, tendo como obrigação fornecer energia elétrica ao consumidor-doador, pelo que será devidamente remunerada através da cobrança de tarifa, conforme Cláusula segunda do Contrato de Doação de Rede de Energia Elétrica e Constituição Gratuita de Servidão, por Pessoa Física. Restando comprovado, portanto, a ocorrência do fato gerador do ITD, previsto na Lei nº 4.826/89, transcrevendo os artigos 1º e 2º.

Quanto ao argumento defensivo de falta de descrição dos fatos geradores, informam que os mesmos foram devidamente descritos no corpo do Auto de Infração, com a citação das contas contábeis em que foram identificadas movimentações.

No tocante ao argumento defensivo de que no exercício de 2001 inexistiu qualquer tipo de doação e que todos os valores lançados nas contas discriminadas decorreram de subvenções do Estado da Bahia, ou de contribuição dos consumidores, informam que o ônus probante é do autuado, tendo em vista que os documentos estão em seu poder, e tem característica não fiscal, não tendo o fisco meio de saber de sua existência. Transcreveu o artigo 143 do RPAF/99, o qual preceitua que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Desta forma, o autuado deveria provar suas alegações com os documentos de que dispunha. E o momento de apresentar estes documentos é na impugnação, sob pena de preclusão, conforme § 5º do artigo 123 do mesmo regulamento.

Salienta que o Contrato de Concessão celebrado entre o autuado e a união em 08 de agosto de 1997, estipula em sua Cláusula Terceira que o prazo de vigência da concessão para distribuição e geração de energia elétrica é de 30 (trinta) anos, podendo ser prorrogado mediante requerimento do autuado. Verifica, portanto, que a reversão dos bens vinculados ao serviço, no caso de extinção da concessão, é hipótese extremamente remota, apenas trazida à baila pela autuada com o fito de esquivar-se da responsabilidade tributária que lhe é imputada. Além do fato do elevado volume de recursos financeiros e tecnológicos envolvidos na atividade de geração e distribuição de energia elétrica, sendo improvável a hipótese de extinção da concessão ao término do prazo contratual. Tanto assim que o autuado detém quase meio século de atuação no setor.

Refutaram a alegação do autuado de que detém apenas a posse dos bens e instalações elétricas do serviço concedido, uma vez que é o próprio Regulamento de Serviços de Energia Elétrica (Dec. N° 41.019/57), em seu art. 144, que ao trata da incorporação das obras determina que as mesmas serão incorporadas aos bens e instalações do concessionário e não do poder concedente, como alega a defesa. Da mesma foram, o artigo 143 do Decreto n° 98.335/89.

Destaca que nos contratos de doação celebrados quem figura como donatário não é a União e sim o autuado, conforme Cláusula Segunda, estando a declaração de aceitar por parte do autuado constando na cláusula quarta, as quais foram transcritas:

“CLÁUSULA SEGUNDA: ... e nessa condição resolve (m) doá-la à COELBA, em caráter permanente e irrevogável, transferindo para a concessionária, por força deste instrumento e da Cláusula “constituti”, todo o domínio, posse, direito e ação que, até agora, detinha (m) sobre a referida Rede elétrica, ... (grifo nosso)”

“CLÁUSULA QUARTA: A COELBA por intermédio de seu representante habilitado, declara aceitar a doação e a servidão descritas, assumindo a responsabilidade, a partir dessa data, da operação e manutenção da instalação elétrica ... (grifo nosso)”

No tocante a participação financeira do consumidor, ressaltam que o consumidor nada adquire com a sua participação financeira na construção da rede elétrica, resultando em uma verdadeira doação de numerário para a concessionária para que esta construa antecipadamente a rede elétrica.

Relativamente a alegação de imunidade recíproca, dizem que, mais uma vez, o autuado se utiliza do artifício de tentar confundir-se com o Poder concedente, a união. Isto porque, o artigo mencionado pela defesa refere-se às imunidades recíprocas entre União, Estado, Municípios e Distrito Federal, não guardando qualquer relação com a concessão, de que é titular uma pessoa jurídica de direito privado. Observam, ainda, que a própria Constituição Federal estabelece limitações ao princípio da imunidade recíproca, estendendo às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo poder público, mas vedando-a às empresas públicas e sociedades de economia mista, ou nas hipóteses de exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados.

No tocante a falta de cumprimento de obrigação acessória, entendem que ocorreu operações de doação dos consumidores para a concessionária, figurando o autuado como donatário, portanto a mesma estaria obrigada a declarar ao Fisco as informações necessárias através da Guia de Informação prevista nos artigos 21 e 23 do RITD/89.

Ao finalizar, opinam pela manutenção do Auto de Infração.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que os autuantes lavraram o Auto de Infração em lide, para exigir ITD – Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos e multa, decorrente de 03 (três) infrações, todas impugnadas pelo autuado.

Preliminarmente, o autuado argüiu nulidade, alegando decadência nos termos do art. 150, § 4º, do Código tributário Nacional, uma vez que os fatos geradores ocorrem entre 31.01.2001 a 31.12.2001, e a autuação foi realizada em 28.12.2006.

A alegação defensiva de decadência do lançamento tributário, relativamente aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2001, em razão do Auto de Infração ter sido lavrado em 28/12/2006, a mesma não pode ser acolhida.

É que o art. 107-A, em seu inciso I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), estabelece que o direito da fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No caso em lide, por se reportar a fatos geradores do exercício de 2001, o prazo para a contagem iniciaria em 01/01/02, cujo prazo final se daria em 31/12/2007.

Como o lançamento ocorreu em 28/12/2006, portanto, obedeceu ao prazo decadencial, o que cai por terra o argumento do autuado.

Também, não pode ser acolhida a argüição de nulidade sob a alegação de falta de descrição dos fatos relativos a matéria tributável, pois o Auto de Infração foi lavrado mediante sistema automatizado da Secretaria da Fazenda, sendo a descrição dos fatos a usualmente utilizada na ocorrência dessas infrações. Ademais, o autuante acrescentou bastantes detalhes sobre a ocorrência, sua apuração e origem dos dados.

Da mesma forma, não pode ser acolhida à argüição nulidade sob a alegação de falta de tipificação do fato gerador e que nenhuma validade pode, juridicamente, ser emprestada a menção das contas contábeis do autuado, uma vez que a tipificação encontra-se especificada em cada infração e sendo os dados coletados diretamente da contabilidade do autuado, demonstra a correção do levantamento.

Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite a decretação de nulidade do Auto de Infração.

Superadas as questões preliminares, passo a análise do mérito das infrações.

Nas infrações 1 e 2 é imputado ao autuado a falta de recolhimento do ITD, sobre as operações de doação de Rede Elétrica, no período de maio/2001 a outubro/2001, composta por postes, cabos, transformadores e demais instalações e equipamentos, conforme Contratos de Doação de Rede Elétrica (infração 1) e sobre operações que foram feitas, a título de Participação Financeira do Consumidor, no período de janeiro a dezembro de 2001, em que o consumidor efetua doação de verbas e valores para o autuado e o mesmo se obriga a construir a Rede de Energia (infração 2).

O autuado em sua defesa, além das questões preliminares já analisadas, nega a existência das infrações por entender que detém temporariamente a concessão do serviço de distribuição de

energia. Findo o prazo estabelecido no contrato, o serviço retorna ao Poder Concedente (União), a doação não se caracteriza.

Tal argumento não é capaz de elidir a autuação, pois como bem destacaram os autuante na informação fiscal, nos contratos de doação celebrados quem figura como donatário não é a União e sim o autuado, conforme Cláusula Segunda, estando a declaração de aceita por parte do autuado constando na cláusula quarta:

"CLÁUSULA SEGUNDA: ... e nessa condição resolve (m) doá-la à COELBA, em caráter permanente e irrevogável, transferindo para a concessionária, por força deste instrumento e da Cláusula "constituti", todo o domínio, posse, direito e ação que, até agora, detinha (m) sobre a referida Rede elétrica, ... (grifo nosso)"

"CLÁUSULA QUARTA: A COELBA por intermédio de seu representante habilitado, declara aceitar a doação e a servidão descritas, assumindo a responsabilidade, a partir dessa data, da operação e manutenção da instalação elétrica ... (grifo nosso)"

Não acato o argumento defensivo de que no exercício de 2001 inexistiu qualquer tipo de doação e que todos os valores lançados nas contas discriminadas decorreram de subvenções do Estado da Bahia, ou de contribuição dos consumidores, pois o autuado não apresentou elementos probantes, apenas alegou sem comprovação. Ressalto que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Entendo que as doações foram realizadas por liberalidade dos doadores, pois, os consumidores transferiram seus bens ou vantagens de seu patrimônio para outra pessoa, com aceitação desta, o fato do autuado encontra-se obrigado a fornecer energia aos consumidores não descharacteriza a doação, conforme § 1º do artigo 2º da Lei nº 4.826/89:

"Art. 2º Para efeito desta Lei considera-se doação qualquer ato ou fato, não oneroso, que importe ou resolva em transmissão de quaisquer bens ou direitos."

§ 1º A estipulação de condições de fazer não desvirtua a gratuidade da doação."

A imunidade recíproca alegada pelo autuado não encontra nenhum amparo legal, pois somente se aplica entre União, Estado, Municípios e Distrito Federal, não guardando qualquer relação com a concessão, de que é titular uma pessoa jurídica de direito privado.

Logo, entendo que as infrações 1 e 2 restaram caracterizadas, restando comprovado que a falta de recolhimento de ITD – Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos sobre as doações de rede elétrica (infração 1) e participação financeira do consumidor na construção de rede elétrica (infração 2), devendo incidir a multa no percentual de 90% calculada sobre o valor do imposto devido, de acordo com o previsto no Art. 78, inciso II da Lei nº 3.956,81 (COTEB) c/c o artigo 15 da Lei nº 4.826/89.

Na infração 3 é aplicada multa pelo descumprimento de obrigação tributária acessória sem penalidade prevista expressamente na Lei do ITD, pela falta de declaração mediante guia de Informações a operações de doação sujeita ao pagamento do ITD, decorrente as infrações 2 e 3. Assim, estando caracterizada as infrações 2 e 3, restou comprovado que o autuado deixou de cumprir com a obrigação acessória de declaração mediante Guia de Informações a operações de doação sujeita ao pagamento do ITD. Entretanto, em que pese restar caracterizada a infração decorrente do descumprimento da obrigação acessória, observo que a penalidade imposta neste item deve ser absorvida pela multa do descumprimento da obrigação principal, vez que, é consequência direta do descumprimento da obrigação acessória.

Dante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298922.0006/06-7, lavrado contra **COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 381.728,40, acrescido da multa de 90%, prevista no Art. 78, inciso II da Lei Nº 3.956/81 (COTEB) c/c o artigo 15 da Lei Nº 4.826/89, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2007.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR