

A.I. Nº - 269095.0004/07-8
AUTUADO - COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA
AUTUANTES - LUIS ADRIANO DE ANDRADE CORREIA e LUCIANA MATHIAS DE ALMEIDA
ORIGEM - IFEP/METRO
INTERNET - 27. 11. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0394-01/08

EMENTA: ITD. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. Não consta no Auto de Infração a indicação da multa aplicada, bem como a sua tipificação legal, não sendo vício sanável pela impossibilidade de determinação do montante do débito exigido. O Auto de Infração, uma vez lavrado pelo agente competente, passa a existir; se é feito de acordo com a lei, é válido; porém, a existência de vício que afete a sua validade compromete a eficácia do procedimento fiscal, obstando a produção de efeitos jurídicos. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/12/2007, exige ITD – Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos no total de R\$ 242.300,59, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 238,26, em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

1- Falta de recolhimento do ITD incidente sobre as operações de doação de Rede Elétrica, no período de janeiro a dezembro de 2002, sendo exigido imposto no valor de R\$ 118.344,72. Consta que a COELBA deixou de recolher o ITD incidente sobre as operações de doação de Redes Elétricas, compostas por postes, cabos, transformadores e demais instalações e equipamentos, em que configura como destinatária, conforme se comprova pelos Contratos de Doação de Rede Elétrica, anexos ao Auto de Infração nº 298922.0001/05-7, lavrado em 29/12/2005. Consta, ainda, que 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 destinadas aos Serviços Concedidos, constante dos balancetes analíticos entregues pelo autuado em CD, o qual encontra-se acostado aos autos. Também, que o Demonstrativo resumido dos saldos mensais de movimentação da referida conta contábil, bem como do cálculo do imposto encontram-se nos anexos deste Auto de Infração.

2- Falta de recolhimento do ITD incidente sobre operações de doações que lhe foram feitas, a título de Participação Financeira do Consumidor, no período de janeiro a dezembro de 2002, sendo exigido imposto no valor de R\$ 123.955,87. Consta que a COELBA deixou de recolher o ITD incidente sobre operações de doações em que o consumidor efetua doação de bens e valores para o autuado e este se obriga a construir a Rede de Energia. Consta, ainda, que 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 aos autos, bem como demonstrativo resumido dos saldos mensais de movimentação da referida conta contábil, bem como do cálculo do imposto que também se encontram anexados aos autos.

3- Deixou de declarar através de Guia de Informação a operação de doação sujeita ao pagamento do ITD, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação tributária acessória sem penalidade prevista expressamente na Lei do ITD, no valor de R\$ 238,26.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 47 a 64, argüindo, preliminarmente, a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o suposto crédito tributário, com fulcro no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, considerando que os fatos geradores ocorreram nos meses de janeiro a dezembro de 2002.

Reportando-se ao que denomina de realidade dos fatos, afirma que, na qualidade de concessionária de serviço público de distribuição de energia no Estado da Bahia, tem a obrigação de assegurar e garantir aos seus consumidores a continuidade e a qualidade do fornecimento de energia elétrica, sendo a única habilitada para operação e manutenção das instalações elétricas, objeto da concessão.

Acrescenta que, no intuito de operacionalizar o fornecimento de sua energia elétrica, em determinadas situações, formaliza contrato com os usuários e consumidores, sendo tais contratos de três tipos específicos, conforme previstos expressamente na legislação pertinente : o de Doação de Rede, o de Participação Financeira do Consumidor e o de Subvenção destinada a investimentos no serviço concedido.

Esclarece que tais contratos obrigam ao usuário ou consumidor, a contribuírem para a implantação da rede de energia elétrica que irão utilizar com o intuito de que seja viabilizada. Diz, ainda, que a contratação implica também na transferência da rede, aí incluídos os materiais e postes, que passam a integrar a área da concessão, no intuito de que seja possibilitada e assegurada a manutenção da prestação do serviço. Acrescenta que a transferência da rede decorre de 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.

Sustenta que não houve doação, mas, 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, tão somente enquanto estiver vigente o contrato de concessão celebrado com a União, a fim de que possa usufruir da rede já construída. Invoca os artigos 63 e 64 do Decreto nº 41.019/56, para reforçar os seus argumentos.

Ressalta que o contrato de doação é instituto do Direito Civil, não podendo a lei tributária alterar a definição e o alcance dos institutos, conceitos e forma de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente pela Constituição Federal, pelas Constituições do Estado ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios. Cita e reproduz o artigo 110 do Código Tributário Nacional, para reforçar o seu entendimento.

Prosseguindo, cita e transcreve o artigo 538 do Novo Código Civil, e afirma que para caracterização de uma doação, necessário se faz 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. Salienta que no caso presente, inexistente o ato de liberalidade. Cita e transcreve lição de J. M. Carvalho Santos; evoca os artigos 91 a 93 e 144 do Decreto nº 41.019; norma editada pela ANEEL; e entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para sustentar que nas contratações os consumidores se submetem às disposições legais, não sendo oferecida nenhuma outra opção, ou seja, não existe doação.

Continuando, diz que a tributação só seria possível caso tivesse ocorrido o fato gerador da obrigação tributária, isto é, a doação, com encargos ou não, cujo principal requisito é que o doador transfira ao donatário, bens, vantagens ou direitos, por mera liberalidade, o que não ocorreu no presente caso. Cita e reproduz decisões judiciais do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que decidiu pela impropriedade da incidência do ITD em tais casos e do STJ.

Finaliza, requerendo que seja julgada procedente a impugnação e desconstituído o Auto de Infração.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 95 a 117, contestando inicialmente as alegações defensivas de decadência do direito de constituição do crédito tributário, 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 transcrevem, 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. Dizem que 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 às alegações defensivas intituladas de realidade dos fatos, dizem que a autuada alega que detém apenas temporariamente a concessão do serviço de distribuição de energia e que, findo o prazo estabelecido no Contrato de Concessão celebrado com a União, ocorrerá reversão dos bens vinculados ao serviço.

Esclarecem que existem situações em que 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, sendo freqüente, o aporte de recursos ao solicitante, total ou em parte, para realização das obras necessárias à extensão da rede de distribuição existente ou a execução pelo próprio solicitante das obras na rede, mediante a contratação de empreiteiros.

Afirmam que na primeira hipótese em que o requerente realiza o aporte de recursos junto à concessionária, há 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 há 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.

Observam 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.

Salientam 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.

Refutam 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. Nº 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 nº 98.335/89.

Destacam 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.

Quanto às decisões judiciais e administrativas trazidas pelo autuado, dizem que foram prolatadas em situações específicas, produzindo efeitos jurídicos apenas entre as partes, não tendo efeito vinculante. Dizem que no âmbito administrativo a primeira instância do CONSEF julgou pela procedência da autuação, conforme Acórdão que transcrevem referente ao Auto de Infração nº 298922.0006/06-7.

No que concerne à obrigação tributária acessória, entendem que ocorreram 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, que reproduzem.

Concluem mantendo integralmente a autuação.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre exigência de ITD- Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos, sobre operações consideradas pelo Fisco como doação, bem como aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, decorrente da não declaração na Guia de Informação das operações de doação.

Antes mesmo de adentrar no exame da acusação fiscal, das razões defensivas e contestação dos autuantes, constato que o presente Auto de Infração apresenta erro de forma, que atinge de morte a sua validade.

O Auto de Infração é um instrumento de formalização da exigência do crédito tributário, previsto no artigo 149 do Código Tributário Nacional, cuja finalidade é documentar a verificação fiscal de um fato infracional à legislação tributária, criando para o infrator a obrigação do pagamento do tributo, acrescido da multa e demais acréscimos legais, devendo revestir-se de determinadas formalidades obrigatórias, a fim de que possa ser válido.

O artigo 39, mais seus incisos e alíneas, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF/99, ao estabelecer os requisitos obrigatórios do Auto de Infração, assim dispõe:

“Art. 39. O Auto de Infração conterá:

I - a identificação, o endereço e a qualificação fiscal do autuado;

II - o dia, a hora e o local da autuação;

III - a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta;

IV - o demonstrativo do débito tributário, discriminando, em relação a cada fato:

a) a data da ocorrência do cometimento ou do fato gerador e a data em que deveria ocorrer o pagamento, se diferente daquela;

b) a base de cálculo sobre a qual foi determinado o valor do tributo ou do acréscimo tributário, dispensada essa indicação nos casos de imposto lançado mas não recolhido, antecipação tributária e outras situações em que o valor a ser pago não resulte precisamente de uma base de cálculo específica, devendo, nesse caso, ser feita a demonstração do critério adotado na apuração do valor exigido;

c) a alíquota ou, quando for o caso, o percentual de cálculo do tributo;

d) o percentual da multa cabível ou a sua determinação em quantidade de Unidades Padrão Fiscal (UPF-BA);

e) o valor ou as parcelas do tributo ou dos acréscimos tributários decorrentes de pagamento intempestivo, por período, com indicação precisa do valor histórico e do valor atualizado até a data da autuação;

f) o total do débito levantado;

V - a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação:

a) em que se fundamente a exigência fiscal, relativamente à ocorrência do fato gerador da obrigação principal ou acessória;

b) tidos como infringidos;

c) em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente;

VI - outras ocorrências ou informações consideradas úteis para esclarecimento da ação fiscal;

VII - a intimação para pagamento ou impugnação administrativa no prazo de 30 (trinta) dias, com indicação das situações em que o débito poderá ser pago com multa reduzida;

VIII - a indicação da repartição fazendária onde o processo permanecerá aguardando o pagamento ou defesa;

IX - o nome, o cadastro e a assinatura do autuante;

X - a assinatura do autuado ou de seu representante ou preposto, com a data da ciência, ou a declaração de sua recusa."

O que se observa, dentre os requisitos acima especificados é que o Auto de Infração, obrigatoriamente, deve indicar a multa aplicada e a sua tipificação.

Ocorre que, o Auto de Infração em exame, não traz indicação em qualquer campo ou coluna, sobre a multa aplicada nem de sua tipificação, no que diz respeito às infrações 01 e 02, em total inobservância às disposições do artigo 39, IV, "d", V, "c", do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF/99, acima transcrito.

Ademais, no campo "**Total do débito (Valor histórico)**" consta a indicação de que: "*O débito acima está sujeito a correção monetária e acréscimos moratórios que serão calculados pela repartição fazendária no ato do pagamento.*" Inexiste, portanto, qualquer indicação da aplicação de multa infracional, aliás, registre-se, diversamente do que ocorre com os Autos de Infração regularmente lavrados.

Nessa situação, se por hipótese, o autuado pretendesse realizar o pagamento do débito consignado no Auto de Infração, poderia exigir que o seu cálculo fosse efetuado, apenas, com a correção monetária e os acréscimos moratórios, haja vista que não há indicação da multa aplicada.

Diante do exposto, nos termos do artigo 18 do RPAF/99, considero a autuação referente aos itens 01 e 02 nula, haja vista que, não é possível determinar o montante do débito tributário, pela ausência de indicação do valor da multa, do seu percentual, e de sua tipificação legal.

Conforme manda o artigo 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente, a repetição dos atos, a salvo de falhas.

Quanto à infração 03, apesar de haver indicação da multa aplicada, entendo que a sua análise fica prejudicada, haja vista que diz respeito ao descumprimento de obrigação acessória, diretamente relacionada às infrações 01 e 02, significando dizer que, o seu julgamento está atrelado ao julgamento das referidas infrações, motivo pelo qual deverá constar no novo Auto de Infração, se for o caso.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **269095.0004/07-8**, lavrado contra **COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA – COELBA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR