

PROCESSO - A. I. Nº 269095.0004/07-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JFJ Nº 0394-01/08
ORIGEM - IFEP - DAT/METRO
INTERNET - 06/05/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0109-12/10

EMENTA: ICMS. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal (1ª JFJ), nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, tendo em vista a Decisão exarada no Acórdão JFJ Nº 0394-01/08, que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ITD – Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos –, no valor de R\$ 242.300,59, além de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 238,26, em decorrência das seguintes infrações:

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 222.031.4010 – Imobilizado em Serviço – Participação Financeira do Consumidor.

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 apresentou defesa e, preliminarmente, suscitou a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro de 2002.

No mérito, explicou que era um concessionário de serviço público de distribuição de energia no Estado da Bahia e que, para operacionalizar o fornecimento da energia elétrica, formalizava com os consumidores contratos que os obrigavam a contribuir para a implantação da rede de energia elétrica que iriam utilizar. Disse que essa contratação implicava também a 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. Sustentou que não havia doação, mas, apenas, a transferência da propriedade dos bens. Frisou que a tributação só seria possível, caso tivesse ocorrido o fato gerador da obrigação tributária, isto é, a doação, cujo principal requisito era que o doador transferisse ao donatário bens, vantagens ou direitos, por mera liberalidade, o que disse não ter ocorrido 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. Requer a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal, os autuantes afirmaram que não havia razão para a decadência suscitada, pois a contagem do prazo decadencial se fazia de acordo como o disposto no art. 173, I, do CTN. No mérito, mantiveram a autuação em sua totalidade, sob o argumento de que a doação estava caracterizada e que a jurisprudência citada pelo recorrido não vinculava a presente Decisão.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0394-01/08, o Auto de Infração foi julgado nulo, tendo o ilustre relator fundamentado o seu voto da seguinte forma:

“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:

[...]

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 m 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.”

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no artigo 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 1ª JJF recorreu de ofício de sua Decisão.

VOTO

Trata o presente Recurso de Ofício da Decisão de primeira instância que julgou nulo o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direito (ITD) e para impor multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, em razão das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1- Falta de recolhimento do ITD incidente sobre as doações que lhe foram feitas de rede elétrica, no período de janeiro a dezembro de 2002.

INFRAÇÃO 2- Falta de recolhimento do ITD incidente sobre doações que lhe foram feitas, a título de Participação Financeira do Consumidor, no período de janeiro a dezembro de 2002.

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

O vício formal que ensejou a nulidade declarada pela Primeira Instância foi a ausência, nas Infrações 1 e 2, da tipificação e da indicação da multa cabível.

Nos termos do art. 142 do CTN, o lançamento tributário de ofício visa apurar a ocorrência do fato gerador, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e propor a aplicação da penalidade cabível. Dessa forma, vê-se que o lançamento de ofício é um procedimento único, que além de cobrar o imposto devido indica a multa cabível para a irregularidade.

Examinando o Auto de Infração, observa-se que efetivamente nele não constam nem a multa cabível nas Infrações 01 e 02 e nem o enquadramento legal dela. Conforme sustentado na Decisão recorrida, essa omissão viola o disposto no artigo 39, IV, “d”, V, “c”, do RPAF/99, acarretando a nulidade dessas duas citadas infrações, já que não há como se determinar o montante do débito tributário e nem o enquadramento legal da multa que seria cabível.

Essas omissões apuradas não são “eventuais omissões” e nem “inobservâncias de exigências meramente formais”, pois a indicação da multa cabível e a tipificação da infração são elementos essenciais à validade do Auto de Infração e devem constar do lançamento desde o seu nascedouro. Como bem pontuou a JJF, 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. Não há, portanto, como se suprir as omissões tributárias mediante a aplicação do disposto no § 1º do artigo 18 do R

Em face do acima exposto, as Infrações 1 e 2 são nulas, conforme acertadamente decidiu a Primeira Instância.

Nos termos do artigo 21 do RPAF/99, deverá a repartição fazendária competente providenciar o refazimento da ação fiscal a salvo de falhas. Ao refazer a ação fiscal, deverá ser observado o disposto no art. 48, inc. III, do RPAF/99, que prevê que a notificação fiscal constitui o instrumento pelo qual será feito o lançamento de ofício para exigência de ITD.

No que tange à Infração 3, também não vislumbro correção a fazer na Decisão de Primeira Instância, pois, ao julgar nulas as Infrações 1 e 2, automaticamente ficou prejudicado o julgamento da Infração 3, já que o julgamento desta está atrelado ao daquelas duas outras.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 269095.0004/07-8, lavrado contra **COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA – COELBA**, devendo ser encaminhado à repartição fazendária competente para providenciar o refazimento da ação fiscal a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de abril de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ROSANA MACIEL BITENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS