

A. I. N° - 269095.0001/11-7
AUTUADO - COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA – COELBA
AUTUANTES - LUÍS ADRIANO DE ANDRADE CORREIA, ÂNGELA MARIA MENEZES BARROS e
LÚCIA GARRIDO CARREIRO
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET 13.08.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0158-04/13

EMENTA: ITD. 1. DOAÇÕES. FALTA DE PAGAMENTO.
a) REDE ELÉTRICA. **b)** PARTIIPAÇÃO FINANCEIRA DO CONSUMIDOR NA CONSTRUÇÃO DE REDE ELÉTRICA. É devido ITD - Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos sobre doações de rede elétrica, seja construída diretamente pelo consumidor ou mediante doações financeiras realizadas por este. Infrações caracterizadas. 2. GUIA DE INFORMAÇÃO DE DOAÇÕES. FALTA DE APRESENTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração caracterizada e mantida em face da disposição contida no art. 14 da Lei 4.826/89. Afastada preliminar de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 05.12.11, diz respeito aos seguintes fatos:

1. Falta de recolhimento de ITD (Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos), relativo à doação de redes elétricas, no período de janeiro a dezembro de 2006, compostas por postes, cabos, transformadores e demais instalações e equipamentos, em que o autuado figura como donatário, conforme contratos de doação de rede elétrica anexados a este auto de infração a título de exemplo, sendo os valores utilizados na composição da base de cálculo extraídos dos saldos mensais de movimentação da conta contábil nº222.031.4010 da rubrica Imobilizado em Serviço – Doações e Subvenções Destinadas aos Serviços Concedidos. Imposto lançado: R\$57.917,26. Multa: 150%;
2. Falta de recolhimento de ITD (Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos), relativo a doações que foram feitas ao autuado a título de “Participação Financeira do Consumidor” no período de janeiro a dezembro de 2006, em que o consumidor efetua doação de bens e valores para a concessionária de energia e esta se obriga a construir a rede de energia, sendo os valores utilizados na composição da base de cálculo extraídos dos saldos mensais de movimentação da conta contábil nº 222.031.3010 da rubrica Imobilizado em Serviço – Participação Financeira do Consumidor. Imposto lançado: R\$123.547,26. Multa: 150%;
3. O contribuinte cometeu infração à legislação do ITD, correspondente ao descumprimento da obrigação de declarar através de Guia de Informação de 2006, a operação de doação sujeita ao pagamento de ITD. Multa fixa: R\$238,26.

O autuado se defende do lançamento às fls. 204/216. Descreve as infrações e, em preliminar, suscita a nulidade do lançamento por decadência com fundamento no art. 150, § 4º do CTN.

No mérito, fala da natureza de sua atividade e à especificidade de suas operações como fornecedor de energia elétrica. Aduz que em determinadas situações firma e concretiza com os usuários e consumidores dos seus serviços três tipos específicos de contratos: o de doação de

rede, o de participação financeira do consumidor e o de subvenção destinada a investimentos no serviço concedido. Explica em que consiste cada um dos referidos contratos, informando que eles impõem aos usuários ou consumidores a obrigação de contribuírem para a implantação da rede de energia elétrica que utilizarão, a fim de ser viabilizada, em certas situações, a própria operacionalização do serviço, e, por outro lado, tais contratos implicam também a transferência da rede, nela incluídos os materiais e postes, que passam a integrar a área da concessão, a fim de que seja possibilitada e assegurada a manutenção da prestação do serviço, sendo que essa transferência de bens operada pelos referidos contratos ocorre tão-somente por força legal, haja vista que a legislação a impõe em virtude de que a energização, operação e manutenção da rede elétrica somente poderão ser realizadas pela concessionária, que detém a exclusividade nesse campo operacional.

Frisa que tais bens não passam a integrar o patrimônio líquido da concessionária Coelba, e sim o patrimônio da própria área de concessão, a qual, por sua vez, pertence à União, de modo que a concessionária é apenas detentora da posse do acervo elétrico que constitui a concessão, sendo-lhe assegurada essa posse tão-somente enquanto estiver vigente o contrato de concessão celebrado com a União, a fim de que possa usufruir da rede já construída. Toma por fundamento os arts. 63 e 64 do Decreto nº 41.019/56, que, ao tratarem da posse dos bens e instalações elétricas do serviço concedido, ressalvam que os bens e instalações utilizados na geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia são vinculados ao próprio serviço, não podendo ser retirados, alienados, cedidos ou dados em garantia hipotecária, sem prévia e expressa autorização do órgão regulador.

No tocante à matéria em análise neste Auto, a defesa observa que o lançamento do Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITD) foi feito sobre a incorporação legal de bens às suas instalações de energia elétrica, relativamente às obras construídas com a participação financeira dos consumidores, que pagaram à concessionária o valor correspondente ao custo das obras para que fossem elas realizadas, e sobre a doação de rede elétrica nas hipóteses em que os consumidores assumiram e construíram com recursos próprios os trechos da rede elétrica, tendo o fisco estadual entendido que a transmissão das instalações de energia elétrica em questão foi realizada através de doação de bens particulares dos consumidores à concessionária, a despeito de não ter existido verdadeira incorporação de bens ao patrimônio da concessionária.

Ressalta a defesa que o contrato de doação é instituto de Direito Civil, de modo que o Direito Tributário o recebe com todos os elementos determinados pela lei civil para que se tenham como configuradas a sua existência, validade e eficácia. Lembra que a lei tributária veda a possibilidade de alteração da definição e alcance dos institutos, conceitos e formas de direito privado, nos termos do art. 110 do Código Tributário Nacional.

Comenta o conceito de doação expresso no art. 538 do Código Civil. Cita doutrina, pontua que, de acordo com os arts. 144 e 91 a 93 do Decreto nº 41.019/57, que regulamenta os serviços de energia elétrica, o beneficiário desse serviço, ao aderir ao contrato de prestação de serviços de distribuição de energia elétrica, arca com todos os custos decorrentes da montagem e instalação das linhas de distribuição, passando, depois, tais bens a ser incorporados ao ativo fixo da concessionária, incorporação essa que é contabilizada sob a denominação de contribuições especiais, por determinação expressa dos dispositivos acima mencionados do Decreto nº 41.019/57.

Por essas considerações, sustenta não haver qualquer liberalidade nas referidas contratações, principalmente por parte dos consumidores, que se submetem às disposições legais, passando para o ativo imobilizado da empresa as linhas de distribuição de energia que foram construídas às suas expensas, sem que lhes tivesse sido assegurada qualquer outra opção. Menciona a disposição normatizada pela ANEEL, através do Manual de Contabilidade do Setor Elétrico a que

se reporta a Resolução nº 444/01, que prevê a compulsoriedade da participação financeira do consumidor em tais hipóteses.

Argumenta que, por não restar configurado o elemento subjetivo da doação, ou seja, a vontade livre de doar os bens à concessionária, o que existe neste caso é uma determinação legal obrigando a incorporação pelo fato de ser inviável o consumidor continuar como proprietário das linhas, quando estas são destinadas a conduzir a energia elétrica fornecida pela concessionária. Frisa que o STJ já vem consolidando o entendimento de que, nestes casos, não haveria doação, mas uma figura específica do sistema de eletricidade, a ser enquadrada no negócio jurídico administrativo denominado de incorporação de bens à concessionária por força legal.

Observa que as linhas de distribuição de energia que se incorporam ao ativo imobilizado da concessionária serão revertidas ao poder concedente quando ultimado o prazo da concessão.

Nesse sentido, por força das Leis nº 8.987/94 e 9.074/95 e do próprio contrato de concessão celebrado com a União, a Coelba detém, temporariamente, a concessão do serviço de distribuição de energia elétrica no Estado da Bahia, e, findo o prazo estabelecido no referido contrato, o serviço retorna ao poder concedente. Assinala que, de acordo com o § 1º do art. 35 da Lei nº 8.987/95, uma vez extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato. Transcreve em seguida a cláusula décima-primeira do Contrato de Concessão nº 10/97, celebrado entre a Coelba e o poder concedente.

Destaca que os valores dos materiais incorporados não passam a integrar o patrimônio líquido da empresa concessionária, sendo creditados em contas especiais, que ficam indisponíveis até a ocorrência de reversão ou encampação do serviço público, quando as referidas importâncias serão deduzidas do valor devido pelo poder concedente ao concessionário, conforme se depreende do art. 144 do Decreto nº 41.019/57, que transcreve.

Por essas considerações, conclui que não estão presentes na situação em exame os requisitos configuradores de uma doação, por se tratar de uma figura administrativa anômala, que por suas próprias e peculiares características não pode ser simplesmente enquadrada como se doação fosse.

Recapitula em linhas gerais os argumentos expendidos.

Pondera que, a prevalecer a existência de doação, o donatário seria o poder concedente, ou seja, a União, que é alcançada pela imunidade recíproca preconizada no art. 150, VI, da Constituição, e jamais o concessionário.

Transcreve ementas de decisão do TJ de Minas Gerais e do STJ para concluir pugnando pelo reconhecimento da preliminar de decadência e, caso seja essa superada, o auto seja julgado improcedente.

Às fls. 230/253 os autuantes prestam a informação fiscal. Citando acórdãos, rebatem a preliminar de decadência dizendo ser entendimento do CONSEF que, nesses casos, aplica-se a regra do art. 173, I, do CTN, que preconiza a contagem de cinco anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao de ocorrência dos fatos geradores. Aduzem que o autuado não apresentou Guia de Informação do imposto lançado por entender sequer devido ITD nas doações realizadas.

Quanto ao mérito, explicam como são feitos os lançamentos contábeis das doações. Transcrevem o art. 1º da Lei 4.826/89, para indicar a ocorrência do fato gerador do ITD e contradizem as razões defensivas fundadas no Dec. 98.335/89, Manual de Contabilidade do Setor Elétrico e Res. 444/01 da ANEEL.

Ressaltam que na época não existia norma que obrigasse a transferência de redes elétricas particulares para o domínio das concessionárias de energia elétrica, e não havia vedação à possibilidade de o particular possuir rede própria e operá-la, dando-lhe a devida manutenção. Consideram que a Lei nº 10.848/04 e o Decreto nº 5.163/04 deixam bem claro que consumidores

finals só poderão deter redes de energia elétrica de uso exclusivo caso detenham autorização do poder concedente ou se tais redes estiverem instaladas exclusivamente em terrenos de sua propriedade. Frisam que até 31.12.05 era permitido ao consumidor final possuir rede elétrica privada independentemente de autorização do poder concedente, não sendo obrigado a transferir sua rede para o patrimônio da concessionária, de modo que está configurado o “animus donandi” no caso das transferências ocorridas, caracterizando-se a doação, por ser decorrente de uma liberalidade do doador, e não de uma disposição legal.

Refutam a alegação de que o autuado detém apenas a posse dos bens e instalações elétricas do serviço concedido, contrapondo que é o próprio Regulamento de Serviços de Energia Elétrica (Decreto nº 41.019/57), no art. 144, que, ao tratar da incorporação das obras, determina que as mesmas serão incorporadas aos bens e instalações do concessionário e não do poder concedente. Transcrevem o art. 144 do citado decreto e o art. 143 do Decreto nº 98.335/89.

Reportam-se aos contratos de doação anexos. Transcrevem cláusulas do Contrato de Doação de Rede de Energia Elétrica e Constituição Gratuita de Servidão. Citam doutrina, retomam disposições do Decreto nº 41.019/57, põem em evidência subcláusula do Contrato de Concessão nº 10/97. Grifam que a participação financeira do consumidor não é uma obrigação legal a que esteja sujeito o consumidor, mas uma operação negocial facultada ao consumidor no intuito de acelerar sua ligação, em opção à construção da rede por ele, com posterior doação à concessionária.

Contestam o argumento defensivo de apenas posse dos bens e instalações elétricas do serviço concedido citando regras do Regulamento de Serviços de Energia Elétrica (Dec. 41.019/57). Aduzem que nos contratos anexos (fls. 76/77 e 98/99) o autuado é quem figura como donatário e não a União, como a defesa pretende fazer crer.

Sustentam que o lançamento a crédito é feito em uma conta do Passivo, e não do Patrimônio Líquido, pois os recursos não decorrem de aporte próprio de capital, e caso o lançamento fosse efetuado na conta de Capital resultaria em enriquecimento sem causa da concessionária. Aduzem que a rede elétrica recebida em doação integra o Ativo da concessionária, porém não é registrada como Patrimônio Líquido porque não decorreu de aquisição mediante aporte de capital, e, por isso, em caso de venda ou transferência da concessão para outra concessionária, o valor dos equipamentos recebidos em doação deverá ser abatido do total do Ativo da concessionária, a fim de impedir um enriquecimento sem causa da mesma.

Registraram que o Contrato de Concessão 010/97, celebrado entre o autuado e a União, estipula 30 anos para vigência, podendo ser prorrogado significando que a concessão em vigor está mantida até 2027, pelo menos, ressaltando que o contrato foi celebrado após a privatização do autuado ocorrida em 1997.

Consideram que a reversão dos bens vinculados ao serviço, no caso de extinção da concessão, constitui uma hipótese extremamente remota, dada a previsão contratual de prorrogação da concessão mediante requerimento da concessionária, dentre outros fatores. Observam que a competência para sustar o contrato é do Congresso Nacional ou do Tribunal de Contas da União, conforme o art. 71 da Constituição Federal.

Quanto à alusão da defesa ao art. 150, VI, da Constituição, os autuantes consideram que o contribuinte estaria tentando confundir a concessionária com o poder concedente.

Com relação ao argumento da defesa de que a matéria já foi examinada e pacificada pelo STJ, os fiscais contrapõem que as decisões judiciais citadas foram prolatadas em casos concretos, tendo apenas efeitos entre as partes, não constituindo jurisprudência pacificada, e não têm efeito vinculante.

Observam que o CONSEF já julgou procedente em primeira instância um Auto de Infração desta natureza, conforme acórdão da 4ª Junta, que transcrevem.

Concluem ratificando os termos da autuação e pedindo que o auto seja julgado procedente.

Considerando que, com fundamento no inciso III do art. 48 do RPAF a exigência fiscal de ITD deveria ser tratada por “Notificação Fiscal”, a 4ª JJF julgou nulo o auto de infração, mas em face de alteração de norma processual, a decisão da Primeira Instância foi anulada pelo Acórdão CJF Nº 0381-12/12, razão pela qual o PAF retornou a essa 4ª JJF para novo julgamento.

VOTO

Os lançamentos em discussão neste Auto de Infração dizem respeito ao Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis e Doação* (ITD).

Preliminarmente, o autuado arguiu nulidade, alegando decadência nos termos do art. 150, § 4º, do Código tributário Nacional para os fatos geradores ocorridos entre janeiro a dezembro 2006, uma vez que na data da lavratura do auto de infração já teria decorrido mais de cinco anos da ocorrência do fato gerador do tributo.

O auto de infração foi lavrado em 05/12/2011. Considerando 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 para constituir crédito tributário extingue-se após 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e tendo em vista que a decadência para exigência tributária relativas aos fatos geradores ocorridos em 2006 só se consumaria a partir de 01/01/2012, afasto a nulidade suscitada.

Superada a questão preliminar, passo a análise do mérito das infrações.

As infrações 1 e 2 se referem a falta de recolhimento do ITD, sobre as operações de doação de Rede Elétrica, nos períodos setembro 2006, excluídos valores que não representam efetiva doação, como entendido no Parecer PROFIS/FÓRUM ITD Nº 02/2006 de fls. 44-66 (infração 1), janeiro a dezembro 2006 (infração 2), 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 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 nega a existência das infrações por entender que apenas detém temporariamente a concessão do serviço de distribuição de energia elétrica, pois, findo o prazo estabelecido no contrato, o serviço retorna ao Poder Concedente (União) e a doação não se caracterizaria.

Tal argumento não é capaz de elidir a autuação, pois como bem destacaram os autuantes na informação fiscal e respaldo no Parecer PROFIS/FÓRUM ITD Nº 02/2006 constante dos autos às fls. 44-66, nos contratos de efetiva doação celebrados (Anexo VIII, fl. 76) quem figura como donatário não é a União e sim o autuado (Cláusula Segunda) e, inequivocamente, a declaração de aceite por parte do autuado constando na Cláusula Quarta, consuma a doação ao contribuinte autuado:

“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)”

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 e o fato do autuado ser 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 amparo legal, pois somente se aplica entre Entes governamentais, não guardando qualquer relação com a concessão que tem como donatária uma pessoa jurídica de direito privado.

Logo, entendo que as infrações 1 e 2 restam caracterizadas, sendo devido o ITD – Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos sobre as doações de rede elétrica (infração 1) e sobre o valor da participação financeira do consumidor na construção de rede elétrica (infração 2), devendo incidir a multa no percentual de 150% sobre o valor do imposto exigido, de acordo com o previsto no art. 13, inciso II da Lei nº 4.826/89.

Pela infração 3, propõe-se aplicação de multa pelo descumprimento de obrigação tributária acessória sem penalidade prevista expressamente na Lei do ITD (Lei 4.826/89: art. 13, III), pela falta de declaração mediante Guia de Informações a operações de doação sujeita ao pagamento do ITD, decorrente das infrações 1 e 2. Assim, sendo devidos os valores relativos às infrações 1 e 2 e não declarando os casos de doação em Guia de Informações como previsto no art. 21 do Regulamento do ITD da Bahia, caracterizada está a infração 3. Portanto, em que pese o descumprimento das obrigações principais seja consequência do descumprimento da obrigação acessória, não havendo previsão na normativa do ITD de absorção da multa relativa ao descumprimento de obrigação acessória pela por descumprimento de obrigação principal aplicada às infrações 1 e 2, a multa proposta deve ser mantida.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº269095.0001/11-7, 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\$181.464,52**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 13, inciso II da Lei Nº 4.826/89, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória de **R\$238,26**, prevista no inciso III do artigo e lei citados.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2013

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR