

PROCESSO	- A. I. N° 269095.0005/12-0
RECORRENTE	- COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0160-05/13
ORIGEM	- IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 19/06/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0116-11/17

EMENTA: ITD. DOAÇÕES. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **a)** REDES ELÉTRICAS. INFRAÇÃO 1. **b)** PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA DO CONSUMIDOR NA CONSTRUÇÃO DE REDES ELÉTRICAS. INFRAÇÃO 2. O ITD (Imposto sobre Transmissão “*Causa Mortis*” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos) foi lançado nos dois tópicos do presente lançamento de ofício. O primeiro em razão do repasse da rede elétrica do consumidor para a concessionária e o segundo em virtude da transferência de dinheiro a título de participação financeira do consumidor. Em ambos os casos, não existe o ânimo de doar. A transmissão dos bens não ocorre como resultado de ato espontâneo e liberalidade do suposto doador, mas sim por força legal. Rejeitada a prejudicial de decadência. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida por meio do Acórdão da 5ª JJF nº 0160-05/13, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epígrafeado, lavrado no dia 27/12/2012 para exigir crédito tributário de ITD (Imposto sobre Transmissão “*Causa Mortis*” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos) na cifra de R\$314.533,63, sob a acusação do cometimento de duas irregularidades, assim discriminadas pelo órgão julgador de primeira instância, *in verbis*:

INFRAÇÃO 1 – Falta de recolhimento ou recolhimento a menor de ITD incidente sobre as operações de doação de móveis. Falta de recolhimento do ITD sobre operações de doação de rede elétrica, nos meses de junho e julho de 2007, sendo exigido imposto no valor de R\$598,36. O contribuinte COELBA deixou de recolher o ITD incidente sobre operações de doação de redes elétricas, compostas por postes, cabos, transformadores e demais instalações e equipamentos, em que configura como donatária, conforme se comprova pelos Contratos de Doação de Rede Elétrica, Anexo VI. 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, substituída posteriormente pela conta contábil 223.031.1030, constante dos balancetes analíticos entregues pelo contribuinte em meio magnético. Demonstrativo resumido dos saldos mensais de movimentação das referidas contas contábeis, bem como cálculo do imposto encontram-se nos anexos deste.

INFRAÇÃO 2 – Falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ITD sobre doações de créditos. Falta de recolhimento de ITD incidente sobre operações de doação de dinheiro em moeda corrente que lhe foram feitas, a título de Participação Financeira do Consumidor, no período de janeiro a dezembro de 2007, no valor de R\$313.935,27. O contribuinte COELBA deixou de recolher o ITD incidente sobre operações de doação de dinheiro em moeda corrente que lhe foram feitas, a título de Participação Financeira do Consumidor, 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. 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, substituída posteriormente pela conta contábil 223.031.1020, constantes dos balancetes analíticos entregues pelo contribuinte em meio magnético. Demonstrativos resumidos dos saldos mensais de movimentação das referidas contas contábeis, bem como do cálculo do imposto

encontram-se no anexo deste".

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 26/09/2013 e decidiu pela Procedência por unanimidade (fls. 289 a 308), nos termos a seguir reproduzidos.

"VOTO"

Versa o presente Auto de Infração sobre a exigência de ITD - Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos, sobre operações consideradas pela fiscalização estadual como doação. O lançamento fiscal é composto de duas imputações:

Infração 1 –. Falta de recolhimento do ITD sobre operações de doação de rede elétrica, nos meses de junho e julho de 2007, sendo exigido imposto no valor de R\$598,36.

Infração 2 - Falta de recolhimento de ITD incidente sobre operações de doação de dinheiro em moeda corrente que lhe foram feitas, a título de Participação Financeira do Consumidor, no período de janeiro a dezembro de 2007, no valor de R\$313.935,27.

Em razões preliminares o contribuinte suscitou a nulidade do Auto de Infração por entender que a COELBA seria parte ilegítima neste processo para figurar no pólo passivo da obrigação tributária do Imposto Estadual de Doações (ITD). Arguiu também vício processual por inadequação do dispositivo legal da multa aplicada, no percentual de 150%, prevista no art. 13, inc. II, da Lei Estadual no 4.826/1989, e por falta de atendimento dos requisitos previsto no art. 39, do RPAF/99, no tocante aos requisitos exigíveis para a lavratura do Auto de Infração.

A questão atinente à ilegitimidade passiva será enfrentada na análise de mérito da exigência fiscal em exame, por se tratar de matéria conexa com a análise da incidência ou não do ITD sobre as operações envolvendo os contratos de doação de rede elétrica e de participação financeira do consumidor usuário.

Relativamente ao enquadramento da multa e aos requisitos formais do Auto de Infração não acolho os argumentos defensivos. Do ponto de vista formal o Auto de Infração está plenamente revestido dos requisitos legais envolvendo: descrição dos fatos, enquadramento legal do fato gerador do tributo e da penalidade aplicada; elementos probatórios em se baseou o lançamento, quantificação da base de cálculo e da alíquota, intimação para pagamento ou apresentação de defesa. Presentes, portanto, os requisitos estabelecidos no art. 39, do RPAF/BA.

O aspecto envolvendo a análise da confiscatoriedade da multa aplicada foge à competência das instâncias administrativas de julgamento, por expressa disposição do art. 167, do RPAF/99.

Em relação à correta aplicação do percentual da multa examinarei a questão, por pertinência, no enfrentamento do mérito.

O autuado também arguiu a decadência do crédito tributário, nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN), em relação aos fatos geradores anteriores a dezembro de 2007. Essa alegação se baseou no entendimento de que a contagem do prazo para constituição do crédito tributário por parte da Fazenda Pública, nesse caso, deveria se iniciar na data de vencimento de cada parcela do valor devido. Entendo razão não assistir ao sujeito passivo. Em primeiro lugar, as regras do art. 173, inciso I do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei no 3.956/81) e no art. 965, inciso I do RICMS/97, prevêem que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Em segundo lugar, a incidência da regra do art. 150, § 4º do CTN diz respeito às situações nas quais a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação, o que não vem a ser a presente situação, conforme explicitado acima. No caso desta lide, o prazo para a contagem referente ao período objeto do questionamento se iniciou em 01/01/2008, com prazo final em 31/12/2012. O Auto de Infração foi lavrado em 27/12/2011, com ciência do contribuinte em 28/12/2012. Portanto, não há que se falar em decadência.

Ressalto, ainda, que tem sido esse o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF 0113/12-05, 0102/12-05, 0004-11/06 e 0009-12/08.

Pelas razões acima expendidas afasto a arguição de decadência dos créditos tributários anteriores a dezembro de 2007, levantadas pela defesa.

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

Para uma adequada abordagem do tema é imprescindível se fazer uma análise mais abrangente do sistema tributário, no tocante ao ITD, a luz das disposições constitucionais, normativas e doutrinárias acerca desse tributo. Tomo também com referência nessa análise o Parecer Profis/Forum/ITD no 02/2006.

Nos termos do art. 155, inciso I, da CF, regra matriz do ITD, este imposto tem como hipótese de incidência

(materialidade) a doação de quaisquer bens e direitos.

A Lei Maior utilizou, na demarcação do campo impositivo, institutos sedimentados e disciplinados pela lei civil: a propriedade, direitos reais, como se dá à transmissão desses bens e a cessão de direitos em espécie. De acordo com o art. 110 do CTN, a lei tributária não pode, sob pena de manifesta inconstitucionalidade, alterar a compostura ou a fisionomia dos institutos de direito privado.

Frente a esse regramento impõe a definição do instituto civil da doação, que se encontra plasmado no Cód. Civil Brasileiro, no art. 538, com a seguinte redação:

“art. 538 – Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”.

Muitos atos de liberalidade não constituem doação, por lhe faltar a vontade precípua de doar. Como exemplo, temos o comodato, onde alguém recebe algo de outrem, porém sem à vontade de transferência do domínio. A liberalidade é o elemento subjetivo do contrato de doação, o “*animus donandi*”, caracterizado vontade de transferir um determinado bem o direito para o patrimônio de outrem, sem recompensa ou contraprestação patrimonial. O elemento objetivo se apresenta na diminuição do patrimônio do doador que se agrupa ao ânimo de doar.

A estipulação de um encargo a ser cumprido pelo donatário não desvirtua a gratuidade do contrato de doação que cria obrigações apenas para um das partes, o doador, já que a existência de encargo eventualmente determinado constitui simples “modus”. O encargo, conforme doutrina majoritária (Silvio Rodrigues e outros), não pode ser confundido com a contraprestação.

De acordo com a doutrina brasileira majoritária as doações classificam-se em: a) pura e simples (diz daquela que é feita em mutação de bem no propósito de favorecer o donatário, sem nada lhe ser exigido, ou de subordinação extraordinária ou sob condição; b) doação modal ou com encargo (diz daquela que, sem prejuízo da vontade livre de doar, contém imposição de um dever ao donatário, que deverá cumpri-lo diretamente ao doador, a terceiros, ou a alguém determinado); c) doação remuneratória (aquele que se efetua com o propósito de recompensar serviços recebidos pelo doador e atribuídos ao donatário); d) doação em contemplação do merecimento (a que baseia-se não na recompensa do donatário, mas no apreço especial que tem o doador pelo mesmo, como forma de agraciá-lo).

No “Contrato de Doação de Rede” firmado pela COELBA com os usuários/consumidores ou potências consumidores, geralmente localizados na zona rural ou em áreas de expansão urbana nova, estes últimos assumem e constroem com Recursos próprios um trecho da rede de distribuição de energia elétrica a partir do ponto em que se encerra e/ou ponto mais próximo da rede elétrica da COELBA até o seu medidor, comprometendo-se e assinando termo de doação de todos os equipamentos e bens empregados na construção e complementação da aludida rede para a Concessionária, que fornecerá energia elétrica, a ser cobrada do usuário.

Em situação similar, temos o contrato de Participação Financeira do Consumidor, em que o usuário ou tomador do serviço passa à Concessionária um valor correspondente ao custo da obra necessária para a construção e extensão da rede elétrica existente a partir do ponto final da rede da COELBA até a sua unidade residencial ou empresarial (quadro de mediação), sendo que o usuário ou tomador do serviço não receberá nada em troca, e os bens utilizados na aludida extensão serão incorporados ao patrimônio da empresa concessionária de energia elétrica.

Em ambos os contratos, verificamos a presença dos requisitos configuradores da denominada “doação modal” e tais tipos contratuais se encontram previstos no Código Civil Brasileiro (art. 538 a 564). Estão presentes nessas avenças os seguintes elementos:

1. liberalidade ou “*animus donandi*” caracterizada pela vontade livre e desimpedida e pela possibilidade de conduta diversa a cargo do doador, mas com opção em última instância na translação de seu patrimônio em benefício do donatário;
2. unilateralidade traduzida pela obrigação da transferência da rede construída ou de doação em dinheiro (bem móvel) para o donatário;
3. forma prescrita em lei – contrato por instrumento particular, posto que se trata de móveis e não se configura hipótese de doação verbal do art. 541, parágrafo único do C. Civil Brasileiro.

Há, portanto, uma avença ou um contrato, firmado em instrumento particular, para que o negócio jurídico da doação se perfaça. O fato da legislação que regula o setor elétrico estabelecer a obrigação de entrega dos bens à concessionária de energia elétrica não desnatura o contrato de doação para efeitos de incidência tributária. O “*animus donandi*” não se descaracteriza por essa circunstância modal. Se a transferência fosse um mero efeito da lei ou de normas administrativas do Poder Concedente, não seria necessário o estabelecimento de um pacto entre as partes, na forma escrita, que não se não cumprido enseja a adoção de medidas de execução, inclusive via Poder Judiciário.

Por sua vez, reside, exatamente, na obrigação da concessionária (COELBA) em fornecer energia elétrica aos consumidores/usuários o encargo que caracteriza a doação modal objeto do lançamento do ITD neste processo.

Faço ainda um paralelo da situação posta nestes autos, com o contrato de seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres e por embarcações, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não. Mesmo sendo obrigatoriedade a contratação dessa modalidade de seguro, por força norma legal, incide sobre a operação o IOF, à alíquota de 0,38% (Lei no 5.143/66 e Decreto Federal no 6.306/07).

Portanto, no nosso entender, o imposto de Transmissão “Causa Mortis” e Doações (ITD), previsto na Constituição de 1988, e instituído na Bahia pela Lei no 4.826/89, alcança todas as transmissões gratuitas, de quaisquer bens e direitos. Transmissões gratuitas enquadram-se na moldura constitucional e podem sofrer a incidência do imposto de doações. O fato da doação ter por “modus” a exigência de encargo, seja ele decorrente de lei ou norma administrativa, não descharacteriza o negócio jurídico para fins de incidência tributária.

Um outro argumento levantado pelo autuado diz respeito à reversão dos bens ao Poder Concedente findo o contrato de concessão da atividade de distribuição de energia elétrica. O autuado, em suma, 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. A defesa sustenta que em verdade o Estado da Bahia estaria tributando a União (poder concedente), o que seria vedado pela regra da imunidade recíproca, prevista na Lei Maior (art. 150, inc. IV).

Tais argumentos não são capazes de elidir a autuação, pois como bem destacaram os autuantes na fase de informação fiscal, com respaldo no Parecer PROFIS/FÓRUM ITD No 02/2006, nos contratos de doação celebrados (Anexo VI, fls. 55 a 56 e 77 a 78), quem figura como donatário não é a União e sim o autuado (Cláusula Segunda) e, inequivocamente, a declaração de aceite por parte do autuado constante na Cláusula Quarta, consuma a doação à COELBA.

Para melhor entendimento reproduzo abaixo as cláusulas contratuais mencionadas:

“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, ... (grifos nossos)”

“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 ... (grifos nossos)”

Essas disposições, por sua vez, exteriorizam a vontade dos doadores (requisito da liberalidade), 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 gratuitade da doação.”

A imunidade recíproca alegada pelo autuado, portanto, não se aplica à situação em exame nestes autos, posto que o negócio jurídico foi firmado entre particulares (COELBA e consumidores/usuários), e não figurando na relação contratual entes governamentais (União, Estados, Municípios, suas autarquias ou fundações de direito público). Ademais, é importante destacar que a CF, no art. 173, inc. II, prescreve que as empresas públicas e as sociedades de economia mista se sujeitam ao regime próprio das empresas privadas, quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. A COELBA, na condição de empresa privada, ainda que no exercício de atividade em regime de concessão, não é possuidora de privilégios no âmbito do direito tributário.

É importante destacar que a fundamentação tracejada linhas acima constitui a linha de entendimento firmado pela Procuradoria do Estado da Bahia, nos processos submetidos ao seu crivo, e que se encontram lançadas no Parecer PROFIS/FÓRUM/ITD no 02/2006.

Firmado o entendimento de que o autuado recebeu doações sujeitas à incidência do ITD estadual, não há que se falar em ilegitimidade passiva. A questão de mérito absorve a alegação de vício do procedimento fiscal.

No tocante ao percentual de multa aplicada, todavia, assiste razão à defesa. De fato a Lei no 4.826/1989, foi alterada pela Lei no 12.609, de 27/12/12, DOE de 28/12/12, que promoveu a redução da penalidade de 150% para 60% do valor do imposto, quando verificada a falta do pagamento de tributo não decorrente de fraude. O legislador separou as condutas fraudulentas das não fraudulentas, apenando com 100% as omissões em que houver intuito de lesar o fisco com o uso de meios fraudulentos. Por essa razão, acato o pedido do contribuinte,

de reenquadramento da multa, fazendo incidir a este caso, a norma do art. 106, inc. II, legra “c”, do CTN, que prevê aplicação retroativa da norma tributária menos gravosa ao contribuinte autuado.

Não acato, entretanto, o pedido subsidiário de aplicação da norma contida no art. 13, inc. III, visto que: a) esta norma se encontra implicitamente derogada em razão da extinção da UPF-Ba, pela Lei no 7.753/2000; b) a conduta do contribuinte tem penalidade específica – à época dos fatos geradores multa de 150% (conduta com fraude ou sem fraude) e após entrada em vigor da Lei no 12.606/12, a penalidade de 60% (transcrevo abaixo), para as condutas sem o animus de lesar o fisco. No caso concreto, o contribuinte deixou de recolher o tributo em razão de ter firmado o entendimento de que as operações consubstanciadas nos contratos de “doação de rede elétrica” e “Participações Financeiras” não se encontravam submetidos ao campo de incidência do ITD.

Art. 13. O descumprimento de obrigações principais e acessórias previstas nesta Lei e em normas regulamentares sujeitará o infrator, sem prejuízo do pagamento do imposto e dos acréscimos tributários cabíveis, às seguintes penalidades:

...
II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto, quando a falta do pagamento não decorrer de fraude;

Quanto às decisões citadas pelo autuado para embasar em entendimento pela não tributação das operações objeto da autuação, é importante consignar, em concordância com os autuantes, que as decisões judiciais citadas pela defesa foram prolatadas em casos individuais, ou seja, em situações específicas, tendo apenas efeito entre as partes envolvidas, não constituindo jurisprudência pacificada, tampouco efeito vinculante. Não foi proferida nenhuma decisão judicial em Ação Declaratória de Controle Concentrado de constitucionalidade ou legalidade, com efeitos erga omnes. Permanece assim inalterado o entendimento construído em sede administrativa no sentido da incidência do ITD em operações de doações através de Participação Financeira do Consumidor e via entrega direta de equipamentos e bens que vão compor a rede elétrica da concessionária.

Considerando o acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA, do Auto de Infração, mantendo a exigência tributária quanto ao ITD lançado, porém, ajustando o percentual da multa para 60%, conforme fundamentação tracejada linhas atrás”.

Com respaldo no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF-BA/1999), o contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 320 a 341, no qual inicia aduzindo a tempestividade da peça, sintetizando as acusações, os argumentos da impugnação e da Decisão recorrida.

Suscita prejudicial de decadência, fundamentado no art. 173, I do CTN (fl. 325). A ciência da autuação ocorreu no mês de dezembro de 2012, motivo pelo qual entende que estariam fulminadas, pelo transcurso do referido prazo, as ocorrências relativas aos períodos anteriores a dezembro de 2007.

No mérito, com fulcro nos artigos 110 do CTN e 538 do CC, alega que não ocorreram fatos sujeitos à incidência do ITD, tendo em vista a inexistência do “*animus donandi*” nas transmissões de instalações de rede elétrica e nas participações financeiras dos consumidores (liberalidade ou vontade livre de doar). É que os clientes estão obrigados a assim agir por força das normas do Decreto nº 41.019/1957, bem como da Lei Federal nº 10.438/2002 e da Resolução ANEEL 414/2010.

Desse modo, na hipótese de o consumidor se recusar a efetuar a assim chamada “*doação*”, deve a concessionária, por força legal, tomar as providências cabíveis no sentido de defender o interesse público da prestação do serviço de distribuição de energia, o que afasta a liberalidade.

Caso se entenda pela ocorrência das doações, argumenta, colacionando jurisprudência, que a verdadeira donatária dos bens é a União, uma vez que a concessionária é mera detentora da posse do acervo elétrico que constitui a concessão. Extinta, retornam ao poder concedente, que no caso é a União, albergada pela imunidade recíproca prevista no art. 150, VI da CF/1988.

Encerra pleiteando provimento.

No Parecer de fls. 368 a 375, a PGE/PROFIS opina pelo não provimento do apelo. Todavia, em virtude das reiteradas decisões judiciais em sentido contrário, o feito foi convertido em diligência pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal (CJF) para que o mencionado órgão jurídico emitisse novo opinativo (fls. 377/378).

O contribuinte ingressa com petição às fls. 383 a 386 para noticiar Decisão da 11ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador - BA, bem como para reiterar os pontos trazidos a debate nas

suas intervenções processuais anteriores.

A Procuradoria do Estado, nos Pareceres e no despacho de fls. 416 a 428 opina pelo provimento do Recurso, uma vez que não vê presente o componente indissolúvel do instituto da doação, qual seja, o *animus donandi*, inserto na acepção de liberalidade.

Às fls. 462 a 464, em petição simples, o recorrente destaca o conteúdo dos Pareceres e ratifica os pedidos já apresentados.

VOTO

O sujeito passivo, à fl. 325, reconhece que a contagem do prazo decadencial, no caso de ITD (Imposto sobre Transmissão “*Causa Mortis*” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos) não recolhido, deve ser efetuada em conformidade com o art. 173, I do CTN.

Tem razão, pois, ao menos na situação em análise, não há pagamento antecipado a convocar a aplicação do art. 150, § 4º do CTN.

Os fatos são relativos aos meses de janeiro a dezembro de 2007, pelo que se conclui que, nos termos estatuídos no art. 173, I do CTN, a contagem teve início em janeiro de 2008 e o Fisco tinha o direito de lavrar o Auto de Infração até 31 de dezembro de 2012.

Com o ato do lançamento a obrigação tributária que surgiu com a ocorrência do fato gerador torna-se líquida. É a constituição do crédito tributário. Por intermédio da interpretação sistemática dos dispositivos do CTN, há que se proclamar que o momento da referida constituição ocorre com a lavratura do Auto de Infração.

A fase administrativa de solução da contenda (etapa contenciosa), que se inicia com a intimação do autuado e com a inauguração da contagem do prazo para impugnar, nada tem a ver com o procedimento administrativo de lançamento, no qual não se pensa em aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, por se tratar de direito potestativo da Fazenda Pública, revestido de caráter inquisitório ou acusatório.

Ainda que assim não se entenda, a ciência ou notificação do Auto de Infração é de 28/12/2012.

Tendo a lavratura ocorrido no dia 27/12/2012 e a notificação um dia depois (28/12/2012), ambas antes de 31 de dezembro de 2012, não há que se falar em perecimento do direito de lançar por transcurso de tempo.

Rejeitada a prejudicial de decadência.

No mérito, em razão de espelhar entendimento que tende a restar pacificado neste Conselho, peço licença para balizar-me no Voto proferido pelo n. conselheiro Rodrigo Lauande Pimentel ao relatar o Recurso Voluntário à Decisão de primeira instância relativa ao Auto de Infração nº 298922.0013/13-6, no qual, sob idênticas imputações, figurou como sujeito passivo o contribuinte ora recorrente.

O ITD (Imposto sobre Transmissão “*Causa Mortis*” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos) foi lançado nos dois tópicos do presente lançamento de ofício. O primeiro em razão do repasse da rede elétrica do consumidor para a concessionária e o segundo em virtude da transferência de dinheiro a título de participação financeira do consumidor.

O tema em lide também foi apreciado por esta Câmara no Acórdão CJF nº 0037-11/17, de relatoria do i. conselheiro Eduardo Ramos de Santana, por meio do qual se chegou à concepção de que, em ambos os casos (infrações 1 e 2), não existe o ânimo de doar. A transmissão dos bens não ocorre como resultado de ato espontâneo e liberalidade do suposto doador, mas sim por força legal (art. 143 do Decreto nº 41.019/1957).

Art. 143. As obras construídas com a participação financeira dos consumidores (art. 140 e 142) serão incorporadas aos bens e instalações do concessionário quando concluídas, creditando-se a contas especiais as importâncias relativas às participações dos consumidores, conforme legislação em vigor.

Segundo a Resolução nº 414/2010 da ANEEL, que tem fundamento no art. 14, §1º da Lei Federal nº 10.438/2002, as ligações com aumentos de carga decorrentes de pedidos de consumidores, atendidos às custas da concessionária, com eventual participação financeira desses últimos (consumidores), resultam em incorporação dos bens ao ativo imobilizado da distribuidora (artigos 42 a 51).

Inexistente a liberalidade, como bem colocou o ministro José Delgado no RESP Nº 791.334 - MG (2005/0175175-0), os fatos em tela são específicos do sistema de eletricidade e estão enquadrados no conceito de negócio jurídico administrativo, mais especificamente, incorporação de bens à concessionária por força legal.

Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269095.0005/12-0**, lavrado contra **COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS