



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

PROCESSO Nº0110472016-7

TRIBUNAL PLENO

Embargante:ENERGISA PARAÍBA-DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S.A.

Embargado:CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

Repartição Preparadora:SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GERÊNCIA REGIONAL DA 1ª REGIÃO

Autuantse:EDUARDO SALES COSTA/JOAO ELIAS COSTA FILHO

Relator:CONS.ºPETRONIO RODRIGUES LIMA

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. VÍCIOS NÃO EVIDENCIADOS. REAPRECIAÇÃO DE QUESTÕES JÁ ENFRENTADAS. MANTIDA DECISÃO EMBARGADA. RECURSO DESPROVIDO.

É cabível o Recurso de Embargos Declaratórios para suprir omissão, esclarecer obscuridade e/ou eliminar contradição, não se prestando para reanálise de questões já discutidas. No caso em epígrafe, os argumentos trazidos à baila pela embargante foram ineficazes para modificar a decisão recorrida, pois não ficaram evidenciados vícios embargáveis, além de tratar de matérias já analisadas, discutidas e decididas, não cabíveis em recurso de embargos declaratórios, em ato meramente procrastinatório, mantendo-se, portanto, os termos do Acórdão nº 436/2018.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M os membros do Tribunal Pleno de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento dos Embargos de Declaração, por regular e tempestivo, e, no mérito pelo seu *desproimento*, a fim de manter a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, por meio do Acórdão nº 436/2018, que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000070/2016-70 (fl.3), lavrado em 29/1/2016, contra a empresa ENERGISA PARAÍBA - DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S.A., inscrita no CCICMS sob o nº 16.015.823-0, devidamente qualificada nos autos.

P.R.I

Tribunal Pleno de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de dezembro de 2018.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, CHRISTIAN VILAR DE QUEIROZ (SUPLENTE), ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, THAIS GUIMARAES TEIXEIRA, MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS (SUPLENTE), DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES e ÁUREA LÚCIA DOS SANTOS SOARES VILAR(SUPLENTE).

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Submetidos a exame, nesta Corte de Justiça Fiscal, EMBARGOS DECLARATÓRIOS, com supedâneo nos arts. 75, V e 86, do Regimento Interno desta Casa, aprovado pela Portaria nº 75/2017/GSER, considerando o disposto no Decreto nº 37.286/2017, interpostos contra a decisão emanada do Acórdão nº 436/2018.

Por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000070/2016-70 (fls. 3 a 4), lavrado em 29 de janeiro de 2016, a autuada foi denunciada pela seguinte infração, identificada no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2011:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

NOTA EXPLICATIVA:

A FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS É DECORRENTE DO LANÇAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS DE ICMS, NO PERÍODO DE FEVEREIRO DE 2012 A DEZEMBRO DE 2015, PROVENIENTE DA ENTRADA DE BENS E PRODUTOS DO ESTABELECIMENTO OU A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A ELE FEITA, CUJA SAÍDA OU A PRESTAÇÃO SUBSEQUENTE NÃO CONFIGUROU FATO GERADOR DO ICMS.

O CONTRIBUINTE, NA CONDIÇÃO DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO, ADQUIRIU TAIS BENS E PRODUTOS PARA UTILIZAÇÃO NAS ATIVIDADES ESPECÍFICAS E EXCLUSIVAS DE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS (MANUTENÇÃO, MODERNIZAÇÃO E AMPLIAÇÃO/CONSTRUÇÃO DA INFRAESTRUTURA DE TRANSMISSÃO E DE DISTRIBUIÇÃO

DE ENERGIA), OBJETOS DO CONTRATO DE CONCESSÃO E QUE AO PODER CONCEDENTE SÃO INCORPORADOS, CONSTITUINDO-SE EM BENS VINCULADOS À CONCESSÃO.

AS ATIVIDADES RELACIONADAS GERAM COMO CONTRAPARTIDA, PARA O CONTRIBUINTE ORA AUTUADO, UM DIREITO DE RECEBIMENTO, CLASSIFICADO CONTABILMENTE COMO INTANGÍVEIS E/OU FINANCEIROS, TUDO EM CONFORMIDADE COM A REGULAMENTAÇÃO CONTIDA NA LEI DE CONCESSÕES (LEI Nº 8.987/95), NO CONTRATO DE CONCESSÃO Nº 019/2001 – ANEEL, E NORMAS CONTÁBEIS APLICADAS AO CASO (RESOLUÇÕES CFC Nº 1.318/10 E Nº 1.261/09), ESTANDO ESTAS ATIVIDADES FORA DO ESCOPO ESPECÍFICO DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA, VEDANDO, PORTANTO, PELO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE, PELA LEI COMPLEMENTAR 87/96 E RICMS/PB, A PRETENSÃO AO DIREITO DE CREDITAMENTO.

OS VALORES INDEVIDAMENTE APROPRIADOS COMO CRÉDITOS ADVIERAM DA SISTEMÁTICA DE CÁLCULO RESULTANTE DOS LANÇAMENTOS ERRONEAMENTE EFETUADOS NA BASE DE CREDITAMENTO CONSTANTE DO BLOCO G DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL DO CONTRIBUINTE (EFD)(CONTROLE DE CRÉDITOS DO ICMS DO ATIVO PERMANENTE), REGISTRO G-110, CAMPO 09 ICMS APROP ESCRITURADOS NA EFD (APURAÇÃO DE ICMS) BLOCO E, REGISTRO E-111 COMO PARTE DOS VALORES INTEGRANTES DE OUTROS CRÉDITOS (CAMPO-3 DESCR_COMPL_AJ) C/C (CAMPO-4 VL_AJ_APUR), PROMOVENDO REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA NO MESMO PERÍODO E DE IGUAL VALOR AOS LANÇAMENTOS INDEVIDAMENTE EFETUADOS, HAJA VISTA A OCORRÊNCIA ININTERRUPTA DE SALDOS DEVEDORES, TORNANDO-SE DESNECESSÁRIA A RECONSTITUIÇÃO DA CONTA GRÁFICA DO ICMS. PELO RELATADO, ACRESCENTAM-SE AOS ARTIGOS DADOS POR INFRINGIDOS O ART. 20, § 3º, II DA LC 87/96, BEM COMO OS ARTS. 72, I E 82, III, B § 2º, I E II DO RICMS/PB. A INFRAÇÃO ENCONTRA-SE DETALHADAMENTE DEMONSTRADA ATRAVÉS DO MEMORIAL AUXILIAR DE ACUSAÇÃO E DOS DEMAIS DEMONSTRATIVOS EM ANEXO.

Apreciado o contencioso fiscal na instância prima, o julgador fiscal, Sidney Watson Fagundes da Silva, decidiu pela procedência da autuação, fls. 101 a 123, de acordo com a ementa que abaixo transcrevo:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITOS DE ICMS NO CIAP REFERENTE A ATIVOS INTANGÍVEIS E/OU FINANCEIROS – INFRAÇÃO CARACTERIZADA

- As aquisições de bens enquadrados como Ativos Intangíveis e/ou Ativos Financeiros não geram direito a créditos de ICMS e, portanto, não devem ser registrados no documento destinado ao controle de crédito de ICMS do ativo permanente – CIAP da Concessionária.

- O contrato de concessão não transfere à Autuada o direito de controle - muito menos de propriedade - do uso da infraestrutura de serviços públicos, sendo prevista, apenas, a cessão de posse desses bens, os quais serão revertidos ao Concedente após o encerramento do referido contrato.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Após análise do recurso voluntário, apresentado às fls. 128 a 171, foi solicitado parecer à assessoria jurídica desta Casa, sobre a matéria tratada neste contencioso, que foi apresentado às fls. 218 a 224 dos autos.

Conclusos os autos, foram estes apreciados nesta Corte, com o voto desta relatoria, que decidiu, à unanimidade, pela procedência do lançamento tributário (fls. 228 a 248). Na sequência, este Colegiado promulgou o **Acórdão nº 436/2018** (fls. 249 a 251), correspondente ao respectivo voto, condenando a autuada ao crédito tributário de R\$ 24.455.770,08 (vinte e quatro milhões, quatrocentos e cinquenta e cinco mil, setecentos e setenta reais e oito centavos), sendo R\$ 12.227.885,04 (doze milhões, duzentos e vinte e sete mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e quatro centavos), de ICMS, e R\$ 12.227.885,04 (doze milhões, duzentos e vinte e sete mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e quatro centavos), de multa por infração, cuja ementa abaixo reproduzo:

DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL APURADO NO CIAP. BENS PÚBLICOS PERTENCENTES AO PODER CONCEDENTE. ATIVOS INTANGÍVEIS E/OU FINANCEIROS. IMPOSSIBILIDADE DE CREDITAMENTO POR PLENA DESCARACTERIZAÇÃO DA PROPRIEDADE. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. MULTA APLICADA NA FORMA DA LEI. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Contagem do prazo decadencial para os casos de falta de recolhimento do ICMS por crédito indevido, nos termos do artigo 150, §4º do CTN, inicia-se a partir do fato gerador, que é representado pelo débito levantado na apuração mensal. Decadência tributária suscitada não configurada.

- *Restou evidenciada a impossibilidade de aproveitamento de crédito fiscal oriundo das aquisições de bens que são pertencentes ao poder concedente (União) em regime de concessão de serviço público para distribuição de energia elétrica. Os bens adquiridos não podem ser classificados e contabilizados como ativo imobilizado da concessionária, pois as normas que regulam sua atividade não lhe transferem o direito de controle nem de propriedade dos bens que se incorporam à infraestrutura dos serviços públicos de energia elétrica, nos termos do seu Contrato de Concessão, intermediado pela ANEEL.*

- *Inexistência de afronta ao princípio constitucional da não-cumulatividade.*

- *Regularidade na aplicação da penalidade prevista na lei, tendo em vista o princípio da legalidade ao qual deve observância o agente administrativo no exercício de sua atividade.*

Notificada da supracitada decisão, fl. 254, a empresa autuada interpôs Embargos Declaratórios, fls. 256 a 258, protocolado tempestivamente em 23/10/2018, vindo a requerer a correção de omissão e obscuridade, por ela alegada, no Acórdão nº 436/2018, destacando, em suma, que:

- a fiscalização teria entendido que a embargante teria executado obras de construção civil, atividade sujeita ao ISS, o que serviu de fundamentação para a vedação dos créditos fiscais do ICMS;

- teria ocorrido erro de fato no acórdão embargado, ao concluir que “ o instrumento contratual

estabelece a existência de atividades distintas realizadas pelas recorrentes que se encontra positivada na Subcláusula Décima Sétima da Cláusula Segunda do Contrato de Concessão nº 019/2001-ANEEL.”, e que a cláusula contratual apenas prevê a necessidade de separação, que não seria o caso dos autos;

- abordou que a decisão embargada teria afirmado que haveria incremento de receita quando existir serviços de construção/ampliação, e não teria ficado claro como a embargante poderia auferir receita tributada pelo ICMS, sendo o caso de construção civil, e que este seria o cerne da questão, e que teria havido obscuridade à interpretação do decisum;

- teria ocorrido omissão em julgar a alegação do contribuinte dos efeitos danosos da equivocada separação de atividade pelo Fisco, que desaguardaria na separação de receita, já que não se aceita o ICMS na origem, com a aquisição do ativo, mas na operação final com a qual se vincula, e que o fundamento de que a natureza dos bens é pública, não serve como justificativa a impedir a manifestação desta Corte, e que a empresa exerceria atividades diversas não corresponderia a realidade.

Em prosseguimento aos trâmites processuais, retornaram os autos a esta Casa, e encaminhados a esta relatoria, para apreciação e julgamento dos embargos apresentados.

Eis o Relatório.

VOTO

Em análise, recurso de embargos declaratórios interposto pela empresa ENERGISA PARAÍBA - DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S.A., contra a decisão *ad quem*, prolatada por meio do Acórdão nº 436/2018, com fundamento no art. 75, V, do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria nº 75/2017/GSER, conforme transcrição abaixo:

Art. 75. Perante o CRF, serão submetidos os seguintes recursos:

(...)

V – de Embargos de Declaração

Com efeito, a supracitada legislação interna, ao prever a interposição de embargos declaratórios, tem por escopo corrigir defeitos quanto à ocorrência de *omissão, contradição e obscuridade* na decisão proferida, porquanto estes constituem requisitos para seu cabimento, tal como estatui o art. 86[1], do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, ou a pretexto dos requisitos admitidos pela jurisprudência pátria do STJ: premissa fática equivocada do respectivo decisório.

Em relação à tempestividade da oposição dos embargos ora em questão, estes devem ser opostos no prazo de cinco dias a contar da ciência da decisão do julgamento do recurso voluntário, conforme previsão do art. 87 da Portaria nº 75/2017/GSER[2], cuja divulgação pública ocorreu com a publicação no DOE do Acórdão 436/2018, em 20/9/2018. Sendo a ciência da decisão *ad quem* ocorrida em 24/10/2018, por meio de Aviso de Recebimento anexado à fl. 254, não há o que se falar em intempestividade, tendo em vista o contribuinte ter protocolado seus embargos em 23/10/2018, antes mesmo da sua ciência oficial.

No mérito, em descontentamento com a decisão embargada, proferida por unanimidade por esta Corte, a embargante vem aos autos, sob a pretensão de correção de erro material por ela apontado, para que haja manifestação sobre obscuridade e omissão, acima relatado.

As alegações trazidas pela embargante, de que houve omissão e obscuridade não prosperam, conforme será adiante demonstrado, mormente o fato de que se procurou analisar todos os elementos dos autos, de forma suficiente para fundamentar o Acórdão embargado.

A embargante tenta em suas alegações desvirtuar o fundamento da autuação, como se o fundamento da vedação do crédito do ICMS, denunciada na inicial, fosse decorrente apenas de obras de construção civil, por ser atividade sujeita ao ISS. O que está bastante claro nos autos, é que o objeto da autuação foi o creditamento indevido no CIAP dos bens que foram aplicados na manutenção/conservação, construção e na modernização da infraestrutura para transmissão e distribuição de energia elétrica, que são objetos do contrato de concessão, e que ao poder concedente pertencem.

O que a embargante chama de “erro de fato”, ao concluir pela existência de atividades distintas realizadas pela recorrente, é o próprio Contrato de Concessão nº 019/2001 – ANEEL, por ela assinado, que obriga a organizar e administrar separadamente as atividades de distribuição, geração e comercialização de energia elétrica, não havendo qualquer equívoco na conclusão desta relatoria. Vejamos o trecho esclarecedor sobre o assunto na decisão embargada, constante às fls. 238 e 239.

Com base nesta norma infraconstitucional, foi celebrado o Contrato de Concessão nº 019/2001, através do Processo nº 48500.003080/98-64, entre a AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL e a empresa concessionária, estabelecendo e regulamentando toda a exploração do serviço público de distribuição de energia elétrica objeto da concessão, onde, por força contratual, nos termos da Subcláusula Primeira da Cláusula Segunda do Contrato de Concessão nº 019/2001 – ANEEL, existe a obrigação de emprego de materiais, equipamentos e instalações que garantam níveis de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia no atendimento e modicidade das tarifas. Vejamos:

Subcláusula Primeira - A CONCESSIONÁRIA obriga-se a adotar, na prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica, tecnologia adequada e a empregar materiais, equipamentos, instalações e métodos operativos que, atendidas as normas técnicas brasileiras, garantam níveis de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia no atendimento e modicidade das tarifas.

Neste contexto, faz-se necessário verificar que há uma separação nítida entre as atividades de comercialização e de manutenção, modernização e ampliação/construção da infraestrutura de transmissão e de distribuição de energia. O instrumento contratual estabelece a existência de atividades distintas realizadas pela recorrente que se encontra positivada na Subcláusula Décima Sétima da Cláusula Segunda do Contrato de Concessão nº 019/2001– ANEEL, *in verbis*:

Subcláusula Décima Sétima – A CONCESSIONÁRIA obriga-se, caso pretenda participar de novos empreendimentos de geração, a organizar e administrar separadamente as atividades de

distribuição e geração, inclusive constituindo empresas juridicamente independentes, observados os limites de participação estabelecidos na legislação específica.

Quanto à efetiva propriedade dos bens adquiridos para emprego na infraestrutura do sistema elétrico, a Subcláusula Única da Cláusula Quarta do mesmo documento não deixa dúvida que estes se incorporarão ao poder concedente, sem qualquer ressalva, senão vejamos:

Subcláusula Única - As novas instalações, as ampliações e as modificações das instalações existentes, dos sistemas de distribuição e de transmissão de âmbito próprio da distribuição, deverão obedecer os procedimentos legais específicos e as normas do PODER CONCEDENTE e da ANEEL e incorporar-se-ão à respectiva concessão, regulando-se pelas disposições deste Contrato e pelas normas legais e regulamentares da prestação de serviço público de energia elétrica.

Portanto, as entradas de bens e materiais, a exemplo de postes, transformadores elétricos, cruzetas, capacitores, condutores elétricos, luminárias, materiais de construção diversos, equipamentos e ferramentas diversas, entre outros, que foram aplicados em execuções de obras de engenharia e em instalações (expansão de rede de distribuição e transmissão, subestações elétricas, sistemas de telecomunicações, etc.), bem como na manutenção, conservação e na reposição de bens (bens públicos), incontestavelmente são integrantes do patrimônio da Concessão (União) e não da empresa concessionária, conforme disposto na Subcláusula Segunda da Cláusula Primeira, do mesmo contrato, abaixo transcrita a seguir.

CLÁUSULA PRIMEIRA - OBJETO DO CONTRATO

Subcláusula Segunda - As instalações de transmissão de âmbito próprio da distribuição são consideradas integrantes da concessão de distribuição de que trata este Contrato. (g. n.)

Assim, a discussão travada na peça recursal contra a decisão recorrida entre conceitos de bens corpóreos e incorpóreos se perde e se dissolve na medida em que a questão é dirimida no ponto em que os bens são pertencentes ao Poder Concedente, e não a concessionária do serviço público, inobstante a classificação dada pela empresa como bens do ativo imobilizado, na roupagem trazida no inciso IV do artigo 179 da Lei nº 6.404/76, que define como Ativo da pessoa jurídica os direitos sobre bens corpóreos destinados à manutenção das atividades da empresa, nada falando acerca da propriedade do bem.

Sem se ater a pontos relevantes do objeto da autuação, traz a embargante o seguinte trecho, sobre o qual alega, ainda, a obscuridade pretendida: “incremento de receita quando existir serviços de construção/ampliação (...) e esses aumentos poderão refletir numa maior incidência de tributos”.

Pois bem. Trata-se de um trecho do texto de um trabalho apresentado no XXXV Encontro da ANPAD, no Rio de Janeiro, em 2011, citado na primeira instância, e reproduzido por esta relatoria. Quando analisamos as alegações recursais, nos pronunciamos a respeito do direito de uso da concessionária sobre a infraestrutura, sendo o controle e propriedade pertencente ao poder concedente, o que não deixava dúvidas quanto aos ativos em questão serem registrados contabilmente como ativo intangível, e conclui que a partir da adoção da ICPC 01, a separação de receitas pode auferir incrementos, refletindo numa maior incidência de tributos, que pode ou não incluir o ICMS.

Transcrevo abaixo, o trecho do *decisum* sobre esclarecimento da matéria acima mencionada, fls. 240 e 241, em que o contribuinte extraiu uma parte do texto de uma citação de terceiros, que visou robustecer o entendimento das regras trazidas pela Resolução CRF nº 1.261/2009, bem como a resolução CRF nº 1.318/2010, que demonstra a inexistência da forçosa obscuridade pretendida.

Com efeito, os bens e instalações de transmissão, incluindo as ampliações, modificações e benfeitorias no sistema elétrico, integram-se à concessão pública e dela faz parte como elemento patrimonial indissociável, fato este atestado quando se analisa a disposição contida na Subcláusula Sexta, da Clausula Oitava, do Contrato de Concessão nº 19/2001-ANEEL que se adequa a Resolução CFC nº 1.261/09, no que se refere à regularidade de registro contábil dos ativos de infraestrutura de serviços públicos pelas concessionárias, convalidando o entendimento de que estes bens não poderiam ser classificados como ativo imobilizado, diante da edição do ITG 01 – Contratos de Concessão, demonstrando claramente que a concessionária possui, apenas, a cessão de posse dos bens para realização dos serviços públicos, senão vejamos o item “11” da referida Resolução:

(Resolução CRF nº 1.261/2009)

11. A infraestrutura dentro do alcance desta Interpretação não será registrada como ativo imobilizado do concessionário porque o contrato de concessão não transfere ao concessionário o direito de controle (muito menos de propriedade) do uso da infraestrutura de serviços públicos. É prevista apenas a cessão de posse desses bens para realização dos serviços públicos, sendo eles revertidos ao concedente após o encerramento do respectivo contrato. O concessionário tem acesso para operar a infraestrutura para a prestação dos serviços públicos em nome do concedente, nas condições previstas no contrato. (g. n.)

Da mesma forma, destaca-se o item “27” desta Resolução, que normatiza que *“a infraestrutura a que o concedente dá acesso ao concessionário para efeitos do contrato de concessão não pode ser registrada como ativo imobilizado do concessionário.”*

Na mesma direção temos o item “11” da Resolução CFC nº 1.318/10, ao tratar do Direito de outorga ou direito da concessão (concessão onerosa), que não deixa dúvida quanto ao direito de uso da concessionária sobre a infraestrutura, porém o controle e a propriedade são do poder concedente (união), evidenciando a tratativa de que os ativos devem ser registrados, contabilmente, como ativo intangível e não imobilizado, infra:

(Resolução CRF nº 1.318/2010)

11. Ressalta-se que o contrato de concessão não representa um direito de uso sobre a infraestrutura, como no caso de arrendamento, já que o poder concedente mantém o controle sobre ela. O concessionário tem sim um direito que é representado pelo acesso à infraestrutura para prover o serviço público em nome do poder concedente, nos termos do contrato. Assim, se e quando reconhecido, o ativo é um ativo intangível (nos termos da NBC TG 04) e/ou um ativo financeiro.

A matéria foi abordada com maestria pelo julgador singular quando trouxe a luz doutrina precisa e de cunho meramente técnico ao tema debatido, **a qual faço reproduzir para um melhor entendimento da questão, na lição do trabalho apresentado por Talles Vianna Brugni, Adriano Rodrigues e Cláudia Ferreira da Cruz, no XXXV Encontro da ANPAD, realizado no Rio de Janeiro em 2011[3].**

“Sendo assim, se o contrato de concessão possuir a característica do controle por parte do poder concedente, os ativos da concessionária serão aqueles que têm a capacidade de gerar benefícios

econômicos futuros (entenda-se fluxo de caixa), e não a infraestrutura em si, podendo esse ativo ser financeiro e/ou intangível. Já a infraestrutura a ser construída, melhorada ou ampliada deve ser contabilizada pelo poder concedente e não deve figurar no Ativo Imobilizado do ente privado (ANDRADE e MARTINS, 2010, p. 6).”

“(…) A partir de 2008 na União Européia, e de 2010 no Brasil, pelo fato da infraestrutura não estar, por força de contrato, sob o controle e propriedade da operadora, o reconhecimento dos ativos deixa de ser registrado no Imobilizado da concessionária (IFRIC 12 § 11; ANDRADE E MARTINS 2010 p. 15). A contraprestação paga pelo concedente ao concessionário para construção, ampliação ou melhoria de infraestrutura passa a ser reconhecida (sempre a valor justo) e registrada como Ativo Financeiro ou como Ativo Intangível (IFRIC 12 § 15) visto que, pelo entendimento da norma, para que se configure uma concessão dentro do escopo da IFRIC 12, a parte que concede o serviço deve transferir apenas a responsabilidade pelo mesmo, não transferindo o controle, tampouco a propriedade dos bens nem o direito indeterminado de uso dos seus ativos.

(…) A partir da adoção da ICPC 01, as distribuidoras de energia terão que reconhecer uma receita operacional decorrente de um direito de receber caixa dos consumidores (ativo intangível referente à estimativa de fluxo de caixa recebível de clientes durante o período contratual) e uma receita de construção (não reconhecida anteriormente – ativo financeiro e/ou intangível, dependendo do risco); referente ao direito de receber caixa por parte do poder concedente e/ou por parte dos consumidores.

Esta modificação afeta diversas características das empresas. Como dito anteriormente, as distribuidoras agora terão **incremento de receita quando existir serviços de construção/ampliação**. Aumento de receita pode gerar acréscimo de lucros (podendo ser consideráveis se tais serviços não forem terceirizados) **e esses aumentos poderão refletir numa maior incidência de tributos.**” *(grifos não constantes no original)*

Por fim, alega que expressamente esta relatoria omitiu-se em julgar, em suas palavras, “...a alegação do contribuinte dos efeitos danosos da equivocada “separação” de atividade pelo Fisco, que potencialmente desaguaria na separação de receita, mas que não ocorre na prática, na medida em que o crédito de ICMS não é aceito na origem, com a aquisição do ativo, mas a operação final com a qual se vincula é integralmente tributada pelo imposto”.

Pois bem. Primeiramente, embora nem fosse necessário, ressalto que tal alegação não foi objeto de julgamento, como já evidenciado exaustivamente em todo procedimento administrativo tributário do presente processo. Contudo, tal questionamento, embora fuja do mérito da acusação, foi abordado na decisão embargada, fls. 245 e 246, em que cito a resposta de julgado anterior em que a embargante fez o mesmo questionamento.

“Alega, ainda, a recorrente, que a sistemática adotada pelo fisco desaguaria em separação da receita na venda de energia elétrica da parcela de recuperação de custo de construção do intangível, que deixaria de sofrer a incidência do ICMS. Ora, o cerne da questão em tela não reside em comprovar a dedução contábil da parcela de ICMS, constante das aquisições para compor a infraestrutura e manutenção das redes de distribuição, a título de ICMS recuperar, mas sim, reside no fato da natureza de bens públicos aplicados na infraestrutura para transmissão e distribuição de energia elétrica, objeto do contrato de concessão, sob os quais se pretende creditar com lançamentos indevidos no CIAP, objeto da autuação.

Sobre o assunto abordado pela recorrente, cito abaixo texto da decisão desta Casa, no recente Acórdão nº 120/2018, relativo ao mesmo contribuinte, que tratou com objetividade o argumento

recursal, com a qual comungo:

“Importa destacar, ainda, que, na visão da recorrente, a sistemática adotada pelo Fisco implicaria na separação da receita de venda de energia elétrica da parcela de recuperação do custo de construção do intangível, que deixaria de sofrer a incidência do ICMS, todavia o cerne da questão não reside em comprovar a dedução contábil da parcela de ICMS constante das aquisições para compor a infraestrutura e manutenção das redes de distribuição, a título de ICMS, fato este que se apresenta irrelevante para o deslinde da questão, mas, sim, reside no fato da natureza de bens públicos inerente aos itens sob os quais se pretende creditar e na comprovação de que a empresa, exercesse atividades diversas (manutenção, ampliação, modernização, construção de redes e comercialização de energia elétrica, etc.).

O próprio plano de contas demonstra a estrutura e amplitude dessas atividades. Assim sendo, verificamos nos grupos de contas do Ativo 132 a existência dos subgrupos abaixo exemplificados:

COD_CONTA	CD_CONTA_SUP	NM_CONTA
13201	132	PRODUÇÃO
13202	132	TRANSMISSÃO
13203	132	DISTRIBUIÇÃO
13204	132	ADMINISTRAÇÃO
13205	132	COMERCIALIZAÇÃO

Com efeito, constatou-se que os bens que integram o CIAP para fins de creditamento do ICMS por entradas encontram-se lançados na subconta 13203 – DISTRIBUIÇÃO, corroborando os fatos alegados pela Fiscalização.

Dessa forma, confirma-se a impossibilidade de apropriação do crédito de ICMS de bens que

integram a infraestrutura de distribuição, pois realizar tais investimentos faz parte do contrato de concessão, os mesmos devem ser recuperados pelo custo de aquisição/reposição através da parcela “B”, integrante do valor das tarifas de energia elétrica quando o usuário da infraestrutura é a própria concessionária, tendo como contrapartida contábil a receita de construção.

Assim, torna-se irrelevante para o deslinde da questão se a recorrente deduz contabilmente o valor do ICMS destacado nas aquisições de bens integrantes da infraestrutura, apropriando este valor como Imposto a recuperar, quando não há autorização legal para tal lançamento.”

Portanto, diante das considerações acima, sobretudo pelos fundamentados na legislação pertinente a Concessão de serviços públicos, inerente à distribuição de energia elétrica, entendo correto o feito acusatório, ao considerar indevidos os lançamentos de créditos de ICMS do Registro G – 110 do SPED Fiscal, no período de fevereiro de 2012 a dezembro de 2015, conforme a inicial.”

Observa-se que as alegações da recorrente se ativeram a pontos que, embora abordados na decisão embargada, em nada interferem nos fundamentos de fato e de direito que ensejaram no *decisum*. É cediço na jurisprudência no âmbito do judiciário, que o juiz não se obriga a manifestar-se sobre todas as alegações da recorrente, quando se encontra motivos suficientes para fundamentar a sua decisão, de acordo com seu convencimento. Vejamos:

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIBERAÇÃO DE MERCADORIA. SATISFAÇÃO DO OBJETO DO WRIT. PERDA DO OBJETO. OMISSÃO INEXISTENTE. INCONFORMISMO COM A TESE ADOTADA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

1. Inexistente a alegada violação do art. [535](#) do [CPC](#), pois o Tribunal de origem deixa claro que houve a ausência de interesse recursal no caso, visto que a concessão da segurança garantiu a satisfação completa do objeto do writ, qual seja, a liberação da mercadoria, ressaltando que a perda do objeto do mandado de segurança não inviabiliza a atividade vinculada de o Fisco proceder o lançamento tributário que entende devido.

2. Vê-se, na verdade, que no presente caso a questão não foi decidida conforme objetivava a recorrente, uma vez que foi aplicado entendimento diverso. Contudo, entendimento contrário ao interesse da parte não se confunde com omissão.

3. É cediço que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu.

4. Ressalte-se, ainda, que cabe ao magistrado decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto.

5. Descumprido o necessário e indispensável exame do dispositivo de lei invocado pelo acórdão recorrido, apto a viabilizar a pretensão recursal da recorrente, a despeito da oposição dos embargos de declaração. Incidência da Súmula 211/STJ. Recurso especial não conhecido.

Processo

REsp 1264897 PE 2011/0159544-3

Órgão Julgador

T2 - SEGUNDA TURMA

Publicação

DJe 11/05/2012

Julgamento

3 de Maio de 2012

Relator

Ministro HUMBERTO MARTINS

Portanto, diante do acima exposto, não há dúvidas que houve um mero descontentamento da decisão recorrida, em que o voto abordou todos os pontos levantados em recurso voluntário, não havendo mais o que se discutir, e que as alegações trazidas pela embargante tiveram a intenção apenas de procrastinar a exigibilidade do crédito tributário.

Nesse sentido, este Colegiado já se posicionou em decisão acerca de questão semelhante, conforme recente edição do Acórdão nº 009/2017, de relatoria do Cons.º João Lincoln Diniz Borges, cuja ementa abaixo transcrevo:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS CAPAZES DE CONTRAIR EFEITOS MODIFICATIVOS. MERO INCONFORMISMO DO SUJEITO PASSIVO. RECURSO DESPROVIDO.

Os Embargos Declaratórios servem para suprir os vícios da obscuridade, contradição ou omissão no julgado e não procedem quando deduzidos contra decisões que contêm suficientes esclarecimentos jurídicos, capazes de permitir o pleno conhecimento dos motivos que levaram à sua prolação, não se prestando, portanto, para reapreciar questões já enfrentadas em grau de recurso. A mera insatisfação do sujeito passivo não tem o condão de tornar cabíveis os embargos aclaratórios. Inocorrência dos pressupostos necessários e capazes de produzir efeitos modificativos. Mantido, portanto, o Acórdão embargado.

Destarte, não há como dar provimento aos aclaratórios, pois não foram caracterizados quaisquer defeitos, previstos no art. 86 da Portaria nº 75/2017/GSER, ou mesmo os admissíveis pela jurisprudência pátria, capazes de trazer consequências ao Acórdão nº 436/2018, o que revela ato procrastinatório por parte da embargante, pelo seu mero descontentamento da decisão recorrida.

Por todo exposto,

VOTO pelo recebimento dos Embargos de Declaração, por regular e tempestivo, e, no mérito pelo

seu *desprovemento*, a fim de manter a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, por meio do Acórdão nº 436/2018, que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000070/2016-70 (fl.3), lavrado em 29/1/2016, contra a empresa ENERGISA PARAÍBA - DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S.A., inscrita no CCICMS sob o nº 16.015.823-0, devidamente qualificada nos autos.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de dezembro de 2018.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator