



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

PROCESSO Nº0261962017-1

TRIBUNAL PLENO

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

Embargado:CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

Repartição Preparadora:SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GERÊNCIA REGIONAL DA 3ªREGIÃO

Relator:CONS.ºPETRONIO RODRIGUES LIMA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. MANTIDA A DECISÃO EMBARGADA. RECURSO NÃO CONHECIDO.

Não se conhece os embargos declaratórios interpostos após o decurso do prazo, na forma estabelecida na legislação de regência, visto precluso o exercício do direito à sua interposição pela recorrente. Mantido integralmente os termos do Acórdão nº 437/2018.

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 *não conhecimento* do presente *recurso de embargos de declaração*, em face da sua intempestividade, interposto pela empresa ENERGISA BORBOREMA - DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S.A., nos autos qualificada, mantendo o Acórdão nº 437/2018, proferido por esta Egrégia Corte Fiscal, em sua integralidade

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 437/2018.

Por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000272/2017-01 (fls. 5 a 7), lavrado em 22 de fevereiro de 2017, a autuada foi denunciada pela seguinte infração, identificada no período de fevereiro de 2012 a dezembro de 2015:

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), PROMOVEDO 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, que decidiu pela procedência da autuação, fls. 96 a 121, 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. 129 a 186, foi solicitado parecer à assessoria jurídica desta Casa, sobre a matéria tratada neste contencioso, que foi apresentado às fls. 233 a 239 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. 243 a 264). Na sequência, este Colegiado promulgou o **Acórdão nº 437/2018** (fls. 265 a 267), correspondente ao respectivo voto, condenando a autuada ao crédito tributário de R\$ 11.372.658,64 (onze milhões, trezentos e setenta e dois mil, seiscentos e cinquenta e oito reais e sessenta e quatro centavos), sendo R\$ 5.686.329,32 (cinco milhões, seiscentos e oitenta e seis mil, trezentos e vinte e nove reais e trinta e dois centavos), de ICMS, e R\$ 5.686.329,32 (cinco milhões, seiscentos e oitenta e seis mil, trezentos e vinte e nove reais e trinta e dois 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 PERTECENTES 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 por via postal com Aviso de Recebimento – AR B11214305759BR, recepcionado em 17/10/2018, fl. 270, a empresa autuada interpôs Embargos Declaratórios, fls. 272 a 274, protocolado em 23/10/2018, conforme fl. 271, vindo a requerer a correção de omissão e obscuridade, por ela alegada, no Acórdão nº 437/2018, 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 embargada, ao concluir que “ o instrumento contratual estabelece a existência de atividades distintas realizadas pelas recorrente 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 desaguaria 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 exercer 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 434/2018, 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 interposição dos embargos ora em questão, estes devem ser realizados 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]. Sendo a ciência da decisão *ad quem* ocorrida em 17/10/2018, por meio de Aviso de Recebimento nº BI214305759BR, anexado à fl. 270, o contribuinte protocolou seus embargos em 23/10/2018, fl. 271, no sexto dia da ciência, quando o prazo limite para sua apresentação seria dia 22/10/2018, segunda-feira, dia útil na repartição fiscal do contribuinte. Portanto, tornou-se precluso o direito de o contribuinte apresentar os embargos de declaração.

No âmbito do direito administrativo tributário, é cediço que a apresentação de qualquer peça recursal no prazo regulamentar constitui condição essencial de admissibilidade para o seu reconhecimento junto aos órgãos julgadores.

A interposição de *recurso de embargos declaratórios*, depois de decorrido o prazo legal previsto, resulta *precluso o direito do contribuinte*, não se tomando conhecimento pelo órgão julgador, por intempestividade de agir do contribuinte.

Portanto, a apresentação dos presentes embargos fora do prazo processual estabelecido pela norma vigente, torna-a preclusa, não podendo ser o mérito de tal recurso ser examinado por esta Casa Julgadora, em decorrência de sua intempestividade.

Não obstante, este Colegiado já se posicionara em decisão acerca da matéria, conforme edição dos seguintes acórdãos:

EMBARGO DECLARATÓRIO. NÃO CONHECIMENTO. INTEMPESTIVIDADE.

Não obstante a informalidade do processo administrativo tributário, existe, no seu curso, previsão de prazos a cumprir e requisitos essenciais. Destarte, o prazo para postulação de recurso não pode ser prorrogado nem suspenso. Logo, se decorrido referido prazo, preclui o direito do sujeito passivo de ter o mérito de seu pleito examinado pelos órgãos julgadores.

Embargos Declaratórios CRF Nº 084/2010

Acórdão nº118/2010

Rel. Consª. GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. NÃO CONHECIMENTO. INTEMPESTIVIDADE.

Não obstante a informalidade do processo administrativo tributário, há que se respeitar, no seu curso, a previsão de prazos e requisitos essenciais. Destarte, não sendo satisfeito o pressuposto recursal da tempestividade, tendo em vista a confirmação da interposição dos embargos declaratórios fora do prazo recursal, impõe-se o não conhecimento do referido recurso, ocorrendo à preclusão do direito do sujeito passivo de pleitear o reexame da decisão recorrida.

Embargos Declaratórios CRF Nº 206/2011

Acórdão nº 195/2011

Relator Consº. JOSÉ DE ASSIS LIMA

Diante das considerações supra, não há como conhecer o recurso de embargos declaratórios interposto, devendo ser mantido, assim, todos os termos do acórdão embargado.

Pelo Exposto,

VOTO pelo *não conhecimento* do presente *recurso de embargos de declaração*, em face da sua intempestividade, interposto pela empresa ENERGISA BORBOREMA - DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S.A., nos autos qualificada, mantendo o Acórdão nº 437/2018, proferido por esta Egrégia Corte Fiscal, em sua integralidade.

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

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator