

A. I. N° - 281081.0001/04-6
AUTUADO - EMPRESA BAIANA DE ÁGUAS E SANEAMENTO S/A - EMBASA
AUTUANTE - RICARDO RODEIRO MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP METRO
INTERNET - 26.07.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0259-03/04

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. INCIDÊNCIA DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS SOBRE VALORES DE IMPOSTO RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE. A acusação fiscal se refere à utilização indevida de crédito fiscal lançado no livro Registro de Apuração do ICMS no mês de julho de 2002 e, portanto, este foi exatamente o mês em que ocorreu o fato gerador do presente lançamento, porque reduziu o montante de ICMS efetivamente devido, e não os meses indicados pelo autuante neste Auto de Infração, que são relativos ao período que foi usado pelo contribuinte para calcular o montante de crédito fiscal efetivamente utilizado em julho/02. Retificada a data de ocorrência do imposto exigido. **2. ACRÉSCIMOS TRIBUTÁRIOS. ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS E ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. PAGAMENTO EXTEMPORÂNEO DO IMPOSTO.** O pagamento de débito tributário fora do prazo legal está sujeito a acréscimos moratórios e atualização monetária. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 01/03/04, para exigir o ICMS no valor de R\$149.628,51, acrescido da multa de 60%, em decorrência de:

1. Utilização indevida de crédito fiscal relativo a atualização monetária do saldo credor do imposto constante no livro Registro de Apuração do ICMS. Consta, ainda, na descrição dos fatos o seguinte: “O contribuinte apurou recolhimento a maior do ICMS nos meses de Junho/2000 a Setembro/2001, conforme levantamento e planilhas constantes no Processo Administrativo Fiscal 076029/2002-3. Os valores apurados neste período pelo contribuinte totalizaram R\$335.867,19 em valores históricos. A Fiscalização após análise do referido processo fiscal apurou o valor histórico de R\$301.600,30, conforme Parecer às fls. 103 a 107 do PAF 0760029/2002-3. As divergências apuradas pela fiscalização foram em função da falta de comprovação do recolhimento do ICMS no valor de R\$30.105,11 no mês de Setembro de 2000 e também em função de erros no cálculo de apuração da Demanda nos meses de Janeiro, Fevereiro e Agosto de 2001, tudo comprovado e anexo ao PAF às fls. 103 a 107. O contribuinte, além de ter calculado incorretamente os valores recolhidos a maior como comprovado no relatório fiscal, utilizou-se indevidamente e sem amparo legal da correção monetária dos valores históricos apurados. Fato que resultou num creditamento

incorreto do ICMS no valor total de R\$448.013,28 em Julho de 2002. A fiscalização apurou mensalmente os valores corretos recolhidos a maior pelo contribuinte, expurgando a correção monetária e os erros apurados” - R\$146.412,99;

2. Falta de recolhimento dos acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido, pago intempestivamente porém de forma espontânea (junho e julho de 2000) - R\$3.215,52.

O autuado apresentou defesa (fls. 20 a 29), reconhecendo a procedência da infração 2 e de parte do débito cobrado na infração 1 e informando que recolheu o valor acatado, por meio do DAE acostado à fl. 31, de acordo com a planilha de cálculos juntada à fl. 32 dos autos.

Impugnou, entretanto, a parte não reconhecida do débito, esclarecendo, inicialmente, que foi autuado porque se creditou, no mês de julho de 2002, da restituição de ICMS que foi pago a mais no período de junho de 2000 a setembro de 2001, devidamente atualizado de acordo com o mesmo critério utilizado pelo Estado da Bahia para atualização dos débitos tributários dos contribuintes, consoante o cálculo disponibilizado no *site* da Secretaria da Fazenda e o exemplo que apresentou.

Prossegue dizendo que, segundo o autuante, tal atualização monetária não tem respaldo legal, acorde o RICMS/BA e o entendimento da SAT/DITRI/GECOT, no Processo nº 07602920023, de 23/04/02 que concluiu, no parecer exarado, que o valor recolhido indevidamente no período antes de 26/10/00 deveria ter sido convertido para a UFIR da data do recolhimento e reconvertido em Reais, com base no valor da UFIR de 26/10/00 e que, encontrado o novo valor, não mais caberia qualquer atualização monetária.

Diz que, quanto aos recolhimentos indevidos efetuados a partir de 01/01/01, a DITRI/GECOT entende que não cabe correção monetária, mas que esse posicionamento está equivocado, em face da Constituição Federal, da legislação da União, do Estado do Ceará e do Município de Salvador que transcreve. Por fim, indaga se somente o legislador do Estado da Bahia é que está correto.

Argumenta que o próprio RICMS/BA, em seu artigo 137, estabelece que “para fins de atualização monetária, os débitos do ICMS, quando pagos em atraso, serão convertidos em quantidade de UFIR’s ou de outro índice que venha a ser adotado para atualização dos créditos tributários da União” e que, atualmente, com a extinção da UFIR, a União “atualiza seus créditos e débitos tributários e previdenciários, empregando a Taxa Selic mais 1% de juros ao mês, estabelecendo assim, a mesma proporcionalidade imposta pela legislação acima transcrita, não causando qualquer prejuízo aos contribuintes”. Apresenta dois exemplos numéricos para demonstrar o acerto de seu procedimento.

Finalmente, pede a procedência em parte do Auto de Infração, “restabelecendo o direito dessa Empresa de atualizar a restituição do ICMS pago a maior, na mesma proporção em que seria pago o tributo não recolhido no prazo legal”.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 66 a 70), ressalta, inicialmente, que o autuado reconheceu a procedência da infração 2 e parte da infração 1.

Em relação à parcela impugnada da infração 1, explica que o autuado ingressou com Recurso Voluntário na GETRI (Gerência de Tributação) contra decisão proferida em processo de restituição protocolado originalmente sob o nº 076029/2002-3, que originou este lançamento, em virtude de a fiscalização não ter acolhido a correção monetária do valor do indébito, nos moldes em que foi efetuada pelo contribuinte.

Transcreve o parecer da GETRI proferido pela auditora fiscal Ozita de Andrade Mascarenhas, em 20/10/03, no mencionado Recurso Voluntário, para comprovar a procedência da autuação. Finalmente, diz que mantém o lançamento em face do que foi exposto.

O autuado foi intimado a se manifestar sobre a informação fiscal (fls. 71 e 72), mas preferiu não fazê-lo.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência de duas infrações, sendo que o autuado reconheceu a procedência integral da infração 2 e parcial da infração 1, consoante o DAE e a planilha que acostou às fls. 31 e 32 dos autos.

Na infração 1, exige-se o imposto em razão de “utilização indevida de crédito fiscal relativo a atualização monetária do saldo credor do imposto constante no livro Registro de Apuração do ICMS”.

Entretanto, após a análise da descrição dos fatos, constante no lançamento, e dos documentos que compõem o PAF, constata-se que, na verdade, se trata de utilização de crédito fiscal relativo a valores de ICMS que foram pagos indevidamente pelo contribuinte, no período de junho de 2000 a setembro de 2001, os quais foram objeto de Pedido de Restituição (protocolado na Secretaria da Fazenda sob o nº 076029/2002-3), e efetivamente lançados, como crédito fiscal, no livro Registro de Apuração do ICMS do contribuinte no mês de julho de 2002.

Ocorre que o sujeito passivo, além de ter atualizado monetariamente os valores recolhidos indevidamente, incluiu, no cálculo do saldo a creditar, importâncias referentes a acréscimos tributários, que são cobrados pelo Estado da Bahia quando o valor do imposto é pago pelos contribuintes com atraso, de forma espontânea ou através de lançamento de ofício. O contribuinte procedeu dessa maneira sob o argumento de que a legislação de outros entes da Federação e o artigo 137, do RICMS/97 estabelece que “para fins de atualização monetária, os débitos do ICMS, quando pagos em atraso, serão convertidos em quantidade de UFIR’s ou de outro índice que venha a ser adotado para atualização dos créditos tributários da União” e que, atualmente, com a extinção da UFIR, a União “atualiza seus créditos e débitos tributários e previdenciários, empregando a Taxa Selic mais 1% de juros ao mês, estabelecendo assim, a mesma proporcionalidade imposta pela legislação acima transcrita, não causando qualquer prejuízo aos contribuintes”.

O autuante, por sua vez, trouxe o Parecer exarado pela DITRI/GECOT, no Recurso Voluntário impetrado pelo autuado no citado Processo de Restituição nº 076029/2002-3, no qual a parecerista apresentou o entendimento relatado a seguir:

1. de acordo com o artigo 40, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), “serão restituídas, no todo ou em parte, as quantias relativas ao imposto indevidamente recolhido, consoante a forma estabelecida em regulamento, observados os prazos de prescrição ou decadência”;
2. o artigo 77, do RPAF/99, disciplinando a restituição de indébitos, estabelece que “o tributo indevidamente recolhido será restituído atualizado monetariamente, utilizando-se os mesmos critérios de atualização dos débitos tributários vigentes à época do recolhimento indevido”;

3. o RICMS/97 (artigo 137, §§ 5º e 6º), ao dispor sobre os acréscimos tributários incidentes sobre os débitos para com a Fazenda Pública Estadual, determina que “os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Estadual expressos em moeda, constituídos ou não, vencidos até 31 de dezembro de 2000, serão convertidos em quantidades de UFIR na data do seu vencimento e reconvertidos em Reais, com base no valor da UFIR em 26 de outubro de 2000 (Lei nº 7.753/00)”, enquanto que “os débitos vencidos a partir de 1º de janeiro de 2001, não estão sujeitos à atualização monetária (Lei nº 7.753/00)”;
4. sendo assim, “da análise sistemática dos dispositivos supramencionados, ressaltamos ser equivocado o entendimento do recorrente no sentido de que, com relação ao pagamento intempestivo de seus créditos tributários, a SEFAZ/BA admite e impõe a reposição do valor da moeda”, haja vista que “na atualização do valor dos seus créditos tributários esta SEFAZ não pode, e não adota, a correção monetária, tendo em vista que esta foi afastada pela legislação a partir de 01/01/2001” e “qualquer alteração do valor originalmente devido à Fazenda Pública Estadual, apresentada após 01/01/2001, dá-se em virtude da aplicação de multa e acréscimos moratórios decorrentes necessariamente da inobservância ou mora do contribuinte no cumprimento das suas obrigações fiscais no prazo estabelecido na legislação, e não em função da correção do valor do crédito em razão da perda do valor aquisitivo da moeda”;
5. “pelo exposto, à luz dos dispositivos supramencionados, concluímos que, havendo recolhimentos efetuados indevidamente antes de 26 de outubro de 2000, o valor recolhido no período deve ser convertido pela UFIR da data do recolhimento, e reconvertidos em Reais, com base no valor da UFIR de 26 de outubro de 2000; encontrado o novo valor, não mais caberá qualquer atualização monetária” e “relativamente aos recolhimentos efetuados a partir de 01 de janeiro de 2001, entendemos que não cabe a correção monetária”.

Concordo inteiramente com o posicionamento manifestado pela DITRI/GECOT e, portanto, considero que não há amparo legal para o procedimento do autuado, uma vez que a atualização monetária foi extinta a partir de 01/01/01 e não há previsão legal para a incidência de acréscimos moratórios sobre as importâncias de ICMS recolhidas a maior, ou indevidamente, pelos contribuintes, conforme o disposto nos artigos 100 a 102, da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

Aliás, é importante ressaltar que os acréscimos moratórios são uma forma de penalidade, em razão do atraso (ou mora) no pagamento de tributos e, dessa forma, somente com previsão legal é que se pode aceitar, no âmbito administrativo, que o Estado seja apenado pelo fato de o autuado ter recolhido espontaneamente o imposto, não obstante tê-lo feito de forma indevida ou a mais que o valor correto.

Já a atualização monetária, como amplamente aceito pelos tribunais pátrios, é apenas uma maneira de evitar a corrosão do poder de compra da moeda. Entretanto, a legislação tributária estadual somente prevê a sua aplicação para os recolhimentos efetuados indevidamente até o exercício de 2001, nos moldes do parecer da DITRI/GECOT acima transcrito.

Pelo exposto, considero caracterizada a infração apontada, haja vista que o contribuinte se creditou do valor total de R\$448.013,28, quando deveria ter se apropriado do valor de R\$301.600,30, devendo, assim, ser cobrada a diferença de R\$146.412,99. Todavia, como a acusação fiscal se refere à utilização indevida de crédito fiscal lançado no livro Registro de Apuração do ICMS no mês de julho de 2002, este foi exatamente o mês em que ocorreu o fato gerador do presente lançamento, porque foi nesse momento que se reduziu o montante de ICMS efetivamente devido naquele período de apuração, e não nos meses indicados pelo autuante neste Auto de Infração, que são relativos ao período em que o contribuinte recolheu indevidamente o imposto e que foi

usado pelo autuado para calcular o montante de crédito fiscal que somente foi utilizado efetivamente em julho/02.

Se fossem acatadas as datas indicadas no lançamento como fatos geradores do débito ora exigido (de junho/00 a setembro/01), estar-se-ia apenando duplamente o contribuinte: a) ao não ser acatada a forma de cálculo do crédito fiscal que o autuado entende ser de seu direito; b) ao ser permitida a incidência de correção monetária (de junho/00 a dezembro/00) e de acréscimos moratórios (de junho/00 a setembro/01), quando o correto é apenas a incidência de acréscimos moratórios a partir de julho/02, data da efetiva utilização do crédito fiscal considerado indevido.

Sendo assim, cabe a este órgão julgador a retificação da data do fato gerador da infração em tela, para 31/07/02, com débito a ser exigido no valor de R\$146.412,99, da forma seguinte:

Infração	Data Ocorrência	Data Vencimento	Base Cálculo R\$	Alíquota (%)	Multa (%)	Débito R\$
1	31/07/02	09/08/02	244.021,63	17%	60%	146.412,99

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com a retificação da data de ocorrência da infração 1 e a homologação do valor recolhido relativo à infração 2 e parte da infração 1.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281081.0001/04-6**, lavrado contra **EMPRESA BAIANA DE ÁGUAS E SANEAMENTO S/A - EMBASA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$146.412,99**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além dos acréscimos moratórios no valor de **R\$3.215,52**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VIII, da Lei nº 7.014/96, homologando-se o valor efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de julho de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA