

PROCESSO - A. I. Nº 281081.0001/04-6
RECORRENTE - EMPRESA BAIANA DE ÁGUAS E SANEAMENTO S/A - EMBASA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0259-03/04
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 07/10/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0332-11/05

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. INCIDÊNCIA DE ACRÉSCIMOS TRIBUTÁRIOS SOBRE VALORES DE IMPOSTO RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE. Falta de previsão legal para utilização de acréscimos moratórios, porém a taxa SELIC deve ser considerada na restituição do indébito fiscal. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo autuado contra a Decisão da 3ª JJF – Acórdão JJF nº 0259-03/04, que julgou o Auto de Infração Procedente, lavrado em razão:

1. Da utilização indevida de crédito fiscal, no período de junho de 2000 a setembro de 2001, no montante de R\$146.412,99, conforme demonstrado à fl.11, relativo a atualização monetária do saldo credor do imposto constante no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), relativo ao Pedido de Restituição (PAF nº 076029/2002-3), no qual se apurou os valores corretos recolhidos a maior pelo contribuinte, expurgando a correção monetária, por falta de amparo legal, e os erros apurados.
2. Da falta de recolhimento dos acréscimos moratórios, no valor total de R\$3.215,52, referentes ao ICMS devido, pago intempestivamente, relativo aos meses de junho e julho de 2000, recolhidos sem os devidos encargos, conforme apurado no referido PAF 076029/2002-3.

Na Decisão recorrida foi destacado que o autuado reconheceu a procedência integral da segunda infração e parcial da primeira infração, consoante DAE e planilha às fls. 31 e 32 dos autos.

Também foi constatado 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, e efetivamente lançados, como crédito fiscal, no livro Registro de Apuração do ICMS do contribuinte no mês de julho de 2002.

Ainda foi ressaltado 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.

Destaca que 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”*.

Registra a JJF que o autuante 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*”.

A Decisão da JJF foi de concordar com o posicionamento manifestado pela DITRI/GECOT, considerando 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).

Ressalta 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.

Quanto à atualização monetária, como amplamente aceita 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.

Assim, a Decisão recorrida considerou 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.

No Recurso Voluntário, restrito apenas à primeira infração, o recorrente requer a anulação da Decisão ou a sua reforma, para contemplar o pedido de procedência parcial da parte reconhecida, no valor de R\$40.794,19 (fl.32), sob as seguintes alegações:

- Inicialmente, esclarece que se creditou, no mês de julho/2002, da restituição de ICMS pago a maior no período de junho/2000 a setembro/2001, pois, segundo a legislação vigente (art. 78 do RPAF/BA), uma vez formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de 90 (noventa) dias, contado da protocolização do pedido, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido, devidamente atualizado, segundo os mesmos critérios aplicáveis ao tributo. Assim, requer tratamento isonômico com as normas da União (art. 38 da IN/SRF nº 210/02), relativamente à compensação do valor do capital no tempo, ou seja, com a incidência da taxa de juros (taxa SELIC). Aduz que a legislação estadual contempla tal isonomia, do que invoca o art. 137 do RICMS/BA, o qual adota os mesmos critérios utilizados pela União. Ressalta que a legislação tributária baiana recepcionou o critério da compensação financeira, quando remunera os débitos com a Fazenda com a incidência da taxa SELIC (art. 102 COTEB, alterado pela Lei nº 7.753/00).
- Entende que a Decisão da primeira instância não apreciou os argumentos e a legislação apresentada, limitando-se a considerar o fato como “correção monetária” e a concordar com o Parecer do SAT/DITRI/GECOT, não se manifestando sobre os vários argumentos de defesa, o que, no seu entendimento, nulifica a Decisão recorrida, por deixar de apreciar aspectos relevantes, inclusive a transcrição da Decisão datada de 05/02/2004 do Supremo Tribunal Federal, onde consta a orientação, segundo a qual, são os seguintes os índices a serem utilizados para a atualização de indébitos tributários:
 - a) IPC, de março/1990 a janeiro/1991;
 - b) INPC, de fevereiro a dezembro/1991;
 - c) UFIR, a partir de janeiro/1992;
 - d) taxa SELIC, exclusivamente, a partir de janeiro/1996.

O Parecer da PGE/PROFIS é no sentido de que o pleito do recorrente da aplicação da taxa SELIC não deve ser provido, uma vez que a atualização monetária do crédito, objeto do pedido de restituição de indébito nº 0760029/2002-3, foi feita corretamente, consoante art. 77 do RPAF e art. 137, §§ 5º e 6º, do RICMS, vigente à época dos fatos.

Em 21/09/2004, na assentada do julgamento, a 1ª CJF entendeu a necessidade do PAF ser remetido à INFRAZ Iguatemi para que fosse anexado aos autos cópia do Processo Administrativo Fiscal nº 076029/2003-3, relativo ao Pedido de Restituição do Indébito Fiscal pelo contribuinte, de forma que se pudesse avaliar, através dos levantamentos e planilhas nele constantes, o mérito da imputação fiscal.

Às fls. 126 a 275 do PAF foi atendida a solicitação acima, porém por não ser possível, através do referido processo de restituição, se mensurar os componentes dos “Valores Atualizados Creditados pela Embasa em Jul-02”, constante à fl. 11 dos autos, o PAF foi novamente convertido em diligência, em 16/12/2004, desta vez à SAT/DARC/GCRED, com o fim de se aplicar os mesmos critérios de atualização monetária dos débitos tributários vigentes à época do recolhimento indevido, até a data da efetiva utilização de crédito fiscal, conforme previsto no art. 33 da Lei nº 7.014/96 e no art. 77 do RPAF, referente aos meses e as quantias nominais apuradas sob o título de “Valores Corretos Apurados pela Fiscalização”, no montante de R\$301.600,30 (fl. 11), devendo o demonstrativo ser elaborado de forma analítica e mensal, compondo-se de todos os índices aplicados ao período, inclusive o relativo à Taxa SELIC.

À fl. 285 dos autos, em resposta ao solicitado, foi consignado pela GCRED que em razão da não variação da UFIR de janeiro a dezembro de 2000, como também da sua extinção a partir de janeiro de 2001, sem substituição de outro índice, não há incidência de correção monetária no cálculo dos débitos fiscais.

VOTO

Trata-se a primeira infração, objeto do Recurso Voluntário, 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.

Da análise do demonstrativo, à fl. 11 dos autos, verifico que o contribuinte se creditou do ICMS de R\$448.013,28, decorrente da restituição do indébito fiscal de R\$ 335.867,19 acrescido dos acréscimos tributários, compreendidos dos acréscimos moratórios e dos valores resultantes da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia -SELIC, sob a justificativa de adoção dos mesmos critérios utilizados para atualização monetária dos débitos tributários, uma vez que “seriam cobrados” em caso de débitos tributários. Para tal, invoca o art. 137 do RICMS/BA e o art. 102 do COTEB.

Quanto aos acréscimos moratórios, o art. 40, § 2º da Lei nº 3.956/81 (COTEB) prevê que a restituição do imposto deverá ser acompanhada da devolução da multa e demais acréscimos legais recolhidos proporcionalmente ao imposto indevido. Já o art. 73, § 2º, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estabelece que a restituição total ou parcial do tributo deverá ser acompanhada da “devolução”, na mesma proporção, das multas e dos acréscimos tributários pagos a mais ou indevidamente.

Observo que o contribuinte em seu indébito fiscal não recolheu multa nem acréscimos moratórios, portanto, não teria como pleitear a “devolução” de multa e dos acréscimos moratórios, não recolhidos.

Porém, no tocante à Taxa SELIC, o § 1º do art. 33 da Lei nº 7.014/96, prevê que a restituição do indébito será feita atualizando-se o valor monetariamente pelos mesmos critérios de atualização dos débitos tributários vigentes à época do recolhimento indevido. Tal dispositivo visa à preservação monetária do valor indevidamente recolhido.

É notório que nos meses de junho a dezembro de 2000 não houve atualização monetária, pois a UFIR neste período permaneceu fixa no valor de R\$ 1,0641. Porém, com a extinção da UFIR, através da Lei nº 7.753/00, o débito tributário passou a ser calculado com acréscimos moratórios, equivalentes a 0,11% ao dia e limitados a 10%, mas a Taxa SELIC acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, mais 1% relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado (art. 102 da Lei nº 3.956/81 – COTEB e 138-B do RICMS).

Vislumbro que tal metodologia é similar ao período que o débito era atualizado monetariamente através da UFIR e sujeitos aos acréscimos moratórios, pois a Taxa SELIC atua como instrumento de recuperação e remuneração monetária, visto que seus índices (em média de 1,4%) são variáveis e proximamente superiores aos índices de perda do poder aquisitivo da moeda. Tal entendimento é reforçado pelo STJ de que “...a SELIC inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real”, orientando que “os índices a serem utilizados para a correção monetária dos valores a serem utilizados na compensação ou restituição de tributos:

- a) IPC, de março/1990 a janeiro/1991;
- b) INPC, de fevereiro a dezembro/1991;
- c) UFIR, a partir de janeiro/1992;

d) taxa SELIC, exclusivamente, a partir de janeiro/1996”, a exemplo do Recurso Especial de nº 442.490-SC (fl. 36) exarado em 05/02/2004, pelo Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI. Neste sentido também atua a Fazenda Nacional ao restituir os tributos federais acrescido da Taxa SELIC.

Portanto, diante de tais considerações, entendo cabível em parte o pleito do recorrente quanto à restituição do indébito fiscal acrescido da Taxa SELIC, o que acarreta no direito ao crédito fiscal no montante de R\$ 369.597,57, do qual foi creditado o valor de R\$ 448.013,28, acarretando o crédito indevido de R\$ 78.415,72, em **julho de 2002**, conforme a seguir:

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO INDEVIDO - INFRAÇÃO 01 - Fonte fl. 11

Período Mês/Ano	Valores Históricos Recolh. A Maior	Tx. SELIC acum. Jul/04	V. Acrescidos da Taxa SELIC	V. Atualizados Cred. p/ Embasa	V. Indevidamente Creditados
jun/00	20.611,89	25,95%	25.960,68	29.258,58	3.297,90
jul/00	23.026,73	25,95%	29.002,17	32.456,18	3.454,01
ago/00	23.577,81	25,95%	29.696,25	32.997,15	3.300,90
set/00	-	25,95%	-	32.761,37	32.761,37
out/00	23.577,81	25,95%	29.696,25	31.818,25	2.122,00
nov/00	23.577,80	25,95%	29.696,24	30.875,13	1.178,89
dez/00	23.577,81	25,95%	29.696,25	31.990,37	2.294,12
jan/01	20.457,21	24,68%	25.506,05	31.749,87	6.243,82
fev/01	17.336,63	23,66%	21.438,48	31.452,80	10.014,32
mar/01	17.336,62	22,40%	21.220,02	22.920,75	1.700,73
abr/01	17.336,62	21,21%	21.013,72	22.688,43	1.674,71
mai/01	17.336,59	19,87%	20.781,37	22.468,22	1.686,85
jun/01	17.336,59	18,60%	20.561,20	22.209,91	1.648,71
jul/01	19.279,17	17,11%	22.577,84	24.390,08	1.812,24
ago/01	17.951,85	15,51%	20.736,18	24.135,58	3.399,40
set/01	19.279,16	14,19%	22.014,87	23.840,61	1.825,74
TOTAIS	301.600,29		369.597,57	448.013,28	78.415,71

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281081.0001/04-6, lavrado contra **EMPRESA BAIANA DE ÁGUAS E SANEAMENTO S/A - EMBASA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$78.415,71**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, mais R\$32.300,64, 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, 20 de setembro de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS