

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 INFAZ 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%, mais 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 BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS