

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.560/17/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000688147-70
Impugnação: 40.010143484-54
Impugnante: Avon Cosméticos Ltda.
IE: 346284965.04-68
Proc. S. Passivo: Eduardo Pugliese Pincelli/Outro(s)
Origem: DF/BH-4 - Belo Horizonte

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatado o aproveitamento indevido de crédito de ICMS/ST lançado na GIA-ST, a título de ICMS de Ressarcimentos, cujo pedido de restituição foi objeto de indeferimento pela autoridade competente. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, da mesma lei. Infração plenamente caracterizada.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária, incidente nas operações de marketing porta-a-porta destinadas a revendedores situados neste estado, no período de setembro de 2016, em razão do aproveitamento indevido de crédito do imposto lançado na GIA-ST, a título de ICMS de Ressarcimentos, cujo pedido de restituição foi objeto de indeferimento pela autoridade competente.

Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, da mesma lei.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 52/83, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 182/197.

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de fls. 200/207, opina, em preliminar, pela rejeição da prefacial arguida e, no mérito pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão.

Da Preliminar de Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de ter sido lavrado antes do julgamento da impugnação apresentada contra o 21.560/17/2ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

indeferimento do pedido de restituição, violando os princípios da ampla defesa, do devido processo legal e da eficiência.

Alega que se apropriou do referido crédito após decorrido o prazo máximo de análise do pedido de restituição originalmente apresentado em 02/08/16, conforme previsto no art. 34 do RPTA/08 e que apresentou, tempestivamente, impugnação contra a decisão que indeferiu o seu pedido de restituição, aguardando a decisão do julgamento até a data da Impugnação do presente **Auto de Infração**.

Entretanto, tal nulidade não se sustenta. Assim determina o Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08:

Art. 34. Instruído regularmente o pedido, a decisão será proferida no prazo de 30 (trinta) dias.

Parágrafo único. Caso a apuração do valor a restituir não seja concluída no prazo previsto no caput, a autoridade competente poderá prorrogá-lo por uma vez e por até igual período.

(...)

Art. 36. Do indeferimento de pedido de restituição de indébito tributário cabe impugnação ao Conselho de Contribuintes.

Não obstante o argumento apresentado pela Impugnante, verifica-se que a legislação supra não autoriza o creditamento, por parte do contribuinte antes da decisão de deferimento do pedido de restituição ou, no caso de indeferimento, antes do julgamento da impugnação pelo Conselho de Contribuintes.

A Impugnante afirma que o presente lançamento deveria aguardar o deslinde do julgamento do Processo de Restituição nº 16.001161804-01, uma vez que a apresentação da impugnação iniciou o contencioso administrativo fiscal, nos termos dos arts. 106, inciso II e 111 do RPTA/08, bem como dos arts. 151, inciso III e 156, inciso II do CTN.

Observa-se do art. 36 do RPTA/08 supratranscrito, que cabe impugnação ao Conselho de Contribuintes quando do indeferimento do pedido de restituição, entretanto, a Autuada se creditou do ICMS-ST antes mesmo de receber o despacho da decisão do seu protocolo. Não bastasse, a decisão administrativa foi de indeferimento do seu pedido.

Portanto, a Autuada adotou regras próprias para compensar o imposto que considerou indevido sem nenhuma obediência à legislação tributária.

Registra-se, ainda, que a referida impugnação apresentada pela Autuada já esteve em análise do CC/MG em 23/05/17, quando foi julgada improcedente por unanimidade, como se pode verificar no julgado transcrito abaixo:

ACÓRDÃO: 22.461/17/3ª

RITO: SUMÁRIO

PTA/AI: 16.001161804-01

IMPUGNAÇÃO: 40.010143285-69

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IMPUGNANTE: AVON COSMÉTICOS LTDA.

CNPJ: 56.991441/0008-23

PROC. S. PASSIVO: JULIANA GORGATTI FAGARAZ
UEMA/OUTRO(S)

ORIGEM: DF/BH-4 – BELO HORIZONTE

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE A TÍTULO DE ICMS/ST, EM VIRTUDE DA UTILIZAÇÃO DA ALÍQUOTA INCORRETA NAS VENDAS DO PRODUTO SABÃO EM BARRA. PEDIDO FUNDAMENTADO NO ART. 42, INCISO I, ALÍNEA "B", SUBALÍNEA "B.17", DO RICMS/02 C/C IN SUTRI/SEF Nº 02/06. ENTRETANTO, NÃO RECONHECIDO O DIREITO À RESTITUIÇÃO PLEITEADA, EM FACE DAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NO ART. 166 DO CTN, HAJA VISTA QUE A IMPUGNANTE NÃO COMPROVOU TER ASSUMIDO O ENCARGO FINANCEIRO, BEM COMO NÃO DEMONSTROU ESTAR EXPRESSAMENTE AUTORIZADA A PEDIR A RESTITUIÇÃO POR AQUELE QUE O SUPTOU. IMPUGNAÇÃO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Observa-se que as infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Induvidoso que a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos à Autuada todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre o recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária, incidente nas operações de marketing porta-a-porta destinadas a revendedores situados neste estado, no período de setembro de 2016, em razão do aproveitamento indevido de crédito do imposto lançado na GIA-ST, a título de ICMS de Ressarcimentos, cujo pedido de restituição foi objeto de indeferimento pela autoridade competente.

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, da mesma lei.

O trabalho foi desenvolvido com base na análise dos documentos fiscais e arquivos eletrônicos de envio obrigatório ao Fisco.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Instruem o presente lançamento, dentre outros, os seguintes documentos: AIAF nº 10.000020985.61 (fls. 02), Auto de Infração (fls. 04/07), Relatório Fiscal (fls. 08/09) e os anexos 1 a 6 (fls. 10/50).

A Fiscalização verifica que a Autuada aproveitou indevidamente de crédito de ICMS/ST lançado na GIA-ST, a título de ICMS de Ressarcimentos, cujo valor foi objeto de pedido de restituição protocolizado em 27/09/16 (Protocolo Siare nº 201.606.029.084-6, fls. 43 – Anexo 5) e indeferido pela autoridade competente, conforme Parecer Fiscal de fls. 45/49 e Despacho de fls. 50, proferido em 12/12/16 (Anexo 6).

Encontra-se acostada aos autos, às fls. 15/39, a cópia da GIA-ST do período, demonstrando o valor lançado a título de ICMS de Ressarcimentos (Anexo 3 do Auto de Infração).

A Fiscalização argumenta que o creditamento ocorreu em desacordo com a legislação, visto que o contribuinte não tem direito à restituição face ao disposto no art. 166 do CTN, c/c o art. 92, § 3º do RICMS/02 e art. 30 do RPTA (Decreto nº 44.747/08), conforme consta no despacho de indeferimento, e também não aguardou a decisão relativa ao seu pedido, contrariando ainda o que estabelecem os arts. 34 e 35 do RPTA.

A Impugnante, por sua vez, alega, em apertada síntese, além dos argumentos já esgotados quando da alegação de nulidade do lançamento, que o Auto de Infração é inválido na medida em que a existência do crédito foi devidamente comprovada pelos documentos anexados ao pedido de restituição.

Registra-se que a discussão quanto à legitimidade do crédito ora autuado não é matéria do presente trabalho fiscal, como quer fazer parecer a Impugnante. O momento para essa discussão encontra-se encerrado.

Conforme já mencionado, quando do pedido de restituição inicial, a Autuada teve seu pedido negado pela autoridade competente e, sua impugnação apresentada a este E. Conselho também foi julgada improcedente, por unanimidade, conforme acórdão já transcrito anteriormente.

Assim, tornam-se irrelevantes todas as argumentações apresentadas pela Impugnante nesse sentido, inclusive quanto à aplicabilidade do art. 166 do CTN.

Com efeito, no caso dos autos, verifica-se que o lançamento trata de situação meramente fática e objetiva. Verifica-se, claramente, que a Autuada não aguardou a decisão relativa ao seu pedido, contrariando o que estabelece o art. 35 do RPTA/08, *in verbis*:

Art. 35. Deferido o pedido de restituição, esta se efetivará:

I - sob a forma de dedução de valores devidos pelo sujeito passivo à Fazenda Pública Estadual;

II - sob a forma de aproveitamento de crédito, no caso de restituição de valor indevidamente recolhido a título de ICMS a contribuinte do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

imposto que apresente com regularidade saldo devedor em sua escrita fiscal;

III - em moeda corrente, nos demais casos.

§ 1º Na hipótese do inciso I do caput:

I - não serão deduzidos créditos tributários com exigibilidade suspensa, ressalvada a concordância expressa do contribuinte na hipótese de parcelamento;

II - a dedução será realizada de ofício pela autoridade competente, restituindo-se eventual saldo nas formas estabelecidas nos incisos II e III do caput.

§ 2º A Certidão de Débito Tributária positiva não constitui impedimento ao deferimento do pedido de restituição, hipótese em que a restituição se efetivará mediante dedução dos valores devidos pelo sujeito passivo e, havendo saldo a restituir, na forma do inciso II ou III do caput, conforme o caso.

(Grifou-se)

Da legislação supra, verifica-se que, somente após deferido o pedido de restituição, esta poderá se efetivar, sob a forma de aproveitamento de crédito.

Portanto, não restam dúvidas quanto à flagrante infringência à legislação tributária.

Relativamente às multas aplicadas, não cabe razão à Defesa, que aduz que foram imputadas duas penalidades para o mesmo fato, violando o princípio da consunção e incorrendo no vedado “*bis in idem*”.

As penalidades aplicadas decorrem de infrações distintas, pelo que não se confundem. Enquanto a multa de revalidação constitui sanção pelo descumprimento de obrigação principal (pagamento a menor do imposto), a multa isolada tem como pressuposto o descumprimento de obrigação acessória.

A aplicação cumulativa da multa de revalidação com a multa isolada também foi considerada lícita pelo Poder Judiciário mineiro, como na Apelação Cível nº 1.0079.11.016674-5/003, de 04/08/16, ementada da seguinte forma:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - CREDITAMENTO INDEVIDO - RECOLHIMENTO A MENOR - BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS UNILATERALMENTE PELO ESTADO DE ORIGEM - NÃO APROVAÇÃO PELO CONFAZ - APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE - INEXISTÊNCIA - SUCESSÃO EMPRESARIAL - INCORPORAÇÃO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR - MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - INFRAÇÕES DIVERSAS - JUROS - INCIDÊNCIA SOBRE MULTA - INÍCIO - FATO GERADOR -

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - AFASTAMENTO - INVIABILIDADE - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - NATUREZA DOS EMBARGOS - AÇÃO E NÃO INCIDENTE. (...) É POSSÍVEL A CUMULAÇÃO DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA, POR TEREM SIDO APLICADAS EM RAZÃO DE INFRAÇÕES DISTINTAS.
APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.11.016674-5/003
COMARCA DE CONTAGEM. APELANTE(S): BRF BRASIL FOODS S/A. APELADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS. DES. JUDIMAR BIBER (RELATOR)(GRIFOU-SE)

Correta, portanto, a aplicação das penalidades na exata medida prevista na legislação tributária deste estado.

Equivoca-se mais uma vez a Impugnante quando defende a impossibilidade de aplicação da multa de revalidação (ainda que cite, equivocadamente, multa isolada) por entender que a mesma se limita às hipóteses de não pagamento do imposto, o qual, no seu entendimento, foi extinto pelo instituto da compensação.

Conforme exaustivamente já demonstrado, o aproveitamento de crédito efetuado pela Autuada é indevido, o que acarreta, por consequência, o recolhimento a menor do imposto.

A multa de revalidação é calculada, no presente trabalho fiscal, sobre o valor do ICMS devido, nos exatos termos da legislação tributária:

Lei nº 6.763/75

Art. 53. As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

III - o valor do imposto não recolhido tempestivamente no todo ou em parte.

(...)

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

Considerando a inobservância de obrigação acessória, correta, também, a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

XXVI - por apropriar crédito em desacordo com a legislação tributária, ressalvadas as hipóteses

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

previstas nos incisos anteriores - 50% (cinquenta por cento) do valor do crédito indevidamente apropriado;

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretense efeito confiscatório da multa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do RPTA), *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

Com relação à afronta ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUI QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...).AG .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

Dessa forma, observa-se que as infrações cometidas pela Impugnante restaram devidamente comprovadas, o lançamento foi realizado com a plena observância da legislação tributária e, não tendo a Impugnante apresentado nenhuma prova capaz de elidir o feito fiscal, legítimo se torna o lançamento em exame.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assessoria. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Vivian Ishii Guimarães e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Maria Teresa Lima Lana Esteves. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Alexandre Périsse de Abreu e Marcelo Nogueira de Moraes.

Sala das Sessões, 16 de agosto de 2017.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente / Revisor

Hélio Victor Mendes Guimarães
Relator

D

CC/MIG