

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.563/17/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000688229-34
Impugnação: 40.010143485-27
Impugnante: Avon Cosméticos Ltda.
IE: 186284965.01-56
Proc. S. Passivo: Eduardo Pugliese Pincelli/Outro(s)
Origem: DF/BH-4 - Belo Horizonte

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – OPERAÇÃO PRÓPRIA. Constatado o aproveitamento indevido de crédito de ICMS lançado na DAPI, a título de Outros Créditos, cujo pedido de restituição foi objeto de indeferimento pela autoridade competente. Exigências de ICMS, 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.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatado o aproveitamento indevido de crédito de ICMS/ST lançado na DAPI, a título de Devolução/Outros Créditos, 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:

1) recolhimento a menor do ICMS devido na operação própria, 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 DAPI, a título de Outros Créditos, cujo pedido de restituição foi objeto de indeferimento pela autoridade competente.

Exige-se ICMS, 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.

2) 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 DAPI, a título de Devolução/Outros Créditos, 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. 39/71, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 159/174.

DECISÃO

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 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 16.001174556-16, 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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: 22.460/17/3ª

RITO: SUMÁRIO

PTA/AI: 16.001174556-16

IMPUGNAÇÃO: 40.010143277-32

IMPUGNANTE: AVON COSMÉTICOS LTDA.

CNPJ: 56.991441/0005-80

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 SUPTOROU. 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.

Induidoso 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:

1) recolhimento a menor do ICMS devido na operação própria, 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 DAPI, a título de Outros Créditos, cujo pedido de restituição foi objeto de indeferimento pela autoridade competente.

Exige-se ICMS, 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.

2) 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 DAPI, a título de Devolução/Outros Créditos, cujo pedido de restituição foi objeto de indeferimento pela autoridade competente.

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

Instruem o presente lançamento, dentre outros, os seguintes documentos: AIAF nº 10.000021093.84 (fls. 02) e AIAF nº 10.000020986-41 (fls. 04), Auto de Infração (fls. 06/09), Relatório Fiscal (fls. 10/12) e os anexos 1 a 7 (fls. 13/37).

A Fiscalização verifica que a Autuada aproveitou indevidamente crédito de ICMS Operação Própria lançado na DAPI, a título de Outros Créditos, e crédito de ICMS/ST lançado na DAPI, a título de ICMS de Devolução/Outros Créditos, cujo valores foram objeto de pedido de restituição protocolizado em 27/09/16 (Protocolo Siare nº 201.606.028.551-6, fls. 30 – Anexo 6) e indeferido pela autoridade competente, conforme Parecer Fiscal de fls. 32/36 e Despacho de fls. 37, proferido em 12/12/16 (Anexo 7).

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 - 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.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. 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 Périssé 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