

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

Acórdão: 20.081/13/2ª Rito: Sumário  
PTA/AI: 01.000178872-73  
Impugnação: 40.010133179-38, 40.010133181-95 (Coob.)  
Impugnante: A L M Lopes Cosméticos - ME  
IE: 001563742.00-50  
Kush do Brasil Ltda (Coob.)  
CNPJ: 04.696774/0001-50  
Proc. S. Passivo: Marco Antônio Cais/Outro(s)  
Origem: DFT/Uberlândia

**EMENTA**

**SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO E/OU RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST – COSMÉTICOS /PERFUMARIA /HIGIENE PESSOAL - SUBFATURAMENTO. Constatado, mediante conferência das notas fiscais emitidas por contribuinte localizado no Estado de São Paulo, para contribuinte mineiro, a falta de recolhimento e recolhimento a menor de ICMS/ST, em decorrência do recebimento de mercadorias acobertadas por notas fiscais consignando a base de cálculo do ICMS/ST a menor, apurada mediante o confronto de documentos fiscais e extrafiscais, apreendidos no estabelecimento da Autuada. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS/ST, Multas de Revalidação e Isolada, capituladas respectivamente nos arts. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I e 55, inciso VIII da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.**

**RELATÓRIO**

A autuação versa sobre a falta de recolhimento ou o recolhimento a menor do ICMS/ST, no recebimento de mercadorias acobertadas por documentos que consignavam base de cálculo a menor, do ICMS devido por substituição tributária, configurando subfaturamento perpetrado pela Impugnante ALM Lopes Cosméticos ME.

Exige-se, o ICMS devido por substituição tributária, e as penalidades, Multa de Revalidação, em dobro, e Multa Isolada, capituladas respectivamente nos arts. 56, inciso II, c/c § 2º, inciso I e 55, VIII ambos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada, por seu representante legal e a Coobrigada por seu procurador regularmente constituído, apresentam tempestivamente, Impugnações, respectivamente às fls. 114/119 e fls. 127/141, contra as quais a Fiscalização se manifesta às fls. 153/176.

**DECISÃO**

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A autuação versa sobre a constatação da falta de recolhimento ou do recolhimento a menor do ICMS a título de substituição tributária, mediante conferência das notas fiscais emitidas pela Contribuinte paulista Kush do Brasil Ltda EPP, CNPJ nº 04.696774/0001-50 para a Contribuinte mineira A L M Lopes Cosméticos ME, Inscrição Estadual nº 001.563742.00-50, no período de 19/07/10 a 11/07/12,

O recolhimento a menor do ICMS por substituição tributária se deu em decorrência da Autuada receber mercadorias acobertadas por documentos que consignavam base de cálculo do ICMS a menor a título de substituição tributária, resultando numa diferença a tributar de base de cálculo do ICMS/ST, apurada mediante o confronto de documentos fiscais e extrafiscais, apreendidos por meio do Auto de Apreensão e Depósito- AAD nº 0008662, em diligência realizada no estabelecimento da Autuada no dia 24/08/12.

O trabalho fiscal originou-se da denúncia relatada na Notícia de Fato nº 40/12 do Ministério Público de São Paulo, especificamente, do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado- GAECO, onde o Denunciante LWV Comercial Ltda ME, distribuidor da empresa Kush do Brasil Ltda - EPP, relatou que as transações entre a empresa Kush do Brasil Ltda EPP e seus distribuidores ocorrem com o lançamento de valores das mercadorias nas notas fiscais reduzidos a um quarto do valor efetivo.

Na denúncia, foram apresentadas as notas fiscais vinculadas aos seus respectivos pedidos, cujos produtos e valores estavam minuciosamente pormenorizados, e uma planilha detalhando os números dos cheques enviados para pagamento dos pedidos (Anexo 7).

Foram rigorosamente comparados os documentos fiscais e extrafiscais apreendidos (Anexo 1) no AAD nº 008662 e os documentos apresentados pelo Denunciante na Oitiva no Ministério Público do Estado de São Paulo, na qual foi confirmado que as notas fiscais lançadas pela Autuada representam exatamente 29% (vinte e nove por cento) do valor real (Anexo 2), conforme denunciado, comprovando-se assim a sonegação fiscal.

A partir da constatação de ser o *modus operandi* da Autuada idêntico à denúncia feita ao Ministério Público de São Paulo, por meio dos pedidos de compra apreendidos juntamente com as notas fiscais que lhe deram origem, o Fisco adotou para apuração do valor real dos produtos cujas notas fiscais estavam vinculadas aos pedidos, o próprio valor destacado nestes.

Quanto aos demais documentos fiscais que possuíssem no campo dos “Dados Adicionais” o número do pedido, a Autuada foi intimada a apresentá-los vinculados à cada nota fiscal, entretanto, não foram apresentados, conforme Termo de fls. 108 dos autos.

Diante da falta de apresentação de tais documentos, pela alegação de que não os havia recebido (Anexo 12), o Fisco utilizou como parâmetro para arbitrar o valor real de cada produto, os pedidos com os valores discriminados por mercadoria apreendidos no AAD nº 008662 referente a junho de 2012 e os constantes da Notícia de Fato nº 40/12 do Ministério Público de São Paulo, referentes a agosto de 2011.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Frise-se que, no período auditado, os preços dos produtos não tiveram alteração significativa, obtendo com isso a correta recomposição da base de cálculo do ICMS por substituição tributária ao integrar o percentual de subfaturamento, exigindo o ICMS/ST, a Multa de Revalidação em dobro em determinação do art. 56, § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75 e a Multa Isolada de 40% (quarenta por cento) em determinação do art. 55, inciso VIII da Lei nº 6.763/75.

Nas impugnações, tanto a Autuada ALM Lopes Cosméticos ME, fls. 114/119, quanto à Coobrigada Kush do Brasil Ltda ME, fls. 127/141, insurgem-se contra o ônus probatório que lhe fora imposto.

Em suma, ambas as defesas argumentam que a autuação promovida pelo Fisco está respaldada apenas em presunções, pois foram analisados somente seis pedidos, os quais não poderiam culminar na presunção de que todas as demais operações realizadas também estariam subfaturadas no período de 19/07/10 a 11/07/12.

Entretanto, razão não assiste às Impugnantes.

O Fisco com base nos fatos e documentos trazidos pela denúncia do Ministério Público do Estado de São Paulo às fls. 54/84, diligenciou no sentido de fiscalizar a empresa Autuada ALM Lopes Cosméticos ME, apontada como uma das distribuidoras da Coobrigada Kush do Brasil Ltda. ME, objeto das investigações na aludida denúncia.

Em diligência, procedeu a apreensão de documentos no estabelecimento da Autuada ALM Lopes Cosméticos ME.

Com essa documentação em mãos a análise feita pelo Fisco do Estado de Minas Gerais, como bem explicitado na resposta às impugnações, consistiu em comparar os preços das mercadorias constantes nos pedidos de venda apreendidos com aqueles contidos nas notas fiscais correspondentes.

Observe-se que nas notas fiscais referentes aos pedidos analisados consta no campo “Informações Complementares” a alusão ao número do pedido a que se refere, como por exemplo, Nota Fiscal eletrônica, com o respectivo Documento auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica – DANFE nº 000.010.458 às fls. 20 corresponde ao Pedido de Venda apresentado às fls. 19, de nº 46956, onde foi constatado o subfaturamento no preço dos produtos ali discriminados.

Para definir o *modus operandi* da Autuada juntamente com a Coobrigada, o Fisco também procedeu a comparação dos pedidos mencionados com as demais transações realizadas pela Coobrigada Kush do Brasil Ltda ME, disponibilizadas pela denúncia do Ministério Público de São Paulo, onde foi constatada a pequena variação no preço dos produtos ali comercializados.

Destarte, ao contrário do que pretendem as Impugnantes, a autuação não está fundada em presunções, e sim na constatação do modo de operar da Autuada e da Coobrigada, sendo certo que as notas fiscais analisadas ao serem comparadas com as demais transações realizadas pela Kush do Brasil Ltda ME, demonstram o subfaturamento, em especial pela demonstração da pequena variação dos preços dos produtos ali considerados.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Insta destacar que, somente foram analisados seis pedidos, pois a própria Autuada se esquivou da obrigação de entregar a documentação para que o Fisco exercesse por completo a fiscalização que lhe é cabível, conforme Termo às fls. 108. Com esse procedimento as Impugnantes atraíram o ônus probatório para si, conforme art. 139 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto 44.747/08, a saber:

Art. 139. A entrega ou exibição do documento ou coisa não poderá ser negada:

I - se houver obrigação de entregá-los ou exibi-los, prevista na legislação aplicável;

II - se aquele que o tiver em seu poder a eles houver feito referência com o propósito de constituir prova.

Parágrafo único. A recusa de exibição de documento ou coisa faz prova contra quem a deu causa.

Caberia, portanto, as Impugnantes o afastamento da imputação da Fiscalização, que diante da documentação que lhes foram entregues, denúncia do Ministério Público de São Paulo, relação das notas fiscais emitidas pela Coobrigada, documentos apreendidos no estabelecimento da Autuada, foi constatado o subfaturamento realizado pelas Impugnantes em suas transações comerciais.

Ressalta-se que há na autuação materialidade jurídica quanto à infração, o que afasta as alegações de que está fundada exclusivamente em vaga presunção. Para afastar tal materialidade, bastaria às Impugnantes trazer aos autos os pedidos referentes às demais operações ou ainda, a prova de sua quitação, mas assim não procederam, limitando-se a arguir ausência de prova objetiva, tentando se esquivar do ônus que lhe foi imposto.

Quanto à alegação de a autuação, ao estabelecer a base de cálculo para o ICMS devido por substituição tributária por todo o período de 19/07/10 a 11/07/12, somente com base nos seis pedidos mencionados, ser contrária aos princípios da tipicidade e da legalidade, cumpre citar o disposto no art. 148 do CTN c/c com o art. 53 do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

Art. 53. O valor da operação ou da prestação será arbitrado pelo Fisco, quando:

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - não forem exibidos à fiscalização os elementos necessários à comprovação do valor da operação ou da prestação, inclusive nos casos de perda ou extravio de livros ou documentos fiscais;

II - for declarado em documento fiscal valor notoriamente inferior ao preço corrente da mercadoria ou da prestação do serviço;

III - a operação ou a prestação do serviço se realizarem sem emissão de documento fiscal;

IV - ficar comprovado que o contribuinte não emite regularmente documento fiscal relativo às operações ou prestações próprias ou naquelas em que seja o responsável pelo recolhimento do imposto;

V - ocorrer a falta de seqüência do número de ordem das operações de saídas ou das prestações realizadas, em Cupom Fiscal, relativamente aos números que faltarem;

VI - em qualquer outra hipótese em que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações, os esclarecimentos prestados ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou por terceiro legalmente obrigado.

Portanto, quando as Impugnantes afirmam presunção arbitrária pelo Fisco ao concluir subfaturamento de todas as operações ocorridas em dois anos com base apenas em seis pedidos, ambas, provavelmente, não analisaram que os valores dos produtos ao longo do período fiscalizado tiveram pequena oscilação, não interferindo na conclusão de que houve subfaturamento de todas as operações.

Além disso, não perceberam que os percentuais de subfaturamento apontados nos pedidos versus notas fiscais apresentadas ao Ministério Público de São Paulo (que tratam de operações ocorridas em agosto de 2011 pela Kush com a distribuidora exclusiva LWV) são os mesmos 71% (setenta e um por cento) encontrados nos pedidos de junho de 2012 apreendidos em seu estabelecimento.

Portanto, corretas as exigências e procedente o lançamento realizado.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Fernando Luiz Saldanha (Revisor), Luiz Fernando Castro Trópia e Ricardo Wagner Lucas Cardoso.

**Sala das Sessões, 24 de abril de 2013.**

**André Barros de Moura**  
**Presidente / Relator**

MI/T

20.081/13/2ª