



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

Processo Nº099.691.2013-1

Recursos HIE/VOL/CRF Nº223/2016

TRIBUNAL PLENO

1ªRecorrente:GERÊNCIA EXEC. DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS

1ªRecorrida:INDAIÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA.

2ªRecorrente:INDAIÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA.

2ªRecorrida:GERÊNCIA EXEC. DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS.

Preparadora:COLETORIA ESTADUAL DE SANTA RITA.

Autuante:RUY CARNEIRO B. PAIVA e RONALDO BEZERRA SERENO.

Relator:CONS.ºJOÃO LINCOLN DINIZ BORGES.

PRELIMINARES REJEITADAS. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE INDEVIDA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. TRANSFERÊNCIA ABAIXO DO CUSTO DE PRODUÇÃO. DILIGÊNCIA. CORREÇÃO DA ALÍQUOTA DEVIDA. PARCIALIDADE. ALTERADA SENTENÇA MONOCRÁTICA QUANTO AOS VALORES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Preliminares de nulidade do Auto de Infração – rejeitadas as alegações de comprometimento à ampla defesa e ao contraditório, de falta de prova da ocorrência do ilícito fiscal, da aplicação de presunção simples, de apreciação de provas acostadas e de que havia inadequação da técnica fiscal utilizada, no procedimento fiscal.

Impertinente, também, é a solicitação de nova intimação e de realização de exame pericial, diante dos elementos probantes inseridos nos autos com evidente conhecimento dos fatos apurados e rebatidos pela recorrente, acerca das infrações constatadas, razão na qual não prevalece a alegação de cerceamento de defesa e ao contraditório, descaracterizando a preliminar de nulidade pretendida.

A transferência de produtos para unidades da empresa em outros estados abaixo do custo de produção constitui-se em prática infringente, reveladora de operações tributáveis sonegadas. “In casu”, as alegações bailadas pela recorrente tiveram acolhimento em parte, diante da falta de repercussão no tocante a saída de produtos com transferência em valor superior ao custo unitário da produção, bem como corrigida a alíquota devida na operação por se tratar de operações interestaduais, chegando à liquidez e certeza do crédito tributário sentenciado.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M os membros do **Tribunal Pleno** de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento dos recursos hierárquico, por regular, e voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo *desprovemento* do primeiro, e

parcial provimento do segundo, para alterar quanto aos valores a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001162/2013-25, lavrado em 25/7/2013, contra a empresa INDAIÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA., CCICMS nº 16.002.784-5, qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no montante de R\$ 676.263,81 (seiscentos e setenta e seis mil, duzentos e sessenta e três reais e oitenta e um centavos), sendo R\$ 450.842,54 (quatrocentos e cinquenta mil, oitocentos e quarenta e dois reais e cinquenta e quatro centavos), por infringência aos artigos 106, II, “c” c/ fulcro nos artigos 14, I, §4º, II e 645, §1º, ambos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96 do RICMS/PB, e da multa por infração de R\$ 225.421,27 (duzentos e vinte e cinco mil, quatrocentos e vinte e um reais e vinte e sete centavos), com fulcro no art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo, por indevida, a quantia de R\$ 8.391.041,43, (oito milhões, trezentos e noventa e um mil, quarenta e um reais e quarenta e três centavos), sendo R\$ 2.571.592,54 (dois milhões, quinhentos e setenta e um mil, quinhentos e noventa e dois reais e cinquenta e quatro centavos), de ICMS, e R\$ 5.819.448,89 (cinco milhões, oitocentos e dezenove mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e oitenta e nove centavos), de multa por infração.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 30 de outubro de 2017.

João Lincoln Diniz Borges
Conselheiro Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros do Tribunal Pleno, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, THAÍS GUIMÃES TEIXEIRA, AUREA LUCIA DOS SANTOS SOARES VILAR (Suplente), PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessora Jurídica

RELATÓRIO

Trata-se dos recursos hierárquico e voluntário, interpostos nos moldes dos artigos 77 e 80 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.000001162/2013-25, lavrado em 25/7/2013, (fls. 5 e 6), onde consta descrita a seguinte irregularidade:

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – O contribuinte, contrariando o disposto no artigo 14, § 4º, Inciso II do RICMS, transferiu produtos de sua produção para unidades da empresa em outros estados abaixo do custo de produção, conforme demonstrativo em planilhas anexas.”

Em decorrência da acusação, por infringência aos artigos 106, do RICMS/PB, o autuante procedeu ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS, no valor de R\$ 3.022.435,08 e R\$ 6.044.870,16, de multa por infração, arrimada no art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96, perfazendo o crédito tributário no valor de R\$ R\$ 9.067.305,24.

Instruem os autos - fls. 14/823 – relatório de demonstrativo Custo Industrial nos exercícios de 2009 a 2012.

Cientificada de forma pessoal na peça vestibular, em 31/7/2013, (fl. 5), com instrumento procuratório anexo às fls. 16, o contribuinte apresentou, tempestivamente, sua peça impugnatória, protocolada em 30/8/2013, requerendo, liminarmente, a extinção do processo por falta de provas da ocorrência do ilícito fiscal apontado na inicial.

Em seguida, solicita a nulidade da ação fiscal, a vista da inadequação da técnica utilizada pela Fiscalização para demonstrar a ocorrência da infração tributária, porquanto não foi realizado um Rendimento Industrial ou Custo da Produção, bem como pelo fato de não ser devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do imposto.

Aduz equívoco quanto à adoção da alíquota de 17%, porquanto se tratam de operações interestaduais e pela imprescindibilidade de realização de exame pericial, cuja finalidade é alcançar-se a verdade material.

Por fim, postula pela aplicação da penalidade menos gravosa, atinente ao art. 82, V, da Lei 10.008/13.

Instado a se pronunciar acerca da impugnação, os autuantes discorrem suas razões contrárias às demandas da defesa do contribuinte, alegando serem impertinentes para sua acolhida, requerendo a manutenção total do feito fiscal.

Sem informação de antecedentes fiscais, fl. 1039, os autos foram conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais com distribuição à julgadora singular, Gílvia Dantas Macedo, ocasião em que determinou a realização de diligência, no sentido de requerer que a Fiscalização procedesse à inclusão dos valores relativos ao ICMS nas operações de transferência/saída, dado que tal providência, - exclusão - adotada anteriormente pelo fiscal atuante, não encontra respaldo em nossa legislação.

Em cumprimento a determinação, a fiscalização refez o exame de auditoria, incluindo, nesta oportunidade, os valores do ICMS nas operações de transferência objeto dos autos, cuja providência resultou em redução do valor do imposto a recolher, ficando o ICMS adstrito ao montante de R\$ 1.304.979,11.

Com retorno definitivo dos autos, a julgadora singular decidiu pela parcial procedência da ação fiscal, (fls. 1.236 a 1.241) proferindo o seu decisório com a redução do crédito tributário condenando o sujeito passivo ao pagamento no montante de R\$ 2.609.958,22, sendo R\$ 1.304.979,11, de ICMS, e R\$ 1.304.979,11, de multa por infração.

Cientificada da decisão da primeira instância, por via postal com Aviso de Recebimento, fl. 1.246, recepcionado em 17/6/2016, o contribuinte apresentou recurso voluntário, protocolado em 18/7/2016, trazendo à baila, em síntese, os seguintes pontos:

PRELIMINARES:

- que teria havido cerceamento do direito de defesa e ao contraditório, por falta de acesso ao novo levantamento fiscal que serviu de base à manutenção da cobrança do crédito tributário ainda que parcialmente, bem como do arquivo digital que contempla a integralidade do procedimento revisor, afrontando os princípios constitucionais, levando a necessidade de decretação de nulidade da decisão recorrida;
- que deve haver extinção do processo por falta de prova das ocorrências fiscais apontadas, visto a inadequação da técnica utilizada pela Fiscalização, sendo aplicada uma presunção simples sem respaldo na norma, desqualificando as técnicas fiscais devidas para o caso em apreço;
- que deve ser decretada nulidade em face de a julgadora singular ter se furtado de apreciar as provas apresentadas pela recorrente, entendendo que os cálculos apresentados foram suficientes para demonstrar a ocorrência da infração tributária.

NO MÉRITO:

- que existe falha de procedimento da fiscalização quando da diligência ao se verificar que se tenta tributar tanto a diferença negativa quanto a positiva quando se constata que o preço de transferência indicado na nota fiscal acima do custo de produção apontando também foi objeto de cobrança;
- que tal fato comprova a não existência da infração, vindo a enfatizar que as transferências

realizadas seguem o que determina a legislação de regência, estando de acordo com o custo de produção apurado pelo estabelecimento, demonstrando, por amostragem, operações realizadas com alguns produtos nos exercícios fiscalizados, de acordo com os registros nos livros contábeis da recorrente;

- que deve ser mantido o entendimento da julgadora singular quando da diligência fiscal realizada que caracterizou como indevida a retirada do ICMS sobre a base de cálculo nas operações de transferências realizadas, diante da vinculação expressa contida na Consulta respondida pela SERPB;

- que deve ser corrigida a aplicação da alíquota do ICMS no procedimento fiscal, visto se tratar de operações de saídas por transferência interestadual, com base de cálculo em valor menor que o custo de produção, e não de operações internas, sem emissão documental, como entendeu a nobre julgadora, cabendo a adoção da alíquota de 12%;

- que deve ser promovida a realização de prova pericial;

Concluindo, requer o acolhimento das razões preliminares de nulidade e, quanto ao mérito, a improcedência da autuação, ou caso contrário, a redução do crédito tributário com base na aplicação da alíquota devida.

Por fim, resta pedido para intimação da pauta de julgamento para oferecimento de sustentação oral do patrono da causa.

Consta Termo de Juntada com aditivo ao recurso, expressado em MIDIA CD ROW (fls.1.286), contemplando uma nova planilha com base nos dados já apurados pela fiscalização, com declaração e retificação das diferenças entre os valores das transferências efetivadas e o custo industrial apurado por cada item auditado nos exercícios fiscalizados, dando conta da real base de cálculo e de ICMS devido.

Em vista de pedido de sustentação oral e pelo que reza o artigo 20, inciso X do Regimento Interno do CRF/PB, aprovado pela Portaria 75/2017, foram os autos encaminhados para parecer da Assessoria jurídica.

Foi acostado parecer circunstanciado sobre os aspectos formais e materiais da demanda processual, conforme Termo de Juntada.

Em retorno definitivo, foram os autos conclusos para pauta e julgamento.

Está relatado.

VOTO

Trata-se dos recursos hierárquico e voluntário, decorrente da decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº

93300008.09.00001102/2013-25, lavrado em 25/7/2013, contra a empresa INDALÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA., devidamente qualificada nos autos.

Importa, inicialmente, declarar que o recurso voluntário atende ao pressuposto extrínseco da tempestividade, haja vista ter sido protocolado dentro do prazo previsto no art. 77 da Lei nº 10.094/13.

Antes de adentrar aos aspectos recursais, vale frisar que o presente lançamento de ofício foi procedido com as cautelas da lei, a natureza da infração e a pessoa do infrator estão meridianamente determinadas nos autos, e a relação processual devidamente estabelecida com a regular ciência do contribuinte.

DAS PRELIMINARES DE NULIDADE:

De início, necessário enfrentar as questões incidentais apresentadas pela recorrente, que reitera alguns argumentos já analisados pela decisão recorrida, ao requerer a decretação de nulidade do auto de infração sob a alegação, em suma, de que ocorreu cerceamento de defesa em face da falta de conhecimento e acesso ao resultado da diligência fiscal que fora processada em planilha contida em arquivo digital; que faltou prova da ocorrência do ilícito fiscal com base em técnica mais apropriada para um estabelecimento industrial, revelando uma presunção simples; de que a decisão recorrida deixou de apreciar as provas acostadas. E por fim, que a acusação fiscal se pautou em uma presunção simples do custo apresentando pela empresa fiscalizada.

Com efeito, é de conhecimento amplo e notório que um ato administrativo tributário só poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. Da análise inicial do lançamento indiciário é de se vislumbrar que o libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração cometida, as provas materiais do delito fiscal, a capitulação da infração e a propositura adequada da penalidade, não existindo na análise de formalização da denúncia elementos capazes de provocar a nulidade, por vício formal ou material quanto à imputação formulada pela fiscalização, diante da dicção dos artigos, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13:

Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.

Neste contexto, em *prima facie*, nenhum elemento formal de constituição foi contrariado ao ponto de motivar a decretação de nulidade, onde a alegação de que a decisão recorrida provocou cerceamento de defesa por falta de conhecimento do resultado motivado pela diligência não procede, visto que o contribuinte tomou pleno conhecimento do desfecho motivador da sentença proferida, que diga de passagem, teve origem no acolhimento das alegações reclamatórias de que a fiscalização teria excluída, de forma indevida, o valor do ICMS da base de cálculo das transferências realizadas pela empresa em comparação ao custo de produção declarado pela recorrente, situação que afasta de pronto, a possibilidade de falta de análise das provas acostadas pela autuada em sua impugnação.

Além do mais, vislumbro que a recorrente tomou “vista” dos autos processuais, em data de 1º/7/2016 com requerimento, em petição própria, de cópia integral do processo administrativo junto à repartição preparadora, conforme se vê às fls. 1.248 dos autos, razão pela qual veio a apresentar argumentos e razões contrárias ao procedimento fiscal resultante da diligência que motivou a decisão recorrida, juntando, ao final, planilha de idêntica natureza das operações auditadas com reconhecimento de diferenças de ICMS a serem recepcionadas, fato que inquina a pretensão de nulidade por suposto cerceamento de defesa, não condizendo, portanto, com a realidade processual estabelecida neste contencioso.

Em verdade, não se constata qualquer condução imprópria da fiscalização que pudesse atestar o não cumprimento de formalidades legais, sequer hipótese de erro de denúncia frente ao período de apuração das irregularidades pode ser atestada, muito pode ser acolhida a alegação de falta de prova nos autos, uma vez que o procedimento fiscal encontra-se delineado na análise das transferências efetuadas frente ao custo de produção declarado ao fisco em sua movimentação industrial.

Neste contexto, vejo que toda a denúncia, em princípio, foi bem apontada no auto de infração, com definição dos fatos geradores, da base de cálculo e das respectivas fontes de informações colhidas em notas fiscais de transferência entre estabelecimento e a filial localizada em outra unidade da Federação, em relação ao custo de produção declarado pela recorrente, tornando descabida a arguição por iliquidez e incerteza do crédito tributário.

Portanto, não vejo razão para o acolhimento de nulidade por não existir falta de prova, com também acolho a fundamentação já discorrida na decisão singular de que não existe vínculo obrigacional de procedimento fiscal em caso de fiscalização de estabelecimento industrial com a técnica do rendimento industrial ou do custo de produção, já que a norma não condiciona tais exames fiscais como necessários ou imprescindíveis, ao ponto de sua ausência implicar em nulidade do procedimento ou que a validade da fiscalização somente seria possível se uma dessas técnicas estiverem presentes nos autos, como tenta demonstrar a tese recursal.

Em outro ponto, alega que o direito à ampla defesa não foi resguardado no presente auto de infração, pela aplicação de uma presunção simples. Em verdade, a autuação não se baseou em presunção legal, pois a base de autuação derivou das próprias operações de transferência realizadas pela empresa que estariam em desacordo com o que reza o artigo 14, §4º, II do RICMS/PB, resultando em falta de recolhimento do ICMS em cada operação realizada com transferência de mercadorias abaixo do custo de produção, não se vislumbrando, portanto, uma

base presuntiva como entendeu a douta tese recursal.

Em terceira abordagem de nulidade, não se denota razões para acolhimento de que existiu uma inadequação da técnica aplicada, visto tais argumentos apresentados se revelam em um questionamento de natureza meritória da acusação que será objeto de análise no momento apropriado por esta relatoria, não caracterizando aspecto de nulidade do procedimento fiscal.

Em quarta abordagem, a recorrente questiona a falta de apreciação das provas apresentadas. Na verdade, tal alegação carece de amparo de veracidade, visto que a decisão recorrida enfrentou todos os pontos abordados na reclamação, inclusive acolhendo equívocos alegados na constituição da base de cálculo das operações glosadas, depois de devida medida de diligência, motivo que me faz rechaçar este pleito de nulidade.

Por fim, vejo que o contribuinte teve o conhecimento pleno da acusação que lhe foi imputada, inclusive com todos os documentos acessíveis no processo público e, ainda, procedeu com impugnação e recurso administrativo extensos, abrangendo questões de mérito inclusive, de modo que descabe a proposição de nulidade de qualquer ato do procedimento do lançamento por cerceamento do direito de defesa ou em razão de vício formal.

Assim, reitero que a lavratura do Auto de Infração atende aos requisitos formais essenciais a sua validade, bem como a decisão recorrida encontra com fundamentação precisa em suas conclusões, não sendo possível acatar as preliminares de nulidade, por falta de objeto.

DO MÉRITO:

A demanda fiscal retrata a acusação de falta de recolhimento do ICMS, baseado no fato de o contribuinte ter contrariando o disposto no artigo 14, § 4º, inciso II do RICMS, por transferir produtos de sua produção para unidades da empresa em outros estados da Federação em valores abaixo do custo de produção.

De início, se faz necessário declarar que a fiscalização respeitou os dados do custo de produção da empresa que foram disponibilizados através de planilhas elaboradas pela própria recorrente, onde se denota os cálculos relativos ao custo dos produtos fabricados durante os exercícios de 2009, 2010, 2011 e 2012, e que no comparativo com as notas fiscais emitidas em operação de transferência para suas filiais, evidenciou valores inferiores ao preço de custo para sua fabricação.

Conforme legislação ordinária é de conhecimento dos que militam na seara tributária que na saída por transferência de mercadorias para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto deve ser o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma dos custos da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento. Ilação ao art. 14, § 4º, Inc. II do RICMS/PB, senão vejamos:

Art. 14. *A base de cálculo do imposto é:*

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 3º, o valor da operação;

(...)

§ 4º Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é:

I - omissis;

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma dos custos da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

Neste contexto, na hipótese de se constatar que a base de cálculo representativa do valor da transferência realizada ficou abaixo do custo das mercadorias produzidas, estaremos diante de uma repercussão tributária lastreada na falta de recolhimento do ICMS, diante da dicção normativa prevista pelo art. 645, §1º, do RICMS/PB, que assim dispõe:

Art. 645. Constituem elementos subsidiários para o cálculo da produção e correspondente pagamento do imposto dos estabelecimentos industriais o valor e quantidade de matérias-primas, produtos intermediários e embalagens adquiridos e empregados na industrialização e acondicionamento dos produtos, a mão-de-obra empregada, os gastos gerais de fabricação e os demais componentes do custo de produção, assim como as variações dos estoques.

§ 1º Apurada qualquer falta no confronto da produção, resultante do cálculo dos elementos constantes deste artigo com a registrada pelo estabelecimento, **exigir-se-á o imposto correspondente.**

§ 2º Para a exigência do imposto a que se refere o § 1º deste artigo, **ter-se-á em conta que o valor das saídas será, pelo menos, igual ao custo dos produtos fabricados, quando da transferência** ou venda, conforme o caso, observado o disposto no parágrafo único do art. 646, deste Regulamento.

Como se vê, a norma é clara e cristalina sobre a base de infração que foi imputada ao contribuinte, onde os fatos apurados depõem contra a tese de recursal de que não ocorreu a infração de saída abaixo do custo de produção.

Em verdade, não vejo como acolher a alegação de que os preços aplicados estariam em consonância com o custo de produção apurado pela empresa, quando das saídas efetivadas por transferências, vez que ficou patente a constatação de discrepância entre os valores de diversos itens de mercadorias transferidas frente ao custo de produção, tanto para mais como para menos.

No entanto, entendo que a decisão recorrida acertou em determinar a medida de diligência para ajustes da base de cálculo quando da retirada indevida a título de ICMS do preço de transferência, situação que motivou a correção de ofício em consonância com a consulta respondida pela SER/PB,

fato que me faz cancelar a medida adotada pela autoridade julgadora às fls. 1042 dos autos.

Não obstante a medida corretiva adotada na decisão recorrida, esta relatoria entende que o resultado conclusivo apontada naquela medida fiscal carece de ajustes necessários quanto ao montante real da repercussão tributária a ser alcançada, visto que as diferenças detectadas para mais, ou seja, àquelas em que se constatou preço unitário de transferência superior ao custo industrial do produto transferido, não poderiam ser objeto de exigência fiscal.

Tal situação decorre da própria natureza da denúncia formulada na peça exordial, visto que a diferença superavitária não se constitui em repercussão tributária de falta de recolhimento do ICMS na dicção do art. 14, §4º, II do RICMS, já que os valores das transferências declaradas nas notas fiscais se encontravam acima do custo de produção apontado por cada produto fabricado, situação, inclusive, reconhecida pela recorrente na juntada de uma mídia digital (CD - ROM), o que demonstra que a base de recolhimento foi superior ao valor de custo apurado, descaracterizando, portanto, a hipótese de que a transferência se deu abaixo do custo de produção, sem recolhimento do imposto em cada operação realizada.

Além desta constatação acerca da falta de repercussão tributária em vários itens transferidos com valores superiores ao custo de produção, também, vejo necessário modificar o entendimento da decisão recorrida, quanto à alíquota a ser aplicada no caso concreto, visto que, de fato, a base de tributação exigida se deu sobre as operações interestaduais e não sobre operações internas, quando das saídas de sua produção com notas fiscais por transferência, sendo devida a retificação para a alíquota de 12% (doze por cento), não podendo ser adotada a alíquota de 17% (dezesete por cento). Neste sentido, promovo a correção dos valores devidos após expurgar as diferenças sem repercussão de falta de recolhimento de ICMS e da alíquota devida.

Neste sentido, após as correções procedidas nas planilhas apresentadas às fls. 1044 a 1238, juntamente com aquelas dispostas no CD ROM que foram apresentadas pela recorrente, promovo o expurgo das diferenças tributárias em que os valores das transferências foram superiores ao custo de produção, restando configurado, apenas, o montante da base de cálculo devida, de acordo com a realidade da repercussão tributária gerada em cada período auditado nos exercícios, senão vejamos:

	BASE DE CÁLCULO DEVIDA	ICMS DEVIDO
EXERCÍCIO	R\$	12%
2009		R\$
JANEIRO	9.290,12	1.114,81
FEVEREIRO	13.882,63	1.665,92
MARÇO	6.466,81	776,02
ABRIL	22.135,50	2.656,26

MAIO	28.987,07	3.478,45
JUNHO	19.466,16	2.335,94
JULHO	26.214,06	3.145,69
AGOSTO	32.142,60	3.857,11
SETEMBRO	5.947,90	713,75
OUTUBRO	144.165,52	17.299,86
NOVEMBRO	11.457,44	1.374,89
DEZEMBRO	177.228,69	21.267,44

EXERCÍCIO	BASE DE CÁLCULO DEVIDA	ICMS DEVIDO
2010	R\$	12%
JANEIRO	73.407,61	8.808,91
FEVEREIRO	4.921,04	590,52
MARÇO	150.397,43	18.047,69
ABRIL	68.620,81	8.234,50
MAIO	127.289,64	15.274,76
JUNHO	47.994,13	5.759,30

JULHO	6.060,91	727,31
AGOSTO	76.293,94	9.155,27
SETEMBRO	68.793,47	8.255,22
OUTUBRO	77.704,08	9.324,49
NOVEMBRO	125.411,26	15.049,35
DEZEMBRO	87.080,48	10.449,66

EXERCÍCIO	BASE DE CÁLCULO DEVIDA	ICMS DEVIDO
2011	R\$	12% R\$
JANEIRO	104.376,94	12.525,23
FEVEREIRO	282.240,33	33.868,84
MARÇO	317.910,46	38.149,26
ABRIL	174.408,14	20.928,98
MAIO	296.089,97	35.530,80
JUNHO	171.766,97	20.612,04
JULHO	48.410,46	5.809,26
AGOSTO	25.751,94	3.090,23

SETEMBRO	26.540,06	3.184,81
OUTUBRO	60.733,27	7.287,99
NOVEMBRO	52.519,75	6.302,37
DEZEMBRO	13.135,50	1.576,26

	BASE DE CÁLCULO DEVIDA	ICMS DEVIDO
EXERCÍCIO 2012	R\$	12% R\$
JANEIRO	14.059,52	1.687,14
FEVEREIRO	61.837,39	7.420,49
MARÇO	106.529,50	12.783,54
ABRIL	30.180,24	3.621,63
MAIO	104.876,24	12.585,15
JUNHO	187.452,29	22.494,27
JULHO	17.597,58	2.111,71
AGOSTO	17.953,38	2.154,41
SETEMBRO	101.251,46	12.150,18
OUTUBRO	57.496,16	6.899,54

NOVEMBRO	23.538,78	2.824,65
DEZEMBRO	49.005,30	5.880,64

Por conclusão, reconhecimento, também, que a dosimetria da penalidade aplicada deve ser ajustada para a tipificação da infração constatada, não se aplicando o percentual de 100% e sim de 50% do imposto devido na forma delineada pelo artigo 82, II, “e” da Lei nº 6.379/96.

Diante das argumentações e provas materiais apresentadas, motivando a aplicação da devida justiça fiscal pautada na verdade material contida nos autos, esta relatoria entende ser desnecessária qualquer nova medida de diligência ou de exame pericial requerido, razão na qual desqualifico o pedido da recorrente.

Assim, com as devidas correções, fica o crédito tributário constituído em conformidade com o demonstrativo a seguir exposto:

INFRAÇÃO	PERÍODO	TRIBUTO	MULTA (50%)	TOTAL
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	jan/09	1.114,81	557,41	1.672,22
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	fev/09	1.665,92	832,96	2.498,88
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	mar/09	776,02	388,01	1.164,03
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	abr/09	2.656,26	1.328,13	3.984,39
FALTA DE	mai/09	3.478,45	1.739,23	5.217,68

RECOLHIMENTO DE ICMS

			1.167,97	3.503,91
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	jun/09	2.335,94		
			1.572,85	4.718,54
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	jul/09	3.145,69		
			1.928,56	5.785,67
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	ago/09	3.857,11		
			356,88	1.070,63
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	set/09	713,75		
			8.649,93	25.949,79
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	out/09	17.299,86		
			687,45	2.062,34
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	nov/09	1.374,89		
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	dez/09	21.267,44	10.633,72	31.901,16
		8.808,91	4.404,46	13.213,37

FALTA DE
RECOLHIMENTO
DE ICMS

jan/10

590,52

295,26

885,78

FALTA DE
RECOLHIMENTO
DE ICMS

fev/10

18.047,69

9.023,85

27.071,54

FALTA DE
RECOLHIMENTO
DE ICMS

mar/10

8.234,50

4.117,25

12.351,75

FALTA DE
RECOLHIMENTO
DE ICMS

abr/10

15.274,76

7.637,38

22.912,14

FALTA DE
RECOLHIMENTO
DE ICMS

mai/10

5.759,30

2.879,65

8.638,95

FALTA DE
RECOLHIMENTO
DE ICMS

jun/10

727,31

363,66

1.090,97

FALTA DE
RECOLHIMENTO
DE ICMS

jul/10

9.155,27

4.577,64

13.732,91

FALTA DE
RECOLHIMENTO
DE ICMS

ago/10

		8.255,22	4.127,61	12.382,83
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	set/10			
		9.324,49	4.662,25	13.986,74
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	out/10			
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	nov/10	15.049,35	7.524,68	22.574,03
		10.449,66	5.224,83	15.674,49
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	dez/10			
			6.262,62	18.787,85
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	jan/11	12.525,23		
	fev/11		16.934,42	50.803,26
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS		33.868,84		
	mar/11		19.074,63	57.223,89
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS		38.149,26		
	abr/11		10.464,49	31.393,47
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS		20.928,98		

			17.765,40	53.296,20
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	mai/11	35.530,80		
			10.306,02	30.918,06
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	jun/11	20.612,04		
			2.904,63	8.713,89
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	jul/11	5.809,26		
			1.545,12	4.635,35
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	ago/11	3.090,23		
			1.592,41	4.777,22
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	set/11	3.184,81		
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	out/11	7.287,99	3.644,00	10.931,99
			3.151,19	9.453,56
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	nov/11	6.302,37		
	dez/11		788,13	2.364,39
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS		1.576,26		

	jan/12		843,57	2.530,71
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS		1.687,14		
			3.710,25	11.130,74
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	fev/12	7.420,49		
			6.391,77	19.175,31
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	mar/12	12.783,54		
			1.810,82	5.432,45
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	abr/12	3.621,63		
			6.292,58	18.877,73
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	mai/12	12.585,15		
			11.247,14	33.741,41
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	jun/12	22.494,27		
			1.055,86	3.167,57
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	jul/12	2.111,71		
			1.077,21	3.231,62
FALTA DE RECOLHIMENTO	ago/12	2.154,41		

DE ICMS

FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	set/12	12.150,18	6.075,09	18.225,27
			3.449,77	10.349,31
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	out/12	6.899,54		
			1.412,33	4.236,98
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	nov/12	2.824,65		
			2.940,32	8.820,96
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS	dez/12	5.880,64		
CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO		450.842,54	225.421,27	676.263,81

Por todo exposto,

V O T O - pelo recebimento dos recursos hierárquico, por regular, e voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo *desprovemento* do primeiro, e *parcial provimento* do segundo, para alterar quanto aos valores a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001162/2013-25, lavrado em 25/7/2013, contra a empresa INDAIÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA., CCICMS nº 16.002.784-5, qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no montante de R\$ 676.263,81 (seiscentos e setenta e seis mil, duzentos e sessenta e três reais e oitenta e um centavos), sendo R\$ 450.842,54 (quatrocentos e cinquenta mil, oitocentos e quarenta e dois reais e cinquenta e quatro centavos), por infringência aos artigos 106, II, “c” c/ fulcro nos artigos 14, I, §4º, II e 645, §1º, ambos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96 do RICMS/PB, e da multa por infração de R\$ 225.421,27 (duzentos e vinte e cinco mil, quatrocentos e vinte e um reais e vinte e sete centavos), com fulcro no art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo, por indevida, a quantia de R\$ 8.391.041,43, (oito milhões, trezentos e noventa e um mil, quarenta um reais e quarenta e três centavos), sendo R\$ 2.571.592,54 (dois milhões, quinhentos e setenta e um mil, quinhentos e noventa e dois reais e cinquenta e quatro centavos), de ICMS, e R\$ 5.819.448,89 (cinco milhões, oitocentos e dezenove mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e oitenta e nove centavos), de multa por infração.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 30 de outubro de 2017.

JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES
Conselheiro Relator