



PROCESSO Nº 0127982020-9

ACÓRDÃO Nº 171/2023

TRIBUNAL PELNO

Recorrente: DISLUB COMBUSTÍVEIS LTDA.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - CABEDELO

Autuante: HÉLIO JOSÉ DA SILVEIRA FONTES

Relatora: CONS.^a LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

DECADÊNCIA PARCIAL - FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA (FUNCEP) - FALTA DE RECOLHIMENTO - INFRAÇÃO CONFIGURADA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Confirmada a decadência do crédito tributário relativo ao fato gerador ocorrido no mês de janeiro de 2015, art. 150, §4º, do CTN.

- Eventual diferença a maior detectada nos estoques de combustíveis, não tendo esse acréscimo sido tributado quando do recolhimento antecipado pela refinaria de petróleo, sujeita o contribuinte ao recolhimento do imposto devido por substituição tributária, além de recolhimento do FUNCEP, referente à gasolina, acompanhada da respectiva penalidade, nos termos da legislação estadual vigente.

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento* para manter inalterada a sentença monocrática que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000070/2020-57, lavrado em 24/01/2020, contra a empresa DISLUB COMBUSTÍVEIS LTDA, I. E. 16.149.914-7, devidamente qualificada nos autos, fixando o crédito tributável exigível em R\$ 36.341,08 (trinta e seis mil, trezentos e quarenta e um reais e oito centavos), sendo R\$ 18.170,54 (dezoito mil, cento e setenta reais e cinquenta e quatro centavos) de FUNCEP por infringência ao artigo 2º, I, da Lei nº 7.611/04 e R\$ 18.170,54 (dezoito mil, cento e setenta reais e cinquenta e quatro



centavos), a título de multa por infração, com fulcro no artigo 8º da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414 de 12/07/2011.

Ao tempo que mantenho cancelado, por indevido, o valor de R\$ 3.198,60, sendo R\$ 1.599,30, referente ao FUNCEP e R\$ 1.599,30, a título de multa por infração., em razão da decadência de parte dos lançamentos fiscais, nos termos da decisão da GEJUP.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 25 de abril de 2023.

LARISSA MENESES DE ALMEIDA
Conselheira

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, LEONARDO DO EGITO PESSOA (SUPLENTE), JOSÉ VALDEMIR DA SILVA, LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, EDUARDO SILVEIRA FRADE, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA E MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 0127982020-9

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: DISLUB COMBUSTÍVEIS LTDA.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS
FISCAIS - GEJUP

Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA
DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA
RECEITA DA SEFAZ - CABEDELO

Autuante: HÉLIO JOSÉ DA SILVEIRA FONTES

RelatorA: CONS.^a LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

DECADÊNCIA PARCIAL - FUNDO DE COMBATE E
ERRADICAÇÃO DA POBREZA (FUNCEP) - FALTA DE
RECOLHIMENTO - INFRAÇÃO CONFIGURADA - AUTO
DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE -
MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO
VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Confirmada a decadência do crédito tributário relativo ao fato gerador ocorrido no mês de janeiro de 2015, art. 150, §4º, do CTN.

- Eventual diferença a maior detectada nos estoques de combustíveis, não tendo esse acréscimo sido tributado quando do recolhimento antecipado pela refinaria de petróleo, sujeita o contribuinte ao recolhimento do imposto devido por substituição tributária, além de recolhimento do FUNCEP, referente à gasolina, acompanhada da respectiva penalidade, nos termos da legislação estadual vigente.

RELATÓRIO

A presente demanda teve início por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000070/2020-57 (fls. 03 e 04), lavrado em 24/01/2020, contra a empresa DISLUB COMBUSTÍVEIS LTDA., I. E. 16.149.914-7, no qual consta a seguinte acusação:

0465 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP - FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA >> O contribuinte deixou de recolher o FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

NOTA EXPLICATIVA: INFRAÇÃO DETECTADA ATRAVÉS DA ANÁLISE DA ESCRITA FISCAL, SENDO DETECTADA EMISSÃO DE NFE DE ENTRADAS DE GASOLINA A, RELATIVAS A GANHOS OPERACIONAIS, NO EXERCÍCIO DE 2015, SEM O RECOLHIMENTO DO FUNCEP DEVIDO, CONFORME DEMONSTRADO EM LEVANTAMENTOS ANEXOS



Em decorrência destes fatos, o Representante Fazendário lançou, de ofício, um crédito tributário no valor total de **R\$ 39.539,68** (trinta e nove mil, quinhentos e trinta e nove reais e sessenta e oito centavos), sendo R\$ 19.769,84 (dezenove mil, setecentos e sessenta e nove reais e oitenta e quatro centavos), de FUNCEP, por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611/04 e R\$ 19.769,84 (dezenove mil, setecentos e sessenta e nove reais e oitenta e quatro centavos) a título de multa por infração, com fulcro no art. 8º da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414 de 12/07/2011.

Além da peça acusatória, foram incluídas pelo Auditor Fiscal, nos autos, planilhas analíticas contendo o demonstrativo do FUNCEP devido nos ganhos operacionais de Gasolina A e a Relação detalhada das notas fiscais de entrada relativas aos ganhos operacionais de gasolina A emitidas pela empresa.

Depois de cientificada regularmente por via postal, em 11/02/2020 (fl. 07), ingressou com Impugnação tempestiva ao lançamento tributário consignado no Auto de Infração em tela (fls. 14 a 34), protocolada em 19/02/2020, em que traz à tona, em suma, os seguintes argumentos em sua defesa:

- Alega que se operou a decadência do direito de a Fazenda Estadual questionar aspectos relacionados aos créditos relativos ao período de 01/01/2015 à 10/02/2015;
- A improcedência do procedimento fiscal em decorrência das seguintes evidências: a uma, pela ausência de repercussão tributária do ganho operacional/aumento volumétrico em função da variação de temperatura. Ou seja, tal exigência fiscal resulta em uma tributação sem fato gerador que a justifique; a duas, que o Convênio ICMS 110/2007 preceitua que a tributação dos combustíveis derivados do petróleo se opera em fase única e definitiva por parte da Petrobrás e, a três, que não existe normativo que obrigue as Distribuidoras a alguma espécie de recolhimento complementar e/ou suplementar do ICMS-ST, muito menos a título de “ganho operacional”, quando esse se encontra dentro do limite legal de 0,6%;
- Revelou também, em relação à imposição tributária de falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, que a ANP admite um percentual limite de 0,6% (seis centésimos por cento) relativo à variação de temperatura com aumento dos combustíveis, conforme Portaria DNC 26/1992 e Resolução ANP 23/2004;
- Cita e reproduz decisões de tribunais administrativos e judiciais que tem se manifestado no sentido de que, estando a variação de volume do combustível dentro dos limites regulamentados pela ANP, inexistente fundamento legal que respalde a cobrança de ICMS complementar;
- Que o ICMS-ST é retido e recolhido integralmente no momento da aquisição dos produtos junto às refinarias e/ou centrais petroquímicas, estando inclusive liberadas de nova incidência do ICMS;
- O Colendo Tribunal de Justiça da Paraíba - TJPB já se manifestou no sentido de que a expansão volumétrica de combustíveis líquidos decorrente e aumento de temperatura não se configura sequer uma operação de circulação de mercadoria, não sendo previsto na legislação tributária como fato gerador do imposto;
- Complementa, ao afirmar que procedeu com o pagamento do ICMS, incluindo-se o adicional do FUNCEP, relativo aos “ganhos” por variações



volumétricas positivas (por dilatação) excedentes ao limite legal de 0,6%, correspondente ao período fiscalizado, consoante comprovam as Guias de recolhimento, juntamente com demonstrativos dos “ganhos” e cópias das respectivas notas fiscais de entradas registradoras de tais fatos.

E, ao final, requer:

- No mérito, que o Auto de Infração nº 93300008.09.00000070/2020-57 seja julgado inteiramente improcedente, extinguindo-se, por via de consequência, o crédito tributário indevidamente constituído.

Com a informação da inexistência de antecedentes fiscais, foram os autos declarados conclusos e remetidos para a Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, tendo sido distribuídos ao julgador fiscal, Christian Vilar de Queiroz, que decidiu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA da exigência fiscal, nos termos da ementa abaixo transcrita:

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA ACOLHIDA EM PARTE. FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA (FUNCEP). FALTA DE RECOLHIMENTO. DENÚNCIA COMPROVADA EM PARTE.

- Com relação à decadência aplica-se o art. 150, §4º, do CTN, restando decaído o crédito tributário relativo ao fato gerador ocorrido no mês de janeiro de 2015.
- Tratando-se de um adicional na alíquota do ICMS, o FUNCEP somente é devido nos casos em que o ICMS também o seja.
- É devido o recolhimento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FUNCEP) incidente sobre operações comerciais com gasolina, conforme legislação regente. Infração caracterizada em parte.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Cientificada da decisão de primeira instância, através de seu domicílio tributário eletrônico, em 30/10/2020, a empresa apresentou recurso voluntário tempestivo, em 02/12/2020, por meio do qual repete, na íntegra, as teses expostas na impugnação, com mais ênfase, e ao final pugna pela improcedência do Auto de Infração.

Em derradeiro, informa que a Recorrente recebe intimação e/ou notificação no endereço seguinte: Rua Senador José Henrique, nº 224 – 23º andar (Empresarial Alfred Nobel) - Ilha do Leite — Recife/PE - CEP: 50070-460.

Remetidos a este Colegiado, os autos foram distribuídos a esta Relatoria para análise e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO



Em exame o recurso *voluntário*, interposto contra a decisão de primeira instância, que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000070/2020-57, lavrado em 24/01/2020, em desfavor da empresa epigrafada, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Inicialmente, deve ser reconhecido que na elaboração do auto de infração foram cumpridos os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional¹ e os descritos no artigo 17 da Lei nº 10.094/13², estando perfeitamente delimitadas a pessoa do infrator e a natureza das infrações, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, com fulcro no que estabelecem ainda os artigos, 14, 15 e 16 da Lei nº 10.094/13³.

¹ Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

² 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.

³ Art. 14. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente;

III - os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária e o respectivo sujeito passivo, ressalvada, quanto à identificação deste, a hipótese de bens considerados abandonados;

IV - os despachos e as intimações que não contenham os elementos essenciais ao cumprimento de suas finalidades;

V - os autos de infração de estabelecimentos lavrados pelos auditores fiscais tributários estaduais de mercadorias em trânsito.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou lhes sejam consequentes.

§ 2º Ao declarar a nulidade, a autoridade fiscal julgadora competente indicará os atos por ela atingidos, ordenando as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

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.

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.



Ademais disso, da análise dos autos observa-se que foram oportunizados à atuada todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo, alguns dos pilares do ordenamento jurídico processual.

Registre-se, ainda, a observância do prazo estabelecido no art. 77, caput, da Lei 10.094/2013⁴ e, por conseguinte, a tempestividade do recurso voluntário ora em apreço.

Passando para a análise de mérito, vê-se que a acusação em análise versa sobre a falta de recolhimento do FUNCEP incidente nas operações com gasolina “A”, ocorridas no exercício de 2015.

A materialidade da infração restou configurada ante a análise das provas acostadas pelo autor do feito às folhas 05 - 06 dos autos, onde consta demonstrativo do ICMS devido nos ganhos operacionais de gasolina “A” e na sequência a relação das respectivas notas fiscais pertinentes a tais ganhos emitidas pela empresa onde é possível vislumbrar as quantidades em litros a maior verificadas, restando assim caracterizada a manutenção em estoque de mercadoria (gasolina “A”) sem o recolhimento do FUNCEP.

É cediço que o FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – teve sua origem na Constituição Federal, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, em seu art. 82, como forma de prover recursos, para aplicação em ações e programas que viabilizem aos mais necessitados níveis dignos de subsistência e melhorias na qualidade de vida, impondo sua instituição aos Estados, Municípios e Distrito Federal.

O Estado da Paraíba instituiu o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP/PB, por meio da Lei nº 7.611, de 30/06/2004, na forma prevista no seu artigo 1º, infracitado:

Art. 1º Fica instituído o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza no Estado da Paraíba – FUNCEP/PB, com o objetivo de viabilizar, a todos os paraibanos, acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados, exclusivamente, em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, saneamento básico, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social, voltados para a melhoria da qualidade de vida, conforme disposto no art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da Constituição Federal.

O art. 2º da Lei nº 7.611/04 elenca as fontes de financiamento do FUNCEP, e dentre elas, a incidência do percentual de 2 % sobre o valor das operações de alguns produtos e serviços, *in verbis*:

Art. 2º Constituem as receitas do FUNCEP/PB:

⁴ Art. 77. Da decisão contrária ao contribuinte caberá recurso voluntário, com efeito suspensivo, para o Conselho de Recursos Fiscais, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da ciência da sentença.



I - a parcela do produto da arrecadação correspondente ao adicional de 2% na alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ou do imposto que vier a substituí-lo, incidente sobre os produtos e serviços abaixo especificados:

- a) bebidas alcoólicas, exceto aguardente de cana-de-açúcar;
- b) armas e munições;
- c) embarcações esportivas;
- d) fumo, cigarros e demais artigos de tabacaria;
- e) aparelhos ultraleves e asas-delta;
- f) gasolina;**
- g) serviços de comunicação;
- h) energia elétrica para consumo residencial acima da faixa de 100 (cem) quilowatts/hora mensais. (grifo nosso)

Como medida punitiva para o inadimplemento da obrigação principal, foi proposta a penalidade descrita no art. 8º da Lei nº 7.611/04:

Art. 8º A falta de recolhimento do adicional de que trata o "caput" do inciso I do Art. 2º implicará multa de 100% (cem por cento) sobre o valor não recolhido."

O caso que ora se nos apresenta para julgamento, teve por origem a exigência do ICMS-ST relativamente a ganhos operacionais de gasolina A, cobrado por meio do Auto de Infração nº 93300008.09.00000068/2020-88, Processo nº 0127962020-0, sendo, então, imprescindível a verificação da decisão final deste, pois dele depende a cobrança do FUNCEP sobre a base de cálculo do ICMS tido por precedente no citado processo, já que decorre do mesmo fato gerador do imposto estadual.

Pois bem. O processo nº 0127962020-0, também de minha relatoria, e cujos argumentos de defesa em relação aos fatos geradores do ICMS são os mesmos contidos no recurso voluntário, ora em análise, foi recentemente julgado por esta Corte, precisamente na 141ª sessão ordinária do Tribunal Pleno do Conselho De Recursos Fiscais realizada em 30 de março de 2023, , que à unanimidade de seus membros, decidiu pela parcial procedência do Auto de Infração, sendo confirmada a denúncia de falta de recolhimento do ICMS atinente à ganhos operacionais de gasolina A. Vejamos os termos do citado Acórdão:

FISCALIZAÇÃO DE ESTABELECIMENTOS. PRELIMINARES DE NULIDADE. REJEITADAS. CARÁTER CONFISCATÓRIA DA MULTA APLICADA. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DE LEGALIDADE DE NORMA PELOS ÓRGÃOS JULGADORES. REQUISICÃO DE DILIGÊNCIA. NEGADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (SAÍDAS INTERNAS). ICMS -



SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETIDO A MENOR (OPERAÇÕES INTERESTADUAIS). MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Preliminares de nulidade afastadas posto que o Auto de Infração foi lavrado em harmonia com os ditames legais, bem como o fato de a denúncia foi apresentada de forma clara, não prejudicando o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório, mormente o fato de estarem ausentes os casos de nulidade previstos na legislação vigente.

-As provas presentes no caderno processual se apresentaram suficientes para sedimentar o convencimento do relator, razão suficiente para o indeferimento do pedido de diligência.

- A substituição tributária constitui-se em um regime tributário com expresso regramento legal, atribuindo ao sujeito passivo por substituição tributária a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto devido ao Estado da Paraíba.

- O ICMS Substituição Tributária referente a operações com cervejas e refrigerantes, em suas diversas formas de apresentação possui legislação própria, vigente à época dos fatos geradores, cuja inobservância por ocasião da composição da base de cálculo resulta em retenção/pagamento do imposto a menor, configura ato infracional.

Realizado o registro acima, passamos a análise de mérito, propriamente dita, da presente contenda.

No caso em análise, a fiscalização, ao elaborar o levantamento quantitativo de mercadorias no exercício de 2015, identificou diferenças a maior detectadas nos estoques de combustíveis, especificamente nesse caso, gasolina, não tendo esse acréscimo sido tributado quando do recolhimento antecipado pela refinaria de petróleo, o que sujeitou o contribuinte ao recolhimento do imposto devido por substituição tributária, haja vista a ocorrência de fato imponível.

Assim, considerando haver o contribuinte efetuado vendas destes produtos sem que tenham sido tributados pelo ICMS, a fiscalização concluiu, por óbvio, que a parcela relativa ao FUNCEP também não fora recolhida e, *ipso facto*, lavrou o presente auto de infração de estabelecimento.

Portanto, configurada a infração de falta de recolhimento do ICMS-ST nas operações com gasolina, deve ser mantida a exigência do FUNCEP sobre os respectivos fatos geradores.

Nas alegações recursais, nenhum fato novo foi trazido aos autos que fosse suficiente para elidir a acusação que pesa sobre o contribuinte, não havendo o que ser questionado em relação à procedência do ICMS - ST relacionado aos fatos geradores ora tratados, dos quais decorre a exigência do FUNCEP, por determinação legal.



É sabido que distribuidoras adquirem combustíveis destinados a comercialização, na unidade de medida litro ou metro cúbico, a uma temperatura de 20°C. Trata-se de procedimento padrão nos faturamentos das destilarias e refinarias, com fundamento no art. 1º da Portaria MTIC nº 27, de 19 de fevereiro de 1959, do então denominado Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, segundo o qual fica adotada, como temperatura de referência para a medição do petróleo e seus derivados 20°C.

Nesse ponto, mister se faz esclarecermos, que quaisquer alterações nas quantidades de mercadorias, independentemente do fato que lhe deu causa (variações de temperatura, questões relacionadas ao descarrego de combustíveis, etc.), não eximem o contribuinte de emitir documentos fiscais para regularização dos seus estoques, além de recolher o imposto devido, conforme determina o artigo 172, VI, do RICMS/PB:

Art. 172. O contribuinte emitirá nota fiscal sempre que em seu estabelecimento entrarem bens ou mercadorias, real ou simbolicamente (Ajuste SINIEF 09/97):

(...)

VI - em outras hipóteses previstas na legislação.

Logo, o fato de tais mercadorias serem fruto de um fenômeno atmosférico não é assertiva capaz de afastar a acusação que pesa contra a autuada, notadamente porque nestes casos, em que houver estoque de mercadorias, independentemente de sua origem, a legislação que preside a questão manda que seja emitida a nota fiscal de entrada. É o que se vê do art. 160, V e VII do RICMS/PB, transcrito mais adiante, que prevê a regularização do estoque do contribuinte em razão de diferença de quantidade, procedimento este devidamente observado pela Autuada.

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

(...)

V – na regularização em virtude de diferença de preço, de peso ou de quantidade das mercadorias, quando efetuada no período de apuração do imposto em que tenha sido emitida a nota fiscal originária;

(...)

VII – relativamente à entrada de bens e mercadorias, nos momentos definidos neste artigo.

De outra banda, ao contrário do que afirma a recorrente, a adoção da sistemática de tributação por meio da Substituição Tributária não impede o lançamento do crédito tributário referente ao volume excedente, pois o que foi submetido à retenção do imposto em momento anterior corresponde ao valor da operação informada, não impedindo a correção dos valores relativos à quantidade de mercadoria comercializada.



Este foi o entendimento exarado em diversos acórdãos do egrégio Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, que, diante de situações assemelhadas, assim decidiu:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO E NOTAS FISCAIS DE ENTRADA DE COMBUSTÍVEIS, SEM RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. AJUSTES REALIZADOS EM SEDE DE CONTESTAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS VOLUNTÁRIO E HIERÁRQUICO DESPROVIDOS.

O levantamento quantitativo por espécie constitui uma técnica absolutamente legítima de que se vale a fiscalização na aferição da situação tributária do sujeito passivo. O lançamento indiciário decorrente do emprego dessa técnica de auditoria fiscal tem o efeito de transferir ao sujeito passivo, legítimo possuidor direto da documentação fiscal que lhe pertence, a responsabilidade da prova contrária e eficaz, tendente a elidir ou minimizar os efeitos do referido procedimento fiscal. Eventual diferença a maior detectada nos estoques de combustíveis denota venda de mercadorias sem nota fiscal, sujeitando o contribuinte ao recolhimento do imposto devido por substituição tributária.

Acórdão nº 167/2016.

Relator: CONS. PETRÔNIO RODRIGUES LIMA.

FALTA DE RECOLHIMENTO. ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. DENÚNCIA CONFIGURADA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Eventual diferença a maior detectada nos estoques de combustíveis, não tendo esse acréscimo sido tributado quando do recolhimento antecipado pela refinaria de petróleo, sujeita o contribuinte ao recolhimento do imposto devido por substituição tributária, haja vista a ocorrência de fato imponible.

ACÓRDÃO Nº 118/2019

Relatora: CONS.^a THAIS GUIMARÃES TEIXEIRA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- O recolhimento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP - é devido na forma da legislação estadual, incidindo o percentual de 2% sobre determinadas operações, entre elas as diferenças a maior apuradas através do levantamento quantitativo de mercadorias do produto gasolina “a”, cuja base de cálculo é a mesma do ICMS incidente na operação.

- No caso dos autos, o ICMS correspondente que deu suporte a cobrança do FUNCEP foi exigido em processo administrativo próprio, decidido por meio do Acórdão nº 118/2019, transitado em julgado, dando base, assim, para a exigência do crédito tributário levantado na inicial.

Acórdão nº 530/2019.

Relatora: CONS.^a DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES.

Como se extrai dos autos, o produto gasolina “A”, nas quantidades apontadas pela fiscalização, circularam sem que FUNCEP tivesse sido recolhido, logo, está claro que ocorreu o fato gerador previsto em lei como necessário e suficiente à ocorrência da hipótese de incidência do FUNCEP, devendo, assim, ser tributado.



A responsabilidade pelo recolhimento, por expressa determinação legal, é transferida para o destinatário das mercadorias, que, nessas condições fica equiparado ao substituto, para efeito de cumprimento da obrigação principal, conforme os §§ 11º e 12º, e II, III e VIII, do art. 41, c/c o §7º, do art. 391, do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. nº. 18.930/97.

Art. 41. São responsáveis pelo pagamento do imposto devido e seus acréscimos legais na condição de sujeito passivo por substituição:

(...)

I - relativamente às operações subsequentes e concomitantes, quanto às mercadorias arroladas no Anexo 05, desde que as tenham recebido sem cobrança do imposto pelo regime de substituição tributária:

a) O produtor, o extrator, o gerador, inclusive de energia elétrica, o industrial, o distribuidor, o comerciante atacadista ou o transportador;

(...)

III - o depositário a qualquer título, em relação à mercadoria depositada por contribuinte;

(...)

VIII - ao contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, em relação às operações subsequentes, observado o disposto no § 10;

§ 11. O sujeito por substituição sub-rogar-se em todas as obrigações do contribuinte substituído, relativamente às operações internas.

§ 12. A substituição tributária não exclui a responsabilidade do contribuinte substituído, na hipótese do documento fiscal próprio não indicar o valor do imposto, objeto da substituição tributária.

Art. 391. Fica atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, ao (Lei nº. 7.334/03):

§ 7º Equiparam-se às categorias mencionadas no “caput”:

(...)

II - qualquer possuidor, inclusive o comerciante varejista, que adquirir os produtos constantes no Anexo 05, sem retenção e pagamento do imposto.

Assim, a manutenção da decisão é medida que se impõe, uma vez que a autuada não comprovou o correto recolhimento do FUNCEP, nos moldes da legislação de regência, alhures delineada.

Há de se destacar que todos os pontos combatidos pela defesa foram devidamente enfrentados pelo julgador fiscal, com os quais concordamos integralmente, ratificando os termos da sentença proferida pela instância prima, pelo que dou como desprovido o recurso voluntário.



Em derradeiro, esclareça-se, por mero zelo, que, em sede de primeira instância foi declarada a decadência do crédito tributário relativo ao fato gerador ocorrido no mês de janeiro de 2015 e, excluído o valor correspondente do auto de infração, tendo em vista que a ciência do contribuinte se deu em 11/02/2020, como se comprova no aviso de recebimento (fls. 11); e que estamos diante de fatos declarados ao Fisco, por meio das notas fiscais de entradas emitidas pelo contribuinte, no CFOP 1949, referente aos ganhos por variação de temperatura, razão pela qual deve-se obediência as regras estabelecidas no art. 150, §4º, do CTN.

Por fim, oportuno se faz elucidar e deixar consignado o entendimento desta Egrégia Corte no que tange à temática das notificações ao contribuinte, com amparo na legislação estadual que rege a matéria.

Pois bem. A Lei nº 10.094/13 atribui ao sócio administrador da empresa ou ao representante legal constante no Cadastro de Contribuintes do ICMS a prerrogativa de indicar endereço no Processo Administrativo Tributário para intimação dos atos referentes ao processo do qual seja parte **tão somente nos casos em que o contribuinte não mais se encontre com inscrição ativa ou na hipótese de endereço desatualizado no CCICMS/PB.** Vejamos:

Art. 11. Far-se-á a intimação:

(..)

II - por via postal, com Aviso de Recebimento (AR), encaminhado ao domicílio tributário do sujeito passivo, observados os §§ 2º, 9º e 10 deste artigo;

(...)

§ 9º Para efeitos do disposto no inciso II do “caput” deste artigo, a intimação, quando o sujeito passivo não estiver com sua inscrição ativa perante o Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado, deverá ser realizada:

I - no endereço do sócio administrador da empresa;

II - no endereço do representante legal constante no Cadastro de Contribuintes do ICMS, caso a pessoa jurídica não tenha sócio administrador;

III - por edital, publicado no Diário Oficial Eletrônico - DOe-SER, no caso de devolução do Aviso de Recebimento (AR) sem lograr êxito na entrega da intimação, nos termos dos incisos I e II deste parágrafo.

Acrescido o § 10 ao art. 11 pela alínea “a” do inciso II do art. 5º da Lei nº 11.247/18 - DOE de 14.12.18. OBS: efeitos a partir de 1º de janeiro de 2019.

§ 10. Para efeitos do § 9º e em caso de endereço desatualizado no CCICMS/PB, fica facultado ao sócio administrador da empresa ou ao representante legal constante no Cadastro de Contribuintes do ICMS indicar



endereço no Processo Administrativo Tributário para intimação dos atos referentes a este Processo.

In casu, o contribuinte encontra-se com sua inscrição estadual ativa, endereço atualizado no cadastro e, sua última notificação nos autos se deu via DT-e.

Portanto, inexistem razões amparadas em lei que autorizem o envio das intimações para o endereço indicado pelo contribuinte, através de seu patrono, na sua peça recursal.

E, com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento* para manter inalterada a sentença monocrática que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000070/2020-57, lavrado em 24/01/2020, contra a empresa DISLUB COMBUSTÍVEIS LTDA, I. E. 16.149.914-7, devidamente qualificada nos autos, fixando o crédito tributável exigível em R\$ 36.341,08 (trinta e seis mil, trezentos e quarenta e um reais e oito centavos), sendo R\$ 18.170,54 (dezoito mil, cento e setenta reais e cinquenta e quatro centavos) de FUNCEP por infringência ao artigo 2º, I, da Lei nº 7.611/04 e R\$ 18.170,54 (dezoito mil, cento e setenta reais e cinquenta e quatro centavos), a título de multa por infração, com fulcro no artigo 8º da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414 de 12/07/2011.

Ao tempo que mantenho cancelado, por indevido, o valor de R\$ 3.198,60, sendo R\$ 1.599,30, referente ao FUNCEP e R\$ 1.599,30, a título de multa por infração., em razão da decadência de parte dos lançamentos fiscais, nos termos da decisão da GEJUP.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar

Tribunal Pleno, sessão realizada por videoconferência, em 25 de abril de 2023.

Larissa Meneses de Almeida
Conselheira Relatora