



PROCESSO Nº 0285432020-4

ACÓRDÃO Nº 452/2024

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

1ª Recorrida: BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

Advogados: Sr.º ALEXANDRE DE ARAÚJO ALBUQUERQUE, inscrito na OAB/PE sob o nº 25.108 e Sr.ª VIVIANE VALE DE OLIVEIRA, inscrita na OAB/PE sob o nº 18.598

2ª Recorrente: BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: SEBASTIÃO MONTEIRO DE ALMEIDA E ROBERTO FLÁVIO DIAS CÂMARA

Relator: CONS.º HEITOR COLLETT.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP - NULIDADES REJEITADAS. DECADÊNCIA PARCIAL - RECUPERAÇÃO DE VALORES NÃO ALCANÇADOS PELA DECADÊNCIA. EXCLUSÃO DOS PRODUTOS NÃO TRIBUTADOS PELO FUNCEP. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE. MULTA RECIDIVA NÃO CARACTERIZADA. ALTERADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDOS.

- Decadência. O Auto de Infração se consolidou em 29/03/2020, com a ciência da autuada, logo, os fatos geradores ocorridos até 28/03/2020, já não eram mais passíveis de retificação pelo Fisco, eis que estariam alcançados pela decadência, em vista do exposto nos arts. 150, §4º, do CTN e, 22, §3º, da Lei nº 10.094/2013. Recuperação dos valores, relativos aos fatos geradores ocorridos nos dias 29, 30 e 31 de março de 2020.

- Constatada a falta de recolhimento do FUNCEP referente às operações de entradas interestaduais de mercadorias sujeitas a incidência do FUNCEP, cabe o lançamento de ofício destes valores, nos termos da Lei 7.611/2004, regulamentada através do Decreto 25.618/2004. Exclusão dos valores relativos aos produtos cerveja zero, chopp zero (sem álcool) e “aguardente de cana”.

- Exclusão da multa recidiva para os períodos autuados.

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



A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo provimento parcial de ambos, para alterar a sentença monocrática, julgando parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000235/2020-90, lavrado em 12/02/2020, contra a empresa, BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.900.478-3, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no **valor total de R\$ 240.195,14** (duzentos e quarenta mil, cento e noventa e cinco reais e quatorze centavos), **sendo R\$ 120.097,57** (cento e vinte mil, noventa e sete reais e cinquenta e sete centavos) de FUNCEP, nos termos do art. 2º, I da Lei nº 7.611/2004, e **R\$ 120.097,57** (cento e vinte mil, noventa e sete reais e cinquenta e sete centavos), de multa por infração, nos termos dos art. 8º, da Lei nº 7.611/2004.

Cancelo o montante total de R\$ 530.898,65, sendo R\$ 188.339,94 de FUNCEP; R\$ 188.339,94 de multa por infração e R\$ 154.218,77 de multa recidiva.

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

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 28 de agosto de 2024.

HEITOR COLLETT
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, LARISSA MENESES DE ALMEIDA E VINÍCIUS DE CARVALHO LEÃO SIMÕES.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 0285432020-4

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

1ª Recorrida: BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

Advogados: Sr.º ALEXANDRE DE ARAÚJO ALBUQUERQUE, inscrito na OAB/PE sob o nº 25.108 e Sr.ª VIVIANE VALE DE OLIVEIRA, inscrita na OAB/PE sob o nº 18.598

2ª Recorrente: BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA.

Autuantes: SEBASTIÃO MONTEIRO DE ALMEIDA E ROBERTO FLÁVIO DIAS CÂMARA.

Relator: CONS.º HEITOR COLLETT.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP - NULIDADES REJEITADAS. DECADÊNCIA PARCIAL - RECUPERAÇÃO DE VALORES NÃO ALCANÇADOS PELA DECADÊNCIA. EXCLUSÃO DOS PRODUTOS NÃO TRIBUTADOS PELO FUNCEP. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE. MULTA RECIDIVA NÃO CARACTERIZADA. ALTERADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDOS.

- Decadência. O Auto de Infração se consolidou em 29/03/2020, com a ciência da autuada, logo, os fatos geradores ocorridos até 28/03/2020, já não eram mais passíveis de retificação pelo Fisco, eis que estariam alcançados pela decadência, em vista do exposto nos arts. 150, §4º, do CTN e, 22, §3º, da Lei nº 10.094/2013. Recuperação dos valores, relativos aos fatos geradores ocorridos nos dias 29, 30 e 31 de março de 2020.

- Constatada a falta de recolhimento do FUNCEP referente às operações de entradas interestaduais de mercadorias sujeitas a incidência do FUNCEP, cabe o lançamento de ofício destes valores, nos termos da Lei 7.611/2004, regulamentada através do Decreto 25.618/2004. Exclusão dos valores relativos aos produtos cerveja zero, chopp zero (sem álcool) e “aguardente de cana”.

- Exclusão da multa recidiva para os períodos autuados.



RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000235/2020-90, lavrado em 12/02/2020, contra o contribuinte substituto tributário, BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.900.478-3, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 01/01/2015 e 30/06/2015, consta a denúncia de:

465 - 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: IRREGULARIDADE CONSTATADA PELA FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP/PB DEVIDO NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DESTINADAS AO ESTADO DA PARAÍBA E RELATIVO AOS MESES DE APURAÇÃO: 01/2015, 02/2015, 03/2015, 04/2015, 05/2015 E 06/2015.

ACRESCENTEM-SE AOS ARTIGOS DADOS POR INFRINGIDOS OS ARTIGOS 2º, I, 3º, II E 4º, DO DECRETO 25.618/04.

Foi dado como infringido o art. 2º, I da Lei nº 7.611/2004, complementado em Nota Explicativa pelos artigos 2º, I, 3º, II e 4º, do Decreto 25.618/2004, sendo proposta a penalidade prevista no art. 8º da Lei nº 7.611/2004, e apurado um crédito tributário no valor total de R\$ 771.093,79, sendo R\$ 308.437,51 de FUNCEP; R\$ 308.437,51 de multa por infração e R\$ 154.218,77 de multa por reincidência.

A inicial foi instruída com a multimídia em CD-R (fl. 08/09), contendo:

1 – Planilha com Demonstrativo da Apuração do FUNCEP não recolhido, contendo o Arquivo das NF-e e os Cálculos do FUNCEP a recolher;

2 – Planilha com a Reconstituição da Apuração do FUNCEP.

Cientificada da ação fiscal via postal - AR, em 29/03/2020 (fl. 12), a autuada, por seus representantes (fl. 72), apresentou reclamação tempestiva com os seguintes argumentos (fl. 13 a 42):

- Assevera que a fiscalização não cumpriu a exigência formal contida na legislação vigente, apresentando vícios formais, geradores de nulidade, vez que não apresentou ao contribuinte a cópia da ação fiscal, sua possível prorrogação, seu diferimento proferido pelo órgão superior competente e a ciência da Impugnante relativamente aos procedimentos fiscalizatórios;



- Requer a nulidade do procedimento fiscal, por inobservância aos artigos 11 e 14, inciso I, da Lei nº 10.094/13; artigos 142 e 196, do CTN e art. 642, § 3º, do RICMS/PB;
- Cita jurisprudência administrativa do TATE (Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco) e do Conselho Administrativo do Estado do Ceará, que entende ser aplicável ao caso;
- Discorda do enquadramento da infração, posto que as operações de saídas das mercadorias autuadas não estão sujeitas à sistemática da substituição tributária, em especial, a fiscalização considerou como peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos automotivos sujeitos a esse regime de tributação, vários produtos que não estão incluídos no anexo Único do Decreto 31.578/2010;
- Em virtude do acima exposto, entende que o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza é indevido, não havendo que se falar em falta de recolhimento do FUNCEP para essas operações;
- Dispõe que a multa por reincidência também deve ser cancelada, pois inexistente no auto de lançamento em tela, o dispositivo legal e a comprovação de sua ocorrência, que daria suporte à aplicação da majoração de tal penalidade, conforme determina o art. 87, § único, da Lei nº 6.379/96;
- Firma entendimento acerca da improcedência da infração posta na peça básica, em virtude das seguintes particularidades: a uma, pela inconstitucionalidade formal da Lei Estadual nº 7.611/2004, que instituiu o FUNCEP; a duas, apenas pode ser instituído para incidir sobre produtos supérfluos definidos em Lei Complementar;
- A multa por infração aplicada é desproporcional, irrazoável, irregular, abusiva e confiscatória, devendo por isso ser anulada (cancelada) ou, no mínimo, reduzida;
- Pede o benefício da dúvida, com base no art. 112, do CTN;
- Ao longo de toda a peça de defesa, a Impugnante apresenta numerosas jurisprudências e doutrinas, além de consulta tributária com o fito de sustentar as teses apresentadas.

Com base nos argumentos acima, a Autuada requer:

- Preliminarmente, que seja reconhecida a nulidade da autuação;
- Caso assim não se entenda, que seja julgada procedente a impugnação e no mérito seja reconhecida a insubsistência do auto de infração;



- In fine, propugna pela produção de provas através de todos os meios admitidos em direito, em especial a realização de perícia técnica, além da posterior juntada de qualquer documento com a finalidade de comprovar suas alegações.

Conclusos os autos (fl. 75), foram enviados para a Gerência de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, distribuídos para o julgador fiscal Christian Vilar de Queiroz, que decidiu pela *parcial procedência* do feito fiscal, nos termos da ementa abaixo, recorrendo de ofício de sua decisão:

FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA (FUNCEP). FALTA DE RECOLHIMENTO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE. DECADÊNCIA PARCIAL DOS CRÉDITOS FISCAIS. MULTA RECIDIVA NÃO CARACTERIZADA.

1. A decadência do direito de lançar tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que tenha ocorrido fraude, dolo ou simulação, obedece a regra prevista na primeira parte do § 4º, do artigo 150, do CTN, segundo o qual será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador.
2. A constituição do crédito tributário se consolidou com a lavratura e a intimação do autuado em 29/03/2020, quando expirado o prazo de 05 (cinco) anos, previsto no § 4º, do art. 150 do CTN para a ação de formá-lo, em relação aos fatos geradores ocorridos entre 01 de janeiro a 28 de março de 2015, restando decaído o crédito tributário referente a esse período.
3. É devido o recolhimento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FUNCEP) incidente sobre operações interestaduais de saídas de bebidas alcoólicas destinadas ao Estado das Paraíba, conforme legislação regente. Infração caracterizada em parte.
4. Exclusão da multa recidiva para os períodos autuados em que o contribuinte era primário no cometimento do ilícito fiscal objeto da penalidade majorada.

Com esta decisão, restou fixado o crédito tributário total em R\$ 236.262,78, sendo R\$ 118.131,39 de FUNCEP e R\$ 118.131,39 de multa por infração (fl. 77 a 92) e cancelado o valor total de R\$ 534.831,01, sendo R\$ 190.306,12 de FUNCEP; R\$ 190.306,12 de multa por infração e R\$ 154.218,77 de multa recidiva.

Cientificada da decisão de primeira instância, por meio do Domicílio Tributário Eletrônico, em 16/11/2021 (fl. 95), a autuada, por seus representantes, protocolou recurso voluntário tempestivo, em 16/12/2021 (fl. 96 a 134), onde expõe o seguinte:

- Inicialmente, faz um relato dos fatos, demonstra a tempestividade do recurso e protesta para que seja intimado para **sustentar oralmente suas razões** por ocasião do julgamento (fl. 99);
- Como preliminar, reitera que não houve apresentação da ordem de serviço, sua prorrogação e notificação da recorrente acerca da prorrogação do prazo para a conclusão da fiscalização;;
- Alega ser inconstitucional a Lei 7.611/2004;



- Alega cerceamento de defesa e ausência de comprovação da infração, posto que, a simples apresentação de planilhas, contendo os números das notas fiscais e seus valores, não são suficientes para demonstrar que deixou de recolher o FUNCEP;
- Afirma que, a alíquota aplicável sobre a base de cálculo, já contempla o percentual do ICMS e o percentual do FUNCEP, os quais foram recolhidos conjuntamente através de única GNRE, não podendo o Estado exigir novo pagamento;
- Não incidência do ICMS nas transferências de mercadoria, em operações de deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte (Tema 1.099 do STF), em face da ausência de circulação econômica (mudança de titularidade);
- Insurge-se contra a multa aplicada taxando-a de abusiva e confiscatória, aduzindo que, na interpretação das normas jurídicas, deve ser levado em consideração o princípio *in dubio pro contribuinte*;
- Ao final, requer seja decretada a improcedência do auto de infração;
- Protesta pela utilização de todos os meios de provas, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência de irregularidades.

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

Considerando o pedido de sustentação oral formulado (fl. 99), os autos foram encaminhados à Assessoria Jurídica do CRF-PB para, mediante solicitação (fl. 175), emissão de parecer técnico acerca da legalidade dos lançamentos, em atenção ao disposto no artigo 20, X, do Regimento Interno desta corte.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame os recursos de *ofício* e *voluntário* interpostos contra a decisão de primeira instância, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000235/2020-90, lavrado em 12/02/2020, contra a empresa em epígrafe, com crédito tributário anteriormente relatado.

De início, deve-se considerar que o lançamento fiscal descreve com clareza a matéria tributável, o montante do imposto a exigir, o período a que se refere e a penalidade cabível, guardando inteira consonância com os requisitos do art. 142 do CTN.



Da mesma forma, a peça acusatória não se enquadra em nenhum dos casos de nulidade previstos nos arts. 14, 16, 17 e 41, a Lei estadual, nº 10.094/2013 (Lei do PAT), afastando a arguição da recorrente.

O auto de infração demonstra claramente os fatos que fundamentam a denúncia, podendo-se constatar pela Nota Explicativa, que complementa a descrição da infração, que se trata da cobrança do FUNCEP, proveniente de operações de entradas interestaduais de mercadorias sujeitos a incidência deste, as quais não foram submetidos à tributação, conforme estabelece o art. 2º, I, e art. 8º, da Lei nº 7.611 de 30/06/2004.

Nulidades:

Inicialmente a recorrente alega a nulidade do auto de infração em razão da não apresentação da ordem de serviço, sua prorrogação e notificação da recorrente acerca da prorrogação do prazo para a conclusão da fiscalização.

Pois bem. O caso sub examine originou-se numa fiscalização com ordem de serviço específica (fl. 10), procedimento que dispensa a lavratura de termo de início de fiscalização. Nesse caso, com a ciência do auto de infração considerar-se-á iniciado o procedimento fiscal, com base o art. 37, inciso III, da Lei 10.094/2013, in verbis:

Art. 37. Considerar-se-á iniciado o procedimento fiscal para apuração das infrações à legislação tributária:

I - com a lavratura do termo de início de fiscalização;

II - com a lavratura do termo de apreensão de mercadorias e documentos fiscais ou de intimação para sua apresentação;

III - com a lavratura de Auto de Infração ou de Representação Fiscal, inclusive na modalidade eletrônica;

IV - com qualquer outro ato escrito por auditor fiscal, próprio de sua atividade funcional específica, a partir de quando o fiscalizado for cientificado.

§ 1º O início do procedimento alcança todos aqueles que estejam diretamente envolvidos nas infrações porventura apuradas no decorrer da ação fiscal, somente abrangendo os atos que lhes forem anteriores.

§ 2º Quando houver indícios de infração, os bens ou mercadorias que estiverem envolvidos poderão ser retidos até que seja concluído o correspondente procedimento de fiscalização, sendo o responsável cientificado da retenção e intimado a prestar as informações necessárias à identificação do sujeito passivo.

Como se vê, a Fiscalização estadual cumpriu com a legislação em vigor, emitindo a ordem de serviço e promovendo a ciência ao contribuinte da lavratura de auto de infração, conforme dispõe o art. 37, inciso III, supra.

Os prazos para execução e prorrogação de ordens de serviço pela Fiscalização estão regulamentados na Portaria nº 00009/2017/GSER (Normatiza a Ordem de Serviço /Procedimentos de Fiscalização) – *atos interna corporis*, obedecidos nesse caso pela Fiscalização.



A prorrogação desses prazos, corre contra a fazenda, visto que o crédito tributário não homologado no prazo legal está sujeito à decadência. Convém ressaltar que não há determinação legal para que o contribuinte seja notificado obrigatoriamente da execução de ordens de serviço específicas direcionadas exatamente para homologar ou não declarações por ele entregues ao Fisco. Esse trabalho interno é regido pelo princípio inquisitório. No caso dos autos, foram verificadas diferenças tributáveis nas declarações do contribuinte, que foi diretamente notificado do auto de infração para cobrança do FUNCEP por dever de ofício, abrindo-lhe o prazo legal para apresentar a impugnação.

Portanto, entendo que não houve cerceamento da defesa do contribuinte, visto que, com a ciência do auto de infração, teve a oportunidade de exercer plenamente o direito de defesa e o contraditório, como assim o fez, através da impugnação e agora no recurso.

A recorrente alega ainda, cerceamento de defesa pela falta de comprovação da infração, posto que, a simples apresentação de planilhas, contendo os números das notas fiscais e seus valores, não são suficientes para demonstrar que deixou de recolher o FUNCEP.

Com todas as vênias, não assiste razão à Autuada.

A existência material da infração está comprovada por meio dos demonstrativos em planilhas, contidas na mídia digital CDR anexada nas fls. 9, na qual está perfeitamente descrito cada operação, com o produto sujeito a incidência do FUNCEP não recolhido. É de se concluir que não houve cerceamento do direito de defesa, pois todas as informações foram disponibilizadas para a defesa, podendo esta consultar os autos e tirar cópias do mesmo, nos termos do art. 64 da Lei 10.094/2013:

Art. 64. Ao sujeito passivo ou ao seu representante legal é facultado examinar o processo no recinto das repartições em que tiver curso, observado o seguinte:
I - o sujeito passivo ou seu representante legal poderá requerer cópia de Processo Administrativo Tributário do qual seja parte;
II - o chefe da repartição preparadora poderá autorizar que servidor acompanhe o requerente para reprodução de cópia do processo em estabelecimento prestador de tal serviço.

Assim, em harmonia com o entendimento emanado da instância *a quo* rejeito a alegação de nulidade por falta de comprovação da infração.

Decadência.

A decadência no direito tributário é a perda do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário pelo lançamento, em razão de decurso de prazo instituído em lei.

Neste sentido, o Código Tributário Nacional - CTN estabelece, como regra geral, que a Fazenda Pública poderá constituir o crédito tributário, pelo lançamento, em até 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o



lançamento poderia ter sido efetuado. Tal dispositivo encontra-se inserido no art. 173, I, da norma geral tributária, a seguir transcrito:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Por outro lado, a espécie tributária ora em análise, se caracteriza pelo lançamento por homologação, o sujeito passivo, sem qualquer interferência da autoridade administrativa, apura, informa e paga a parcela correspondente à obrigação tributária, que posteriormente será aferida pelo Fisco, conforme estipulado no art. 150, § 4º, do CTN, abaixo transcrito:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. (...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito salvo se comprovada ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

A matéria em comento também está regulamentada no art. 22, § 3º da Lei nº 10.094/2013, assim disciplina:

Art. 22. Os prazos de decadência e prescrição obedecerão ao disposto na legislação específica de cada tributo, respeitadas as regras do Código Tributário Nacional.

§ 1º A decadência deve ser reconhecida e declarada de ofício.

§ 2º Aplica-se o prazo decadencial previsto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional aos casos de lançamento por homologação.

§ 3º Na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, em que o contribuinte tenha realizado a entrega de declaração de informações fiscais, à Fazenda Estadual, ou tenha realizado recolhimento a menor do que o declarado, o prazo decadencial será de 5 (cinco) anos, contado exatamente da data da ocorrência do fato gerador.

No caso em exame, o sujeito passivo, na condição de contribuinte substituto tributário, tendo prestado a devida declaração ao Fisco através da EFD, foi autuado pela fiscalização por não recolher o FUNCEP devido sobre as operações com mercadorias destinadas ao Estado da Paraíba.

Assim, tendo o Auto de Infração se consolidado em 29/03/2020, com a ciência da autuada (fl. 12), logo, os fatos geradores ocorridos até o dia 28/03/2015, já não eram mais passíveis de retificação pelo Fisco, eis que estariam alcançados pela decadência, em vista do exposto nos arts. 150, § 4º, do CTN e, 22, § 3º, da Lei Estadual nº 10.094/2013.



Assim, revisitando a planilha acusatória, o valor a ser cancelado de março de 2015 não é o total, conforme consta na sentença, mas o valor relativo aos dias 1 a 28 de março de 2015, no valor de R\$ 25.498,91, conforme tabela abaixo, motivo pelo qual o recurso de ofício deve ser acolhido em parte para recuperar o valor de R\$ 2.577,43 de FUNCEP, montante que já está abatido R\$ 3,88 relativo a ajustes no cálculo de aguardente de cana e R\$ 3,91, do cálculo de cerveja zero álcool, parcelas consideradas indevidas conforme exame de mérito a seguir.

Período	FUNCEP INDEVIDO	MULTA INDEVIDA
JANEIRO 2015	71.493,28	71.493,28
FEVEREIRO 2015	90.728,71	90.728,71
MARÇO 2015	25.506,70	25.506,70
Total	187.728,69	187.728,69

Pedido de perícia/diligência.

Em relação ao pedido formulado de realização de perícia contábil, correto o posicionamento do julgador singular, que indeferiu por falta de previsão legal. Quanto à diligência fiscal, o artigo 59 da Lei nº 10.094/13 assim dispõe:

Art. 59. Apresentada a impugnação, e até a decisão final administrativa, havendo diligências a realizar serão elas determinadas pelo órgão julgador, de ofício, ou a pedido do autor do procedimento ou do sujeito passivo.

§1º A autoridade julgadora que deferir ou negar o pedido de realização de diligência fundamentará sua decisão.

§ 2º O sujeito passivo que requerer diligência responde pelas despesas correspondentes, devendo indicar, com precisão, os pontos controversos que pretende que sejam elucidados e fornecer os elementos necessários ao esclarecimento das dúvidas.

Neste campo, oportuno esclarecer que a Diligência Fiscal é instituto que deve ser buscado sempre que houver necessidade de esclarecimentos com vistas a subsidiar o julgador fiscal na busca da verdade material, não sendo, portanto, o caso dos autos, tendo em vista que todos os elementos probatórios necessários à clara delimitação da lide, encontram-se presentes nos autos, conforme já relatado.

Ademais, uma vez que a matéria de fato posta no libelo acusatório pode ser plenamente esclarecida e se exaure no âmbito das provas documentais, de modo a evidenciar o montante do crédito tributário levantado, torna-se desnecessária a produção de diligência fiscal para a correta apreciação do feito, nos termos do artigo 59 da Lei nº 10.094/13.

Por isso, reputo correta a decisão da instância singular quando negou o pedido de diligência solicitado, tendo em vista que existem nos autos elementos suficientes para formação de convencimento deste Juízo quanto a cobrança do FUNCEP.

Constitucionalidade da Lei 7.611/2004, regulamentada pelo Decreto 25.618/2004.



Neste ponto, cabe esclarecer que em decorrência do art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da Constituição 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, tendo seu objetivo detalhado no seu art. 1º, transcrito abaixo:

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.**

Registre-se também que o art. 2º da Lei 7.611/2004, detalha as fontes de financiamento do FUNCEP, sobre as quais incidirão o percentual de 2% (alíquota do Fundo) e que no seu inciso I, alínea “a” (transcrito abaixo), podemos encontrar as mercadorias objeto da presente demanda.

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

I - a parcela do produto da arrecadação correspondente ao adicional de dois pontos percentuais 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; (...)**

§ 3º O recolhimento do imposto a que se refere o inciso I, deste artigo, será efetuado por meio de documento de arrecadação específico e será calculado com base nos procedimentos definidos em Regulamento.

§ 4º Em relação à retenção e ao recolhimento do adicional previsto no “caput” do inciso I, a responsabilidade por substituição tributária, na forma e prazo estabelecidos em Decreto do Poder Executivo, fica atribuída:

I – nas operações internas e interestaduais, em relação às alíneas “a”, “d” e “f” ao sujeito passivo por substituição do ICMS dos referidos produtos, nos termos da legislação vigente;
(...)

Art. 6º O Poder Executivo regulamentará as matérias de que trata esta Lei. (...)

§ 2º Caberá à Secretaria de Estado da Fazenda ou a quem sucedê-la, além de baixar normas complementares para o fiel cumprimento da matéria regulamentada no âmbito de sua competência, cuidar da arrecadação e da fiscalização das receitas do FUNCEP/PB, bem como apresentar proposta de tributação que, depois de aprovada pelo FUNCEP/PB será encaminhada ao Chefe do Poder Executivo estadual. (...)

Art. 7º Aplicam-se, no que couber, as disposições contidas nas normas tributárias vigentes, especialmente, na Lei nº 6.379, de 02 de dezembro de



1996, e no Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930, de 19 de junho de 1997.

Ao ser devidamente configurada a ocorrência de falta de recolhimento do adicional de alíquota para o FUNCEP, deve ser aplicada a multa prevista no art. 8º, da Lei nº 7.611/2004. Senão, veja-se:

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.”

A alíquota do FUNCEP corresponde ao percentual de 2% (dois por cento) sobre a mesma base de cálculo do ICMS, conforme art. 2º, do Decreto nº 25.618, de 17 de dezembro de 2004, que regulamenta a Lei nº 7.611/2004:

Art. 2º As alíquotas do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS dos seguintes produtos ficam acrescidas de 2 (dois) pontos percentuais, a saber:

I - bebidas alcoólicas, exceto aguardente de cana-de-açúcar;

A sujeição passiva em relação ao FUNCEP é do contribuinte que realizar operação ou prestação, na condição de substituto tributário, consoante disciplina do art. 3º, inciso II, do Decreto nº 25.618, de 17 de dezembro de 2004, abaixo reproduzido:

Art. 3º Fica atribuída à responsabilidade pelo recolhimento do acréscimo do ICMS de que trata o art. 2º, como receita específica destinada ao FUNCEP-PB, ao contribuinte que realizar:

I - operação destinada:

- a) a não-contribuinte do ICMS, ainda que localizado em outra Unidade da Federação;
- b) (revogado);
- c) a contribuinte enquadrado no SIMPLES NACIONAL para efeito de recolhimento do ICMS;

II - operação, na condição de contribuinte-substituto, em que o destinatário da mercadoria esteja situado neste Estado;

A base de cálculo do FUNCEP corresponde à mesma base de cálculo do ICMS, elencadas no art. 3º e art. 13 da Lei 6.379/96, a teor do art. 4º do Decreto nº 25.618/2004, *in verbis*:

Art. 4º Relativamente ao acréscimo do ICMS, referido no art. 2º, nas operações previstas no art. 3º, será observado o seguinte:

I - a base para o respectivo cálculo é aquela das operações elencadas no mencionado art. 3º, exceto na hipótese do seu inciso II, quando a referida base será a mesma utilizada para o cálculo do ICMS - Substituição Tributária;

Por se tratar de um adicional na alíquota do ICMS, o FUNCEP tem sua origem do mesmo fato gerador do imposto estadual. Sendo assim, torna-se oportuno



trazer os dispostos nos artigos 3º, art. 12, art. 13, art. 14 e art. 29, §2º, II, todos da Lei 6.379/96, que preconizam a incidência, base de cálculo, sujeito passivo e o momento do fato gerador do ICMS, verbis:

Art. 3º O imposto incide sobre: (...)

§ 1º O imposto incide também:

VI – sobre a entrada de mercadorias ou bens, quando destinados à comercialização, no momento do ingresso no território do Estado, nos termos do regulamento; (...)

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: (...)

XV - da entrada, no território do Estado, de mercadorias ou bens destinados à comercialização, nos casos estabelecidos em regulamento; (...)

Art. 13. A base de cálculo do imposto é: (...)

XI - na hipótese do inciso XV do “caput” do art. 12, o valor obtido nos seguintes termos:

a) do valor da operação realizada na unidade federada de origem, exclui-se o respectivo ICMS;

b) ao valor encontrado na forma da alínea “a” deste inciso, inclui-se o montante equivalente ao imposto devido na prestação, utilizando-se para tanto a alíquota interna, nos termos do § 1º deste artigo; (...)

Art. 14. A base de cálculo do imposto é: (...)

III – na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço; (...)

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive nas hipóteses dos incisos V e XI-A do “caput” deste artigo: (...)

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição; (...)

Art. 29. Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadorias ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações se iniciem no exterior. (...)

§ 2º Incluem-se entre os contribuintes do imposto: (...)

II - o prestador de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação;

Em primeira instância, o julgador singular negou a pretensão da impugnante quanto ao argumento de que diversas operações de vendas de produtos, não estão indicados no anexo Único do Decreto 31.578/2010.

Ressalte-se que as alegações de mérito trazidas pela autuada nestes autos também foram apresentadas no Auto de infração 93300008.09.00000233/2020-00 (Processo nº 0285402020-0), de cobrança do ICMS sobre os mesmos fatos geradores, relativo à mesma Ordem de Serviço, com decisão proferida por este colendo Tribunal de



Julgamento, através do **Acórdão 096/2024**, que decidiu pela parcial procedência do feito fiscal, confirmando parcialmente o entendimento da fiscalização, no que diz respeito ao mérito da matéria, conforme ementa explicitada abaixo:

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA. ACOLHIDA. AJUSTES. ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO A MENOR. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. ACUSAÇÃO CONFIRMADA EM PARTE. PENALIDADE - REDUÇÃO - LEI POSTERIOR MAIS BENIGNA. APLICAÇÃO - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. ALTERADA DE OFÍCIO QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO E RECURSO DE OFÍCIO PARCIALMENTE PROVIDOS.

- Acolhida a preliminar de decadência, pois o Auto de Infração se consolidou em 29/3/2020, com a ciência da autuada, logo, a infração relativa a fatos geradores ocorridos até o dia 28/3/2020, já não eram mais passíveis de retificação pelo Fisco, eis que estariam alcançados pela decadência, em vista do exposto nos arts. 150, § 4º, do CTN e, 22, § 3º, da Lei Estadual nº 10.094/2013. Ajustes no montante cancelado em atendimento ao recurso de ofício.

- Configurada a falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, tendo em vista o sujeito passivo por substituição, contrariando dispositivos legais, vendeu mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária com o imposto retido a menor. In casu, em acolhimento parcial ao recurso voluntário ocorreu a sucumbência parcial do crédito tributário.

- Redução da penalidade proposta com fulcro no art. 82, V, "g" da Lei 6.379/96, em razão de ao caso concreto se aplicar o princípio da retroatividade benigna aos fatos geradores pendentes de julgamento, em observância à previsão contida no art. 106, II do Código Tributário Nacional - CTN.

Tendo em vista os argumentos apresentados, torna-se forçoso o reconhecimento de que o fato gerador previsto em lei como necessário e suficiente à ocorrência da hipótese de incidência do ICMS e conseqüentemente do FUNCEP se realizou. Logo, está claro que se afigura legítima a exigência do crédito relativo às receitas do FUNCEP/PB consubstanciada na peça exordial, com fundamento nos dispositivos anteriormente referidos, não remanescendo quaisquer dúvidas sobre o perfeito enquadramento do fato apurado pelo Fisco à norma invocada para sustentar o lançamento.

Por outro lado, faz-se necessário a exclusão da cobrança do FUNCEP sobre as operações com os produtos **cerveja/chopp zero (sem álcool) e aguardente de cana**, por não estarem contemplados nas hipóteses de incidência elencados no artigo 2º da Lei 7.611/2004:

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

(...)

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.

FUNCEP CANCELADO: cerveja/chopp zero (sem álcool) e aguardente de cana.

Período	FUNCEP INDEVIDO	MULTA INDEVIDA
ABRIL 2015	156,79	156,79
MAIO 2015	334,83	334,83
JUNHO 2015	119,63	119,63
Total	611,25	611,25

Operações de transferências.

A Recorrente alega ainda, que as operações que serviram de base para a acusação são de transferências de mercadorias, em que não há incidência de ICMS e consequentemente do FUNCEP, em operações de mero deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte (Tema 1.099 do STF), em face da ausência de circulação econômica (mudança de titularidade).

Neste ponto, não cabem muitas considerações, visto que, o que está sendo tratado neste auto de infração é a cobrança do FUNCEP, devido até a operação final no estado de destino, cobrado do contribuinte na condição de sujeito passivo por substituição tributária, responsável pela apuração, retenção e recolhimento.

O Tema 1099 do STF, mencionado pela recorrente, assim como a ADC 49, não mencionam da cobrança do ICMS Substituição Tributária, nem do FUNCEP, tratam apenas da não incidência do ICMS na operação interestadual (ICMS Normal/Diferencial de Alíquota), o que não é o caso dos autos.

Multa abusiva e confiscatória.

Relativamente a esta afirmação da recorrente, cabe registrar que o percentual aplicado está em conformidade com a legislação tributária do Estado da Paraíba (Decreto nº 25.618/2004, que regulamenta a Lei nº 7.611/2004), fugindo à alçada dos órgãos julgadores a aplicação da equidade, bem com a declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 55, da Lei nº 10.094/2013, abaixo transcrito:

Art. 55. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - a aplicação de equidade.

Ademais, a matéria já foi sumulada pelo Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, tendo, inclusive, efeito vinculante em relação à Administração Tributária Estadual e aos contribuintes e responsáveis.



Observemos a redação do artigo 90, § 3º, da Lei nº 10.094/13, bem como o teor da Súmula 03, publicada no Diário Oficial Eletrônico da SEFAZ, em 19/11/2019:

Lei nº 10.094/13:

Art. 90. Compete ao Conselho de Recursos Fiscais, apreciar proposta de súmula para consolidar suas decisões reiteradas e uniformes.

(...)

§ 3º Depois de publicada no Diário Oficial Eletrônico da Secretaria de Estado da Receita - DOe-SER, a súmula terá efeito vinculante em relação à Administração Tributária Estadual e aos contribuintes e responsáveis.

Portaria nº 00311/2019/SEFAZ:

SÚMULA 03 – A declaração de inconstitucionalidade de lei não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos. (Acórdãos nºs: 436/2019; 400/2019; 392/2019; 303/2019; 294/2018; 186/2019; 455/2019).

Dessa forma, mantenho os percentuais das multas fixados na instância singular, por considerar que estão em consonância com a legislação tributária em vigor.

Multa por reincidência.

No tocante à multa recidiva, prevista no artigo 39 da Lei nº 10.094/13, a instância *a quo* fez análise exauriente da matéria e o único processo candidato a promover reincidência (Processo 1809482013-6), somente teria esse efeito a partir de 02/10/2018.

Portanto, considerando que os fatos geradores levantados no auto de infração ora em análise, ocorreram no exercício de 2015, confirma-se a não configuração de reincidência, mantendo-se a exclusão dessa parcela da multa aplicada, em consonância com a decisão singular.

Dos Créditos Tributários.

Por fim, com todos os ajustes realizados, venho a considerar devido o seguinte crédito tributário do FUNCEP no Auto de Infração nº 93300008.09.00000235/2020-90:

AUTO DE INFRAÇÃO				VALORES EXCLUÍDOS			VALORES DEVIDOS		
Mês	FUNCEP	MULTA	RECIDIVA	FUNCEP	MULTA	RECIDIVA	FUNCEP	MULTA	TOTAL
jan-15	71.493,28	71.493,28	35.746,64	71.493,28	71.493,28	35.746,64			
fev-15	90.728,71	90.728,71	45.364,36	90.728,71	90.728,71	45.364,36			
mar-15	28.084,13	28.084,13	14.042,07	25.506,70	25.506,70	14.042,07	2.577,43	2.577,43	5.154,86
abr-15	37.733,25	37.733,25	18.866,63	156,79	156,79	18.866,63	37.576,46	37.576,46	75.152,92
mai-15	33.144,27	33.144,27	16.572,13	334,83	334,83	16.572,13	32.809,44	32.809,44	65.618,88
jun-15	47.253,87	47.253,87	23.626,94	119,63	119,63	23.626,94	47.134,24	47.134,24	94.268,48
	308.437,51	308.437,51	154.218,77	188.339,94	188.339,94	154.218,77	120.097,57	120.097,57	240.195,14



Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo *provimento parcial de ambos*, para alterar a sentença monocrática, julgando *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000235/2020-90, lavrado em 12/02/2020, contra a empresa, BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.900.478-3, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no **valor total de R\$ 240.195,14** (duzentos e quarenta mil, cento e noventa e cinco reais e quatorze centavos), **sendo R\$ 120.097,57** (cento e vinte mil, noventa e sete reais e cinquenta e sete centavos) de FUNCEP, nos termos do art. 2º, I da Lei nº 7.611/2004, e **R\$ 120.097,57** (cento e vinte mil, noventa e sete reais e cinquenta e sete centavos), de multa por infração, nos termos dos art. 8º, da Lei nº 7.611/2004.

Cancelo o montante total de R\$ 530.898,65, sendo R\$ 188.339,94 de FUNCEP; R\$ 188.339,94 de multa por infração e R\$ 154.218,77 de multa recidiva.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência, em 28 de agosto de 2024.

Heitor Collett
Conselheiro Relator