



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

Processo nº1863622014-9

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente:BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

Recorrida:GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

Preparadora:CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA SEFAZ-CAMPINA GRANDE

Autuante(s):MARCELO CRUZ DE LIRA E MÔNICA GONÇALVES S. MIGUEL.

Relator:CONSº. PETRONIO RODRIGUES LIMA

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

Saída de bebidas alcoólicas sem emissão de notas fiscais, além da cobrança do ICMS devido, enseja no recolhimento do FUNCEP, acompanhada da respectiva penalidade, nos termos da legislação estadual vigente. Contudo, a ausência da previsão legal à época dos fatos geradores para aplicação de penalidade, ensejou o afastamento da multa proposta na exordial.

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

A C O R D A M os membros da Segunda Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002412/2014-25, lavrado em 14/12/2014, contra a empresa BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.067.310-0, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 570,73 (quinhentos e setenta reais e setenta e três centavos), referente ao FUNCEP, por infringência ao art. 2º, I, “g”, da Lei nº 7.611/04.

Ao tempo em que mantém cancelado o valor de R\$ R\$ 570,73 (quinhentos e setenta reais e setenta e três centavos) de multa por infração, por indevida na época do fato gerador.

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 26 de julho de 2019.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA e DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES.

FRANCISO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor Jurídico

Relatório

#Trata-se do recurso voluntário, interposto no molde do art. 77 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002412/2014-25, lavrado em 14/12/2014, (fl. 3), onde consta descrita a seguinte irregularidade:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte deixou de recolher o FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

NOTA EXPLICATIVA:

FUNCEP ORIGINÁRIO DA DIFERENÇA LEVANTADA NO QUANTITATIVO DO EXERCÍCIO DE 2010 COBRADA NO AI DE NÚMERO 93300008.09.00002411/2014-80.

Os representantes fazendários constituíram o crédito tributário na quantia de R\$ 1.141,46 (um mil, cento e quarenta e um reais e quarenta e seis centavos), sendo R\$ 570,73 (quinhentos e setenta e reais e setenta e três centavos) de FUNCEP não recolhido, por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611 de 30/06/2004, e R\$ 570,73 (quinhentos e setenta e reais e setenta e três centavos), de multa por infração, arrimada no artigo 8º da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414 de 12/07/2011, ao tempo em que juntaram aos autos os demonstrativos das vendas de mercadorias sem documento fiscal, que ensejaram na acusação em tela, fl. 7.

Cientificada a acusada de forma pessoal em 19/12/2014, conforme comprovação verificada na peça vestibular, esta ingressou com peça reclamatória tempestivamente, protocolada em 15 de janeiro de 2015, exercitando seus direitos frente ao Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, verificado às fls. 9 a 23, por meio de seus representantes legais (instrumentos procuratórios e de substabelecimentos às fls. 24 a 53), mediante a qual requer a nulidade ou a improcedência do lançamento de ofício em tela, ou, alternativamente, a redução ou afastamento da multa infracional

neste sugerida e, para esses fins, alega as razões de sua discordância das acusações fiscais, mediante preliminares e questões de mérito, bem como pedido de perícia.

Seguindo os trâmites procedimentais, e verificada a presença de antecedentes fiscais, fls. 57 e 58, mas sem caracterização de reincidência da infração ora em questão, foram os autos remetidos à instância monocrática e distribuídos à julgadora fiscal Adriana Cássia Lima Urbano, que, após análise, decidiu pela *parcial procedência* do feito acusatório, fls. 57 a 64, proferindo a seguinte ementa:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP. REGRA DO ARTIGO 2º, I, DA LEI Nº 7.611/2004. EXIGÊNCIA. INFRAÇÃO APURADA. FALTA DE PREVISÃO LEGAL PARA APLICAÇÃO DE MULTA. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA ACUSAÇÃO. PEDIDO DE DILIGÊNCIA. INDEFERIMENTO.

Constitui receita do FUNCEP/PB a parcela do produto da arrecadação correspondente ao adicional de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS, incidente sobre as bebidas alcoólicas.

Inaplicável o percentual de multa sobre a falta de recolhimento do FUNCEP antes da vigência da Lei nº 9.414, de 12 de julho de 2011.

Os elementos carreados aos autos são suficientes para formar o convencimento do julgador fiscal, mostrando-se inócuo o procedimento requerido para o deslinde da lide. Pedido indeferido com fulcro no artigo 61 da Lei nº 10.094/13.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Notificada da decisão singular em 14/6/2018, por meio eletrônico, fl. 67, a empresa autuada ingressou com Recurso Voluntário, fls. 69 a 92, protocolado em 13/7/2018, fl. 68, em que aborda, em síntese, os seguintes pontos em sua defesa:

- a. Conforme pronunciado em reclamação, aduz a necessidade de julgamento conjuntamente com o Auto de Infração nº 93300008.09.00002411/2014-80, alegando dependência;
- b. Aduz que não teriam sido levadas em conta pela fiscalização as perdas normais no processo de comercialização, armazenagem, expedição e distribuição, comprovadas por meio do relatório da ABRAS - Associação Brasileira de Supermercados, apresentada na impugnação;
- c. que teria havido erro na classificação dos produtos autuados, como a Sidra, que não faria parte do rol das bebidas alcoólicas;
- d. a fiscalização não teria considerado o desmembramento do produto em outros códigos, no levantamento quantitativo de mercadorias;
- e. que a multa aplicada teria sido desproporcional e de caráter confiscatório, citando jurisprudências a respeito da matéria, e cita o artigo 112 do CTN, que em caso dúvida deveria ter sido aplicada a interpretação mais favorável ao contribuinte;
- f. ao final, com pedido de sustentação oral, requer a improcedência do auto de infração

guerreado, destacando pedido de perícia e diligência fiscal-contábil, arguindo inconstitucionalidade da Lei nº 7.611/2004.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a esta relatoria, na forma regimental, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso voluntário, interposto contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002412/2014-25, lavrado em 14/12/2014, fl. 3, contra a empresa BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., devidamente qualificada nos autos.

Antes da análise do mérito da contenda, determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional.

Vislumbro que o libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, bem como a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme se depreende dos artigos 14 a 17, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013.

Assim, a lavratura do auto de infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto dessa lide, e ainda, oportunizaram-se ao reclamante todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa e o contraditório, que assim o fez, quando da apresentação das suas peças de defesa (impugnação e recurso voluntário) de forma tempestiva.

Em relação ao pedido de perícia, a legislação tributária deste Estado, no âmbito da justiça administrativa, não prevê a produção de prova pericial. Quanto ao pedido de diligência fiscal, entendo ser esta desnecessária frente aos elementos carreados aos autos, que são suficientes para elucidação da presente contenda, mormente o fato de que a auditoria tomou por base as informações prestadas pelo próprio sujeito passivo, em sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, bem como não cabe aos órgãos julgadores administrativos se pronunciarem quando a

inconstitucionalidade de norma, pretendida pela recorrente, conforme previsão legal (art. 55, da Lei nº 10.094/13)[1].

Portanto, comungando com o entendimento do juíz “a quo”, indefiro o pedido de perícia e diligência pretendidas pela recorrente, nos termos do art. 59, §1º, da Lei nº 10.094/13[2].

A *quaestio juris* versa sobre a acusação de Falta de Recolhimento do FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, no exercício de 2010, de acordo com o quadro demonstrativo à fl. 7, originado do Levantamento Quantitativo de Mercadorias, em que se evidenciou vendas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais, denunciadas por meio do Auto de Infração nº 93300008.09.00002411/2014-80.

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, como o serviço de comunicação, objeto da presente demanda, in verbis:

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;

(...)

No caso em evidência, a parcela destinada ao FUNCEP tem seu nascedouro do resultado da aplicação do adicional de 2 % na alíquota do ICMS, cuja base de cálculo é o valor da operação,

tratando-se do ICMS sobre a saída de mercadorias do estabelecimento, consoante se infere do artigo 14 do RICMS/PB, infracitado:

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;

(...)

Alega a recorrente a existência de dependência desta acusação com o Auto de Infração nº 93300008.09.00002411/2014-80, acima já mencionado. De fato, a presente acusação decorreu quando a fiscalização realizou o Levantamento Quantitativo de Mercadorias, em que se identificou vendas de mercadorias sem documento fiscal, que ensejou na lavratura da peça acusatória por ela citada, que originou o Processo nº 1863602014-0.

Das mercadorias denunciadas foram identificadas aquelas sobre as quais incidiriam também o FUNCEP, tratando-se, no caso, de bebidas alcoólicas, conforme demonstrativo à fl. 7, objeto da autuação ora em exame.

Pois bem. O processo nº 1863602014-0 já foi julgado por esta Corte, por meio do Acórdão nº 199/2019, que decidiu pela procedência parcial, afastando tão-somente os valores relativos aos produtos que não são objetos de vendas pela recorrente, como pallets, caixas plásticas, camisa térmica, etc., confirmando a denúncia para os demais produtos. Vejamos os termos do citado Acórdão, de relatoria do íncrito Cons.º Anísio de Carvalho Costa Neto:

NULIDADE. NÃO CONFIGURADA. MINUDENTE DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO IMPUTADA. GARANTIDOS A AMPLA DEFESA, O CONTRADITÓRIO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. CRÉDITO FISCAL DE ICMS NA AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. APROVEITAMENTO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. ATIVIDADES DE PANIFICAÇÃO E CONGELAMENTO DE ALIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. CRÉDITO FISCAL NA AQUISIÇÃO DE ATIVO FIXO. INOBSERVÂNCIA DOS COEFICIENTE ESTABELECIDOS EM LEGISLAÇÃO. CRÉDITO FISCAL NA AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ISENTAS E SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VEDAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. INDICAR COMO ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS MERCADORIAS SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. REDUÇÃO DO MONTANTE DO TRIBUTOS DEVIDO A RECOLHER. VENDAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. APLICÁVEL. REINCIDÊNCIA INFRACIONAL. NÃO CARACTERIZADA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. ALTERADA, QUANTO AOS VALORES, A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Em regra, não se configura nulidade quando se constata que o contribuinte exerceu, em toda sua plenitude, o direito à ampla defesa e ao contraditório, demonstrando-se o respeito ao devido processo legal.

Não gera direito ao crédito de ICMS as aquisições de energia elétrica de estabelecimentos comerciais, inclusive às referentes ao processo de panificação e congelamento, em conformidade com jurisprudência pátria. Assim como também é vedado o direito ao crédito de ICMS para fins de compensação do imposto nas aquisições de mercadorias sujeitas à isenção e à substituição tributária.

Indicar como isentas ou não tributadas mercadorias sujeitas à incidência do imposto resulta na redução, indevida, do montante do ICMS devido a recolher, em grave afronta à legislação estadual vigente, passível de autuação e levantamento do crédito tributário cabido.

O Levantamento Quantitativo é técnica autorizada em lei para levantar diferença tributável passível de detecção de tributo omitido, sendo obrigatória a lavratura de auto de infração para constituição do crédito tributário devido. Deve ser excluído o crédito tributário referente ao levantamento quantitativo quanto às mercadorias que não são objeto de mercancia por parte do autuado.

Não se constitui reincidência a prática de infração em momento anterior àquele eleito pela legislação como termo inicial da contagem do prazo quinquenal de verificação da conduta supostamente reincidente. (grifo nosso)

Portanto, sendo excluídas as mercadorias que não eram objeto de mercancia, restou configurada a infração de vendas sem emissão de documentos fiscais, devendo ser mantida a exigência do FUNCEP sobre o valor das operações das mercadorias que evidenciam sua incidência.

Quanto à alegação que produtos como Sidra e similares não seriam alcoolizados, é pertinente esclarecer que a sidra é uma bebida obtida pela fermentação da maçã, cuja graduação alcoólica vai de 4% a 8% em volume^[3], existindo exceção para as desalcoholizadas, que devem conter esta informação em sua apresentação e especificação, que não é o caso das bebidas denunciadas, como se evidencia na descrição dos produtos, em detrimento das alegações da recorrente, que não apresentou provas destas. Portanto, tais argumentações não prosperam como objeto de defesa capaz de afastar a incidência do FUNCEP.

Quanto ao questionamento sobre as perdas normais no processo de comercialização, armazenagem, expedição e distribuição, indicadas por meio do relatório da ABRAS - Associação Brasileira de Supermercados, bem como os argumentos de que a fiscalização teria desconsiderado desmembramentos de produtos em outros códigos, estes já se esauriram no âmbito do Processo nº 1863602014-0, no Acórdão nº 199/2019, supracitado, consoante seu texto, cujo fragmentos abaixo transcrevo:

“Ressalte-se, ainda, que não há qualquer vinculação desses produtos a um novo subproduto, objeto de desmembramento do original. Havendo erro em sua escrituração, ele só faz prova contra o recorrente, jamais contra a Fazenda Pública. Assim é que, se há erro e disso decorre a consequência de tributo a recolher, que o contribuinte faça prova do contrário.

(...)

Relativamente às perdas de produtos, as quais teriam impossibilitado sua venda e que, entretanto, não teriam sido consideradas pela Fiscalização nos trabalhos referentes ao Levantamento Quantitativo, entendo que se trata de uma questão que envolve a materialidade do fato e, portanto, o estabelecimento que se depara com circunstâncias dessa natureza compete adotar as providências necessárias a prevenir prejuízos fiscais, quais sejam, promover a emissão de nota fiscal, com CFOP 5.927, para lançamento a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração, e efetuar a anulação dos créditos fiscais relativos à entrada das mercadorias objeto de sinistro (furto, roubo, extravio, deterioração, quebra normal) ou de qualquer outro evento que impossibilite a

realização da operação posterior (art. 85, IV do RICMS/PB).

Isto considerando, não subsiste dúvidas quanto à regularidade do procedimento utilizado pela fiscalização, devendo ser mantida a integralidade do feito fiscal no que tange à acusação de vendas sem emissão de documentação fiscal.”

No tocante à penalidade proposta na inicial, comungo com a decisão preliminar, que de forma acertada, afastou a multa pelo não recolhimento do FUNCEP, já que se refere a fatos anteriores a vigência da Lei nº 9.414/2011, publicada em 12/07/2011, que acrescentou à Lei nº 7.611/2004, o dispositivo referente à penalidade ora em comento.

Por fim, quanto à aplicação da interpretação mais favorável ao contribuinte em caso de dúvida, não cabe na presente contenda, haja vista que não houve dúvidas que pudessem interferir nesta decisão, uma vez que a matéria de acusação e a apresentada na defesa e no recurso voluntário, bem como as provas carreadas aos autos, foram suficientes para o deslinde desta demanda, conforme a análise supra.

Por todo exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002412/2014-25, lavrado em 14/12/2014, contra a empresa BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.067.310-0, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 570,73 (quinhentos e setenta reais e setenta e três centavos), referente ao FUNCEP, por infringência ao art. 2º, I, “g”, da Lei nº 7.611/04.

Ao tempo em que mantenho cancelado o valor de R\$ R\$ 570,73 (quinhentos e setenta reais e setenta e três centavos) de multa por infração, por indevida na época do fato gerador.

Segunda Câmara de Julgamento. Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 26 de julho de 2019..

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator