



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

Processo nº1719372016-3

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente:TOBRAS DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS.

Recorrida:GERÊNCIA EXEC.DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS GEJUP.

Repartição Preparadora: SUBGER.DA REC.DE RENDAS DA GER.REG.DA 1ª REGIÃO.

Autuante:JOACIR URBANO PEREIRA.

Relatora:CONS.^a DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES.

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.

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 da relatora, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *desproimento*, para manter a sentença monocrática, que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002599/2016-29, lavrado em 13/12/2016, contra a empresa TOBRAS DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA., inscrição estadual nº 16.145.537-9, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 14.391,00 (quatorze mil, trezentos e noventa e um reais), sendo R\$ 7.195,50 de FUNCEP não recolhido, por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611 de 30/06/2004, e R\$ 7.195,50, de multa por infração, arrimada no artigo 8º da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414 de 12/07/2011.

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 24 de

outubro de 2019.

DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES
Conselheira Relatora

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 PETRONIO RODRIGUES LIMA.

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 *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002599/2016-29, lavrado em 13/12/2016, (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:

IRREGULARIDADE CONSTATADA PELA FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP, CONSTATADA PELAS DIFERENÇAS A MAIOR APURADAS ATRAVÉS DO LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE MERCADORIAS DO PRODUTO GASOLINA “A”, REFERENTE AOS EXERCÍCIOS DE 2014 E 2015.

OBSERVAÇÃO: ACRESCENTE-SE AOS ARTIGOS DADOS POR INFRINGIDOS O ART. 172, INCISO VI E O ARTIGO 160, INCIDOS V E VII, AMBOS DO RICMS/PB, APROVADO PELO DECRETO 18.930/97.

O representante fazendário constituiu o crédito tributário na quantia de **R\$ 14.391,00 (quatorze mil, trezentos e noventa e um reais)**, sendo **R\$ 7.195,50** de FUNCEP não recolhido, por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611 de 30/06/2004, e sendo **R\$ 7.195,50**, 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 do quantitativo de estoque do produto gasolina “A” nos exercícios de 2014 e 2015, que ensejaram na acusação em tela, fls. 4 a 6, com arquivo em mídia CD.

Cientificada por edital, fl., 10, em 30/12/2016, conforme comprovação verificada na peça vestibular, a autuada ingressou com peça reclamatória tempestivamente, protocolada em 31/1/2017, exercitando seus direitos frente ao Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, verificado às fls. 11 a 31, por meio de seus representantes legais (instrumentos procuratórios e de substabelecimentos às fls. 32 a 52), mediante a qual defende que:

- a) resalta a tempestividade da impugnação;
- b) que a autuação decorre de mera variação volumétrica decorrente do aumento da temperatura;
- c) que a fiscalização desconsiderou a variação definida na legislação de 0,6%, não merecendo ser objeto de qualquer tipo de sanção, pois há expressa vedação de cobrança de tributo sem respaldo de lei;
- d) discorre sobre a previsão disciplinada no Convênio de ICMS 110/2007 o qual regulamenta a substituição tributária para combustíveis, sendo definitiva sua tributação;
- e) a multa aplicada é desproporcional e viola o princípio da razoabilidade e do não-confisco;
- f) por fim, requer a improcedência da autuação e a redução da penalidade.

Seguindo os trâmites procedimentais, e não verificada a presença de antecedentes fiscais relacionadas com a acusação em tela, fl. 70, foram os autos remetidos à instância monocrática e distribuídos ao julgador fiscal JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, que, após análise, decidiu pela *procedência* do feito acusatório, fls. 72 a 84, proferindo a seguinte ementa:

**FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP NA COMERCIALIZAÇÃO DE GASOLINA “A”.
LEVANTAMENTO QUANTITATIVO INCIDENTE SOBRE DIFERENÇA VOLUMÉTRICA. DENÚNCIA
CONFIGURADA.**

- Materializada a falta de recolhimento do FUNCEP sobre as diferenças apuradas na comercialização de gasolina, em conformidade com o disposto no art. 2º, I, “f” da Lei nº 7.611/2004, que estabelece o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza no Estado da Paraíba – FUNCEP/PB, cujo valor corresponde a um adicional de 2% à alíquota do ICMS correspondente às operações realizadas com os produtos especificados.

- Alegações de confisco e de desproporcionalidade da multa aplicada não acolhidas.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Notificada da decisão singular, por via postal, em 17/10/2018, fl., 86, a empresa autuada ingressou com Recurso Voluntário, fls. 108 a 133, protocolado em 16/11/2018, fl. 107, em que aborda, em síntese, os seguintes pontos em sua defesa:

- a. discorre sobre a tempestividade do recurso e sobre os fatos;
- b. a autuação é equivocada pois a fiscalização pautou-se em parâmetros absolutamente distintos do que dispõe a legislação tributária regulatória acerca da matéria objeto do auto de infração;
- c. reforça que não resta configurada hipótese de incidência do ICMS-FUNCEP tipificado em lei quanto ao aumento volumétrico dos combustíveis em decorrência da temperatura ambiente;
- d. alega que a obrigatoriedade da comercialização de combustíveis a 20° C é tão evidente que em 2015 foi editado o convênio de ICMS nº 61, que alterou a redação da Cláusula Nona do Convênio ICMS nº 110/07, de modo que expressamente incluiu a questão da variação volumétrica da temperatura na base de cálculo do ICMS-ST;
- e. aduz que a autoridade administrativa deixou de aplicar o fator de conversão necessário para que as saídas de GASOLINA-A e de Óleo Diesel, no período em objeto, fossem aferidas sob a mesma condição de temperatura;
- f. alega que os órgãos reguladores permitem a variação de 0,6% e que na Paraíba esta previsão está disposta no art. 286, §8º do RICMS-PB e menciona doutrina sobre o tema;
- g. discorre sobre a sistemática da substituição tributária, defendendo a definitividade do tributo recolhido por substituição tributária;
- h. reafirma que a aplicação da multa ofende a jurisprudência do STF e o princípio do não-confisco;
- i. por fim, requer que a decisão recorrida seja integralmente reformada, a intimação dos seus advogados para sustentação oral de sua tese recursal.

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

Em havendo pedido de sustentação oral, esta relatoria encaminhou o processo para que a assessoria jurídica desta casa emitisse parecer sobre o pleito analisado, constante às fls. 139 a 145 dos autos.

Eis o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso voluntário, interposto contra decisão de primeira instância que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002599/2016-29, lavrado em 13/12/2016, fl. 3, contra a empresa TOBRAS DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA., devidamente qualificada nos autos.

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.

Não obstante, cabe esclarecer que a matéria aqui tratada está umbilicalmente relacionada com a do Processo nº **1719092016-1**. Assim, estamos aqui a analisar unicamente a falta de recolhimento da parcela do FUNCEP, em face das acusações constantes no processo acima mencionado, portanto, não nos compete neste momento conjecturar sobre a pertinência do mérito relativo às denúncias constantes naquele processo, o qual já foi definitivamente julgado em segunda instância administrativa.

Mérito

A questão versa sobre a acusação de Falta de Recolhimento do FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, nos exercícios de 2014 e 2015, de acordo com os quadros demonstrativos referentes às notas fiscais de entrada da combustível gasolina “a” emitidas pela a empresa, às fls. 4 e 5 e relatórios constantes em mídia CD, constante à fl. 6.

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:

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; (g.n.).

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 300 (trezentos) quilowatts/hora mensais; (Grifo nosso).

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 da 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;

(...)

Extrai-se dos autos que o presente contencioso teve origem em virtude da irregularidade constatada pelo não recolhimento do ICMS-ST por meio do levantamento quantitativo de estoque, dos produtos Gasolina e Óleo Diesel, referentes aos exercícios de 2014 e 2015, cobrado por meio do Auto de Infração nº 93300008.09.00002598/2016-84, Processo nº **1719092016-1**, 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 procedente no citado processo, já que decorre do mesmo fato gerador do imposto estadual.

Das mercadorias denunciadas foram identificadas àquelas que incidiriam também o FUNCEP, tratando-se, no caso, de Combustível Gasolina “A”, conforme demonstrativo às fls. 4 a 6, objeto da autuação ora em exame.

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 dispositivos legais que preconizam a sujeição passiva, a incidência, base de cálculo, as alíquotas aplicáveis e o momento do fato gerador.

Pois bem. O processo nº 1719092016-1, cujos argumentos de defesa em relação aos fatos geradores do ICMS são os mesmos contidos no recurso voluntário, ora em análise já foi julgado por esta Corte, por meio do Acórdão nº 118/2019, que decidiu pela procedência, por unanimidade. Vejamos os termos do citado Acórdão:

ACÓRDÃO Nº. 118/2019

PROCESSO Nº 1719092016-1

TRIBUNAL PLENO DE JULGAMENTO

Recorrente: TOBRAS DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS

**Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE
PROCESSOS FISCAIS - GEJUP**

**Repartição Preparadora: COLETORIA ESTADUAL DE PRIMEIRA
CLASSE - CABEDELO**

Autuante: JOACIR URBANO PEREIRA

Relatora: CONS.^a THAIS GUIMARÃES TEIXEIRA

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.

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, de forma que todos os argumentos foram devidamente analisados no Acórdão 118/2019, 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, pois a exigência do imposto estadual foi analisada e decidida em processo próprio, transitado em julgado na via administrativa, conforme abaixo se evidencia nos trechos da decisão, em que trata os argumentos trazidos no recurso voluntário, que passo a demonstrar a seguir:

Passando à análise de mérito, como se sabe, o levantamento quantitativo é um procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado.

A técnica consiste em confrontar, em cada exercício fechado, as mercadorias disponíveis para vendas (EI + C) com a soma das saídas mais o estoque final (S + EF), devendo ser satisfeita a equação $EI + C = S + EF$. As eventuais diferenças denotam irregularidade, sujeitando o contribuinte ao pagamento do imposto, no caso, por substituição tributária, na forma da legislação tributária.

Analizando-se a denúncia posta, verifica-se que foram constatadas aquisições de combustíveis (Gasolina A e Óleo Diesel), nos exercícios de 2014 e 2015, sem o recolhimento do ICMS-ST, demonstrativos acostados e mídia digital, infringindo aos artigos 391 e 399, do RICMS/PB, in verbis:

Art. 391. Fica atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto e respectivos acréscimos legais, na qualidade de sujeito passivo por substituição, ao:

I – industrial, comerciante, produtor, extrator, gerador, inclusive de energia elétrica ou outra categoria de contribuinte, em relação às mercadorias ou bens constantes do Anexo 05 (Lei nº 7.334/03);

II - contratante de serviço ou terceiro, nas prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação de que participem (Lei nº 7.334/03);

§ 1º A responsabilidade será atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

§ 2º A responsabilidade será também atribuída:

I - ao contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, em relação às operações subseqüentes;

II - às empresas geradoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de sujeito passivo por substituição pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação.

§ 3º Nas operações interestaduais com as mercadorias de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior, que tenham como destinatário consumidor final, o imposto incidente a operação será devido ao Estado onde estiver localizado o adquirente e será pago pelo remetente.

§ 4º O sujeito passivo por substituição sub-roga-se em todas as obrigações do contribuinte substituído, relativamente às operações internas.

§ 5º A substituição tributária não exclui a responsabilidade do contribuinte substituído, na hipótese de o documento fiscal próprio não indicar o valor do imposto, objeto da substituição tributária.

§ 6º O recolhimento do imposto pelo regime de substituição tributária encerrará a fase de tributação e não dará ensejo a utilização de crédito fiscal pelo adquirente, ressalvado o disposto no art. 72, incisos II, V, VI e VII.

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

I - o contribuinte de outra unidade da Federação que realizar, inclusive por meio de veículos, operações com produtos sujeitos à retenção antecipada do imposto, sem destinatário certo neste Estado;

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

Art. 399. O recolhimento do imposto nas operações com produtos submetidos ao regime de substituição tributária será efetuado:

I - no momento da entrada do produto no território deste Estado, nos casos de operações efetuadas sem a retenção antecipada;

II - até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador:

a) nas operações procedentes de outra unidade da Federação, sem retenção antecipada, destinadas a contribuintes que possuam Regime Especial concedido pelo Secretário de Estado da Receita;

b) nas operações internas com retenção, promovidas por estabelecimento industrial, comércio atacadista, distribuidor e/ou depósito;

c) nas prestações de serviços de transporte com retenção, realizadas por contribuintes inscritos no CCICMS;

IV - nas operações com cimento será observado o seguinte:

a) se internas, até o 5º (quinto) dia útil após a quinzena em que houver ocorrido a retenção;

b) se interestaduais:

1. entre o Estado da Paraíba e os Estados das regiões Norte Nordeste, até o 5º (quinto) dia após a quinzena em que houver ocorrido a retenção;

2. entre o Estado da Paraíba e os Estados das regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste, até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao da respectiva saída;

V - relativamente a fato gerador ocorrido antes da entrada da mercadoria ou do serviço prestado ao sujeito passivo por substituição até o 5º (quinto) dia útil do mês subsequente àquele em que ocorrer a respectiva entrada;

VI - até o dia 10 (dez) do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, nos demais casos não previstos neste artigo.

In casu, o exame de auditoria detectou que havia na empresa estoques de mercadorias (óleo diesel e gasolina "A"), cujos produtos, no dizer da autuada, são originados de um aumento de temperatura, chamados ganhos operacionais.

Ao se contrapor à acusação, a defesa, por meio de sua peça recursal, alega a ausência de previsão legal para a cobrança de ICMS sobre suposto ganho volumétrico decorrente de variação de temperatura, não havendo que se falar em ganho ou perda de volume, pois o estoque é ajustado à temperatura de 20° C.

Necessário se faz destacarmos 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.

Pois bem, quanto ao fator da medição, com efeito, os combustíveis saem da refinaria a uma temperatura convertida para o padrão de 20°C, conforme estabelecido na Portaria MTIC nº 27, de 19/2/1959, podendo ocorrer variação no seu volume em razão de fatores como evaporação, manuseio na sua comercialização, ou mudança de temperatura no local em que é estocado ou comercializado, principalmente em nossa região onde a temperatura se situa geralmente em patamares bem superiores aos 20° C.

No entanto, apesar da legislação reguladora do setor de distribuição de combustíveis determinar que as refinarias realizem suas vendas de combustíveis, utilizando como unidade o volume a 20°C, esse mesmo procedimento não é exigido, quando as distribuidoras realizam vendas para seus clientes.

Mister se faz esclarecermos que, ao contrário do que argumenta a recorrente e em consonância com a decisão proferida pelo julgador singular, 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 e 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.

Nesse sentido, tendo em vista o que preceitua o inciso VI do artigo acima transcrito, para o caso em apreço, pode-se considerar as regras contidas nos incisos V e VII do art. 160 do RICMS-PB, os quais determinam que seja emitida a nota fiscal de entrada, prevendo a regularização do estoque do contribuinte em razão da diferença de quantidade. Vejamos:

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.

Sendo assim, rejeito as justificativas apresentadas pela defendente, pelos motivos já expostos.

Caracterizado o descumprimento da obrigação tributária principal, impõe-se a aplicação da medida punitiva insculpida no artigo 82, V, “c”, da Lei nº 6.379/96, *in verbis*:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

V - de 100% (cem por cento):

(...)

c) aos que entregarem, remeterem, transportarem, receberem, estocarem ou depositarem mercadorias sujeitas a substituição tributária, sem o recolhimento do imposto;

No que se refere às alusões da autuada de que o percentual cobrado é desproporcional e confiscatório, entendo que o exame de tais considerações demandaria, por consequência, na análise da constitucionalidade ou não do dispositivo que lhe dá embasamento, devido à sua estreita vinculação com os princípios constitucionais da proporcionalidade e do não confisco, o que está fora da competência deste tribunal administrativo, conforme determinação do art. 55, da Lei nº 10.094/2013, abaixo reproduzido:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - a aplicação de equidade.

Feitas as considerações e após analisar o caderno processual, hei de concluir que a sentença da primeira instância de julgamento está correta, uma vez que a ação fiscal tem respaldo nos dispositivos de lei supracitados e nos próprios lançamentos realizados pela autuada em sua escrita, daí porque mantenho a decisão singular, caso em que estou desprovendo o recurso voluntário.

É bem verdade que a empresa trouxe aos autos apenas alegações, não trouxe elementos que pudessem comprovar que o combustível excedente se originou de dilação térmica de temperatura. Afirma que o percentual de dilação volumétrica aceitável é de 0,6% (seis centésimos por cento) e que a própria legislação do Estado da Paraíba é assente quanto a esse percentual, conforme artigo 286, III, 13 "f", e ainda os §§ 7º e 8º do RICMS/PB.

Importante esclarecer quanto a este tópico, que a legislação que estabelece um percentual de dilação volumétrica aceitável de 0,6% trata do controle realizado pelos Postos Revendedores de Combustível e não é específica para as Distribuidoras de Combustível.

Por fim, comprovada a legalidade da incidência do FUNCEP nas operações com gasolina, a fiscalização aplicou multa no percentual de 100% (cem por cento), tomando como base o art. 8º da Lei nº 7.611/2004, acrescentado pela Lei nº 9.414/2011, verbis:

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."

Assim, sendo o fato gerador do FUNCEP o mesmo do ICMS - ST exigido no Auto de Infração nº 93300008.09.00002598/2016-84, Processo nº **1719092016-1**, julgado e decidido por meio do Acórdão nº 118/2019, pela procedência do ICMS exigido, em cujos fundamentos foram acima demonstrados, tem-se, por consequência, a obrigação da cobrança do adicional de 2% a título de FUNCEP, sobre a base de cálculo do ICMS devido, cujo o imposto fora cobrado na citada peça acusatória, transitada em julgado nesta esfera administrativa.

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 *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002599/2016-29, lavrado em 13/12/2016, contra a empresa TOBRAS DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA., inscrição estadual nº 16.145.537-9, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de **R\$ 14.391,00 (quatorze mil, trezentos e noventa e um reais)**, sendo **R\$ 7.195,50** de FUNCEP não recolhido, por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611 de 30/06/2004, e **R\$ 7.195,50**, de multa por infração, arrimada no artigo 8º da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414 de 12/07/2011.

Segunda Câmara de Julgamento. Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 24 de outubro de 2019..

DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES
Conselheiro Relator