



PROCESSO Nº 1091972020-0

ACÓRDÃO Nº 253/2023

TRIBUNAL PLENO

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

1ª Recorrida: BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

Advogado: Sr.º SAMUEL CALLOU SAMPAIO, inscrito na OAB/PE sob o nº 42.396

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

Autuante: SEBASTIÃO MONTEIRO DE ALMAIDA/ ROBERTO FLÁVIO DIAS CÂMARA

Relator: CONS.º LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA.

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA. ACOLHIDA. FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. FUNCEP/PB. FALTA DE RECOLHIMENTO. DENÚNCIA CONFIRMADA. ALEGAÇÃO DE PAGAMENTO DO FUNCEP. NÃO ACOLHIDA. REINCIDÊNCIA. NÃO CARACTERIZADA. MULTA RECIDIVA. AFASTADA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

É devido o recolhimento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza - FUNCEP/PB incidente sobre operações interestaduais de saídas de bebidas alcoólicas, isotônicos, bebidas gaseificadas não alcoólicas e refrigerantes, destinadas ao Estado das Paraíba, conforme disciplina o art. 2º, I, "a", da Lei nº 7.611 de 30/06/2004. Não acolhida a alegação de pagamento do crédito tributário em conjunto com o pagamento do ICMS substituição tributária, visto que o confronto de contas por compensação entre o imposto e o recurso destinado ao FUNCEP não encontra previsão legal, além do que o Fundo tem destinação própria prevista na lei.

- Acolhida a preliminar de decadência, pois o Auto de Infração se consolidou em 3/8/2020, com a ciência da autuada, e como consequência os fatos geradores ocorridos em julho de 2015 já não eram mais passíveis de retificação pelo Fisco, eis que estavam alcançados pela decadência, em vista do exposto nos arts. 150, § 4º, do CTN e, 22, § 3º, da Lei Estadual nº 10.094/2013.



- *Afastada a multa recidiva, uma vez que não foram caracterizados os requisitos estabelecidos no artigo 87 da Lei nº 6.379/96 para sua incidência.*

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 voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo desprovemento de ambos, para manter a decisão da primeira instância que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000602/2020-56, lavrado em 25/03/2020, contra a empresa BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA, inscrição estadual nº 16.900.478-3, já qualificada nos autos, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor de R\$ 1.264.364,18 (um milhão, duzentos e sessenta e quatro mil, trezentos e sessenta e quatro reais e dezoito centavos), sendo R\$ 632.182,09 (seiscentos e trinta e dois mil, cento e oitenta e dois reais e nove centavos) de FUNCEP, como infringente ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611/2004; e multa por infração na quantia de R\$ 632.182,09 (seiscentos e trinta e dois mil, cento e oitenta e dois reais e nove centavos), com fulcro no art. 8º da Lei nº 7.611/2004.

Em tempo, mantenho cancelado, por indevido o crédito tributário no valor de R\$ 380.991,57 (trezentos e oitenta mil, novecentos e noventa e um reais e cinquenta e sete centavos), sendo R\$ 25.960,20 (vinte e cinco mil, novecentos e sessenta reais e vinte centavos) de FUNCEP, e R\$ 25.960,20 (vinte e cinco mil, novecentos e sessenta reais e vinte centavos) de multa por infração por decadência do crédito tributário e R\$ 329.071,17 (trezentos e vinte e nove mil, setenta e um reais e dezessete centavos) de multa recidiva.

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

P.R.I.

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência, em 13 de junho de 2023.

LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente



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

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 1091972020-0

TRIBUNAL PLENO

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

1ª Recorrida: BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

Advogado: Sr.º SAMUEL CALLOU SAMPAIO, inscrito na OAB/PE sob o nº 42.396

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

Autuante: SEBASTIÃO MONTEIRO DE ALMAIDA/ ROBERTO FLÁVIO DIAS CÂMARA

Relator: CONS.º LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA.

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA. ACOLHIDA. FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. FUNCEP/PB. FALTA DE RECOLHIMENTO. DENÚNCIA CONFIRMADA. ALEGAÇÃO DE PAGAMENTO DO FUNCEP. NÃO ACOLHIDA. REINCIDÊNCIA. NÃO CARACTERIZADA. MULTA RECIDIVA. AFASTADA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

É devido o recolhimento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza - FUNCEP/PB incidente sobre operações interestaduais de saídas de bebidas alcoólicas, isotônicos, bebidas gaseificadas não alcoólicas e refrigerantes, destinadas ao Estado das Paraíba, conforme disciplina o art. 2º, I, "a", da Lei nº 7.611 de 30/06/2004. Não acolhida a alegação de pagamento do crédito tributário em conjunto com o pagamento do ICMS substituição tributária, visto que o confronto de contas por compensação entre o imposto e o recurso destinado ao FUNCEP não encontra previsão legal, além do que o Fundo tem destinação própria prevista na lei.

- Acolhida a preliminar de decadência, pois o Auto de Infração se consolidou em 3/8/2020, com a ciência da autuada, e como consequência os fatos geradores ocorridos em julho de 2015 já não eram mais passíveis de retificação pelo Fisco, eis que estavam alcançados pela decadência, em vista do expresso nos arts. 150, § 4º, do CTN e, 22, § 3º, da Lei Estadual nº 10.094/2013.



- *Afastada a multa recidiva, uma vez que não foram caracterizados os requisitos estabelecidos no artigo 87 da Lei nº 6.379/96 para sua incidência.*

RELATÓRIO

Trata-se de recursos de ofício e voluntário contra decisão de primeira instância, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000602/2020-56, lavrado em 25/3/2020, contra a empresa BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA, inscrição estadual nº 16.900.478-3, acima qualificada, em decorrência da seguinte infração:

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: IRREGULARIDADE CARACTERIZADA PELA FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP/PB DEVIDO NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DESTINADAS AO ESTADO DA PARAÍBA. RELATIVO AOS MESES DE APURAÇÃO: 07/2015, 08/2015, 09/2015, 10/2015, 11/2015 E 12/2015, ACRESCENTEM-SE AOS ARTIGOS DADOS POR INFRINGIDOS OS ARTIGOS 2º, I; 3º, II E 4º DO DECRETO 25.618/04. RELATIVO AO PERÍODO DE 01.01.2016 À 31.12.2016, ACRESCENTEM-SE AOS ARTIGOS DADOS POR INFRINGIDOS OS ARTIGOS 2º, I, X E XI; 3º, II E 4º DO DECRETO 25.618/04.

Com supedâneo nesses fatos, os Representantes Fazendários constituíram o crédito tributário na quantia de **R\$ 1.645.355,75 (um milhão, seiscentos e quarenta e cinco mil, trezentos e cinquenta e cinco reais e setenta e cinco centavos)**, sendo R\$ 658.142,29 (seiscentos e cinquenta e oito mil, cento e quarenta e dois reais e vinte e nove centavos) de FUNCEP, por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611/2004, 658.142,29 (seiscentos e cinquenta e oito mil, cento e quarenta e dois reais e vinte e nove centavos) 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 e R\$ 329.071,17 (trezentos e vinte e nove mil, setenta e um reais e dezessete centavos), de multa recidiva, nos termos do artigo 87, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios juntados às fls. 6 a 18.

Cientificado da lavratura do Auto de Infração, por via postal, com Aviso de Recebimento (AR) 3/8/2020 (fls. 07/10), o contribuinte apresentou peça reclamatória, protocolada em 1/9/2020, posta às fls. 20 a 51, com base nos seguintes fundamentos:

- a) Argui preliminarmente a tempestividade da impugnação e depois de uma síntese fática da autuação, alega que se operou a decadência do direito da Fazenda Estadual questionar aspectos relacionados aos créditos tributários, relativos aos fatos geradores ocorridos no mês de julho de 2015;



- b) Que promoveu o recolhimento do FUNCEP e que a planilha fiscal comprova que não houve falta de recolhimento do imposto aos cofres da Fazenda Estadual. Todo o equívoco da Autuação decorre do fato do Autuante não considerar o recolhimento realizado pela Impugnante em uma única GNRE, ou seja, tanto o valor do ICMS/ST quanto o FUNCEP;
- c) Aduz inconstitucionalidades, formal e material, da Lei Estadual nº 7.611/2004, que instituiu o FUNCEP: a uma, pela necessidade de Lei Complementar para a sua criação; a duas, da imprescindibilidade de Lei Complementar para definir os produtos supérfluos;
- d) Dispõe que a multa por infração aplicada é desproporcional, irrazoável, irregular, abusiva e confiscatória, devendo por isso ser anulada (cancelada) ou, no mínimo, reduzida;
- e) Defende 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, parágrafo único, da Lei nº 6.379/96;
- f) Pugna pelo benefício da dúvida, com base no art. 112, do CTN;
- g) Requer a produção de provas através de todos os meios admitidos em direito, em especial a realização de perícia e diligência fiscal contábil, além da posterior juntada de qualquer documento com a finalidade de comprovar suas alegações.

Declarados conclusos, foram os autos remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, ocasião em que foram distribuídos ao julgador fiscal Christian Vilar de Queiroz, que decidiu pela procedência parcial da exigência fiscal, na sentença das fls. 143/160, nos termos da seguinte ementa:

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 03/08/2020, 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 no mês de julho de 2015, restando decaído o crédito tributário referente a esse período mensal.

3. É devido o recolhimento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FUNCEP) incidente sobre operações interestaduais de saídas de bebidas alcoólicas, isotônicos, bebidas gaseificadas não alcoólicas e refrigerantes,



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.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Devidamente cientificada da decisão de primeira instância, por meio de DTe, com ciência em 16/11/2021 (fl. 162), a Reclamante apresentou Recurso Voluntário em 14/12/2021 (fls. 165/196), reiterando as alegações promovidas na instância *a quo*, reforçando e inovando nos seguintes argumentos:

- i. Que o julgamento da primeira instância não apreciou todos os pontos e documentos acostados pela ora Recorrente, uma vez que se limitou a apreciar, no mérito propriamente dito, apenas a questão da legalidade/constitucionalidade do FUNCEP;
- ii. A decisão monocrática em nada se pronunciou sobre o ponto que diz respeito ao pagamento da exigência fiscal em GNRE única, tendo o julgamento em questão superado este ponto sem sequer se posicionar sobre o mesmo, seja a favor ou contra;
- iii. Que o julgamento em questão incorreu em equívoco ao analisar uma nulidade não suscitada na defesa fiscal apresentada, ao abrir um tópico a respeito “*da alegação de nulidade do Auto de Infração por Inexistência de descrição minunciosa dos dispositivos legais supostamente infringidos*”;
- iv. Ainda que se entenda irregular o recolhimento do ICMS/ST e FUNCEP mediante única GNRE, de igual forma não poderá (nem deve) implicar em novo pagamento pela Recorrente via Auto de Infração, sob pena de constituir um verdadeiro “*solve et repete*”, instituto tão repudiado pela doutrina e jurisprudência, ao impor pagamento de tributo como pressuposto de autorização à restituição;
- v. Diante do exposto e forte nestas considerações, requer a Recorrente que seja o presente Auto de Infração devolvido à primeira instância de julgamento para apreciação do argumento em questão sob pena de supressão de instância e, outrossim, preterição ao direito de defesa, ou, caso já esteja o convencimento deste respeitável Conselho firmado para julgar a validade dos pagamentos, que seja a decisão reformada e o Auto de Infração seja julgado IMPROCEDENTE, tendo em vista as razões referidas, que demonstram a fragilidade da acusação fiscal;
- vi. Da improcedência da infração em razão da inconstitucionalidade formal da Lei Estadual no. 7.611/2004 que instituiu o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza no Estado da Paraíba



- (FUNCEP/PB) e necessidade de Lei Complementar para sua criação;
- vii. Da improcedência da infração pela inconstitucionalidade material da Lei Estadual no. 7.611/2004 e necessidade de Lei Complementar para definir produtos SUPÉRFLUOS;
- viii. Da não incidência do ICMS nas transferências, assunto do Tema 1099, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.
- ix. Da Exorbitância da Multa Aplicada e afronta o princípio constitucional do não confisco (art. 150, IV, da CF/88) e do *in dúbio pro contribuinte*.

Ao final, a Recorrente pugna pelo reconhecimento e declaração/decretação das nulidades suscitadas e/ou da improcedência da exigência fiscal nos termos expostos, diante da impropriedade da autuação.

Sucessivamente, a Recorrente pede seja a multa aplicada em valores fixos e razoáveis, afastando a aplicação de valor percentual sobre o valor da operação, pois que flagrantemente ilegal e inconstitucional.

Requer, outrossim, que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Recorrente (art. 112 do CTN).

Protesta a Recorrente pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica e protesta a intimação da inclusão em pauta do presente processo, nos termos do art. 83, da Lei 10.094/2013 para fins de sustentação oral.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, os autos foram distribuídos a esta Relatoria para análise e julgamento.

Considerando o pedido de sustentação oral, solicitamos à Assessoria Jurídica desta Casa a emissão de parecer quanto à legalidade do lançamento, nos termos do art. 20, X, da Portaria nº 0080/2021/SEFAZ, o qual foi juntado aos autos.

Eis o breve relato.

VOTO

Em exame nessa Corte o julgamento do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000602/2020-56 que visa a exigir crédito tributário decorrente da falta de recolhimento do FUNCEP/PB – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA, nos períodos fiscais dos exercícios de 2015 e 2016, conforme peça inicial.

Inicialmente, importa declarar a regularidade do recurso de ofício e que o recurso voluntário apresentado atende ao pressuposto extrínseco da tempestividade, haja vista ter sido interposto dentro do prazo legalmente estabelecido no art. 77 da Lei nº 10.094/13.



Em relação aos aspectos formais, o lançamento tributário foi procedido de acordo com as cautelas da lei, não havendo casos de nulidade considerados nos artigos 14 a 17 da Lei nº 10.094/13.

A identificação do sujeito passivo, a descrição dos fatos, a norma legal infringida, a identificação do autor do feito, o local, à data e à hora da lavratura e a intimação, estão bem determinadas nos autos.

Da alegação de decadência do crédito tributário

A Recorrente alega que se operou a decadência do direito da Fazenda Estadual questionar aspectos relacionados aos créditos tributários, relativos aos fatos geradores ocorridos no mês de julho de 2015.

Em primeira instância o argumento da Recorrente foi acolhido para ser cancelado o crédito tributário de julho de 2015 pelo motivo da decadência.

“Levando-se em consideração a inexistência de ocultação dos fatos, todos registrados, e com as respectivas notas fiscais lavradas, não é possível concluir pela existência de dolo, fraude ou simulação, os quais não se presumem, mormente diante da inexistência de demonstração por parte da autoridade fiscal. Ausente a comprovação do dolo, fraude ou simulação, impõe-se a contagem do prazo decadencial na forma do §4º do art. 150 do CTN.

Destarte, o período fiscal denunciado (julho/2015) só poderia ser alvo de lançamento até julho de 2020, respeitando-se, destarte, o prazo de 05 (cinco) anos a contar da ocorrência do fato gerador. Como a ciência do lançamento em tela ocorreu em 03/08/2020 (fls. 06/09), considero decaído o período fiscalizado, referente aos fatos geradores ocorridos no mês de julho de 2015 e prejudicadas as demais razões de mérito arguidas. ”

Com efeito, consubstanciando-se que a autuada prestou ao Fisco a devida declaração dos valores, por ela apurados, nos períodos elencados no Auto de Infração, aplica-se a regra dos arts. 150, § 4º, do CTN¹ e, 22, § 3º, da Lei Estadual nº 10.094/2013², cabendo a fiscalização se pronunciar, sobre os valores declarados e recolhidos, nos prazos previstos na norma citada, providenciando de ofício o lançamento complementar.

¹Art. 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.

²Art. 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. (g.n.).



Isto posto, a decadência aqui tratada alcança o lançamento fiscal efetuado com finalidade de recuperar o imposto não pago, em decorrência da falta de recolhimento do FUNCEP na qualidade de contribuinte substituto tributário.

Destarte, tendo o Auto de Infração se consolidando em 3/8/2020 (fls. 6/9), com a ciência da autuada, os fatos geradores ocorridos em julho de 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.

Dessa forma, dou como acertada a decisão de primeira instância, que considerou extinto o crédito tributário apurado em razão da decadência, referente aos fatos geradores ocorridos em julho de 2015.

Do pedido de diligência

A impugnante requereu na instância *a quo* a realização de perícia e diligência fiscal contábil, além da posterior juntada de qualquer documento com a finalidade de comprovar suas alegações.

O julgador monocrático, entendeu pela desnecessidade de diligência, ao considerar que os documentos presentes nos autos são suficientes para o entendimento da lide, e assim se pronunciou:

“Quanto à negativa de diligência fiscal solicitada pela defendente, compreendo que ela seria prescindível para formar o meu convencimento sobre a solução adequada ao caso. Ou seja, entendo pela sua desnecessidade, pois considero que os elementos contidos nos autos se mostravam suficientes para a resolução do caso. Portanto, com fulcro no artigo 61 da Lei nº 10.094/131, indefiro o pedido de realização de diligência.”

De fato, a realização de diligências é uma faculdade prevista no art. 59³ da Lei nº 10.094/2013 e tem como fundamentos os princípios da verdade material, da autotutela dos atos administrativos, na busca da justiça fiscal.

Nesse caso, em especial, esclareça-se que as alegações acima expostas pela autuada são todas matérias de interpretação da legislação aplicada à espécie e os documentos acostados aos autos são suficientes para atingir o entendimento da materialidade da infração.

Portanto, ratifico a decisão singular nesse ponto, e entendo pela desnecessidade dessa Relatoria promover diligência, pelos motivos acima expostos.

Do exame de mérito

³ 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.

(...)

§ 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.



Conforme é cediço, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FUNCEP/PB) foi instituído no Estado da Paraíba por meio da Lei nº 7.611, de 30/06/2004, tendo seu objetivo detalhado no art. 1º, transcrito abaixo:

Art. 1º Fica instituído o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza no Estado da Paraíba – FUNCEP/PB/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 mencionada lei detalha as fontes de financiamento do FUNCEP/PB, sobre as quais incidirão o percentual de 2% (alíquota do Fundo). No seu inciso I, alínea “a” (transcrito abaixo), podemos encontrar **as bebidas alcoólicas**, o objeto da presente demanda.

Art. 2º Constituem as receitas do FUNCEP/PB/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; (grifo nosso)

(...)

Ao ser devidamente configurada a ocorrência de falta de recolhimento do adicional de alíquota para o FUNCEP/PB, deve ser aplicada a multa prevista no art. 8º da Lei nº 7.611 de 30/06/2004. Senão vejamos:

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 sujeição passiva por substituição tributária, por expressa determinação legal, é do industrial, comerciante, produtor, extrator, gerador, inclusive de energia elétrica ou outra categoria de contribuinte, em relação às mercadorias ou bens constantes do Anexo 05, fundamento nos art. 391 do RICMS/PB, abaixo reproduzido:

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);



IV – ao remetente da mercadoria, pelo pagamento do imposto devido na prestação de serviço de transporte contratado junto a transportador autônomo ou a empresa transportadora de outra unidade da Federação, não inscrita neste Estado.

(...)

Igualmente, a sujeição passiva em relação a operações sujeitas ao regime de substituição tributária do FUNCEP/PB é do contribuinte que realizar operação na condição de contribuinte-substituto, conforme art. 3º do Decreto nº 25.618, de 17 de dezembro de 2004, *in verbis*:

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-PB, ao contribuinte que realizar:

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

A base de cálculo do FUNCEP/PB é a mesma utilizada para o cálculo do ICMS - Substituição Tributária, a teor do art. 4º do Decreto nº 25.618, de 17 de dezembro de 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;

Os Representantes Fazendários acostaram aos autos os documentos denominados de “*DEMONSTRATIVO DA APURAÇÃO DO FUNCEP NÃO RECOLHIDO*” e “*RECONSTITUIÇÃO DA APURAÇÃO DO FUNCEP*” dos exercícios de 2015 e de 2016 (fls. 12/17) e mídia CD (fls. 18), contendo todos os demonstrativos da autuação.

De acordo com a ora Recorrente, a decisão singular deve ser nula, uma vez que o julgador fiscal não observou as alegações de que promoveu os pagamentos do FUNCEP, e sequer se pronunciou a esse respeito na Sentença. Aponta também que a decisão singular atacou pontos não suscitados pela defesa.

Por esse fundamento a Recorrente pugna que seja o presente Auto de Infração devolvido à primeira instância de julgamento para apreciação do argumento em questão sob pena de supressão de instância e, outrossim, preterição ao direito de defesa, ou, caso já esteja o convencimento deste respeitável Conselho firmado para julgar a validade dos pagamentos, que seja a decisão reformada e o Auto de Infração seja julgado improcedente, tendo em vista as razões referidas, que demonstram a fragilidade da acusação fiscal.



Desse modo, a recursante pleiteia a nulidade da sentença de primeiro grau, por omissão na decisão sobre ponto imprescindível para o deslinde da matéria em julgamento e por enfrentar questões por ela não arguidas.

Em relação ao argumento de que a decisão singular atacou pontos não suscitados pela defesa, importante afirmar que 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, ex vi do art. 15 da Lei 10.094/2013.

Dessa forma, os arrazoados trazidos pelo julgador singular, possivelmente por equívoco de digitação da peça, não trouxeram qualquer prejuízo ao direito de defesa da acusada, portanto, não de há se falar em nulidade nesse aspecto.

Quanto a questão relativa ao pagamento, examinando a sentença monocrática acostada aos autos às fls. 143/160, depreende-se que, de fato, o julgador fiscal não se pronunciou expressamente a esse respeito. Assim pontou o i. julgador *a quo*:

“Importante destacar que, por se tratar de um adicional na alíquota do ICMS, o FUNCEP tem sua origem no mesmo fato gerador do imposto estadual. O auto de infração nº 93300008.09.00000604/2020-45, lavrado em 25/03/2020, que constitui o Crédito Tributário referente ao ICMS já se encontra julgado na primeira instância de Julgamento (GEJUP), logo a cobrança do FUNCEP, que corresponde a um adicional sobre a alíquota do ICMS, tem por base a mesma origem, ou seja, possui como origem o mesmo fato gerador do imposto estadual (ICMS).

Ressalte-se que as alegações de mérito trazidas pela autuada nestes autos também foram apresentadas no Auto de infração 93300008.09.00000604/2020-45 (Processo nº 1092012020-2), com decisão proferida por esta Instância Julgadora (GEJUP), que decidiu pela parcial procedência do feito fiscal, confirmando o entendimento da fiscalização, no que diz respeito a matéria do mérito (retenção e recolhimento a menor do ICMS Substituição Tributária), excluindo, apenas, a parcela do crédito tributário alcançado pela decadência, fundamentando sua decisão, conforme ementa explicitada abaixo:”

Contudo, com todas as vênias, discordo da recorrente quanto ao pedido de nulidade da sentença monocrática, visto que houve o cumprimento dos requisitos formais para sua manutenção, tendo sido enfrentada amplamente as argumentações trazidas pela defesa, sendo inclusive acolhidas parte das pretensões da então impugnante.

Naquela ocasião o julgador pronunciou ato válido e eficaz e entendeu que houve falta de recolhimento do FUNCEP. Não se pode concluir que o julgador não se debruçou sobre os elementos de prova, mas que fez a sua interpretação sobre os fatos e provas e tomou a decisão, sendo por isso, passível de ratificação ou retificação por esse Tribunal. Não custa repetir que o Julgador singular negou a diligência por entender que os elementos presentes nos autos se mostravam suficientes para a resolução do caso.



Dessarte, a questão suscitada pela Recorrente não enseja nulidade por vício formal da sentença, mas retificação ou ratificação dela pelo órgão Recursal, motivo pelo qual entendo que a causa está madura para julgamento, não havendo motivo para postergação do julgamento, por se tratar de fatos que estão prontos para decisão por esse colegiado e que constam dos autos.

A teoria da causa madura⁴ deve ser invocada como norte para a celeridade processual, evitando atos administrativos inócuos, vazios de significado e utilidade, quando os fatos e as provas permitem que o Órgão Julgador pronuncie sua decisão.

Por esse fundamento nego a pretensão recursal de nulidade da sentença monocrática.

A Recorrente advoga a improcedência da infração em razão da inconstitucionalidade formal da Lei Estadual no. 7.611/2004 que instituiu o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza no Estado da Paraíba (FUNCEP/PB) e necessidade de Lei Complementar para sua criação, aduz ainda a necessidade de Lei Complementar para definir produtos supérfluos.

Inobstante a forte evidência da infração, a Reclamante apresenta a jurisprudência dos tribunais superiores, e uma série de argumentos para demonstrar a inconstitucionalidade da exação estadual, frente à previsão da norma contida no art. 82 do ADCT acima posta.

Para enfrentar essas questões elencadas pela Reclamante, de fato, seria necessário decidir sobre a constitucionalidade de leis e decretos estaduais, tema que não está na competência dessa Corte Administrativa, conforme os art. 55 e art. 72-A, da Lei 10.094/13, supracitado.

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - a aplicação de equidade.

Art. 72-A. No julgamento do processo administrativo tributário é vedado afastar a aplicação de lei sob alegação de inconstitucionalidade, ressalvadas as hipóteses em que a inconstitucionalidade tenha sido proclamada:

I - em ação direta de inconstitucionalidade;

II - por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal tenha suspenso a execução do ato normativo.

A matéria é pacífica no E. Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba e consolidada pela Súmula nº 03 dessa corte, a seguir transcrita:

⁴A Lei 10.352/2001 acrescentou ao CPC/1973 o §3º no artigo 515 dispondo que "nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento"



SÚMULA Nº 03 - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - A declaração de inconstitucionalidade de lei não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos. (Acórdãos n^{os}: 436/2019; 400/2019; 392/2019; 303/2019; 294/2018; 186/2019; 455/2019).

Portanto, correta a decisão singular quando não enfrentou a matéria, motivo pelo qual acompanho-a integralmente nesse ponto.

A Recorrente aduz que ainda que se entenda irregular o recolhimento do ICMS/ST e FUNCEP mediante única GNRE, de igual forma não poderá (nem deve) implicar em novo pagamento pela Recorrente via Auto de Infração, sob pena de constituir um verdadeiro *"solve et repete"*, instituto tão repudiado pela doutrina e jurisprudência, ao impor pagamento de tributo como pressuposto de autorização à restituição.

Importante esclarecer que o FUNCEP não se confunde com o ICMS. Instado a se pronunciar sobre essa matéria em diversos julgamentos, esse Colegiado diferenciou nos seus Acórdãos os dois institutos, dando ao FUNCEP sua natureza especial de fundo constitucional, com destinação própria dos recursos. Veja-se, a título de exemplo, o Acórdão n^o 027/2015:

“Processo n^o 084.839.2012-3 Acórdão 027/2015 Recurso VOL/CRF-271/2013 RECORRENTE: NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S. A. RECORRIDA: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS. PREPARADORA: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA. AUTUANTE: IVONIA DE LOURDES LINS LUCENA/FERNANDA C. V. BRAZ. RELATORA: CONS^a. DOMENICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO FUNCEP- FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. RECOLHIMENTO A MENOR. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIOS FISCAIS APLICADOS AO ICMS COMUNICAÇÃO. PENALIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

O benefício fiscal de redução da base de cálculo do ICMS não se estende ao FUNCEP, que tem seu percentual de 2% calculado sobre o preço do serviço, no caso de TV por assinatura. Assim, reputa-se regular a exigência da diferença não recolhida de valores relativos ao FUNCEP, em decorrência de errônea aplicação sobre a base de cálculo reduzida do ICMS Comunicação.”

[...]

“A empresa não discorda da obrigatoriedade legal do pagamento do referido adicional. Porém, considerando a falta de definição expressa, na Lei n^o 7.611/04 e no Decreto estadual n^o 25.618/2004, sobre a base de cálculo que deve incidir o percentual de 2% do FUNCEP/PB, e considerando que, de acordo com o Convênio de ICMS n^o 57/99, o serviço de comunicação prestado mediante televisão por assinatura goza do benefício fiscal de redução da base de cálculo do ICMS incidente sobre esse serviço, a mesma entende que o adicional de 2% destinado ao FUNCEP deve ser calculado sobre a base de cálculo reduzida.



Data máxima vênia, devo discordar do entendimento da recorrente, em virtude de fundamentos que irei expor a seguir. O benefício fiscal de redução de base de cálculo, concedido pelo Convênio nº 57/99, diz respeito unicamente ao ICMS, que se trata de um imposto, e como tal, não é vinculado a uma atividade Estatal específica, ou seja, a sua arrecadação não tem um destinação particular.

Diferente do que ocorre com o FUNCEP, que, de acordo com o art. 1º, da Lei 7.611/2004 (acima transcrito), tem destinação específica, tais como: ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, saneamento básico, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social.

Assim, não há como deixar o FUNCEP e o ICMS no mesmo patamar, objetivando uma possível equiparação, no intuito de estender ao primeiro, um benefício concedido ao segundo.

Corroborando com meu entendimento, devemos ter em mente que benefícios fiscais devem ser interpretados literalmente, conforme previsão do art. 111 do CTN, in verbis:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I - suspensão ou exclusão do crédito tributário; II - outorga de isenção; III- dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias. Portanto, ao interpretar literalmente o art. 33, inciso XI, alínea “b”, do RICMS/PB (transcrito abaixo), que convalidou o Convênio ICMS nº 57/99, o qual concede a redução de base de cálculo para o ICMS, nos serviços de TV por assinatura, devo concluir que o benefício abarca tão somente o Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).”

Portanto, o encontro de contas para compensação pleiteado pela Recorrente não tem previsão legal e encontra um sério obstáculo material, por se tratar de institutos que não se confundem, o ICMS é imposto, logo, não vinculado a qualquer atividade e o FUNCEP um fundo com destinação específica e receita própria. Essa natureza impõe diversas consequências na arrecadação e destinação desses recursos.

Dessarte, o Estado não está impondo à Recorrente um *solve et repete*, mas tratando-a conforme a legislação de regência e cobrando dela o regular recolhimento do FUNCEP para que as ações de Estado previstas na lei possam ser direcionadas para a comunidade necessitada.

Não se nega à Recorrente o direito a que seja ressarcida pelo pagamento a mais que o devido do ICMS substituição tributária, à conta de FUNCEP, como afirma, mas esses fatos devem ser apurados adequadamente na forma da legislação correlata, e existindo pagamento a maior do que o devido em favor do contribuinte, é legítimo o direito de a empresa requerer a restituição, contudo, esse pedido foi formulado em instância inapropriada.

Assim, eventuais recolhimentos indevidos do ICMS substituição tributária – como alegado pela defendente - devem ser objeto de análise pela Secretaria de Estado da Fazenda da Paraíba, mediante formalização de pedido neste sentido, em processo próprio para tal, nos termos dos artigos 120 e 121 da Lei nº 10.094/13, observado o prazo estabelecido no artigo 122 do mesmo diploma legal.



Para que não parem dúvidas acerca da matéria, observemos o que estabelecem os referidos dispositivos:

Art. 120. Além das hipóteses constantes na legislação específica de cada tributo, o contribuinte ou responsável tem direito à restituição total ou parcial do tributo, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo do tributo indevido ou maior que o devido, em face da legislação tributária aplicável ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento efetuado;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão administrativa condenatória;

IV - quando não se efetivar o ato ou contrato sobre o qual tiver sido pago o tributo;

V - quando for declarada, por decisão judicial passada em julgado, a nulidade do ato ou contrato sobre que se tiver sido pago o tributo;

VI - quando ocorrer erro de fato.

Art. 121. A concessão de restituição de tributo ou penalidade dependerá de requerimento ao Secretário de Estado da Receita, através da repartição preparadora do domicílio fiscal do interessado, instruído com a documentação necessária contendo:

I - a qualificação do requerente;

II - a indicação do dispositivo legal em que se ampara o pedido e a prova de nele estar enquadrado;

III - a certidão negativa de débito junto à Secretaria de Estado da Receita;

IV - a prova do recolhimento indevido;

V - a prova de não haver transferido a outro contribuinte o crédito relativo às quantias indevidamente recolhidas;

VI - a prova de haver assumido o encargo total do pagamento indevido ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-lo.

§ 1º O chefe da repartição preparadora promoverá a instrução do processo, diligenciando, através da fiscalização, a autenticidade dos documentos juntados.

§ 2º Instruídos na forma do § 1º deste artigo, os autos serão encaminhados ao Secretário Executivo da Secretaria de Estado da Receita, que emitirá parecer conclusivo e o levará à decisão do Secretário de Estado da Receita para reconhecimento da dívida e autorização da restituição.

§ 3º O terceiro que fizer prova de haver pago, pelo contribuinte, o tributo indevidamente, nos termos deste artigo, sub-roga-se no direito daquele à respectiva restituição.



§ 4º No caso de pedido de restituição de importância paga a título de Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD, em virtude de não efetivação de doação de bem imóvel, o requerimento deverá estar instruído, além daqueles constantes nos incisos I, II, III, IV e VI do “caput”, com os seguintes documentos, sem prejuízo dos exigidos em legislação específica:

I - certidão do cartório de notas, que tenha expedido o documento de informação do imposto, de que a escritura não foi lavrada ou, se o foi, de ter sido declarada judicialmente a nulidade do ato;

II - certidão do cartório de registro de imóveis da situação do bem de que ele não foi transferido.

Art. 122. A restituição total ou parcial do imposto dá lugar à restituição, na mesma proporção, dos juros e das penalidades pecuniárias, salvo as referentes a infrações de caráter formal que não se devam reputar prejudicadas pela causa assecuratória da restituição.

Parágrafo único. A importância a ser restituída segue os mesmos critérios de atualização monetária aplicáveis à cobrança do crédito tributário e, em se tratando de ICMS, far-se-á sempre que possível pelo sistema de autorização de registro do crédito correspondente, em livro próprio, conforme dispuser sua legislação.

Nova redação dada ao art. 122 pela alínea “m” do inciso I do art. 5º da Lei nº 11.247/18 - DOE de 14.12.18. OBS: efeitos a partir de 1º de janeiro de 2019

Art. 122. O crédito tributário passível de restituição deverá ser restituído com o acréscimo de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia -SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, ou qualquer outro índice que vier substituí-la, calculados a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da restituição, acrescidos de 1% (um por cento) no mês em que houver a decisão da autoridade competente para reconhecimento da dívida e autorização da restituição.

§ 1º O pagamento da restituição será exclusivamente mediante crédito em conta corrente bancária ou de poupança de titularidade do beneficiário.

§ 2º Ao pleitear a restituição, o requerente deverá indicar o banco, a agência e o número da conta corrente bancária ou de poupança de titularidade do sujeito passivo na qual pretende que o crédito seja efetuado.

Art. 123. O direito de pleitear restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - da data em que foi recolhido o tributo, nos casos dos incisos I, II, IV e VI do art. 120 desta Lei;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória, na hipótese dos incisos III e V do art. 120 desta Lei.



Importante assinalar que esse entendimento vem sendo referendado por diversas decisões dessa Casa, como podemos exemplificar pelos excertos dos votos dos acórdãos 241/2019 e 108/2019 abaixo transcritos, que reforçam o argumento de que a comprovação de recolhimento a menor do que o devido tem fórum próprio e é o processo administrativo de restituição. Veja-se:

ACÓRDÃO Nº. 241/2019 PROCESSO Nº 1758982015-6 PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO, Relatora: CONS.^a GILVIA DANTAS MACEDO.

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO NA ORIGEM E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. PROCEDÊNCIA DA EXIGÊNCIA FISCAL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

A substituição tributária constitui-se em um regime tributário com expressa disposição legal, atribuindo ao sujeito passivo a responsabilidade pela retenção do imposto, na forma definida pela lei. Evidencia-se nos autos a falta de retenção e recolhimento do ICMS – substituição tributária, nas operações de vendas de mercadorias com destino a contribuinte no Estado da Paraíba. Reputa-se correta a exigência de ICMS Substituição Tributária referente aos produtos de colchoaria comercializados pela recorrente.

[...] Voto

“Por outro lado, caso o contribuinte destinatário, em face da apuração através da conta corrente do imposto, haja recolhido indevidamente qualquer valor referente às operações objeto da presente autuação, e caso exista efetivamente esse direito, não implica que haja autorização para fazê-lo no âmbito do processo administrativo tributário, como deste contencioso.

Assim, cabe ao contribuinte destinatário formalizar petição em processo de restituição/compensação, por se tratar de um possível creditamento extemporâneo, a ser avaliado e constatado por meio de processo próprio e em setor competente da SER, nos termos da legislação tributária vigente.

Neste sentido, rechaço o pedido de diligência apresentado para apuração de créditos para efeito de dedução na presente exigência fiscal. Além disso, os elementos carreados aos autos são suficientes para formar o convencimento do Conselho de recursos Fiscais deste Estado, tornando inócua a realização de diligência fiscal para o deslinde da lide. Portanto, com fulcro no artigo 61 da Lei nº 10.094/13, indefiro o pedido de realização de diligência.”

[...]

ACÓRDÃO Nº.108/2019 PROCESSO Nº1451032016-7 SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO.

Relator:CONS.º PETRONIO RODRIGUES LIMA PRELIMINAR. NULIDADE. NÃO ACATAMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DENÚNCIA CONFIGURADA. MANTIDA DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO. - Nulidade rejeitada em função de estarem presentes todos os elementos essenciais à validade jurídica da peça acusatória, bem como se encontram disponibilizado nos autos a documentação instrutória que serviu de esteio para a acusação em epígrafe,



garantindo ao sujeito passivo as condições necessárias ao exercício de seu direito a ampla defesa e ao contraditório.

- O não recolhimento do imposto nos prazos regulamentares constitui infração tributária, nos termos da legislação vigente. “In casu”, caracterizou-se legítima a ação fiscal que exigiu do contribuinte autuado o pagamento do ICMS-Substituição Tributária, diante das operações realizadas sem os devidos recolhimentos deste imposto no prazo regulamentar.

- A responsabilidade por infrações tributárias é objetiva, ou seja, independe da intenção do agente ou do responsável, conforme disciplina o artigo 136 do Código Tributário Nacional.

[...] Voto

“No que se refere à suposta ausência de prejuízo ao Erário, não obstante a falta de provas de suas alegações, de que teria pago o tributo sob o regime normal de tributação, por erro em seu sistema, importa ressaltarmos que a suposta existência de recolhimentos do ICMS normal pelas saídas, não autoriza que sejam tais valores compensados.

Mesmo sendo legítimo o direito de a empresa requerer o crédito fiscal (caso reste comprovada a existência de recolhimentos de ICMS indevido), havemos de reconhecer que o mesmo fora formulado em instância inapropriada. Eventuais recolhimentos indevidos devem ser objeto de análise pela Secretaria de Estado da Receita da Paraíba, mediante formalização de pedido neste sentido, em processo próprio para tal, nos termos dos artigos 120 e 121 da Lei nº 10.094/13, observado o prazo estabelecido no artigo 122 do mesmo diploma legal, o que demonstra a desnecessidade de realização da perícia[2] requerida pela defesa, motivo pelo qual, com fulcro no artigo 61 da Lei nº 10.094/13[3], indefiro o pedido.”

A Recorrente ainda promove o arrazoado segundo o qual não ocorreu a incidência do FUNCEP porque o Tema 1099 julgado pelo Supremo Tribunal Federal decidiu pela não incidência do ICMS nas transferências de mercadorias, aponta como aplicável ao caso a Súmula nº 166 do STJ e apresenta várias decisões desses tribunais superiores sobre a matéria.

Não obstante se reconheça que a matéria relativa à transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo contribuinte seja definida pelo STF, tendo ocorrido a modulação de efeitos, o fato gerador do imposto a que se cuida nos autos não é o da operação própria da empresa na saída que promove para sua filial nesse estado, mas o imposto da substituição tributária e como consequência do FUNCEP/PB, que em regra encerra todo o ciclo de tributação. É uma operação que perpassa a destinatária e atinge a tributação até o consumidor final.

As operações seguintes já se encontram com o imposto e o FUNCEP retido, logo, são realizadas sem nova tributação.



Como visto acima, a sujeição passiva em relação ao FUNCEP/PB é do contribuinte que realizar operação na condição de contribuinte-substituto, conforme art. 3º do Decreto nº 25.618, de 17 de dezembro de 2004.

Por isso, a decisão do Tema 1.099 do STF, bem como sua modulação de efeitos, não tem influência sobre os fatos apurados nesses autos, que tratam da incidência de FUNCEP por operações submetidas ao regime da substituição tributária do ICMS, e como consequência, também do FUNCEP, de toda a cadeia produtiva, sob a sujeição passiva do estabelecimento autuado.

Dessarte, o fato de a operação ocorrer entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, não desnatura a substituição tributária imposta pela lei, sendo responsabilidade do estabelecimento substituto promover a retenção e pagamento do FUNCEP em conformidade com a lei e atos infralegais aplicáveis à matéria.

Da multa recidiva

A multa recidiva está disciplinada no art. 39 da Lei 10.094/13⁵, nos dá o rumo de que se considera reincidência a prática de nova infração ao mesmo dispositivo legal contados 5 (cinco anos) da data do pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa.

Ao consultar o Termo de Antecedentes Fiscais, verifica-se o processo com antecedentes de nº. 1809482013-6 com idêntica acusação e cuja decisão definitiva ocorreu em 01/10/2018, com a ciência do acórdão de recurso voluntário. Como todos os fatos geradores apurados nesses autos ocorreram antes dessa data, conclui-se, não podem ter a multa majorada pela reincidência.

Sendo assim, não há que se falar em reincidência para os fatos geradores de FUNCEP ocorridos nos exercícios de 2015 e 2016 apurados nesses autos, motivo pelo qual mantenho a decisão singular que julgou improcedentes as multas recidivas aplicadas no valor total de **R\$ 329.071,17 (trezentos e vinte e nove mil, setenta e um reais e dezessete centavos)**.

Da multa aplicada

A recorrente questiona que a multa por infração aplicada alegando a exorbitância e a afronta o princípio constitucional do não confisco (art. 150, IV, da CF/88) e do *in dubio pro contribuinte*.

O Auditor Fiscal aplicou a penalidade adequada à espécie, prevista no art. 8º da Lei nº 7.611/04, instrumento normativo cogente. Desrespeitá-lo, fere o princípio da legalidade, sujeitando os agentes a penalidades.

Diga-se, ademais, que os Órgãos Julgadores estão proibidos de afastar a aplicação da lei sob a alegação de inconstitucionalidade, ressalvadas as matérias decididas definitivamente em ADI ou em via incidental, quando o Senado Federal tenha

⁵Art. 39. Considera-se reincidência a prática de nova infração ao mesmo dispositivo legal, por parte da mesma pessoa, natural ou jurídica, dentro de 5 (cinco) anos contados da data do pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado.



suspendido a execução do ato, o que não é o caso das multas tributárias, *ex vi*, dos art. 55 e art. 72-A, da Lei 10.094/13, e na Súmula nº 03, aprovada pelo CRF/PB, *supracitados*.

Com fulcro em tais considerações, comprova-se que a multa aplicada na peça vestibular não apresenta qualquer irregularidade, e, por esse motivo será mantida em sua integralidade para os fatos geradores confirmados.

Do pedido de *in dubio pro contribuinte*

Alega também a defesa o *in dubio pro contribuinte*, em referência ao art. 112 do CTN que afirma que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer o contribuinte e que esse também é o entendimento dos Tribunais Superiores.

Sobre esta matéria em síntese conclusiva discorre Amaro (2011, p.249) que “De qualquer modo, o princípio *in dubio pro reo*, que informa o preceito codificado, tem uma aplicação ampla: qualquer que seja a dúvida, sobre a interpretação da lei punitiva ou sobre a valorização dos fatos concretos efetivamente ocorridos, a solução há de ser a mais favorável ao acusado.”.

No caso em deslinde, não houve dúvida sobre a capitulação legal dos fatos ocorridos, nem sobre a interpretação da lei punitiva, nem tampouco sobre as provas apresentadas, conforme exposto nas justificativas acima, portanto não se aplica o art. 112 do CTN ao caso dos autos.

Por todos estes motivos rejeito o pedido de redução ou afastamento das multas punitivas e o *in dubio pro contribuinte* requeridas pela defesa.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo desprovimento de ambos, para manter a decisão da primeira instância que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000602/2020-56, lavrado em 25/03/2020, contra a empresa BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA, inscrição estadual nº 16.900.478-3, já qualificada nos autos, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor de R\$ 1.264.364,18 (um milhão, duzentos e sessenta e quatro mil, trezentos e sessenta e quatro reais e dezoito centavos), sendo R\$ 632.182,09 (seiscentos e trinta e dois mil, cento e oitenta e dois reais e nove centavos) de FUNCEP, como infringente ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611/2004; e multa por infração na quantia de R\$ 632.182,09 (seiscentos e trinta e dois mil, cento e oitenta e dois reais e nove centavos), com fulcro no art. 8º da Lei nº 7.611/2004.

Em tempo, mantenho cancelado, por indevido o crédito tributário no valor de R\$ 380.991,57 (trezentos e oitenta mil, novecentos e noventa e um reais e cinquenta e sete centavos), sendo R\$ 25.960,20 (vinte e cinco mil, novecentos e sessenta reais e vinte centavos) de FUNCEP, e R\$ 25.960,20 (vinte e cinco mil, novecentos e sessenta reais e vinte centavos) de multa por infração por decadência do crédito tributário e R\$ 329.071,17 (trezentos e vinte e nove mil, setenta e um reais e dezessete centavos) de multa recidiva.



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

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência em 13 de junho de 2023.

Lindemberg Roberto de Lima
Conselheiro Relator