



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

PROCESSO Nº 1774982014-0

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente : BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GERÊNCIA REGIONAL DA PRIMEIRA REGIÃO DA SER

Autuante: MARCELO CRUZ DE LIRA, MONICA GONCALVES SOUZA MIGUEL

Relator: CONS.º ANISIO DE CARVALHO COSTA NETO

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

Diferença entre saldo de estoque de mercadorias (físico) e saldo obtido pela técnica de levantamento quantitativo enseja a presunção de saídas de mercadorias sem o pagamento do ICMS devido, além de recolhimento do FUNCEP, acompanhada da respectiva penalidade, nos termos da legislação estadual vigente. Contudo, a ausência de previsão legal à época dos fatos geradores para aplicação de penalidade, ensejou no 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 Primeira 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 desprovidimento, para manter a sentença monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002207/2014-60, lavrado em 25/11/2014, contra a empresa BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.125.591-4, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 4.309,76 (quatro mil, trezentos e nove reais e setenta e seis centavos), referente ao FUNCEP, por infringência ao art. 2º, I, “a”, da Lei nº 7.611/04.

Ao tempo em que mantém cancelado o valor de R\$ 4.309,76 (quatro mil, trezentos e nove reais e setenta e seis centavos), de multa por infração, levando em consideração a falta de previsão legal para a imputação da penalidade aplicada.

P.R.I

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 25 de outubro de 2018.

ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO
Conselheiro Relator

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, GÍLVIA DANTAS MACEDO, THAIS GUIMARÃES TEIXEIRA E MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS (SUPLENTE)

Assessor(a) Jurídico(a)

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 9330008.09.0002207/2014-60, lavrado em 25/11/2014, (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 COBRADO NO AI DE NÚMERO 93300008.09.2197/2014-62

Os representantes fazendários constituíram o crédito tributário na quantia de R\$ 4.309,76 (quatro mil, trezentos e nove reais e setenta e seis centavos) de FUNCEP não recolhido, por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611 de 30/06/2004, e mais R\$ 4.309,76 (quatro mil, trezentos e nove reais e setenta e seis 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 o demonstrativo consolidado das vendas de mercadorias sem documento fiscal, que ensejaram na acusação em tela, fls. 8-13.

Cientificada a acusada de forma pessoal em 27/11/2014, conforme comprovação verificada na peça vestibular (fl. 3), esta ingressou com peça reclamatória tempestivamente, protocolada em 26/12/2014, exercitando seus direitos frente ao Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, verificado às fls. 15 a 30, por meio de seus representantes legais (instrumentos procuratórios e de substabelecimentos às fls. 32 a 35), na qual pugna pela improcedência ou nulidade do feito fiscal em razão dos seguintes argumentos:

- incorreto levantamento do quantitativo da empresa, em função das medidas adotadas pela fiscalização;
- incorreta indicação da classificação dos produtos por meio de códigos equivocados utilizados no procedimento fiscalizatório;
- que não foram consideradas as quebras de estoque;
- que a penalidade aplicada é afronta ao princípio da proporcionalidade;
- que, em caso de dúvida, a penalidade aplicável é a mais favorável;
- que seria necessária a realização de perícia;

Seguindo a marcha procedimental, e verificada a presença de antecedentes fiscais, mas sem caracterização de reincidência da infração ora em questão, foram os autos remetidos à instância monocrática e distribuídos ao julgador fiscal Francisco Marcondes Sales Diniz, que, após análise, decidiu pela *parcial procedência* do feito acusatório, fls. 76-63, afastando a multa aplicada, por não se encontrar vigente à época do fato gerador.

Notificada da decisão singular em 24/1/2018, por meio de Aviso de Recebimento, fl. 86, a empresa autuada ingressou com recurso voluntário, fls. 87-109, protocolado em 08/2/2018, fl. 87, em que aborda, em síntese, os seguintes pontos em sua defesa:

- a. Que o auto é nulo porque a fiscalização não apresentou ao autuado cópia da ação fiscal, termo de início e de encerramento, sua prorrogação, seu diferimento e a ciência da recorrente relativamente aos procedimentos fiscalizatórios, realçando os termos do que dispõe o artigo 14, I, da Lei 10.094/13;
- b. Que não há comprovação da infração, já que as planilhas apresentadas não comprovam a infração, tolhendo o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, e, por isso, impõe a nulidade do feito;
- c. No mérito, alega que não teriam sido levados em consideração os desmembramentos dos produtos objeto da autuação em outros códigos, já que comercializados em diferentes unidades quando comparadas as entradas com as saídas das mercadorias;
- d. Aduz que a fiscalização não considerou as perdas normais e quebras de estoque que são próprias da atividade desenvolvida pelo contribuinte, conforme comprova relatório emitido pela ABRAS;
- e. Por fim, requer a realização de perícia com o objetivo de responder a questões que coloca no recurso;
- f. Que deve ser levado em consideração o benefício da dúvida, conforme apregoa o artigo 112 do CTN;

g. Em sequência, requer o reconhecimento da nulidade/improcedência e, no caso de indeferimento, a redução ou afastamento da multa aplicada, a interpretação mais favorável, diante de suposta dúvida e protesta por produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada de documentos, bem como a realização de perícia técnica.

Na sequência, remetidos os autos a esta Casa, com distribuição a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, será objeto de apreciação e julgamento por esta Corte Plural de análise dos lançamentos tributários, além das outras competências.

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 93300008.09.00002207/2014-60, lavrado em 25/11/2014, fl. 3, contra a empresa BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual 16.125.591-4, 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.

1) DAS NULIDADES

1.1) Da não apresentação da ordem de serviço, sua prorrogação e notificação da recorrente acerca da prorrogação do prazo para conclusão da fiscalização

A alegação do contribuinte a respeito da não apresentação dos itens referidos acima guardam uma certa estranheza em função de demonstrar um certo rigor do autuado em relação ao trabalho da fiscalização, quando muito do alegado não se apresenta como de interesse processual seu. Isso porque, apesar de serem para ele, documentos que guardam informações com alguma relevância, não são provas de acusação, já que somente o auto de infração é ato administrativo hábil a ensejar acusação contra os administrados e contra o qual deve ser insurgir exclusivamente, quando quiser.

Nesse diapasão, a ordem de serviço, é documento de controle para a Administração Fazendária no sentido de evitar, por exemplo, que dois auditores se dirijam a mesma empresa para realizar o mesmo trabalho, emprestando à administração da Fazenda um caráter de eficiência e economicidade próprio de quem tem a obrigação de gerir os negócios públicos em direção ao menor custo para a população em geral.

Dessa forma, nenhuma nulidade se vislumbra somente pelo fato de ter ou não apresentado a ordem de serviço ou sua prorrogação. Aliás, nesse ponto – o prazo para conclusão do serviço de auditoria – deve-se esclarecer que é liame de tempo que só a Administração Fazendária e servidor público fiscal interessa. Nenhuma ingerência pode pretender o contribuinte em relação obrigacional que se coloca entre empregado e empregador – no caso auditor fiscal e Governo do Estado.

O prazo para conclusão do trabalho de fiscalização só pode se opor ao auditor, quando provado qualquer desleixo no desenvolvimento do seu trabalho, e não em qualquer circunstância. Ao administrado, cabe suportar o ônus da presença do auditor, disponibilizando a ele, toda a documentação referente ao movimento de mercadorias ou serviços no prazo não alcançado pela decadência.

Assim, sendo o prazo de interesse exclusivo da relação obrigacional empregatício, muito menos interesse tem o contribuinte em se ater a questão de prorrogação, ou não, de prazo para a conclusão do trabalho de fiscalização, não sendo, por isso mesmo, e em relação a todos os itens da discussão atual, alegação capaz de impor nulidade à peça acusatória.

E para que não paire dúvida sobre o controle da legalidade do referido auto de infração, é preciso que os auditores fiscais constantes da peça acusatórios foram devida e legalmente investidos no cargo que ocupam, tendo sido aprovados em concurso público de provas e títulos e provado, no desenvolvimento das tarefas do cargo que ocupam há mais de 20 anos, capacidade para o exercício da função, sendo, portanto, legalmente competentes para lavrar o referido documento acusatório.

Por fim, deve-se clarear, em nome da boa instrução processual, que todos os documentos que fazem parte do processo estão à disposição do contribuinte para que haja manuseio por parte dele diretamente, ou das pessoas por ele investida na condição de procuradores, motivo pelo qual as alegações me parecem bastante juvenis, quando na verdade a energia tributária deveria se concentrar em se opor aos fatos colocados juridicamente no auto de infração. Por isso, não merece guarida qualquer consideração de nulidade em razão desses argumentos.

1.2) Da ausência de comprovação da infração – cerceamento do direito de defesa e descumprimento de dispositivo expresso em lei

Segundo o contribuinte, não haveria comprovação do cometimento da infração pelas provas acostadas aos autos. Em análise do processo, chego a conclusão completamente díspar do alegado. Ora, os auditores detalharam, de forma minudente, a forma como chegaram ao crédito tributário, cujos documentos acostados ao processo (fls. 8-13) permeiam de informações a respeito do qual qualquer cidadão conseguiria chegar às mesmas conclusões.

Como se sabe, sem a demanda de muita capacidade intelectual, que o levantamento quantitativo de mercadorias é técnica de fiscalização capaz de medir se o contribuinte omitiu, ou não, saídas de mercadorias sem a emissão do obrigatório documento fiscal. De acordo com este levantamento, podemos chegar a três situações: de regularidade, de omissões de saídas e de estoque a descoberto.

É preciso esclarecer, e aqui reside o ponto mais importante da querela, é que todos os dados

incluídos nas planilhas acostadas aos autos foram extraídos das declarações prestadas pelo contribuinte à Secretaria de Estado da Receita, conferindo a tais informações fidedignidade relativa, só afastada diante de prova do contrário, o que até aqui não foi apresentada.

Assim, se há algum defeito em suas declarações, existe plexo normativo suficiente para que o contribuinte se antecipasse aos procedimentos de fiscalização e procedesse à retificação delas, conforme autorizada pela própria legislação do ICMS no Estado da Paraíba. Mas, como já dito, nenhuma iniciativa nesse sentido foi tomada, razão pela qual é de lógica racional entender que os levantamentos merecem confiança nos resultados a que chegaram os auditores fiscais.

Assim, não se pode entender que haja qualquer vício capaz de eivar o auto de infração com o condão da nulidade porque atende todos os requisitos do artigo 142 do CTN e dos artigos 15 a 17 da Lei do Pat. Merece destaque também a inutilidade da alegação de cerceamento de defesa. Como entender cerceamento de defesa diante da conduta do contribuinte de se defender em duas instâncias administrativas, adentrando em questões preliminares e de mérito tão bem fundamentadas?

Por isso que, diante do fato de que a robusta e completa defesa do contribuinte contra o auto de infração nos fornece informação de que exerceu em toda plenitude seu direito, constitucionalmente conferido, à ampla defesa e ao contraditório, razão pela qual não se pode acolher a preliminar de nulidade em função desses argumentos.

2) DAS QUESTÕES DE MÉRITO

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. 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.

A decisão ora guerreada 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 fls. 8-13.

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

a) bebidas alcoólicas, exceto aguardente de cana-de-açúcar;

(...)

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;

(...)

Em relação aos desmembramentos dos produtos objeto da autuação, é evidente que não é do desconhecimento da fiscalização que, na dinâmica dos negócios em que se envolve a autuada, a aquisição e revenda de mercadorias se faz em diferentes unidades dos produtos. Ocorre que é o próprio contribuinte que deve, na sua escrita fiscal e contábil fornecer ao Fisco o conjunto de informações necessárias ao controle e fiscalização do recolhimento regular dos impostos.

Conforme já alegado, se há erro nessas operações de contabilização dos fatos contábeis que ocorrem a cada segundo na empresa, é ela própria quem deve adequar seu movimento de mercadorias à legislação em vigor, de forma a não causar prejuízos aos cofres públicos nem a si mesma. Tendo o levantamento foi realizado combinando informações prestada pelo próprio contribuinte, não havendo qualquer irregularidade na técnica utilizada, que é a de quantitativo de mercadorias.

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, este já se exauriu no âmbito do Processo nº 186.297.2014-0, no Acórdão nº 088/2018, supracitado, consoante seu texto, cujo fragmento abaixo transcrevo:

“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).”

No tocante 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 apresentada na defesa e no recurso voluntário, bem como as provas apresentadas, foram suficientes para o deslinde desta demanda, conforme a análise supra.

Assim, comungo com a decisão preliminar, que de forma acertada, afastou a multa pelo não recolhimento do FUNCEP proposta na inicial, 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 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 93300008.09.00002207/2014-60, lavrado em 25/11/2014, contra a empresa BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.125.591-4, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 4.309,76 (quatro mil, trezentos e nove reais e setenta e seis centavos), referente ao FUNCEP, por infringência ao art. 2º, I, “a”, da Lei nº 7.611/04.

Ao tempo em que mantenho cancelado o valor de R\$ 4.309,76 (quatro mil, trezentos e nove reais e setenta e seis centavos), de multa por infração, levando em consideração a falta de previsão legal para a imputação da penalidade aplicada.

Primeira Câmara de Julgamento. Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 25 de outubro de 2018.

ANISIO DE

CARVALHO COSTA NETO

Conselheiro Relator