

PROCESSO Nº 0564882018-6

ACÓRDÃO Nº 0476/2021

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: AMBEV S.A

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: NEWTON ARNAUD SOBRINHO e FERNANDO CARLOS DA SILVA LIMA

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA.

PRELIMINAR DE INCERTEZA E ILIQUIDEZ DO CRÉDITO - NÃO ACOLHIDA. FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA (FUNCEP). FALTA DE RECOLHIMENTO - DENÚNCIA CONFIGURADA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Afasto a preliminar de ausência de liquidez e certeza do crédito tributário, por entender que o auto de infração lavrado reputa-se plenamente válido.

- A exigência de adicional de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS, nas operações com bebidas alcoólicas, para compor o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza - FUNCEP, está em consonância com a legislação tributária da Paraíba.

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 voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter inalterada a decisão monocrática que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000472/2018-37, lavrado em 20 de abril de 2018 contra a empresa AMBEV S.A., inscrição estadual nº 16.218.715-7, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de **R\$ 1.329.405,16 (hum milhão, trezentos e vinte e nove mil, quatrocentos e cinco reais e dezesseis centavos)**, sendo R\$ 664.702,58 (seiscentos e sessenta e quatro mil, setecentos e dois reais e cinquenta e oito centavos) de FUNCEP, nos termos do art. 2º, I da Lei nº 7.611/04 e R\$ 664.702,58 (seiscentos e sessenta e quatro mil, setecentos e dois reais e cinquenta e oito centavos) a título de multa por infração, com arrimo no artigo 8º da Lei nº 7.611/04.

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

P.R.I.

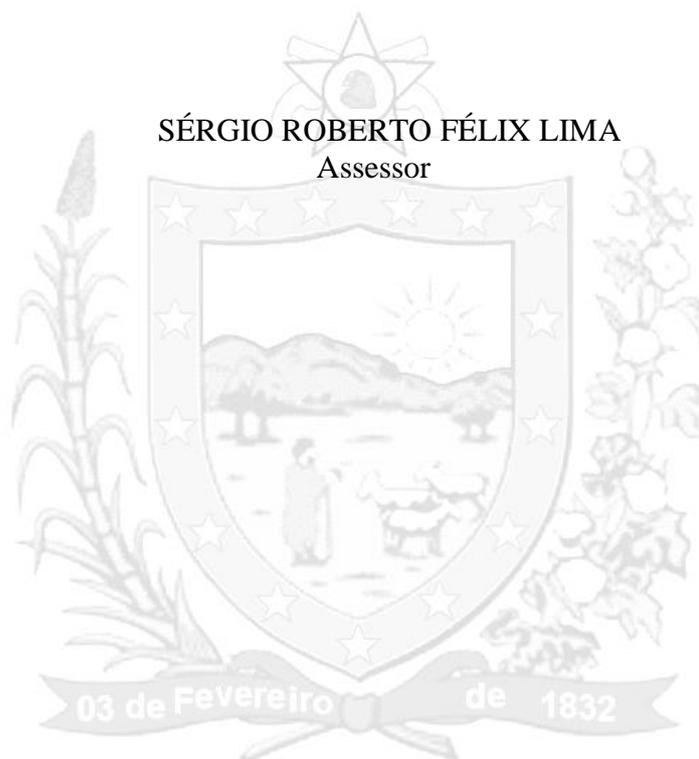
Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 15 de setembro de 2021.

LEONARDO DO EGITO PESSOA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR(SUPLENTE), PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES E LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



Processo nº 0564882018-6

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: AMBEV S.A

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: NEWTON ARNAUD SOBRINHO e FERNANDO CARLOS DA SILVA LIMA

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA.

PRELIMINAR DE INCERTEZA E ILIQUIDEZ DO CRÉDITO - NÃO ACOLHIDA. FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA (FUNCEP). FALTA DE RECOLHIMENTO - DENÚNCIA CONFIGURADA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Afasto a preliminar de ausência de liquidez e certeza do crédito tributário, por entender que o auto de infração lavrado reputa-se plenamente válido.

- A exigência de adicional de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS, nas operações com bebidas alcólicas, para compor o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP, está em consonância com a legislação tributária da Paraíba.

RELATÓRIO

Em análise nesta corte o recurso voluntário, interposto nos moldes do artigo 77 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000472/2018-37, lavrado em 25 de abril de 2018 em desfavor da empresa AMBEV S.A, inscrição estadual nº 16.218.715-7, no qual consta a seguinte acusação, *ipsis litteris*:

0465 - 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: TAL IRREGULARIDADE EVIDENCIOU-SE PELO FATO DE O CONTRIBUINTE, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO, DEIXOU DE RECOLHER O FUNCEP DEVIDO SOBRE A BASE DE CÁLCULO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, SEJA POR FALTA DE RETENÇÃO OU RETENÇÃO A MENOR, CONFORME DEMONSTRATIVOS E MÍDIA DIGITAL CONTENDO ARQUIVOS DO TIPO PDF. ACRESCENTE-SE AO ART. DADO POR INFRINGIDO OS ARTS. 2º, I, E 4º, I AO IV, AMBOS DO DEC. 25.618, DE 17/12/2004.

Em decorrência deste fato, o representante fazendário lançou um crédito tributário na quantia total de **R\$ 1.329.405,16 (hum milhão, trezentos e vinte e nove mil,**

quatrocentos e cinco reais e dezesseis centavos), sendo R\$ 664.702,58 (seiscentos e sessenta e quatro mil, setecentos e dois reais e cinquenta e oito centavos) de FUNCEP, por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611/04 e R\$ 664.702,58 (seiscentos e sessenta e quatro mil, setecentos e dois reais e cinquenta e oito centavos) a título 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.

Além da peça acusatória, foram incluídos pelos Auditores Fiscais, nos autos, os seguintes documentos:

- a) Memorial Descritivo (fls. 07 a 12);
- b) Planilhas de cálculo da diferença de ICMS – ST e FUNCEP (fls. 13 a 49);
- c) Extrato de Pagamentos do ICMS ST extraído do Banco de Dados da SER/PB (fls. 50 e 51);
- d) Resposta à Intimação nº 00123630/2014 (fls. 59 e 60);
- e) Cópias dos documentos de identificação dos procuradores que subscreveram a resposta à Notificação de que trata o item anterior (fls. 61 a 65);
- f) Cópias dos DANFE nº 7031, 6694, 359.542, 366.279 e 21.137 (fls. 73, 74, 75, 76 e 77, respectivamente);
- g) Anexo 01 – Mídia digital CD-R contendo os arquivos listados, às fls. 80 (fls. 78);
- h) Anexo 02 – Mídia digital CD-R contendo os arquivos listados, às fls. 81/84 (fls. 79).

No Memorial Descritivo anexado aos autos pelos Auditores Fiscais, constam informações acerca dos procedimentos realizados durante a auditoria, bem como dos elementos que motivaram a lavratura do Auto de Infração em análise.

Depois de devidamente cientificada via A.R em 06 de junho de 2018, a Autuada, por intermédio de advogados legalmente constituídos (fls. 111), ingressou com impugnação tempestiva contra os lançamentos de crédito tributário (fls. 88 a 109), protocolada em 04 de julho de 2018 na qual apresenta, em síntese, os seguintes argumentos:

- a) Alega que a interposição da peça de defesa foi realizada de forma tempestiva e, em seguida, narra os fatos apurados pela fiscalização;
- b) Informa que reconhece como devido o crédito tributário no valor de R\$ 26.931,54, relativamente aos fatos geradores contidos no auto de lançamento em questão;
- c) Postula que seja providenciada a emissão de guia para pagamento da parcela do crédito tributário lançado e reconhecido com as reduções legais trazidas, em conformidade com o inciso I do art. 89 da Lei nº 6.379/96;

- d) Que as planilhas apresentadas pelo Fisco não são suficientes para demonstrar a suposta infração descrita na peça acusatória;
- e) Que a Fiscalização incorreu em equívoco ao adotar critérios quantitativos diversos (base tributável e alíquota) dos que foram informados nos documentos fiscais autuados;
- f) Adicionalmente, a mesma situação, expõe que a unidade de medida utilizada pelo fisco diverge daquela informada nos documentos fiscais utilizados para fins de apuração do imposto devido;
- g) A irregularidade na apuração do crédito tributário impediu o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa;
- h) Por tais razões, é de ser declarada a nulidade do Auto de Infração, diante da ausência de elementos necessários à apuração da liquidez e certeza do crédito tributário;
- i) Cita e transcreve jurisprudência do Tribunal Administrativo de Tributos Estaduais – TATE/PE sobre o tema;
- j) Acrescenta que, em oposição à legislação tributária estadual, a ação fiscal utilizou o critério da MVA para a determinação da base de cálculo do ICMS – ST para alguns produtos sujeitos à pauta fiscal, como, por exemplo, o energético “Fusion”;
- k) Não houve recolhimento a menor em razão de erro de utilização de pauta fiscal para o cálculo do ICMS – ST (e do FUNCEP), uma vez que as diferenças ocorridas, depois de detectadas dentro do mesmo mês de competência, foram lançadas a título de outros débitos na apuração do ICMS – ST e do FUNCEP. Estes fatos ocorreram apenas nos meses em que houve alteração da legislação, porém o Fisco denunciou retenção a menor ao longo de todos os meses compreendidos entre janeiro de 2014 a dezembro de 2016, isso porque houve erro do Fisco quanto ao fator de conversão;
- l) A multa aplicada não deve prosperar, pois, além da ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude, o percentual arbitrado mostra-se desproporcional e com efeitos nitidamente confiscatórios;
- m) Cita vasta jurisprudência do STF consolidando o entendimento de que o patamar razoável para a aplicação de multas tributárias seria entre 20% e 30%, o qual, se olvidado, redundaria em violação ao princípio do não confisco;
- n) Propugna pela posterior juntada aos autos de provas documentais, além de fundamentar pedidos de diligência ou perícia alegando que tais procedimentos comprovariam a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

Com base nos argumentos apresentados, a Impugnante requer seja dado provimento à Impugnação, para que seja:

- a) Providenciada a emissão de guia para pagamento da parcela do crédito tributário lançada e reconhecida;
- b) A nulidade da autuação ou, caso ela não seja declarada, seja reconhecida a sua total improcedência;
- c) Subsidiariamente, a nulidade da multa aplicada ou, ao menos, sua redução a um patamar razoável (entre 20% e 30%).

Os autos foram conclusos (fls. 112) e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, onde foram distribuídos ao julgador fiscal Christian Vilar de Queiroz, e o feito, julgado procedente, conforme sentença anexa às fls. 116 a 128, cuja ementa sintetiza o entendimento da instância monocrática da seguinte forma, *litteris*:

FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA (FUNCEP) - FALTA DE RECOLHIMENTO – DENÚNCIA COMPROVADA.

Os levantamentos fiscais que apontaram a falta de recolhimento do FUNCEP foram elaborados com base nas informações prestadas pela própria Autuada. Admitir-se a ausência de padronização das unidades de medida dos produtos por ela comercializados como justificativa para afastar a exigibilidade do crédito, tornaria inócua a redação do § 1º do artigo 1º do Decreto nº 30.478/09, porquanto inviabilizaria qualquer procedimento fiscal, já que permitiria a omissão de informações necessárias à apuração do crédito tributário referente às operações e prestações praticadas pelo contribuinte, acarretando consideráveis prejuízos ao Fisco.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificada da decisão proferida pela instância prima em 11 de junho de 2019 (fls. 131), o contribuinte interpôs recurso voluntário em tempo hábil, conforme petição apensa às fls. 132 a 150.

Na peça recursal, inicialmente, o sujeito passivo se reporta à tempestividade do recurso voluntário, vez que foi observado o prazo de 30 (trinta) dias, após a ciência da decisão de primeira instância, para sua apresentação a este Colegiado.

Continuando, a recorrente faz uma síntese dos fatos, descrevendo o auto de infração como também o respectivo crédito tributário, onde mais uma vez defende que uma parte dos créditos tributários estaria extinto pela decadência.

Ao final, a recorrente defende que a decisão de primeira instância merece ser reformada, ocasião em que traz em sua quase totalidade, as mesmas arguições apresentadas por ocasião da impugnação perante a instância prima, senão vejamos:

1. PRELIMINARMENTE

1.1. Aduz que a Fiscalização desconsiderou a realidade fática de parte das operações realizadas pela Empresa (troca de mercadoria imprópria, saídas para doação) e incorreu em equívoco ao adotar critérios quantitativos diversos dos que foram informados nos documentos fiscais autuados, ou seja, a autuação foi realizada a partir de presunções, acarretando desta forma, iliquidez e incerteza do lançamento fiscal;

1.2. Que houve erro no cálculo da apuração do tributo lançado, tendo em vista que a fiscalização para fins de apuração do ICMS-ST/FUNCEP partiu do valor bruto do item, porém para o correto cálculo deveria ter partido do valor da operação (base de cálculo do ICMS próprio);

1.3. Reforça a necessidade de realização de perícia, considerando que há divergência no que tange a apuração da base de cálculo.

2. NO MÉRITO

2.1. Que as diferenças identificadas pela Fiscalização foram ocasionadas, em parte, por equívocos por ela cometidos quando da formação da base de cálculo do FUNCEP, uma vez que aquela teria desconsiderado as unidades de medida dos produtos comercializados;

2.2. Pugna pela improcedência da exigência fiscal em face dos fiscais autuantes terem incorrido em equívoco ao adotar critérios quantitativos diversos dos que foram informados nos documentos fiscais autuados;

2.3. Que além dos erros no critério quantitativo dos produtos autuados, para determinados produtos sujeitos a pauta fiscal, a fiscalização calculou a base de cálculo do ICMS-ST/FUNCEP por MVA, em contrariedade à legislação estadual, a exemplo do produto Fusion constante da Portaria GSER 126, de 29 de maio de 2015;

2.4. Alega ainda que não houve recolhimento a menor em razão de erro de utilização de pauta fiscal ou MVA para o cálculo do ICMS – ST (e do FUNCEP), uma vez que as diferenças ocorridas, após detectadas dentro do mesmo mês de competência, foram lançadas a título de outros débitos na apuração do ICMS – ST e do FUNCEP, motivo pelo qual não há que se falar em ausência de cumprimento da obrigação principal;

2.5. Cita e transcreve jurisprudência do Tribunal Administrativo de Tributos Estaduais – TATE/PE sobre o tema.

3. DA EXORBITÂNCIA DA MULTA APLICADA

- A multa aplicada não deve prosperar, pois, além da ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude, o percentual arbitrado mostra-se desproporcional e com efeitos nitidamente confiscatórios.

Com base nos argumentos apresentados, a Autuada requer:

- Que seja reconhecida a nulidade total do auto de infração;
- Que todas as publicações e intimações relativas ao caso sejam realizadas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, sob pena de nulidade.

Remetidos os autos ao Conselho de Recursos Fiscais, tem-se que foram distribuídos a esta relatoria, conforme critério regimental, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso voluntário, nos moldes do que apregoa o artigo 77 da Lei 10.094/2013, interposto contra decisão de primeira instância que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000472/2018-37, lavrado em 20/4/2018 (fls. 3-6) em desfavor da empresa AMBEV S.A, inscrição estadual nº 16.218.715-7, já devidamente qualificada nos autos.

Inicialmente, importa declarar que o recurso voluntário apresentado atende ao pressuposto extrínseco da tempestividade, haja vista ter sido protocolado dentro do prazo previsto na Lei nº 10.094/13.

Na sequência, passemos a análise das preliminares suscitadas pela recorrente.

1.- DAS PRELIMINARES SUSCITADAS

1.1. DA NULIDADE POR ILIQUIDEZ E INCERTEZA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Em sua peça recursal, a recorrente argui a nulidade do feito fiscal sob o argumento de que as planilhas elaboradas pelos Auditores são insuficientes para demonstrar a suposta infração. Segundo a defesa, a autuação teria sido realizada com base em presunções, desconsiderando a realidade fática de parte das operações realizadas pela Empresa, acarretando iliquidez e incerteza do lançamento tributário.

Inicialmente, cabe-nos analisar, em termos etimológicos, o vocábulo **nulidade**. Segundo De Plácido e Silva, em seu Vocabulário Jurídico, o verbete significa “*a ineficácia de um ato jurídico, em virtude de haver sido executado com transgressão à regra legal, de que possa resultar a ausência de condição ou de requisito de fundo ou de forma, indispensável à sua validade.*”

Discorrendo acerca dos argumentos esposados pela defesa, faz-se mister destacarmos que a validade de um ato administrativo está condicionada ao cumprimento de requisitos específicos que, quando inobservados, podem eivá-lo de nulidade.

No âmbito do Estado da Paraíba, a Lei nº 10.094/13, que dispõe sobre o Processo Administrativo Tributário, em seu artigo 41, relaciona os requisitos do Auto de Infração e da Representação Fiscal, os quais devem ser cumpridos, sob pena de nulidade do ato administrativo:

Art. 41. São requisitos do Auto de Infração e da Representação Fiscal:

I - a indicação da repartição preparadora;

II - a hora, a data e o local da lavratura;

III - a qualificação do autuado, o endereço, e dependendo do tributo, o número do registro no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF/MF), sua inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado (CCICMS/PB) e no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda (CNPJ/MF);

IV - sendo o caso, a qualificação dos dirigentes ou responsáveis legais pela empresa, quando possível tal identificação;

V - a descrição da falta com o respectivo montante tributável;

VI - a capitulação da infração e a indicação da penalidade aplicável;

VII - o valor do tributo lançado de ofício;

VIII - o valor da penalidade aplicável;

IX - a intimação para o pagamento do tributo e penalidade ou para apresentação da impugnação, se for o caso, indicando o prazo e seu permissivo legal;

X - o esclarecimento de que, havendo expressa renúncia à impugnação, o contribuinte poderá beneficiar-se das reduções legais, nas hipóteses de pagamento, à vista ou parcelado;

XI - a assinatura e qualificação funcional do autor;

XII - a assinatura do autuado ou seu representante, inclusive na modalidade virtual, nos termos previstos na legislação, sendo substituída, no caso de recusa ou outro obstáculo, por declaração das razões pelas quais não foi feita a intimação;

XIII - a assinatura de testemunhas, quando houver.

Da análise dos autos, extrai-se que todos os requisitos essenciais foram devidamente observados pelos Auditores Fiscais quando da lavratura do Auto de Infração. Os Representantes Fazendários, ao produzirem o referido documento, o fizeram nos termos do artigo 41 da Lei nº 10.094/13.

Também não foram observadas obscuridades ou omissões na descrição da infração que pudessem trazer prejuízos à defesa quanto aos fatos nela contidos. A acusação está apresentada de forma clara e objetiva, possibilitando à Autuada exercer amplamente a sua defesa.

É de bom alvitre ressaltar, ainda, que os requisitos obrigatórios contidos no artigo 17 da Lei nº 10.094/13 foram devidamente cumpridos quando da lavratura do Auto de Infração nº 93300008.09.00000472/2018-37, não tendo sido identificado, também, nenhum dos casos de nulidade de que trata o artigo 14 do mesmo diploma legal.

Os supostos equívocos cometidos pela Auditoria quando da apuração do crédito tributário, caso comprovados, não têm o condão de produzir os efeitos pretendidos pela defesa (nulidade), mas sim de acarretar a improcedência da acusação.

Portanto, fica rechaçada tal preliminar analisada.

1.2. ERRO NA FORMAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO LANÇADO

A recorrente alega que houve erro no cálculo da apuração do tributo lançado, tendo em vista que a fiscalização para fins de apuração do ICMS-ST/FUNCEP partiu do valor bruto do item, porém para o correto cálculo deveria ter partido do valor da operação (base de cálculo do ICMS próprio).

É de surpreender a presente alegação de nulidade do lançamento de ofício, justo porque, como bem destacou a recorrente, estamos tratando da formação da base de cálculo para apuração do ICMS-ST e por consequência do FUNCEP.

Pois bem, compulsando as planilhas contidas no CD (fls. 79), verificamos que no campo “d” consta o VL BRUTO ITEM, no campo “e” consta VL BC ICMS e no campo “f” a diferença entre “d” e “e” que refere-se a VL DESCONTO ITEM, daí porque acertadamente a fiscalização considerou o VL BRUTO ITEM para formação da BC ICMS/ST e/ou FUNCEP, em consonância com o que dispõe o art. 395, inciso II, alínea “b” do RICMS/PB, *in verbis*:

Art. 395. A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;

II - em relação às operações subsequentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) valor da operação ou prestação própria realizada pelo sujeito passivo por substituição ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete, impostos e outros encargos cobrados ou transferidos aos adquirentes ou tomadores de serviço **não sendo admitidos descontos condicionado ou não;** (g.n.)

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.

Assim, resta clarividente que na formação da base de cálculo do ICMS-ST relativa às operações ou prestações subsequentes não serão admitidos descontos condicionados ou não, razão pela qual agiu acertadamente a fiscalização.

Por tudo exposto, não merece guarida a argumentação de que o auto é nulo por erro na formação da base de cálculo do ICMS-ST/FUNCEP.

1.3. DO PEDIDO DE DILIGÊNCIA/PERÍCIA

Com vistas a comprovar a regularidade de suas operações, a Recorrente requer a realização de perícia/diligência.

Inicialmente, faz-se necessário esclarecer que o pedido de perícia não está previsto na Legislação Tributária deste Estado. A análise requerida pelo contribuinte encontra fundamentação no procedimento de Diligência, disciplinado no artigo 59 da Lei nº 10.094/13.

Tratando-se de pedido de diligência, convém observarmos o que preceitua o artigo 59 da Lei nº 10.094/13, que dispõe sobre o Ordenamento Processual Tributário, o Processo Administrativo Tributário, bem como, sobre a Administração Tributária:

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

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

(...)

No caso em apreço, comungamos com as razões de decidir da instância prima, que acertadamente decidiu pela desnecessidade de se recorrer a este procedimento para elucidação do caso. Conforme restará demonstrado, quando da análise do mérito, os elementos carreados aos autos são suficientes para formar o convencimento desta relatoria, tornando despicienda a realização de diligência fiscal para o deslinde da lide.

Portanto, com fulcro no artigo 61 da Lei nº 10.094/13¹, indefiro o pedido de realização de diligência.

Passemos ao mérito.

2.- DO MÉRITO

Acusação: FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP

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

¹Art. 61. Para os efeitos desta Lei, entende-se por diligência a realização de ato por ordem da autoridade competente para que se cumpra uma exigência processual ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada.

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;

b) armas e munições;

c) embarcações esportivas;

d) fumo, cigarros e demais artigos de tabacaria;

e) aparelhos ultraleves e asas-delta;

f) gasolina;

g) serviços de comunicação;

h) energia elétrica para consumo residencial acima da faixa de 100 (cem) quilowatts/hora mensais. (grifou-se)

Como medida punitiva para o inadimplemento da obrigação principal, foi proposta a penalidade descrita no artigo 8º da Lei nº 7.611/04:

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."

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

Contraopondo-se à decisão de primeira instância, que julgou procedente o auto de infração, a recorrente não acrescenta nenhuma prova ou argumento novo, apenas reforça as alegações trazidas na impugnação, senão vejamos:

a) Que as diferenças identificadas pela Fiscalização foram ocasionadas, em parte, por equívocos por ela cometidos quando da formação da base de cálculo do FUNCEP, uma vez que aquela teria desconsiderado as unidades de

medida dos produtos comercializados, ou seja, adotou critérios quantitativos diversos dos que foram informados nos documentos fiscais autuados;

b) Que além dos erros no critério quantitativo dos produtos autuados, para determinados produtos sujeitos a pauta fiscal, a fiscalização calculou a base de cálculo do ICMS-ST/FUNCEP por MVA, em contrariedade à legislação estadual, a exemplo do produto Fusion constante da Portaria GSER 126, de 29 de maio de 2015;

c) Alega ainda que não houve recolhimento a menor em razão de erro de utilização de pauta fiscal ou MVA para o cálculo do ICMS – ST (e do FUNCEP), uma vez que as diferenças ocorridas, após detectadas dentro do mesmo mês de competência, foram lançadas a título de outros débitos na apuração do ICMS – ST e do FUNCEP, motivo pelo qual não há que se falar em ausência de cumprimento da obrigação principal;

d) Cita e transcreve jurisprudência do Tribunal Administrativo de Tributos Estaduais – TATE/PE sobre o tema.

O caso que ora se nos apresenta para julgamento, teve por origem a exigência do ICMS sobre as operações com cervejas e refrigerantes, cobrado por meio do Auto de Infração nº 93300008.09.00000376/2018-99, Processo nº 0519492018-0, sendo, então, imprescindível a verificação da decisão final deste, pois dele depende a cobrança do FUNCEP sobre a base de cálculo do ICMS das operações com cervejas, tido por procedente no citado processo, já que decorre do mesmo fato gerador do imposto estadual.

Pois bem. O processo nº 0519492018-0, cujos argumentos de defesa em relação aos fatos geradores do ICMS são os mesmos contidos no recurso voluntário, ora em análise, foi recentemente julgado por esta Corte, precisamente na 100ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, em 19/08/2021, que à unanimidade de seus membros, decidiu pela procedência do Auto de Infração, sendo lavrado o Acórdão nº 435/2021, confirmando a denúncia de falta de recolhimento do ICMS atinente às operações com refrigerantes e cervejas. Vejamos os termos do citado Acórdão:

FISCALIZAÇÃO DE ESTABELECIMENTOS. PRELIMINARES DE NULIDADE. REJEITADAS. CARÁTER CONFISCATÓRIA DA MULTA APLICADA. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DE LEGALIDADE DE NORMA PELOS ÓRGÃOS JULGADORES. REQUISIÇÃO DE DILIGÊNCIA. NEGADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (SAÍDAS INTERNAS). ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETIDO A MENOR (OPERAÇÕES INTERESTADUAIS). MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Preliminares de nulidade afastadas posto que o Auto de Infração foi lavrado em harmonia com os ditames legais, bem como o fato de a denúncia foi apresentada de forma clara, não prejudicando o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório, mormente o fato de estarem ausentes os casos de nulidade previstos na legislação vigente.

-As provas presentes no caderno processual se apresentaram suficientes para sedimentar o convencimento do relator, razão suficiente para o indeferimento do pedido de diligência.

- A substituição tributária constitui-se em um regime tributário com expresso regramento legal, atribuindo ao sujeito passivo por substituição tributária a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto devido ao Estado da Paraíba.

- O ICMS Substituição Tributária referente a operações com cervejas e refrigerantes, em suas diversas formas de apresentação possui legislação própria, vigente à época dos fatos geradores, cuja inobservância por ocasião da composição da base de cálculo resulta em retenção/pagamento do imposto a menor, configura ato infracional.

RELATOR: Cons.Suplente JOSÉ ERIELSON ALMEIDA DO NASCIMENTO

Realizado o registro acima, passamos a análise das alegações trazidas pela defesa em seu recurso.

Quanto ao **item “a” (equivocos na formação da base de cálculo)** de suas alegações, razão não lhe assiste.

Inicialmente, cumpre-nos destacar que, ao auditarem os arquivos EFD da Autuada, os Representantes Fazendários se depararam com algumas dificuldades quanto à interpretação dos dados fornecidos pela Empresa, pois, em algumas situações, os produtos não possuíam unidades padronizadas de comercialização, o que os motivou a emitir a Notificação nº 00123630/2014 (fls. 60) para que a autuada indicasse os fatores de conversão utilizados quando da saída dos seus produtos.

Em resposta à solicitação fiscal, a Notificada “esclarece”, *ipsis litteris*:

“Importante ressaltar-se que apesar da unidade de medida da “unidade” não ser padronizada, não há prejuízo ao fisco, uma vez que no momento da emissão do documento fiscal há parametrizações em nossos sistemas que resultam da tributação adequada a cada tipo de operação.”

Assim, não há como deixarmos de registrar o paradoxo da afirmação produzida pela defesa, que apenas revela ser desprovida de qualquer lógica.

Neste ponto, convém observarmos alguns aspectos relativos à EFD.

Segundo o Guia Prático da Escrituração Fiscal Digital, a Escrituração Fiscal Digital – EFD é parte integrante do projeto SPED a que se refere o Decreto nº 6.022, de 22 de janeiro de 2007, que busca promover a integração dos fiscos e dos Órgãos de Controle mediante a padronização, racionalização e compartilhamento das informações fiscais digitais, bem como integrar todo o processo relativo à escrituração fiscal, com a substituição do atual documentário em meio físico (papel) por documento eletrônico com validade jurídica para todos os fins.

No âmbito da legislação tributária da Paraíba, a internalização da Escrituração Fiscal Digital – EFD no seu ordenamento jurídico se deu por meio do Decreto nº 30.478, de 28 de julho de 2009, cujo § 1º do artigo 1º traz a seguinte redação:

§ 1º A Escrituração Fiscal Digital - EFD compõe-se da totalidade das informações, em meio digital, **necessárias à apuração do imposto referente às operações e prestações praticadas pelo contribuinte, bem como outras de interesse do fisco.** (grifo nosso)

A parte final do dispositivo acima transcrito nos mostra que a EFD visa simplificar processos e procedimentos, sendo, um dos objetivos, garantir aos Fiscos um maior controle sobre as operações realizadas pelos contribuintes.

A apuração precisa do crédito tributário referente às operações e prestações praticadas pelos contribuintes só pode ser obtida quando as informações apresentadas correspondam, de fato, à realidade.

Assim, para atender às exigências legais, não basta prestar as informações. É imperativo que haja correspondência perfeita entre os dados, inclusive com parametrizações de sistemas, a exemplo da correlação entre códigos dos itens, unidades, etc.

Admitir-se o argumento defensivo como justificativa para afastar a exigibilidade do crédito, produziria o efeito de tornar inócua a redação do §1º do artigo 1º do Decreto nº 30.478/09, já transcrito anteriormente, dado que inviabilizaria qualquer levantamento fiscal, já que permitiria a omissão de informações necessárias à apuração do crédito tributário referente às operações e prestações praticadas pelo contribuinte, o que, contrariamente ao que afirma a defesa, acarreta consideráveis prejuízos aos Fiscos.

Por fim, colaciono trecho da decisão monocrática, que assim se posicionou:

“Como já registrado às fls. 09 e 73/77, caso a Empresa adotasse uma descrição única em termos de fator de conversão de unidade de medida do produto (Ex.: GUARANÁ CHP ANTARCTICA LATA 350 ml e SKOL BEATS SENSES LONG NECK 313 ml), não haveria problemas em quantificá-los corretamente, pois bastaria multiplicar a unidade descrita pela quantidade comercializada.

Ante a inexistência de padronização, os Auditores adotaram, como critério de conversão, a quantidade informada no campo “Descrição Produto/Serviço” da nota fiscal. Assim, quando a NF-e indicava que a unidade correspondia a “UN”, para os Fiscais, prevaleceu, como critério de conversão, a quantidade registrada na descrição do produto.

Com fulcro nas considerações apresentadas, é forçoso o reconhecimento do acerto da Fiscalização ao buscar o crédito tributário relativo ao FUNCEP considerando, para formação da sua base de cálculo, as informações apresentadas pela própria Empresa em resposta à Notificação nº 00123630/2014 e, quando estas informações se mostraram imprecisas – notadamente nos casos de troca e bonificação -, utilizar, como fator de conversão, aquele indicado, também pela Autuada, nas descrições dos produtos das NF-e.

Resta demonstrado, portanto, que o levantamento realizado pelo Fisco está em perfeita consonância com as informações prestadas pela própria empresa, não tendo sido inserido, pela Fiscalização, nenhum elemento estranho à Impugnante.”

Mercê dessas considerações, ratifico o posicionamento do julgador singular.

Com relação ao item “b” (utilização indevida da MVA) de suas alegações, igualmente razão não lhe assiste.

A defesa busca desacreditar o brilhante e diligente trabalho executado pelos fiscais autuantes, ao buscar dentre dezenas de itens constantes do levantamento fiscal o item “fusion zero lata 250 ml”, alegando que o referido item possui Pauta Fiscal (Portaria GSER 126/15), portanto que estaria errado o procedimento da fiscalização que fez uso de MVA, fato este que acarreta a iliquidez e incerteza do crédito tributário constituído.

Pois bem, inicialmente é oportuno esclarecer que os preços sugeridos, constantes da citada portaria, eles apenas são válidos para os produtos perfeitamente identificados e relacionados no anexo único da citada portaria.

Ao analisarmos detidamente a Portaria GSER 126/15, é de solar clareza que a mesma apenas contempla o produto “fusion lata 250 ml”, produto este que é bem diferente do citado pela defesa (fusion zero lata 250 ml), assim resta cabalmente demonstrado que apenas o produto “fusion” possui preço sugerido, devendo ser aplicado ao produto “fusion zero” a MVA, portanto, acertado o procedimento adotado pela fiscalização.

EMBALAGEM: LATA

| Tipo | Fabricante/ Distribuidor | Marca | Tipo de Embalagem | Capacidade (ml) | EAN / GTIN (unitário) | Preço Sugerido |
|------------|-----------------------------|-----------------|----------------------|--------------------|--------------------------|-------------------|
| Energético | AMBEV | Fusion | Lata | 250 | 7891991010580 | 5,45 |
| Energético | Coca- Cola | Burn | Lata | 260 | 99999999999994 | 5,88 |
| Energético | Petrópolis | Tnt | Lata | 269 | 7897395031602 | 4,75 |
| Energético | Petrópolis | Tnt Zero Açúcar | Lata | 269 | 7897395031657 | 4,75 |
| Energético | Brasil Kirin | Ecco Original | Lata | 269 | 7896052604838 | 4,27 |
| Energético | Brasil Kirin | Ecco Citrus | Lata | 269 | 7896052604890 | 4,27 |
| Energético | Brasil Kirin | Ecco Tangerine | Lata | 269 | 7896052604876 | 4,27 |
| Energético | Brasil Kirin | Ecco Cranberry | Lata | 269 | 7896052604852 | 4,27 |
| Energético | Brasil Kirin | Ecco Strawberry | Lata | 269 | 7896052604913 | 4,27 |
| Energético | Brasil Kirin | Ecco Sugar Free | Lata | 269 | 7896052604937 | 4,27 |

No tocante a terceira alegação – **item “c” (as diferenças verificadas foram devidamente recolhidas)**, como bem pontuou o diligente julgador monocrático, estes valores decorrentes do “complemento de pauta” teriam sido deduzidos quando do cálculo do ICMS-ST e FUNCEP devidos ao Estado da Paraíba pela Autuada. Ou seja, foram integralmente aproveitados na ação fiscal ora combatida.

Com efeito, as planilhas sintéticas de CÁLCULO DA DIFERENÇA DE ICMS-ST E FUNCEP atestam que, nos referidos meses, foram efetivamente considerados os registros realizados pela Empresa na coluna “VL OUT DEB”.

Este assunto, portanto, não comporta maiores discussões, visto que a Fiscalização reconheceu os lançamentos registrados pela Impugnante com o fito de complementar créditos tributários decorrentes de atualizações de valores de pautas fiscais para alguns produtos e os contabilizou de forma a evitar a *bis in idem*.

No que concerne a quarta e última alegação - **item “d” (onde cita a jurisprudência do TATE/PE)**, importante ressaltar que não se trata de matéria idêntica a dos autos, além de não possuir efeito vinculante para Administração Pública do Estado da Paraíba.

Por fim, situação similar já foi objeto de outros julgados deste C. Conselho de Recursos Fiscais, a exemplo do recente Acórdão nº 480/2019, que abaixo transcrevo:

ACÓRDÃO Nº. 480/2019
 SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO
 Relatora: CONS.^a MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. PRELIMINARES REJEITADAS. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO. REFORMADA DE OFÍCIO A DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

O lançamento tributário se procedeu conforme os requisitos da legislação de regência não se vislumbrando qualquer nulidade ou prejuízo à defesa da recorrente.

A exigência de adicional de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS, nas operações com bebidas alcóolicas, para compor o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP, está em consonância com a legislação tributária da Paraíba.

Ajustes realizados em virtude de redução no valor do ICMS devido no Acórdão nº 606/2018.

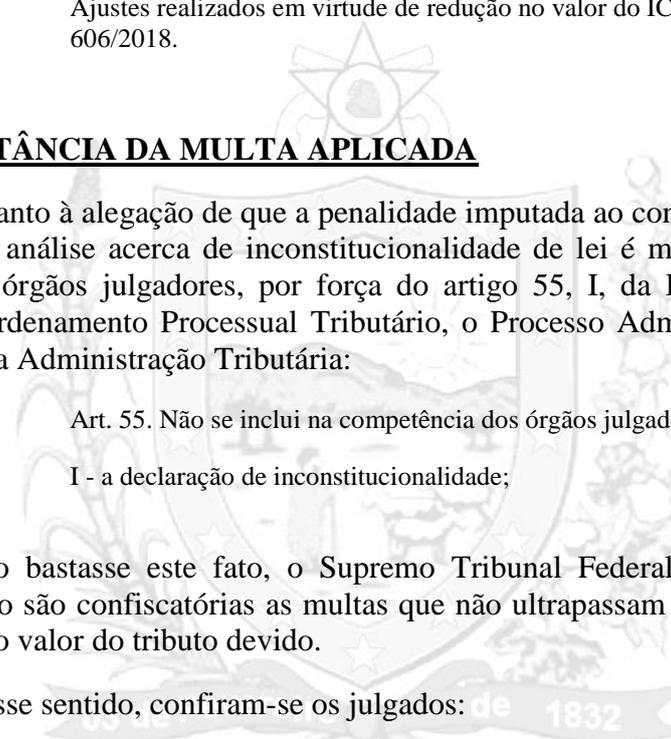
3.- DA EXORBITÂNCIA DA MULTA APLICADA

Quanto à alegação de que a penalidade imputada ao contribuinte é exorbitante e confiscatória, a análise acerca de inconstitucionalidade de lei é matéria que extrapola a competência dos órgãos julgadores, por força do artigo 55, I, da Lei nº 10.094/13, que dispõe sobre o Ordenamento Processual Tributário, o Processo Administrativo Tributário, bem como, sobre a Administração Tributária:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

Não bastasse este fato, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que não são confiscatórias as multas que não ultrapassam o percentual de 100% (cem por cento) do valor do tributo devido.

Nesse sentido, confirmam-se os julgados: 

TRIBUTÁRIO – MULTA – VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTO – CONFISCO – ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA.

Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão – e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP – Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral.

(RE 833.106- AgR, Rel. Min. Marco Aurélio)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. MULTA FISCAL. PERCENTUAL SUPERIOR A 100%. CARÁTER CONFISCATÓRIO. ALEGADA OFENSA AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

I Esta Corte firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido.

II A obediência à cláusula de reserva de plenário não se faz necessária quando houver jurisprudência consolidada do STF sobre a questão constitucional discutida.

III Agravo regimental improvido. (RE 748.257-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski)

Ademais, a matéria já foi sumulada, tendo, inclusive, efeito vinculante em relação à Administração Tributária Estadual e aos contribuintes e responsáveis. Vejamos a redação do artigo 90, § 3º, da Lei nº 10.094/13, bem como o teor da Súmula 03, publicada no Diário Oficial Eletrônico, em 19 de novembro de 2019:

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

(...)

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

Portaria nº 00311/2019/SEFAZ

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

Sem reparos a fazer quanto à decisão de primeira instância, ratifico os termos da decisão recorrida em sua integralidade por considerar que está em consonância com as provas dos autos e a legislação tributária em vigor.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter inalterada a decisão monocrática que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000472/2018-37, lavrado em 20 de abril de 2018 contra a empresa AMBEV S.A., inscrição estadual nº 16.218.715-7, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de **R\$ 1.329.405,16 (hum milhão, trezentos e vinte e nove mil, quatrocentos e cinco reais e dezesseis centavos)**, sendo R\$ 664.702,58 (seiscentos e sessenta e quatro mil, setecentos e dois reais e cinquenta e oito centavos) de FUNCEP, nos termos do art. 2º, I da Lei nº 7.611/04 e R\$ 664.702,58 (seiscentos e sessenta e quatro mil, setecentos e dois reais e cinquenta e oito centavos) a título de multa por infração, com arrimo no artigo 8º da Lei nº 7.611/04.

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

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência, em 15 de setembro de 2021.

Leonardo do Egito Pessoa
Conselheiro Relator