



**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO-CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS-CRT
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO Nº: 254/2019 78ª SESSÃO ORDINÁRIA - 11.11.2019 – 08:30h

PROCESSO Nº: 1/1210/2017 AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 201626555-1

RECORRENTE: YPIOCA INDUSTRIAL DE BEBIDAS S/A

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRA RELATORA: ANTONIA HELENA TEIXEIRA GOMES

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ADICIONAL DE ICMS/FECOP RELATIVO ÀS OPERAÇÕES PRÓPRIAS DA INDÚSTRIA. Contribuinte deixou de recolher o adicional FECOP sobre o ICMS próprio da indústria previstos na Lei Complementar nº 37/2003 e no Decreto nº 31.894/2016, relativo às vendas internas de bebidas alcoólicas no período de agosto de 2016. Vendas destinadas a um único destinatário, detentor de Termo de Acordo – Regime Especial Substituição Tributária pelas entradas. Indicada infringência aos arts. 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97. Art. 1º, I, art. 5º, I, § 1º do Decreto nº 31.894/2016. Penalidade sugerida art. 123, I, “c” da Lei nº 12.670/96. Arguição de conflito aparente de normas afastado. Recurso Ordinário conhecido e não provido. Confirmada a decisão de 1ª instância de **PROCEDÊNCIA** do feito fiscal por voto de desempate da Presidência. Decisão contrária ao Parecer da Assessoria Processual Tributária e a manifestação do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS CHAVES: FALTA DE RECOLHIMENTO. ADICIONAL FECOP. ICMS PRÓPRIO. INDÚSTRIA. PROCEDÊNCIA.

RELATÓRIO:

Versa a presente increpação fiscal sobre falta de recolhimento do adicional FECOP, incidente sobre as operações próprias da indústria, quando das saídas internas de bebidas alcoólicas, no período de 01 a 31/08/2016. Referido adicional foi instituído pela Lei Complementar Estadual nº 37/2003, equivalente a dois pontos percentuais adicionados à alíquota do ICMS.

O agente autuante consigna que a diferença lançada não se refere ao adicional sobre a substituição tributária, mas sobre o ICMS incidente sobre a produção própria da empresa.

A empresa regularmente intimada da autuação ingressa tempestivamente com impugnação trazendo os seguintes argumentos:

- Violação ao princípio da anterioridade previsto no art. 150, III, “b” da CF, em razão da majoração da carga tributária no mesmo exercício financeiro da edição do Decreto nº 31.894/2016, implicando, na alteração dos elementos quantitativos da regra matriz de incidência do imposto (alíquota).
- A alteração o adicional de ICMS FECOP sobre a alíquota do ICMS não alcança todas as operações internas;
- A Lei Complementar Estadual nº 37/2003 estabeleceU a cobrança do adicional Fecop apenas para as operações internas destinadas a consumidor final ou submetidas à substituição tributária;
- A interpretação de que o adicional Fecop se aplica a todas as operações afronta ao princípio da não-cumulatividade;
- Ausência de prejuízo ao Fisco pois todas as operações de venda foram feitas para um único destinatário que recolhe o ICMS substituição tributária, inclusive com o adicional FECOP por ocasião das entradas.
- O auto de infração em questão deve ser julgado improcedente e conseqüentemente extinto o crédito tributário lançado indevidamente.

Por ocasião do julgamento em primeira instância, a julgadora singular, após apreciar todos os argumentos de defesa, entendeu pela procedência do feito fiscal, considerando que a parte não apresentou provas “incontroversas” suficientes a desconstituir a autuação.

Irresignado com a decisão singular a empresa, tempestivamente, interpõe Recurso Ordinário ratificando os mesmos argumentos da impugnação, a saber:

- Conflito de Normas. A Lei Complementar Estadual nº 37/2003 delimita a cobrança do adicional Fecop apenas sobre as operações destinadas a consumo final ou quando da cobrança do ICMS sob a modalidade da substituição tributária, cabendo ao regulamento definir apenas o modo como deve ser calculado referido imposto, com base na aplicação da alíquota adicional de 2%.
- considerando que a parcela do adicional Fecop não tem o condão de gerar crédito do ICMS, a majoração da alíquota relativa ao Fecop em todas as etapas de circulação afronta o princípio da não cumulatividade;
- inexistência de infração – julgamento pela improcedência da autuação, considerando que a autuada “não realizou nenhuma das situações autorizativas da exigência do citado adicional”;
- ausência de prejuízo para o Fisco estadual, tendo em vista que suas vendas foram feitas para um único contribuinte detentor de Termo de Acordo – Regime Especial, pagamento da substituição tributária por ocasião das entradas;

Consta à fls 80 dos autos Parecer de nº 92/2019, da Assessoria Processual Tributária, manifestando-se pela extinção por ilegitimidade do sujeito passivo, sob o entendimento de que quem deve recolher o referido percentual é o contribuinte substituto atacadista, detentor de termo de acordo, para quem a autuada destinou todas as suas vendas, com esteio no art. 5º do Decreto nº 31.894/2016.

Este é o Relato.

VOTO DA RELATORA:

Conforme exposto alhures, o libelo basilar trata da acusação de falta de recolhimento do adicional do ICMS destinado ao Fundo Estadual de Combate a Pobreza. A empresa teria deixado de recolher o adicional de 2% sobre o ICMS próprio da industria, quando das operações de vendas internas de bebida alcoólica a contribuinte sujeito à sistemática da substituição tributária por ocasião das entradas, no período de agosto de 2016.

A matéria posta em discussão encontra-se plasmada na Lei Complementar Estadual nº 37/2003, que assim prevê:

Lei Complementar nº 37, de 26 de novembro 2003

Art.2º. Compõem o Fundo Estadual de Combate à Pobreza - FECOP:

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 Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, ou do imposto que vier a substituí-lo, incidente sobre os produtos e serviços abaixo especificados, com as novas alíquotas respectivas:

*a) bebidas alcoólicas - 27%;
(...)*

A seu turno, foi editado o Decreto de nº 27.317/03, posteriormente o Decreto nº 31.894/16, estabelecendo os procedimentos relativos ao cálculo e ao recolhimento do adicional do ICMS destinado ao referido Fundo de Combate a Pobreza, consignando em seu art. 5º o que se segue:

Decreto nº 31.894, de 29 de fevereiro de 2016

Art.1º As operações e prestações internas com as mercadorias e os serviços a seguir indicados serão tributadas com as alíquotas estabelecidas no art.44 da Lei nº12.670, de 27 de dezembro de 1996, acrescidas de dois pontos percentuais relativos ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza (FECOP), passando a vigorar as seguintes cargas tributárias sobre esses produtos, nas situações disciplinadas neste Decreto:

*I – bebidas alcoólicas: 30% (trinta por cento);
(...)*

A recorrente defende a existência de conflito entre as regras previstas na Lei Complementar nº 37/03 (§ 3º do art. 2º), e o Decreto nº 31.894/16, pontuando que referido adicional tem aplicabilidade restrita a operações destinadas a consumidor final ou tributadas por substituição tributária. Pondera que a incidência do adicional FECOP é monofásica, com supedâneo no princípio da não-cumulatividade, uma vez que referido adicional não tem o condão de gerar crédito de ICMS.

O cerne da questão posta reside na dicção do § 3º do art. 2º da LC nº 37/2003, in verbis:

§ 3º O cálculo do ICMS com base na aplicação da alíquota adicionada de dois pontos percentuais, de que trata o inciso I deste artigo, poderá ser realizado somente nas operações destinadas ao consumo final, ou por ocasião da cobrança do ICMS sob a modalidade de substituição tributária, conforme definido em regulamento.

A meu ver, o comando legal acima citado não indica taxatividade, posto que utiliza-se da expressão “**poderá** ser realizado somente nas operações destinadas ao consumo final, ou por ocasião da cobrança do ICMS sob a modalidade da substituição tributária, ...” (g.n), deixando a cargo do gestor a possibilidade de restringir ou não a cobrança do adicional sobre essas operações por meio de regulamento, a exemplo de algumas unidades da Federação que utilizaram-se dessa prerrogativa de restrição, conforme pontua a própria recorrente.

Ocorre que o Estado do Ceará por meio do Decreto de nº 31.894/2016, disciplinou a cobrança do adicional em questão “sobre as operações e prestações internas”, dando azo a interpretação de que o adicional FECOP pode ser exigido em todas as etapas de circulação das mercadorias elencadas no referido artigo, senão vejamos:

“Art. 1º As operações e prestações internas com as mercadorias e os serviços a seguir indicados serão tributadas com as alíquotas estabelecidas no art. 44 da Lei nº 12.670, de 27 de dezembro de 1996, acrescidas de dois pontos percentuais relativos ao Fundo de Combate à Pobreza (FECOP), passando a vigorar as seguintes cargas tributárias sobre esses produtos, nas situações disciplinadas neste Decreto: (g.n)

I – bebidas alcoólicas: 30% (trinta por cento); (...)

(...)

Art. 5º. Nas operações sujeitas a Regime de Substituição Tributária interna que preveja a cobrança de carga tributária líquida por entrada, por saída ou na forma mista, nos termos da Lei nº 14.237, de 2008, o adicional do ICMS destinado ao FECOP deverá ser calculado da seguinte forma:

*I – quanto ao ICMS próprio devido pelo industrial, fabricante ou importador, o adicional do ICMS destina ao FECOP deverá ser adicionado à alíquota **referente às operações próprias do contribuinte substituto** (g.n);*

II – quanto ao ICMS Substituição Tributária devido, o adicional do ICMS destinado ao FECOP, determinado na legislação específica, deverá ser adicionado à carga líquida específica do contribuinte. § 1º Na hipótese do inciso I do caput deste

artigo, o contribuinte, ao efetuar a venda de produtos para contribuintes detentores de Regime de Substituição Tributária com cobrança de carga líquida deverá aplicar o adicional de dois pontos percentuais sobre a alíquota do ICMS prevista para a operação.”

Neste espeque, não vislumbro nenhuma discrepância entre as previsões constantes na Lei Complementar nº 37/03 e no Decreto nº 31.894, de 2016, nem em relação ao princípios da anterioridade e da não cumulatividade. Ademais, imperioso ressaltar que, mesmo que se acolha manifestação em sentido contrário, tem sido entendimento pacificado desta Corte que não compete aos órgãos administrativos de julgamento tributário dizer da ilegalidade de regra fixada em regulamento que contrarie outra regra fixada em lei, seja ordinária ou complementar, competência esta afeta tão somente ao Poder Judiciário. Cite-se, ainda, o artigo 48 da Lei nº 15.614/14, norma de regência do processo administrativo tributário do Estado do Ceará o qual define de forma taxativa as situações de afastamento de regras jurídicas quando de declaração de inconstitucionalidade.

No caso dos autos, o contribuinte é um industrial submetido ao regime de substituição tributária com carga líquida prevista no Decreto nº 31.346/13 (art. 1º, I), se enquadrando como substituto, tendo, conseqüentemente, que recolher o ICMS de suas operações próprias referentes à industrialização, assim como o ICMS ST quando das saídas de seus produtos industrializados, a teor do art. 2º do Comando legal supra.

Considerando que o mesmo efetuou venda de bebidas alcoólicas para um comerciante atacadista detentor de Termo de Acordo, sujeito ao pagamento da ST pelas entradas, o adicional FECOP da Substituição Tributária não há de incidir quando das saídas do estabelecimento industrial, a teor do § 3º do art. 5º, in verbis:

“§ 2º O imposto a ser retido de que trata o caput deste artigo será dispensado nas operações destinadas a comerciante atacadista local, signatário de Regime Especial de Tributação com a Secretaria da Fazenda (SEFAZ), que lhe atribua a responsabilidade pelo recolhimento do imposto quando da entrada no estabelecimento, nos termos e condições estabelecidas no Decreto nº 29.560, de 27 de novembro de 2008. (g.n)”.

A seu turno, o Decreto nº 29.560/2008, o qual dispõe sobre o regime de substituição tributária com carga líquida nas operações realizadas por contribuintes atacadistas enquadrados nas atividades das quais o destinatário das mercadorias em questão se enquadram, estabelece no § 1º do art. 2º o seguinte:

*Art. 2º O imposto a ser retido e recolhido na forma do art. 1º será o equivalente à carga líquida resultante da aplicação dos percentuais constantes do anexo III desta Lei, sobre o valor do documento fiscal acobertador das entradas das mercadorias, incluídos os valores do IPI, frete e carreto, seguro e outros encargos transferidos ao destinatário, ou da prestação de serviços.
Redação original do caput do art. 2º: (redação anterior)*

Nova redação

Art. 2º O imposto a ser retido e recolhido na forma do art. 1º será o equivalente à carga líquida resultante da aplicação dos percentuais constantes do anexo III desta Lei, sobre o valor do documento fiscal acobertador das entradas das mercadorias, incluídos os valores do IPI, frete e carreto, seguro e outros encargos transferidos ao destinatário.

§ 1º O ICMS recolhido na forma deste artigo não dispensa a exigência do ICMS relativo:

I - a operação de importação da mercadoria do exterior do País;

II - ao adicional do ICMS destinado ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza - FECOP, instituído pela Lei Complementar Estadual nº 37, de 26 de novembro de 2002. (g.n)

Por consectário, resta clarividente que o adicional FECOP sobre a parcela da substituição tributária é dispensada quando da saída do estabelecimento industrial com destino ao atacadista detentor de Termo de Acordo porque referida parcela será paga efetivamente quando da entrada no estabelecimento atacadista, entretanto, a parcela referente ao adicional do ICMS próprio da indústria, a teor do Decreto nº 31.346/2013 não se transfere para o adquirente, por ser de responsabilidade única do industrial.

Por todo o exposto, entendo que restou caracterizado o cometimento da infração em relação à falta de recolhimento do adicional FECOP, cuja sanção está legalmente prevista no artigo 123, I, "c" da Lei nº 12.670/97, ao que conheço do Recurso, nego provimento, a fim de manter a decisão de 1ª Instância e julgar **PROCEDENTE** o feito fiscal.

Este é o voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS R\$	297.251,30
MULTA R\$	297.251,30
TOTAL	594.502,60

DECISÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente a empresa **YPIOCA INDUSTRIAL DE BEBIDAS S/A**, a 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso ordinário interposto, resolve por voto de desempate da presidência, negar-lhe provimento para confirmar a decisão proferida em 1ª Instância e julgar **PROCEDENTE** a acusação fiscal, de acordo com os termos do julgamento singular, contrário ao disposto no parecer da Assessoria Processual Tributária e adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado, que sugeriu a extinção do feito fiscal por ilegitimidade do sujeito passivo. Foram votos vencidos os conselheiros André Rodrigues Parente (Conselheiro relator), Sandra Arraes Rocha e Carlos César Quadros Pierre, que julgaram pela improcedência, com fundamento no §3 do art. 2º da Lei Complementar nº 37/2003. Foi anexado ao processo, o voto vista da Conselheira Antonia Helena Teixeira Gomes que ficou designada para elaborar a resolução por ter proferido o primeiro voto divergente e vencedor. Presente à sessão para sustentação oral o representante legal da parte o advogado Dr. Carlos César Sousa Cintra.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 06 de dez de 2019.



MANOEL MARCELO AUGUSTO M. NETO

Presidente



MATHEUS VIANA NETO

Procurador do Estado

Ciência: 06/12/2019

JOSÉ WILAME FALCÃO DE SOUZA

Conselheiro



CARLOS CÉSAR QUADROS PIERRE

Conselheiro



ANTONIA HELENA TEIXEIRA GOMES

Conselheira Relatora



SANDRA ARRAES ROCHA

Conselheira



MÔNICA MARIA CASTELO

Conselheira



ANDRÉ RODRIGUES PARENTE

Conselheiro