



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº: 0131 /2019
37ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 24.06.2019
PROCESSO DE RECURSO Nº 1/292/2017
AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201623389
RECORRENTE: YPIOCA INDÚSTRIAL DE BEBIDAS S A
RECORRIDO CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RELATOR: CONS. LÚCIO FLÁVIO ALVES

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. FALTA DE RECOLHIMENTO ICMS FECOP-NORMAL. A Empresa deixou de recolher ICMS-FECOP NORMAL relativo a vendas internas de bebidas alcoólicas no período de abril a julho de 2106. Órgão de julgamento administrativo tributário não tem competência para exame de controle de legalidade de ato normativo, quando existente conflito aparente de normas, competência exclusiva do Poder Judiciário. O adicional de ICMS/FECOP tem natureza jurídica atípica de ICMS conforme significados dos comandos constitucionais, EC 31/00 e EC 42/03. Competência dos agentes autuantes para proceder a autuação. Decisão, por unanimidade de votos, pela **procedência da autuação**, com base no previsto nos artigos 2º, inciso I, "a", da LC 37/03 e artigos 1º, I, 2º, III, 3º, 5, inciso I, do Decreto n. 31.894/16, com aplicação da penalidade catalogada no art. 123, I, "c" da Lei n 12.670/96. Recurso ordinário conhecido e improvido, em conformidade com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

Palavras chave: ICMS. Recurso ordinário. ICMS. Falta de recolhimento do ICMS- FECOP- Próprio. Indústria de aguardente. Legalidade. Conflito aparente de normas. Procedência.

01 – RELATÓRIO

Versam os autos de lançamento tributário confeccionado em face de o sujeito passivo ter cometido a infração, assim relatada:

" Falta de recolhimento do adiciona do ICMS destinado ao fundo estadual de combate a pobreza, com nota fiscal não selada no cometa/sitram.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

O atuado deixou de recolher R\$ 920.916,73 em ICMS-Fecop relativo a vendas internas de bebidas alcoólicas, conforme detalhado nas informações complementares”.

Apontado como violado o artigo 1º, 5º, I, parágrafo 1º, do Decreto 31.894/2016; art. 44, I, A, parágrafo 5º, II da Lei 12.670/96; art. 73 e 74 do Decreto n. 24.569/97 e aplicada a penalidade inserta no Art. 123, I, “c” da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei n. 13;418/2003

Demonstrativo do Crédito Tributário(R\$)

ICMS	920.916,74
Multa	920.916,74
TOTAL	1.841.833,46

Nas informações complementares o agente atuante informa que.

[...] Neste instante é interessante que se faça uma observação: o Decreto 31.894 de 2016(assim como fazia o antigo regulamento do FECOP Decreto 27.317 de 2003) ao regular a LC 37 deixa bastante claro, em seu artigo 1º transcrito na próxima seção, que a majoração da alíquota relativa ao FECOP deve ser feita em todas as operações internas com os produtos lá elencados, não devendo prosperar teses tendentes a restringir a aplicabilidade do FECOP a operações destinadas ao consumo final ou tributadas por ST, por falta de regulamentação nesse sentido.

Em particular, é bom que se ressalte que o Parágrafo §1º do art. 5º do Decreto 31.894 de 2016 – também apresentado na próxima seção – que revogou o Decreto 27.317, deixa ainda mais claro a aplicabilidade dos dois pontos percentuais adicionais no caso em estudo, uma vez que todas as vendas do contribuinte em questão são direcionadas a um único contribuinte detentor de termo de acordo para recolhimento do ICMS ST pela entrada(DIAGEO BRASIL LTDA, CGF 06.5264592).

Constam no caderno processual os documentos necessários ao procedimento de fiscalização.

A empresa apresenta impugnação ao auto de infração de acordo com às fls.22/38 dos autos.

Na Instância Prima o auto de infração teve Julgamento n. 801/18 pela procedência da autuação.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

Regularmente intimada da decisão singular a empresa retorna aos autos com recurso ordinário, oportunidade em reitera os termos da defesa, com os seguintes pontos:

- I- que o adicional de alíquota do ICMS para o FECOP(2%) tem aplicabilidade restrita a operações destinadas ao consumo final ou tributadas por substituição tributária;
- II- ao regulamento caberia definir apenas e tão-só o modo como seria calculado o ICMS com base na aplicação da alíquota adicionada de dois pontos;
- III- a interpretação oferecida pela recorrente vai ao encontro daquilo que os demais estados, consagram em suas respectivas legislações;
- IV- a majoração da alíquota relativa ao FECOP deve ser feita em todas as etapas de circulação, inaceitavelmente afronta o princípio da não cumulatividade do ICMS (art. 155, § 2º, inciso I, da CF);
- V- a recorrente não incorreu na infração aqui contestada pelo fato de que no referido período ela não realizou nenhuma das situações autorizativas da exigência do citado adicional – operação destinadas ao consumo final ou submetidas à sistemática de substituição tributária;
- VI- o adicional de alíquota destinada ao FECOP não recolhido quando da saída interna de bebidas alcoólicas do estabelecimento da recorrente foi pago no momento da entrada de tais produtos no estabelecimento da destinatária daqueles itens. É o que comprovam os documentos presentemente trazidos aos autos
- VII- por fim requer a improcedência da autuação.

O Parecer da Assessoria Processual Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado, opina pela confirmação da procedência da autuação.

É o breve relato.

02 – VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso ordinário em virtude da decisão de 1ª Instância pela procedência da autuação.

Insta destacar que a acusação fiscal trata de falta de recolhimento do ICMS NORMAL –FECOP relativo a vendas internas de bebidas alcoólicas no valor de R\$ 920 916,74(novecentos e vinte mil, novecentos e dezesseis reais e setenta e quatro centavos).



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

A empresa autuada argumenta que o adicional de alíquota de ICMS para o FECOP(2%) tem aplicabilidade restrita a operações destinadas ao consumo final ou tributadas por substituição tributárias, por ser esta a dicção da Lei Complementar Estadual n. 37/2003, tendo base na autorização constitucional contida no art. 82 do ADCT da Carta da República

A presente questão calha trazer o disposto na Emenda Constitucional n. 31 de 2000, modificado pela Emenda Constitucional n. 42/2003, em que permitiu aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criarem os seus próprios Fundos de Combate e Erradicação da Pobreza, para tanto autorizando-os a imporem adicionais de até 2% do ICMS e de 0,5% do ISS, a incidirem sobre produtos e serviços supérfluos, assim expressa;

“ Art. 82. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate á Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil.

§ 1º. Para o financiamento dos Fundos Estaduais e Distrital, poderá ser criado adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, sobre os produtos e serviço supérfluos e nas condições definidas na lei complementar de que tarta o art. 155, § 2º, XII, da Constituição, não se aplicando, sobre este percentual, o disposto no art. 158, IV, da Constituição. ”

Assim, fazendo uma interpretação sistemática do dispositivo acima citado, entendemos que se trata de uma alteração na competência de instituir o ICMS, enquanto exceção ao princípio da não afetação dos impostos, prevista no art. 176, IV da Carta da República.

Ademais, o texto constitucional aduz se tratar de alíquota do ICMS, enquanto adicional, e que deve obedecer a legislação atinente a este tributo, mencionando a lei complementar prevista no artigo 155, § 2º, XII, da Constituição Federal.

Nesse sentido, calha noticiar que todo tributo adicional tem a mesma natureza daquele que lhe serve de referência, sendo evidente que o adicional de ICMS para o fundo de combate à pobreza não é outra coisa senão ICMS. O texto do artigo 82 do ADCT reforça esta conclusão, quando alude a simples acréscimo de alíquota, atestando que, no mais, não há nenhuma diferença estrutural entre o imposto originário e o seu adicional

Portanto, entendemos que a natureza do adicional é a mesma do ICMS, não podendo ser caracterizado como tributo novo tributo, ou mesmo uma nova contribuição, a despeito de sua



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

vinculação, assim, tendo natureza atípica de ICMS. Logo, possuindo o agente do fisco estadual competência para exercer a fiscalização sobre tal imposto.

Desta feita, o Estado do Ceará pela Lei complementar n. 37, de 26.11.03, instituiu o Fundo Estadual de Combate à Pobreza –FECOP nos termos da Emenda Constitucional Federal nº 31, de 14 de dezembro de 2000.

Urge trazer ao caso o disposto no art. 2, I, “a” e § 3º da Lei Complementar n 37/03, assim retratada:

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

I- a parcela do produto da arrecadação correspondente ao adicional de 2 (dois) pontos percentuais nas alíquotas previstas no art. 44 da Lei nº 12.670, de 27 de dezembro de 1996, 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;”

§ 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 da substituição tributária, conforme definido em regulamento.”

Ressalte-se que dentre as competências do Chefe do Poder Executivo, encontra-se uma de substancial importância, qual seja, sua faculdade regulamentar, a Constituição Federal outorga referido poder do Presidente da República em seu art. 84, IV, o mesmo ocorre com cargo simétrico no estado, pelo governador, assim previsto na Constituição do Estado do Ceará:

“Art. 88. Compete privativamente ao Governador do Estado:

IV- sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução.”

Por sua vez, foi editado o Decreto n. 27.317/03 e posteriormente o Dec. n. 31.894/16, estabelecendo procedimento relativos ao cálculo e recolhimento do adicional do ICMS destinado ao fundo estadual de combate à pobreza (FECOP).



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

Assim, como determina o § 3º do art. 2º da Lei Complementar n. 37/03, o decreto n. 31.894/16 prever algumas situações para cálculo do ICMS, dentre eles, a prevista no art. 5º, assim redigida:

“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 destinado ao FECOP deverá ser adicionado à alíquota referente às operações próprias do contribuinte substituto;

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.”

Nessa toada, como a empresa autuada tem regime especial de recolhimento de substituição tributária recolhendo de acordo com a Lei n. 14.237/08, o adicional deverá ser recolhido na operação própria e na operação ST.

Desta forma, a alegação da recorrente de que o Decreto n. 31.894/16 caberia definir apenas e tão-só o modo como seria calculado icms, sempre de forma monofásico, onerando as operações destinadas ao consumo final ou submetidas à sistemática de substituição tributária, não foi acolhida pelo Poder Executivo estadual quando da formalização do mencionado decreto.

Por sua vez, pela interpretação dada aos artigos 1º; 2º, III; 3º; 5º do Dec. 31/894/16, o adicional de alíquota do fecop deve ser feita em todas as etapas de circulação de mercadoria mencionadas na lei complementar, ocorrendo assim conflito aparente de normas entre lei e decreto, o que não compete a um órgão de julgamento administrativo tributário apreciar, já que a ele foi atribuído somente à tarefa de exercer o controle de legalidade do procedimento de lançamento tributário, ou seja, a verificação da conformidade desse procedimento com as normas que o regem e que formatam o crédito exigido por meio dele.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

O exame, ainda que incidental, da legalidade ou constitucionalidade de atos normativos não foi legalmente atribuído a este órgão(art. 48, §2 da Lei n. 15.614/14).

Impõe trazer a evidência o disciplinado no art. 2º do Decreto n. 31.346/13, que dispõe sobre o regime de substituição tributária com carga líquida do ICMS nas operações praticadas pelos fabricantes de bebidas quentes na forma da Lei n. 14.237/08, assim editada:

“Art. 2º. O imposto a ser retido e recolhido, pelo estabelecimento industrial nas saídas internas de produção própria de vinhos, sidras e bebidas quentes será obtido mediante a aplicação da carga tributária líquida de 7,26%(sete vírgula vinte e seis por cento) sobre o valor da operação acrescido da margem de valor agregado no percentual de 60%(sessenta por cento), sem prejuízo do recolhimento do ICMS sobre as operações próprias.

§ 1º. O imposto retido na forma do caput deste artigo será recolhido pelo estabelecimento industrial, em DAE específico, na mesma data do recolhimento do ICMS das operações próprias da empresa.

§ 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 da mercadoria no estabelecimento, nos termos e condições estabelecidas no decreto nº 29.560, de 27 de novembro de 2008”.

Assim, a empresa autuada não recolherá o ICMS fecop-st quando da venda do produto (bebidas alcoólicas) para comerciante atacadista local signatário de Regime Especial de Tributação com a SEFAZ, a qual será a responsável pelo pagamento na entrada da mercadoria no estabelecimento, por sua vez que o ICMS fecop-normal deverá ser recolhido pela indústria, no caso a empresa autuada, que é a responsável pelo pagamento.

Quanto ao argumento da recorrente de que a interpretação de que o adicional de alíquota do fecop deve ser feita em todas as etapas de circulação de mercadoria afronta o princípio da não cumulatividade do ICMS (art. 155, § 2º, I da CF/88), urge noticiar que tal argumento tem natureza de exame de ilegalidade, fugindo da competência de um órgão administrativo de julgamento tributário e que como foi salientado o ICMS-Fecop tem característica atípica do ICMS.

Insta destacar que aos julgadores administrativos cabe apenas fazerem a interpretação e aplicação das leis tributárias no caso concreto, não tendo as autoridades administrativas competência para decidir sobre a ilegalidade de atos infralegais.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

Ademais, insta ressaltar o previsto no art. 2º da Lei n. 15.614/14 (Lei do Conat) assim editada:

“Art. 2º. Compete ao CONAT decidir as questões relativas à exigência dos tributos estaduais e a aplicação de penalidade pecuniária decorrentes de autos de infração à legislação tributária e a Procedimento Especial de Restituição nas mesmas condições, nos litígios fiscais entre sujeitos passivos de obrigação tributária e o Estado do Ceará”.

Portanto, o julgador administrativo deve julgar com base na legislação tributária(art. 96 do CTN), quer dizer que deve acolher o decreto, a portaria ou ordem de serviço normativo do Poder Executivo, não os questionamento, não os submetendo ao controle legal, apenas confrontando o lançamento tributário cm tais normas infralegais.

Cabe trazer sobre o assunto de julgamento da legalidade de atos infralegais o art. 16 da Lei nº 12.833, de 20.06.2103, inseriu o parágrafo único ao art. 48 da Lei nº 11.941/2009, com a seguinte redação:

“Art. 48. (...) Parágrafo único. São prerrogativas do Conselheiro integrante do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais CARF;(...

II-emitir livremente juízo de legalidade de atos infralegais nos quais se fundamentam os lançamentos tributários em julgamento”

Porém, ao sancionar a referida lei, a Presidência da República vetor o inciso II do referido parágrafo, sob o seguinte fundamento:

“ Razões do veto: O CARF é órgão de natureza administrativa e, portanto, não tem competência para o exercício de controle de legalidade, sob pena de invasão das atribuições do Poder Judiciário.”

Vale salientar que a que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal –STF está consolidada no sentido de não ser cabível ação direta de inconstitucionalidade em face de decreto editado no exercício do poder regulamentar, caso no qual se extrapolado da competência regulamentara, essa situação é passível de controle de legalidade(ADI 4176/DF-AgR, Rel. Min. Cármem Lúcia, Dje1/8/12; ADI 2.213, Rel. Min. Carlos Velloso, Dj 16/8/02; ADI 2862, rel. Min. Carmem Lúcia, Dj de 9/5/08).

Desta maneira, por tudo o que foi mencionado acima, compreendemos que no caso em questão ocorreu violação aos artigos 2º, I, “a” da Lei Complementar Estadual n.37/03, artigos 1º, I;



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

2º, III; 3º; 5º, I do Dec. 31.894/16, com aplicação da penalidade inserta no art. 123, I, "c" da Lei n. 12.670/96.

Pelo exposto, VOTO no sentido de conhecer do recurso ordinário para negar-lhe provimento confirmar a decisão singular de procedência da autuação.

É como voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS R\$ 920.916,74

MULTA.....R\$ 920.916,74

TOTALR\$ 1.841.833,48

03 - DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do **Processo de Recurso nº 1/0292/2017 – Auto de Infração: 1/201623389. Recorrente: Ypioca Indústria de Bebidas S A. Recorrido: CEJUL. RELATOR: LÚCIO FLÁVIO ALVES**. A 3ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, negar-lhe provimento, para manter a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração, nos termos do Parecer da Assessoria Processual Tributária, referendado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Presentes para a Sustentação Oral os Drs. Carlos César Sousa Cintra e Thiago Pierre Linhares

SALA DAS SESSÕES DA 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS,


em Fortaleza, 26 de Agosto de 2019.


Francisco Wellington Ávila Pereira
PRESIDENTE

Ciente: _____


André Gustavo Carreiro Pereira
PROCURADOR DO ESTADO


Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO RELATOR


Ricardo Ferreira Valente Filho
CONSELHEIRO

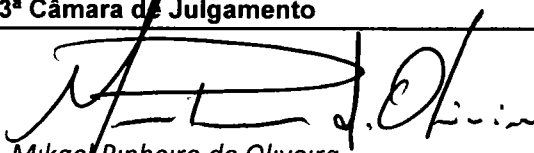

Alexandre Mendes de Sousa
CONSELHEIRO


Felipe Augusto Araújo Muniz
CONSELHEIRO



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento


Teresa Helena Carvalho Rebouças Porto
CONSELHEIRA


Mikael Pinheiro de Oliveira
CONSELHEIRO