

**ASSUNTO: : FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA E DESIGUALDADES
SOCIAIS - FECP. PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. INCIDÊNCIA DO FECP.
CONSULTA Nº 085/2016**

I – RELATÓRIO

Trata a presente consulta de requisição formulada por estabelecimento empresarial, que comercializa mercadorias consideradas essenciais pelo mesmo, e por este motivo requer a dispensa do pagamento do ICMS correspondente ao FECP.

Declara a consulente que *“não se encontra sob procedimento fiscal iniciado ou já instaurado para apurar fatos que se relacionem com a matéria objeto do presente pleito, tanto em relação à fiscalização paulista como a fluminense; e a matéria ora pleiteada não foi objeto de decisão anterior, ainda não modificada, proferida em pleito ou litígio em que a requerente tenha figurado como parte”*.

Ademais, destaca que:

- 1) É pessoa jurídica de direito privado, estabelecida no Estado de São Paulo, e comercializa equipamentos médico-hospitalares, tais como aparelhos de raio x, tomografia, ressonância magnética, ecógrafos e equipamentos angiografia;
- 2) A maioria de seus clientes são pessoas jurídicas não contribuintes do ICMS, como hospitais, clínicas, laboratórios, postos de saúde, etc.;
- 3) Com advento da EC nº 87/15 e do Convênio ICMS nº 93/15, desde o início do ano passou a ser responsável pelo pagamento do diferencial de alíquotas na maioria das vendas destinadas ao Estado do Rio de Janeiro;
- 4) Conforme a cláusula segunda e o §5º da cláusula quarta do Convênio ICMS nº 93/15, o contribuinte remetente deverá pagar o FECP à unidade federada de destino das mercadorias através da GNRE distinta do pagamento do diferencial de alíquotas propriamente dito, calculado com base na alíquota básica do produto;
- 5) Há dispensa do FECP em relação às mercadorias tidas como essenciais à sociedade, nos termos do art. 83 do ADCT e das alíneas “a” a “h” do inciso I do art. 2º da Lei nº 4.056/02;
- 6) Os equipamentos comercializados pela requerente são considerados essenciais para garantia do direito a saúde da população;
- 7) *“Apesar de haver uma lei complementar federal dispendo sobre o que é considerado*

“supérfluo” para exigência do FECP, o legislador fluminense, nos termos do art. 2º, I, “a” a “h” da lei nº 4.056/02, dispensou o pagamento do Fundo sobre operações com mercadorias e serviços considerados por ele como essenciais”.

Posteriormente, a requerente dissertou sobre a essencialidade do ICMS, concluindo que os equipamentos (aparelho de raio x – NCM 90221490, ecógrafo – NCM 90181210, equipamento de angiografia – NCM 90221412, equipamento de ressonância magnética – NCM 90181300 e equipamento de tomografia – NCM 90221200) por ela comercializados, sejam reconhecidos como essenciais, para que haja dispensa do pagamento do FECP nas operações destinadas ao Estado do Rio de Janeiro.

Reitera, em seguida, que não se furta ao pagamento do diferencial de alíquotas, conforme EC nº 87/15 e Convênio ICMS nº 93/15.

Isto posto, consulta:

- (i) *“Em vista de todo o exposto, a requerente, respeitosamente, requer que este órgão da Ilma. Secretaria de Estado de Fazenda, a dispensa do pagamento do FECP de que trata o artigo 82 do ADCT e da Lei estadual nº 4.056/02, sobre as operações interestaduais com os seguintes equipamentos e respectivas classificação fiscal” (Aparelho de raio x – NCM 90221490, ecógrafo – NCM 90181210, equipamento de angiografia – NCM 90221412, equipamento de ressonância magnética – NCM 90181300 e equipamento de tomografia – NCM 90221200);*
- (ii) *“Os equipamentos em questão são exclusivamente destinados a não contribuintes do ICMS no Estado do Rio de Janeiro, portanto, requer que o diferencial de alíquotas seja recolhido pela requerente aos cofres fluminenses sem o adicional do ICMS relativo ao referido Fundo, em razão da essencialidade das mercadorias comercializadas”.*

A consulente juntou aos autos comprovante de transação bancária, com respectivo Demonstrativo de Item de Pagamento e DARJ referentes à Taxa de Serviços Estaduais Fazendários – Análise em consulta (fls.12/14), cópia da sexagésima terceira alteração e consolidação contratual (fls.16/24), da procuração (fl. 25), do substabelecimento e dos documentos de identificação (fls.27/28). Em fls. 29/46 constam de cópias de DANFES, GNRE, DIPs e comprovantes de pagamentos.

Em seguida, o presente é encaminhado a esta superintendência.

II – ANÁLISE E FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, cumpre ressaltar que, conforme disposto na Resolução SEFAZ 45/07, a competência da Superintendência de Tributação, bem como da Coordenação de Consultas Jurídico-Tributárias abrange a interpretação da legislação tributária em tese, cabendo à verificação da adequação da norma ao caso concreto exclusivamente à autoridade fiscalizadora ou julgadora. Desta forma, imprescindível destacar que, de acordo com o inciso I do art. 85 dessa Resolução, compete a esta coordenação instruir e decidir processo referente a consulta sobre questão decorrente de interpretação da legislação tributária, não sendo desta maneira, competência da Coordenação de Consultas Jurídico-Tributárias a análise de requerimento referente à concessão de novos benefícios ou incentivos fiscais.

Lembramos ainda que, para verificar a possibilidade de enquadramento e fruição de algum benefício fiscal em vigor, inclusive quanto aos procedimentos formais necessários (Carta Consulta e etc.), deverá ser consultado o Manual de Diferimento, Ampliação de Prazo de Recolhimento, Suspensão e de Incentivos e Benefícios de Natureza Tributária, aprovado pelo Decreto n.º 27.815/2001.

Assim, discorreremos acerca do que foi requerido em fls.03/11, observando o disposto no inciso I do art. 85 da Resolução nº 45/07.

Preliminarmente, imperioso salientar que o inciso III do §2º do art. 155 da Constituição Federal de 1988 permitiu a seletividade do ICMS, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços, diferentemente do IPI, cuja seletividade é obrigatória segundo o inciso I do §3º do art. 153 da Constituição Federal. No caso do legislador estadual optar por adotar a seletividade, as alíquotas serão fixadas de acordo com a essencialidade da mercadoria, sendo menores para os gêneros considerados essenciais e maiores para os supérfluos, no intuito de onerar de forma mais gravosa os produtos menos essenciais. E assim foi feito pelo legislador fluminense através da redação do art. 14 da Lei nº 2.657/96.

Com relação ao adicional relativo ao FECPE, este foi instituído pela Lei n.º 4.056/02 e, atualmente, corresponde, em regra, ao acréscimo de 2% (dois por cento) na alíquota do ICMS, aplicada sobre a respectiva base de cálculo. Ademais, destaque-se que o FECPE não é um tributo à parte, tratando-se de um fundo constitucional cujos recursos advêm do acréscimo da alíquota do ICMS, conforme art. 82¹ do ADCT. Portanto, não há que se apurar

¹ Art. 82 - Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à 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.

à parte a parcela do ICMS recolhida a título de FECP, mas juntamente com o total do imposto a ser creditado no livro fiscal, haja vista que o crédito reflete o imposto destacado e recolhido nas operações de entrada.

Com relação ao art. 83² do ADCT, este somente trata do Fundo de Combate a Erradicação da Pobreza referente ao adicional na alíquota do IPI (inciso II do artigo 80 do ADCT) e dos Fundos Municipais, referente ao adicional na alíquota do ISS (§2º do art. 82 do ADCT).

Dito isto, a requerente deve observar os preceitos definidos pela Lei nº 4.056/02 e Resolução nº 987/16, que dispõe sobre o pagamento da parcela do adicional, relativo ao FECP, e dá outras providências. Por conseguinte, nem todas as atividades ou operações estão sujeitas à incidência do percentual destinado ao FECP, conforme exceções listadas, de forma taxativa, nos artigos 1.º e 2.º da Lei 4.056/02 e no artigo 5º da Resolução nº 987/16:

Art. 1º - Em cumprimento ao disposto no artigo 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, fica o Poder Executivo autorizado a instituir, no e para o exercício de 2003, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Executivo Estadual, o Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais com o objetivo de viabilizar a todos os fluminenses acesso a níveis dignos de subsistência visando a melhoria de qualidade de vida.

Parágrafo único - Não estão abrangidas pelas disposições desta Lei, além das previstas no seu artigo 2º, as atividades de:

I - comércio varejista de caráter eventual ou provisório em épocas festivas;

II - fornecimento de alimentação;

III - refino de sal para alimentação;

IV - as demais relacionadas no Livro V do Regulamento do ICMS.

Art. 2º - Compõem o Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais:

I - o produto da arrecadação adicional de dois pontos percentuais correspondentes a um adicional geral da alíquota atualmente vigente do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, ou do imposto que vier a substituí-lo, com exceção:

a) dos gêneros que compõem a Cesta Básica, assim definidos aqueles estabelecidos em estudo da Fundação Getúlio Vargas e em Lei estadual específica;

b) dos Medicamentos Excepcionais previstos na Portaria nº

§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 serviços supérfluos e nas condições definidas na lei complementar de que trata o artigo 155, § 2º, XII, da Constituição, não se aplicando, sobre este percentual, o disposto no artigo 158, IV, da Constituição.

² Art. 83 - Lei federal definirá os produtos e serviços supérfluos a que se referem os artigos 80, II, e 82, § 2º.

1318/02, de 23/07/02, do Ministério da Saúde, e suas atualizações e em Lei estadual específica;

c) do Material Escolar;

d) do Gás Liquefeito de Petróleo (gás de cozinha);

e) do fornecimento de energia elétrica residencial até 300 quilowatts/horas mensais;

f) consumo residencial de água até 30 m³;

g) consumo residencial de telefonia fixa até o valor de uma vez e meia a tarifa básica;

h) na geração de energia eólica, solar, biomassa, bem como para a energia gerada a partir do lixo, pela coleta do gás metano, e pela incineração, nos termos e condições estabelecidos pelo Poder Executivo;

I - fica autorizado o Poder Executivo a aderir ao Convênio ICMS nº 16/15, de 30 de junho de 2015 sobre operações internas relativas à circulação de energia elétrica, sujeitas a faturamento sob o Sistema de Compensação de Energia Elétrica de que trata a Resolução Normativa nº 482/12, de 2012, da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. (item acrescentado pela Lei Complementar 167/15, ceap de 28/03/16)

II - além da incidência percentual prevista no inciso I, terão mais 2 (dois) pontos percentuais, transitoriamente até 31 de dezembro de 2018, os serviços previstos na alínea “b”, do inciso VI do artigo 14 da Lei nº 2657/96, com a redação que lhe emprestou a Lei nº 2880/97, (sic) e no inciso VIII do artigo 14 da citada Lei nº 2657/96, com a alteração dada pela Lei nº 3082/98, de 20/10/98.

III - doações, de qualquer natureza, de pessoas físicas ou jurídicas do País ou do exterior;

IV - outros recursos compatíveis com a legislação, especialmente com a Emenda Constitucional Nacional nº 31/00, de 14 de dezembro de 2000.

§ 1º - Aos recursos integrantes do Fundo de que trata esta Lei não se aplica o disposto no inciso IV do artigo 167 e no artigo 159 da Constituição Federal, conjugado com o inciso IV do artigo 211 e o inciso IV do artigo 202, ambos da Constituição Estadual, bem como qualquer desvinculação de recursos orçamentários no que couber (artigo 80, parágrafo 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 5 de outubro de 1988, introduzido pela Emenda Constitucional Nacional nº 31/00, de 14 de dezembro de 2000).

§ 2º - O adicional de que trata o inciso I deste artigo não incidirá sobre atividades inerentes à microempresa e empresa de pequeno porte e cooperativas de pequeno porte.

§ 3º - Fica assegurado aos Municípios a percepção de benefícios sociais, decorrentes da aplicação dos recursos oriundos do Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais.

Art. 5º - Não será devida a parcela do adicional correspondente ao FECP sobre:

I - operações de circulação de mercadorias que integrem a cesta básica do Estado do Rio de Janeiro;

II - atividades previstas no Livro V, do Regulamento do ICMS,

aprovado pelo Decreto nº 27427/00, de 17 de novembro de 2000;

III - o ICMS devido pelas microempresas e empresas de pequeno porte relativas ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, de que trata a Lei Complementar nº 123/06, de 14 de dezembro de 2006;

IV - dos Medicamentos Excepcionais previstos na Portaria nº 1318/02, de 23/07/2002, do Ministério da Saúde, e suas atualizações e em Lei estadual específica;

V - operações com material escolar definido no Anexo do Decreto nº 36376/04;

VI - operações com gás liquefeito de petróleo (gás de cozinha);

VII - o fornecimento de energia elétrica residencial até 300 quilowatts/horas mensais;

VIII - o consumo residencial de telefonia fixa até o valor de uma vez e meia a tarifa básica.

§ 1º - O disposto no inciso II, não dispensa o contribuinte de recolher a parcela do adicional relativo ao FECP a que se acha obrigado em virtude:

I - de substituição tributária;

II - da existência de mercadorias em estoque por ocasião do pedido de baixa de inscrição ou declaração de falência e suas consequentes vendas, alienações ou liquidações;

III - da diferença de alíquota, na entrada de mercadoria proveniente de outra unidade da Federação, destinada a consumo ou ativo fixo;

IV - de importação.

§ 2º - O disposto no inciso III não dispensa o contribuinte de recolher a parcela do adicional relativo ao FECP a que se acha obrigado em virtude da incidência do ICMS prevista no inciso XIII do § 1º do artigo 13 da Lei Complementar nº 123/06.

Note-se que por falta de do regramento indicado no art. 83 do ADCT, ou seja, uma lei federal definindo os produtos considerados supérfluos, o Estado do Rio de Janeiro excetua algumas mercadorias e serviços julgados essenciais, conforme normativos supracitados. Por conseguinte, as operações com as mercadorias realizadas pela consulente não estão compreendidas nas hipóteses previstas, taxativamente, pelos normativos acima, portanto, não há que se falar em hipóteses de dispensa de pagamento do FECP no presente caso.

Adicionalmente, ratificando o posicionamento, destacamos que no caso de estabelecimentos destinatários NÃO CONTRIBUINTES do ICMS, deve o remetente, em se tratando de operação interestadual, observar o disposto no Convênio ICMS nº 93/2015. Destarte, na hipótese de operação interestadual originada em outro estado e com destino ao estado do Rio de Janeiro, como regra geral, para o cálculo do diferencial de alíquotas o

contribuinte deve considerar a alíquota interna do estado de destino da mercadoria, no caso do Rio de Janeiro de 20%, neste percentual já incluído o FECFP. O contribuinte deve observar o §2^{o3} da cláusula décima do Convênio ICMS 93/15: "§2º O adicional de que trata o §4^{o4} da cláusula segunda deve ser recolhido integralmente para a unidade federada de destino".

Quanto ao pagamento a ser realizado pelo contribuinte localizado em outra unidade da federação, duas hipóteses se apresentam:

- 1) Os contribuintes que possuem inscrição estadual no Estado efetuarão o pagamento do imposto por período de apuração. O imposto devido apurado deverá ser pago até 15º dia do mês subsequente à saída do bem ou ao início da prestação de serviço, por meio do Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais-RJ-Online (GNRE-RJ-Online), disponível no Portal de Pagamentos da SEFAZ;
- 2) O contribuinte não inscrito deverá pagar o imposto a cada operação ou prestação realizada. O pagamento deverá ser feito por meio da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais-RJ-Online (GNRE-RJ-Online), disponível no Portal de Pagamentos da SEFAZ até o momento da saída da mercadoria ou do início da prestação, devendo acompanhar o trânsito da mercadoria ou o transporte. Na guia de recolhimento deverá mencionar o número do respectivo documento fiscal.

Fique a consultante ciente de que esta consulta perderá automaticamente a sua eficácia normativa em caso de mudança de entendimento por parte da Administração Tributária, ou seja, editada norma superveniente dispendo de forma contrária.

III – RESPOSTA

Considerando:

- . A competência da Coordenação de Consultas Jurídico-Tributárias, prevista na Resolução nº 45/07, principalmente a do inciso I do art. 85;
- . Que o FECFP não é um tributo à parte, tratando-se de um fundo constitucional cujos recursos advêm do acréscimo da alíquota do ICMS, portanto, não havendo que se apurar à parte a parcela do ICMS recolhida a título de FECFP;

³ § 2º O adicional de que trata o § 4º da cláusula segunda deve ser recolhido integralmente para a unidade federada de destino.

⁴ § 4º O adicional de até dois pontos percentuais na alíquota de ICMS aplicável às operações e prestações, nos termos previstos no art. 82, §1º, do ADCT da Constituição Federal, destinado ao financiamento dos fundos estaduais e distrital de combate à pobreza, é considerado para o cálculo do imposto, conforme disposto na alínea “a” dos incisos I e II, cujo recolhimento deve observar a legislação da respectiva unidade federada de destino.

. A previsão constitucional da possibilidade de aplicação do Princípio da seletividade ao ICMS;

. A Lei nº 4.056/02, principalmente seus arts.1.º e 2.º, assim como a Resolução nº 987/16, principalmente seu art. 5º, que preveem, de forma taxativa, as exceções à cobrança do FECP;

Infere-se que as operações com as mercadorias realizadas pela consulente não estão compreendidas nas hipóteses previstas, taxativamente, nos arts. 1º e 2º da Lei nº 4.056/02 e no art. 5º da Resolução nº 987/16. Portanto, não há que se falar em hipóteses de dispensa de pagamento do FECP no caso em epígrafe.

Ademais, em operações interestaduais para estabelecimentos destinatários NÃO CONTRIBUINTES do ICMS, deve o remetente observar o disposto no Convênio ICMS nº 93/2015. Neste caso, na hipótese de operação originada em outro estado e com destino ao estado do Rio de Janeiro, como regra geral, para o cálculo do diferencial de alíquotas o contribuinte deve considerar a alíquota interna do estado de destino da mercadoria, no caso do Rio de Janeiro de 20%, neste percentual já incluído o FECP. O contribuinte deve observar o §2º da cláusula décima do Convênio ICMS 93/15.

Pelo o exposto, opino pelo retorno dos presentes autos com vistas ao GAC/DAC, para cientificar o interessado.

C.C.J.T., em 03 de agosto de 2016.