

Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Fazenda
Subsecretaria de Estado de Receita

Assunto	: Obrigatoriedade ou não de depósito no FOT no usufruto dos benefícios fiscais previstos na Lei n.º 9.025/2020.
Consulta	: 091/23

RELATÓRIO

A empresa, com sede no município de Campos dos Goytacazes, acima identificada, vem solicitar esclarecimentos desta Superintendência acerca da obrigatoriedade ou não de depósito no FOT no usufruto dos benefícios fiscais previstos na Lei n.º 9.025/2020.

Constam do administrativo: a petição da consulta assinada digitalmente (documento SEI 54388553), arquivamento na JUCERJA da 32ª alteração do contrato social (documento SEI 54388555). Consta também a comprovação do pagamento da TSE (documento SEI 54388557).

A repartição fiscal AFE 07 – Supermercados e Lojas de Departamento, em sua manifestação, despacho 64772655, informa a existência de ações fiscais em execução, relativas a diligências solicitadas pelo Conselho de Contribuintes e Junta de Revisão Fiscal, ambas com início em outubro/23. Informa e anexa cópia de autos de infração lavrados contra a consulente pendentes de decisão definitiva, mas sem relação com o objeto da consulta.

Observamos que o protocolo da consulta foi em 22/06/2023, anteriormente a abertura das ações fiscais mencionadas, e, desse modo, foram atendidos os critérios de admissibilidade das consultas tributárias previstos nos artigos 150 a 165 do Decreto n.º 2.473/1979 e na Resolução n.º 109/1976.

A consulente, em sua petição, afirma/informa:

Que se dedica ao comércio atacadista de gêneros alimentícios e congêneres e era beneficiária dos regimes tributários diferenciados previstos na Lei n.º 4.173/2003 e no Decreto n.º 44.498/2013;

Que não estava obrigada aos depósitos no FEEF e FOT, previstos na Lei n.º 7.428/2016 e Lei n.º 8.645/2019, respectivamente, uma vez que o usufruto dos benefícios da Lei n.º 4.173/2003 e Decreto n.º 44.498/2013 estavam formalmente excluídos da obrigação de depósito nos fundos;

Que com a edição da Lei n.º 9.025/2020, utilizou a faculdade de migração automática ali prevista, e teve reconhecido seu direito de usufruto pela publicação, em Diário Oficial, de Portaria SUPBF (cópia do D.O. com a publicação do ato anexada no documento SEI 54388560). Esclarece ainda que vem gozando do benefício fiscal previsto na Lei n.º 9.025/2020 desde abril de 2021;

Que entende que, no usufruto dos benefícios da Lei n.º 9.025/2020, passou a ficar obrigada ao depósito no FOT, desde o início do gozo do novo benefício, devido a não constar, na Lei n.º 8.645/2019, instituidora do FOT, expressa exceção ao benefício fiscal da Lei n.º 9.025/2020. Menciona que anexou alguns dos recolhimentos ao FOT efetuados nos últimos meses no “documento 7”. Entretanto, não constam tais comprovantes de depósito no FOT neste administrativo.

Que, entretanto, surgiram dúvidas se realmente é devido o depósito no FOT, pois o benefício da Lei n.º 9.025/2020 veio a substituir os benefícios da Lei n.º 4.173/2003 e do Decreto n.º 44.498/2013, com previsão de migração automática e revogação das normas anteriores pela nova lei. E ainda, que, como a Lei n.º 9.025/2020 é posterior à Lei n.º 8.645/2019, seria possível se cogitar na manutenção tácita da desobrigação ao FOT, pois seus benefícios seriam substitutos dos anteriores que eram desobrigados;

Prossegue, discorrendo sobre o FEEF e o FOT, reproduzindo parcialmente alguns dispositivos das respectivas normas instituidoras, Lei n.º 7.428/2016 e n.º 8.645/2019. Reafirma que os benefícios fiscais que usufruía anteriormente estavam expressamente excetuados ao FEEF. Conclui que o FOT possui a mesma base legal do FEEF, o Convênio ICMS n.º 42/16 e a mesma finalidade, o equilíbrio das finanças públicas do estado do Rio de Janeiro. Argumenta que a Lei do FOT manteve a exclusão dos benefícios fiscais da Lei n.º 4.173/2003 e do Decreto n.º 44.498/2013 da obrigatoriedade de depósito, de modo similar à desobrigação do FEEF. Alega ainda que os benefícios da Lei n.º 9.025/2020 vieram substituir integralmente os benefícios anteriores, tanto que houve a possibilidade de migração automática para o novo benefício. E, como a Lei n.º 9.025/2020 é posterior a Lei n.º 8.645/2019, haveria uma continuidade tácita na exceção da obrigatoriedade de depósito no FOT.

Por fim, consulta no item 25 de sua petição, conforme abaixo:

25. Isto posto, a Consulente pergunta:

1. Está correta a interpretação até aqui adotada pela Consulente no sentido de ser devida a obrigação instituída pela Lei n.º 8.645/2019 em face do gozo do benefício fiscal da Lei n.º 9.025/2020?

2. Ou, caso contrário, o benefício fiscal da Lei n.º 9.025/2020 está incluído entre as exceções da Lei n.º 8.645/2019, uma vez ter substituído os benefícios fiscais da Lei n.º 4.173/2003 (RIOLOG) e do Decreto n.º 44.498/2013?

Preliminarmente, cumpre ressaltar que a competência da Superintendência de Tributação, bem como da Coordenadoria de Consultas Jurídico-Tributárias, abrange a interpretação da legislação tributária fluminense em tese, cabendo à verificação da adequação da norma ao caso concreto exclusivamente à autoridade fiscalizadora ou julgadora. Assim como, não cabe à CCJT a verificação da veracidade dos fatos narrados, presumindo-se corretas as informações e documentos apresentados pela consultante.

A interpretação da legislação tributária relativa a benefícios fiscais deve ser sempre literal e restritiva, conforme entendimento desta Coordenadoria, inferido do disposto no artigo 111 do CTN. O FOT, instituído pela Lei n.º 8.645/2019, foi regulamentado pelo Decreto n.º 47.057/2020, do qual reproduzimos seus dispositivos relevantes:

Art. 2º A fruição de incentivo, benefício fiscal, financeiro-fiscal ou financeiro, já concedido ou que vier a ser concedido, fica condicionada ao depósito no FOT do montante equivalente ao percentual de 10% (dez por cento), aplicado sobre a diferença entre o valor do imposto calculado com e sem a utilização de benefício ou incentivo fiscal, financeiro-fiscal ou financeiro concedido a contribuinte do ICMS, de caráter geral e não geral, inclusive quando decorrente de regime especial de apuração, que resulte em redução do valor do ICMS a ser pago, nos termos do Convênio ICMS 42/16, de 03 de maio de 2016, já considerado no aludido percentual a base de cálculo para o repasse constitucional para os Municípios, de 25% (vinte e cinco por cento) do valor depositado.

§ 1º Estão abrangidos pelo disposto no caput os benefícios ou incentivos:

I - fiscais constantes do Manual de Diferimento, Ampliação de Prazo de Recolhimento, Suspensão e de Incentivos e Benefícios de Natureza Tributária, instituído pelo Decreto n.º 27.815, de 24 de janeiro de 2001, inclusive nas hipóteses referidas no § 3º, excetuados os:

a) previstos:

1. na Lei n.º 1.954, de 26 de janeiro de 1992, quanto aos projetos culturais e esportivos encaminhados ou aprovados durante sua vigência;

2. nas Leis n.º 4.169, de 29 de setembro de 2003, n.º 4.173, de 29 de setembro de 2003, n.º 4.892, de 1º de novembro de 2006, n.º 6.331, de 10 de outubro de 2012, n.º 6.648, de 20 de dezembro de 2013, n.º 6.821, de 25 de junho de 2014 e n.º 6.868, de 19 de agosto de 2014;

3. nos arts. 3º, 6º e 9º da Lei n.º 4.177, de 29 de setembro de 2003, observadas as restrições previstas no § 6º;

4. nos Decretos n.º 29.042, de 27 de agosto de 2001, n.º 32.161, de 11 de novembro de 2002, n.º 36.376, de 18 de outubro de 2004, n.º 37.210, de 28 de março de 2005, n.º 43.739, de 29 de agosto de 2012, n.º 45.780, de 04 de outubro de 2016 e n.º 46.680, de 18 de junho de 2019;

5. no Título V-A do Livro V, no Livro XIII, quanto às operações internas do comércio varejista com veículo automotor novo e às operações com veículo automotor usado, bem como no Título III do Livro XV, todos do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 27.427, de 17 de novembro de 2000;

6. no Convênio ICM 44/75 e no Convênio ICMS 94/05;

b) que contemplem operações realizadas com medicamentos que constem na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME ou na lista do Programa Farmácia Popular do Brasil - PFPB, nos termos dos atos normativos editados pelo Ministério da Saúde;

c) classificados como suspensão e ampliação de prazo de pagamento;

d) decorrentes de regimes de apuração por estimativa, desde que obedecido o disposto no § 1º do art. 26 da Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996;

e) classificados como diferimento, ressalvando-se os que resultam em redução do valor ICMS a ser pago, abrangidos pela obrigação de realizar o depósito no FOT, relacionados a seguir:

1. diferimento nas aquisições de ativo permanente;

2. diferimento nas saídas destinadas a contribuintes optantes pelo Simples Nacional;

3. diferimento nas operações internas entre estabelecimentos do mesmo grupo econômico, quando abrangidos pelo mesmo tratamento tributário;

f) classificados como isenção, quando incidentes sobre operações de saída com vasilhames, recipientes e embalagens, inclusive sacaria, vazios ou cujo valor não seja computado no valor das mercadorias que acondicionem, nas hipóteses previstas no Convênio ICMS 88/91 e no Convênio ICMS 42/01, celebrados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária, por não resultarem em redução do valor ICMS a ser pago;

g) incidentes nas importações em que não haja a transferência de propriedade;

h) que promovem desoneração cujo beneficiário é órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta do Estado do Rio de Janeiro, tanto na posição de destinatário como de remetente.

II - financeiro-fiscais e financeiros cuja fruição resulte em redução do valor do ICMS a ser pago, inclusive quando houver extinção do crédito tributário por meio de compensação, conforme previsto no art. 3º da Lei nº 2.823, de 07 de novembro de 1997, e no art. 1º do Decreto nº 25.980, de 14 de janeiro de 2000.

§ 2º Estão excluídos da obrigação de realizar depósito no FOT os contribuintes optantes pelo Simples Nacional, quanto aos benefícios fiscais concedidos no âmbito:

I - da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006; ou

II - do regime normal de apuração, inclusive quanto a optante pelo Simples Nacional na condição de contribuinte substituto ou contribuinte substituído.

§ 3º Incluem-se no âmbito dos incentivos fiscais referidos no inciso I do § 1º, abrangidos pela obrigação de realizar o depósito no FOT, aqueles decorrentes de normas relativas a:

I - regime especial de apuração ou qualquer forma alternativa de apuração do imposto não enquadrada no regime de compensação, realizado mediante confronto periódico entre débitos e créditos, na forma do art. 33 da Lei nº 2.657, de 26 de dezembro de 1996;

II - apuração do imposto devido por substituição tributária de forma diversa da prevista no art. 24 da Lei nº 2.657, de 26 de dezembro de 1996.

...

Art. 4º *O valor do depósito referido no art. 2º deverá ser apurado mensalmente, por estabelecimento, devendo seu pagamento ser realizado até o dia 20 do mês subsequente ao da apuração.*

§ 1º Para determinação do montante do depósito mensal no FOT, o contribuinte deve:

I - realizar a apuração mensal do valor do imposto devido, na forma prevista na legislação, considerando a fruição de todos os benefícios fiscais de que é beneficiário, ou que incidem sobre as operações com mercadorias ou prestações que realize, inclusive quando decorrentes de regime especial de apuração;

II - realizar a apuração mensal do valor do imposto que seria devido, na forma prevista na legislação, caso desconsiderada a fruição de todos os benefícios fiscais de que é beneficiário, ou que incidem sobre as operações com mercadorias ou prestações que realize, inclusive quando decorrentes de regime especial de apuração, excetuados os referidos nas alíneas “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, “f”, “g” e “h” do inciso I, do § 1º e no § 2º, ambos do art. 2º;

III - calcular o valor mensal não pago a título de ICMS, subtraindo o valor apurado conforme o inciso I daquele apurado nos termos do inciso II;

IV - multiplicar o total calculado nos termos do inciso III por 0,1 (um décimo).

§ 2º Nas apurações previstas nos incisos I e II do § 1º, o estabelecimento deverá:

I - considerar os valores referentes a substituição tributária e importação, quando incidirem benefícios fiscais nas respectivas operações;

II - considerar o saldo devedor como positivo e o saldo credor como negativo;

III - desconsiderar o valor do saldo credor do período anterior, se houver; e

IV - considerar os benefícios financeiros como fruídos no período em que for apurada a respectiva redução do valor do ICMS a ser pago.

§ 3º Se o resultado do cálculo previsto no inciso III, do § 1º for igual ou inferior a zero, não haverá valor a depositar no FOT, devendo ser informada tal situação na EFD.

Observamos que não consta exceção da obrigatoriedade ao FOT para os benefícios da Lei n.º 9.025/2020, nas alíneas do Inciso I do parágrafo 1º do artigo 2º do Decreto n.º 47.057/2020. Assim sendo, os usufrutuários dos benefícios fiscais da Lei n.º 9.025/2020 estão obrigados ao depósito no FOT. A Lei n.º 9.025/2020 reformulou os benefícios fiscais para o setor atacadista no Rio de Janeiro, revogando expressamente os benefícios existentes anteriormente para o setor. Apesar do alegado pela consultante, relativo ao fato da Lei n.º 9.025/2020 ser posterior à Lei n.º 8.645/2019, caso fosse intenção do legislador excetuar seus benefícios da obrigatoriedade do FOT, deveria ter sido providenciada alteração na Lei do FOT nesse sentido.

Apenas como esclarecimento, os antigos benefícios dados pela Lei n.º 4.173/2003 foram expressamente excetuados do depósito no FOT, no item 2 da alínea “a” do Inciso I do §1º do artigo 2º. Diferentemente do alegado pela consultante, não consta, das demais alíneas do Inciso I do §1º do artigo 2º do retro mencionado decreto, menção expressa à desobrigatoriedade de depósito no FOT para os antigos benefícios fiscais previstos no Decreto n.º 44.498/2013. Constava a exceção em relação ao FEEF, conforme Inciso II do artigo 14 da Lei n.º 7.428/2016. Em relação ao Decreto n.º 44.498/2013, em regra, o beneficiário estava obrigado a realizar o depósito no FOT. Contudo, as operações com mercadorias constantes da cesta básica do estado do Rio de Janeiro, relacionadas no Decreto n.º 32.161/2002, estão expressamente excetuadas ao FOT, conforme item 4 da alínea “a” do Inciso I do §1º do artigo 2º do Decreto. Dessa forma, no caso de operações com mercadorias da cesta básica e beneficiadas pelo Decreto n.º 44.498/2013, estas poderiam não ser consideradas no cálculo da apuração “paralela” de que trata o inciso II do §1º do artigo 4º.

Por fim, os procedimentos para o cálculo do valor a ser depositado no FOT encontram-se explicitados no §1º do artigo 4º do Decreto n.º 47.057/2020, já acima reproduzido.

RESPOSTA

Quanto aos questionamentos 1 e 2 respondemos que os beneficiários da Lei n.º 9.025/2020 estão obrigados ao depósito no FOT, instituído pela Lei n.º 8.645/2019, por não constar, expressamente, sua exceção nas alíneas do Inciso I do §1º do artigo 2º do Decreto n.º 47.057/2020.

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

Encaminhamos o Parecer sobre Pedido de Consulta Tributária [65637960](#) de órgão técnico desta Coordenadoria, cujo teor manifestamos concordância.

Submetemos à vossa senhoria para decisão de encaminhamento à Subsecretaria de Estado de Receita, tendo em vista o disposto no §2º do artigo 37 do Anexo à Resolução n.º 414/22^[1].

Em seguida, caso aplicável e com apreciação favorável ao parecer por parte do Sr. Subsecretário da Receita, sugerimos o encaminhamento à repartição fiscal de circunscrição do estabelecimento requerente, para dar ciência ao interessado, na forma preconizada pelo Art. 154^[2] do Decreto nº 2473/1979.

[1] 2º As decisões emanadas no âmbito da Superintendência de Tributação, que causem grande impacto e repercussão geral, deverão ser previamente apreciadas pela Subsecretaria de Estado de Receita antes da produção de efetivos efeitos.

[2] Art. 154. Respondida a consulta, o processo será devolvido à repartição de origem, para que esta cientifique o consulente, intimando-o, quando for o caso, a adotar o entendimento da administração e recolher o tributo porventura devido em prazo não inferior a 15 (quinze) dias.