



APELANTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO

APELADO : DOMINO ENERGIA S/A.

RELATORA: **DESEMBARGADORA MARIA REGINA NOVA**

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. ADMISSÃO TEMPORÁRIA DE BENS, SEM TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE. NÃO OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. CONVÊNIO Nº3/2018 E DECRETO ESTADUAL Nº 46.233/2018, QUE ESTABELECEM CONDIÇÕES PARA O DEFERIMENTO DE “ISENÇÃO” TRIBUTÁRIA. DIREITO DA PARTE QUE NÃO PODE SE SUBMETER ÀS CONDIÇÕES, SOB PENA DE RESTAR VIOLADO O ENTENDIMENTO DO C.STF, SOB O REGIME DOS RECURSOS REPETITIVOS, NO JULGAMENTO DO RESP Nº540.829-SP. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE.

- O cerne da questão posta em julgamento está em decidir se a impetrante, ao “adquirir” bens, peças e equipamentos para o desempenho da sua atividade - *exploração e produção de petróleo e gás natural* – está sujeita a norma condicionante prevista na Cláusula Nona, § 1º, do Convênio ICMS nº 03/2018 e no art. 8º, § 2º do Decreto Estadual nº 46.233/2018 para fins de adesão ao tratamento tributário que preveem.

- Com o objetivo de atrair investimentos internacionais capazes de desenvolver a produção de combustíveis fósseis em nosso território, o ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu diversas formas de



APELAÇÃO CÍVEL Nº 0034932-11.2020.8.19.0001

incentivo tributário para as empresas que atuam nesse ramo. Tais incentivos foram materializados através de instruções normativas que instituíram o chamado REPETRO e, atualmente, o REPETRO-Sped.

- Na mesma linha, os Estados editaram o Convênio ICMS 03/2018 e o Estado do Rio de Janeiro editou o DECRETO ESTADUAL Nº 46.233/2018, que condicionam as concessões dos benefícios neles previstos, em especial a “isenção” de ICMS no caso de admissão temporária de bens, à desistência de *“qualquer direito em sede administrativa ou judicial que questionem a incidência do ICMS sobre a importação dos bens ou mercadorias sem transferência da propriedade”*

- Ocorre que é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que a admissão temporária de bens, sem a transmissão da propriedade, não é fato gerador do ICMS. Recurso Extraordinário nº 540.829-SP, com repercussão geral.

- Nessa linha, a conclusão inexorável é no sentido de que o direito de não pagar ICMS, nos casos de admissão temporária de bens, ou, mais especificamente, quando a propriedade do bem não for transferida, não pode ficar sujeita a qualquer condição.

- Dessa forma, concluo que a sentença, ao reconhecer o direito da parte impetrante, de não se submeter à condicionante prevista na Cláusula Nona, § 1º, do Convênio ICMS nº 03/2018 e no art. 8º, § 2º do Decreto Estadual nº 46.233/2018 para fins de adesão ao tratamento tributário que preveem, deve ser mantida integralmente.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.



ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos desta apelação cível, onde figuram as partes acima epigrafadas,

ACORDAM os Desembargadores que compõem a **Décima Quinta Câmara Cível** do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **por unanimidade**, em **CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos do voto da Relatora.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

O cerne da questão posta em julgamento está em decidir se a impetrante, ao “adquirir” bens, peças e equipamentos para o desempenho da sua atividade - *exploração e produção de petróleo e gás natural* – está sujeita a norma condicionante prevista na Cláusula Nona, § 1º, do Convênio ICMS nº 03/2018 e no art. 8º, § 2º do Decreto Estadual nº 46.233/2018 para fins de adesão ao tratamento tributário que preveem.



APELAÇÃO CÍVEL Nº 0034932-11.2020.8.19.0001

De início, transcrevo aqui o conteúdo das normas acima mencionadas, e que considero essenciais para o julgamento do presente recurso:

Decreto Estadual nº 46.233/2018:

"Art. 2º Fica concedida isenção do ICMS incidente na importação de bens ou mercadorias temporários para aplicação nas atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural definidas pela Lei federal nº 9.478/97, sob amparo das normas federais específicas que regulamentam o Regime Aduaneiro Especial de Exportação e de Importação de Bens Destinados às Atividades de Pesquisa e de Lavra das Jazidas de Petróleo e de Gás Natural - REPETRO- SPED." (grifei)

(...)

"Art. 7º Fica concedida isenção do ICMS incidente sobre a importação de bens ou mercadorias temporários ou permanentes admitidos anteriormente a 31 de dezembro de 2017, decorrente da migração ou da transferência de regime do REPETRO, regulamentado pelo Decreto Federal nº 6.759, de 05 de fevereiro de 2009, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto Federal nº 9.128, de 17 de agosto de 2017, para o REPETRO-SPED, disciplinado pela Lei Federal nº 13.586/2017. (grifei)

§ 1º O benefício fiscal previsto neste artigo aplica-se:



APELAÇÃO CÍVEL Nº 0034932-11.2020.8.19.0001

I - aos bens e mercadorias admitidos até 23 de janeiro de 2008, sob o amparo do art. 13, do Livro XI do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 27.427, de 17 de novembro de 2000;

II - aos bens e mercadorias admitidos até 31 de dezembro de 2017, sob o amparo do Decreto nº 41.142, de 23 de janeiro de 2008;

III - aos bens e mercadorias admitidos até 31 de dezembro de 2017, cujo imposto foi dispensado nos termos da Resolução SEFAZ nº 1.000, de 27 de abril de 2016;

IV - aos bens e mercadorias admitidos segundo o regime normal de apuração e pagamento do ICMS."

"Art. 8º O tratamento tributário previsto neste Decreto é opcional ao contribuinte, que deverá formalizar a sua adesão junto à Auditoria Fiscal a que estiver vinculado, em termo de comunicação, nos termos do Anexo Único. (grifei)

(...)

§ 2º A adesão a este Decreto implica renúncia de forma expressa e irretratável a qualquer direito em sede administrativa ou judicial que questionem a incidência do ICMS sobre a importação dos bens ou mercadorias sem



APELAÇÃO CÍVEL Nº 0034932-11.2020.8.19.0001

transferência da propriedade, referente a fatos geradores anteriores ao início da vigência deste Decreto, com a consequente desistência de todos os recursos administrativos e ações judiciais alcançados, os quais deverão constar em relação anexa ao termo de comunicação."(grifei)

Pois bem. O ordenamento jurídico brasileiro, com o objetivo de atrair investimentos internacionais capazes de desenvolver a produção de combustíveis fósseis em nosso território, estabeleceu diversas formas de incentivo tributário para as empresas que atuam nesse ramo.

Tais incentivos foram materializados através de instruções normativas que instituíram o chamado REPETRO e, atualmente, o REPETRO-Sped.

Na mesma linha, os Estados editaram o Convênio ICMS 03/2018, e o Estado do Rio de Janeiro editou o supramencionado Decreto Estadual nº46.233/2018, que condicionam as concessões dos benefícios neles previstos, em especial a “isenção” de ICMS no caso de admissão temporária de bens, à desistência de “qualquer direito em sede administrativa ou judicial que questionem a incidência do ICMS sobre a importação dos bens ou mercadorias sem transferência da propriedade”



Ocorre que é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que a admissão temporária de bens, sem a transmissão da propriedade, não é fato gerador do ICMS.

O C. STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 540.829-SP, com repercussão geral, concluiu que somente existe incidência do ICMS quando há efetiva circulação de mercadorias, e não mera posse para posterior devolução ao exterior.

Confira-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS.
ENTRADA DE MERCADORIA IMPORTADA
DO EXTERIOR. ART. 155, II, CF/88.
OPERAÇÃO DE ARRENDAMENTO
MERCANTIL INTERNACIONAL. NÃO-
INCIDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO
A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O ICMS
tem fundamento no artigo 155, II, da CF/88, e
incide sobre operações relativas à circulação de
mercadorias e sobre prestações de serviços de
transporte interestadual e intermunicipal e de
comunicação, ainda que as operações e as
prestações se iniciem no exterior. 2. A alínea “a”
do inciso IX do § 2º do art. 155 da Constituição



APELAÇÃO CÍVEL Nº 0034932-11.2020.8.19.0001

Federal, na redação da EC 33/2001, faz incidir o ICMS na entrada de bem ou mercadoria importados do exterior, somente se de fato houver circulação de mercadoria, caracterizada pela transferência do domínio (compra e venda). 3. Precedente: RE 461968, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 30/05/2007, Dje 23/08/2007, onde restou assentado que o imposto não é sobre a entrada de bem ou mercadoria importada, senão sobre essas entradas desde que elas sejam atinentes a operações relativas à circulação desses mesmos bens ou mercadorias. 4. Deveras, **não incide o ICMS na operação de arrendamento mercantil internacional**, salvo na hipótese de antecipação da opção de compra, quando configurada a transferência da titularidade do bem. **Consectariamente, se não houver aquisição de mercadoria, mas mera posse decorrente do arrendamento, não se pode cogitar de circulação econômica.** 5. In casu, nos termos do acórdão recorrido, o contrato de arrendamento mercantil internacional trata de bem suscetível de devolução, sem opção de compra. 6. Os conceitos de direito privado não podem ser



APELAÇÃO CÍVEL Nº 0034932-11.2020.8.19.0001

desnaturados pelo direito tributário, na forma do art. 110 do CTN, à luz da interpretação conjunta do art. 146, III, combinado com o art. 155, inciso II e § 2º, IX, “a”, da CF/88. 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 540829, Relator(a): GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-226 DIVULG 17-11-2014 PUBLIC 18-11-2014)

Dessa forma, ainda que por amor ao debate, a primeira incongruência do Decreto Estadual sob exame está em conceder “isenção” para situações econômicas que, a rigor, sequer caracterizam o fato gerador do ICMS. O instituto da isenção pressupõe que haja hipótese de incidência.

Nessa linha, a conclusão inexorável é no sentido de que o direito de não pagar ICMS, nos casos de admissão temporária de bens, ou, mais especificamente, quando a propriedade do bem não for transferida, não pode ficar condicionada à renúncia ou desistência dos contribuintes *ao direito de questionar “a incidência do ICMS sobre a importação dos bens ou mercadorias sem transferência da propriedade.”*



Note-se que, aqui, não se afirma a impossibilidade de que benefícios fiscais sejam condicionados. Mas, no caso em julgamento, em relação ao ICMS sobre bens admitidos temporariamente, sem transmissão da sua propriedade, elas são indevidas, porque violariam a decisão do C.STF, acima colacionada.

Dessa forma, concluo que a sentença, ao reconhecer o direito da parte impetrante, de não se submeter à condicionante prevista na Cláusula Nona, § 1º, do Convênio ICMS nº 03/2018 e no art. 8º, § 2º do Decreto Estadual nº 46.233/2018 para fins de adesão ao tratamento tributário que preveem, deve ser mantida integralmente.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Rio de Janeiro, na data sessão de julgamento.

Desembargadora **MARIA REGINA NOVA**

Relatora