

A. I. N° - 269354.0023/19-0
AUTUADO - MAHA ENERGY BRASIL LTDA.
AUTUANTE - LUIS HENRIQUE DE SOUSA ALEXANDRE
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 09/07/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0090-03/21-VD

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. RECOLHIMENTO A MENOS. O defendente apresenta prova que elide parcialmente a acusação fiscal. Ajustes realizados pelo Autuante em diligência fiscal, reduz valor originalmente lançado. Indeferido pedido de perícia técnica. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 11/12/2019, exige crédito tributário no valor de R\$240.705,72, acrescido da multa de 60%, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01. 06.05.01. deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de materiais ou bens oriundos de outras unidades da Federação, destinados ao uso e consumo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2016, janeiro a março, junho a dezembro de 2017, setembro e novembro de 2018.

O autuado impugna o lançamento fls.39/48. Resume os fatos autuados. Registra que a defesa é tempestiva. Afirma que, vem diante da lavratura do Auto de Infração em epígrafe, por meio de seus procuradores signatários, apresentar impugnação, pelas razões expostas a seguir.

Aduz ser empresa constituída na forma de sociedade limitada, tendo como atividade principal a extração de petróleo e gás natural. Com sede no estado do Rio de Janeiro, a empresa conta com filiais nos estados de Sergipe e na Bahia. Na consecução de suas atividades, está sujeita à incidência do ICMS, bem como ao cumprimento das obrigações acessórias relativas ao referido imposto.

Nesse particular, registra que sempre prezou pelo adimplemento de suas obrigações tributárias, principais e acessórias, especialmente com relação ao ICMS, no tempo e modo exigidos pela legislação do Estado da Bahia. Ocorre que, não obstante a regularidade com que conduz suas atividades, foi surpreendida pela autuação ora impugnada, decorrente de trabalho fiscal que teve por objeto a verificação do correto cálculo do diferencial de alíquotas de ICMS, referente aos períodos autuados. Repete o enquadramento legal.

No entanto, entende que a referida exigência é manifestamente ilegítima e improcedente, razão pela qual a contesta, de modo a evidenciar a impossibilidade de exigência de qualquer valor pretendido com base na autuação, a partir das quais, se verá que não há como o lançamento prosperar, devendo ser integralmente cancelado.

Explica que como exposto, foi autuada por suposta inconsistência no cálculo do diferencial de alíquotas de ICMS nos períodos indicados. Primeiramente, ressalta que o cálculo apresentado pela autoridade fiscal para o período de 2016 até dezembro de 2017, foi baseado em legislação que não

era vigente a época dos fatos, ou seja, o dispositivo que disciplina a base de cálculo do ICMS na operação em comento foi alterado.

Desta forma, diz que a autoridade fiscal se utilizou de legislação que se tornou vigente apenas após a realização da operação pela empresa. Reproduz o art.17, § 6º, da Lei nº 7.014/96, que sofreu alterações pela Lei nº 13.816, de 21/12/17, cujos efeitos se deram apenas, a partir de 22 de dezembro de 2017. Ou seja, utilizou do cálculo indicado pelo § 6º, do artigo 17 em suas operações até dezembro de 2017, cujo texto vigente era: *“Nos casos do inciso XI, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor ali previsto.”*

Para ilustrar o cálculo realizado no período, elabora demonstrativo exemplificativo, com base na planilha anexada ao presente AI, do período de fevereiro de 2017, com comentários e ajustes realizados, pelo que se verifica, o cálculo demonstra que utilizou o racional de excluir a alíquota interestadual da base de cálculo do ICMS, incluindo, posteriormente, o ICMS interno na base de cálculo. Por conseguinte, foi calculada a partir da multiplicação da base de ICMS, como se operação interna fosse, com a diferença entre a alíquota interna subtraída da alíquota interestadual aplicada. Ressalta que este era o disposto na legislação na época das operações.

Assim, diz que resta claro que realizou corretamente o cálculo do diferencial de alíquotas do período, não devendo ser aplicado o cálculo trazido pelas alterações da Lei nº 13.816, de 21/12/17, já que a mesma se tornou vigente apenas em 22.12.2017 – posteriormente às operações autuadas, devendo ser cancelado o Auto de Infração com relação às operações relacionadas.

Caso assim não se entenda, é imprescindível a realização de perícia técnica, que poderá ser realizada por meio de diligência fiscal, pela qual restará demonstrado o correto cálculo realizado, diante da aplicação da legislação aplicável à época dos fatos.

Em relação ao período de setembro de 2018, afirma ter verificado que a operação indicada na Nota Fiscal nº 127, se refere a saída de um bem amparado pelo regime aduaneiro especial Repetro-Sped do estabelecimento do Rio de Janeiro (matriz) com destino ao Estado da Bahia (filial) sem destaque de ICMS.

Esclarece que o Repetro-Sped é um regime aduaneiro especial de utilização econômica destinado a bens a serem utilizados nas atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural sob controle informatizado do Sistema Público de Escrituração Digital (SPED) e é, atualmente, regulamentado pela Instrução Normativa RFB nº 1.781/2017, permite que empresas previamente habilitadas ao regime realizem, dentre outras possibilidades, a importação de bens, seja para permanência temporária ou definitiva no país, com suspensão do pagamento dos tributos federais incidentes na importação, desde que tais bens sejam destinados às atividades da indústria de óleo e gás brasileira.

No âmbito estadual, em complemento ao Repetro-Sped, foi criado o Convênio ICMS nº 3/2018, que dispõe sobre tratamento tributário diferenciado do ICMS em operações com bens ou mercadorias destinadas às atividades de pesquisa, exploração ou produção de petróleo e gás natural.

Informa que o referido Convênio, entre outras hipóteses, autoriza os Estados a: (i) conceder isenção de ICMS para os bens importados sob a modalidade de admissão temporária; (ii) reduzir a base de cálculo do ICMS de modo que a carga tributária efetiva seja equivalente a 3% (três por cento), sem apropriação do crédito correspondente, para os bens importados sob a modalidade de importação definitiva. Nesta última hipótese, o Convênio dispõe, que o ICMS devido deve ser recolhido uma única vez para o Estado em que ocorrer a utilização econômica do bem, ainda que ocorra a saída e retorno do bem do território nacional ou saídas subsequentes internas ou interestaduais.

Para realizar operações com os benefícios previstos no Convênio ICMS nº 3/2018, as empresas devem ser previamente habilitadas no Repetro-Sped e devem observar os requisitos

estabelecidos no Convênio. Porém, por se tratar de um regime opcional, a fruição dos benefícios previstos no Convênio ICMS nº 3/2018 envolverá a adesão por parte dos contribuintes com a formalização de sua adesão ao Estado em que for realizar a operação, de acordo com o estabelecido por cada estado em sua própria legislação interna.

Neste sentido, o Estado da Bahia, por meio do Decreto nº 18.289/2018, internalizou o Convênio ICMS nº 3/2018 em sua legislação. Destaca que, em 27 de abril de 2018, foi publicado o Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 39 através do qual foi habilitada pela Receita Federal do Brasil para utilizar o regime aduaneiro do Repetro-Sped. A partir deste dia, portanto, já seria possível que realizasse operações de importação no âmbito do Repetro-Sped, desde que os itens importados estivessem presentes em um dos anexos da Instrução Normativa RFB nº 1.781/2017.

Prossegue aduzindo que a mercadoria descrita na nota fiscal ora em análise, consiste em *Bomba Outsource Multiplex A250* classificada na NCM 8413.60.9 que se encontra devidamente listada no Anexo II da Instrução Normativa RFB nº 1.781/2017 podendo, portanto, ser importada no âmbito do Repetro-Sped tanto através de admissão temporária, quanto por importação definitiva.

O item em questão foi importado através do CNPJ de sua matriz, na modalidade de admissão temporária com suspensão total dos tributos federais e isenção do ICMS, conforme descrito na Declaração de Importação nº 18/1571354-4, registrada em 27 de agosto de 2018.

Em 05 de setembro de 2018, decidiu enviar o equipamento que estava no seu estabelecimento Matriz, para a sua filial na Bahia, para que esta última pudesse utilizar o referido item nas atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural na Bahia, tendo a matriz emitido nota fiscal para essa transferência utilizando-se do CFOP 6.949 – Outras Saídas e sem destaque de ICMS.

Ressalta que em 04 de setembro de 2018, foi publicado o Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 118 que habilitou também a filial do estado da Bahia ao Repetro-Sped, sendo assim, no momento da transferência ambas as empresas se encontravam devidamente habilitadas a utilizar o regime aduaneiro especial Repetro-Sped.

Esclarece que, ainda que a Matriz tenha transferido o bem para a sua filial na Bahia, como este bem estava à época no Brasil sob o regime aduaneiro de admissão temporária do Repetro-Sped, a propriedade do bem se manteve em todos os momentos com a “MAHA ENERGY INC” localizada nos Estados Unidos, não havendo em nenhum momento transferência de propriedade, apenas a circulação física do item do Rio de Janeiro para a Bahia, permanecendo ainda a matriz localizada no Rio de Janeiro como a beneficiária do regime aduaneiro especial Repetro-Sped.

Destaca que a Receita Federal do Brasil, na Solução de Consulta nº 1 - COSIT, de 9 de janeiro 2020, entendeu que transferência de bens entre filiais não altera o beneficiário do regime especial do Repetro porque se considera que o bem permaneceu com a mesma pessoa jurídica. Antes da publicação do Convênio 03/2018, já havia o entendimento pacificado nas cortes superiores (Recurso Especial nº 540.829/SP, do Supremo Tribunal Federal) de que não haveria incidência de ICMS sobre a importação de bens nas operações de arrendamento mercantil internacional. Ou seja, no caso da importação através de admissão temporária, como se trata de um contrato de arrendamento mercantil e a propriedade do bem permanece com a pessoa jurídica localizada no exterior, não há que se falar em incidência de ICMS. O entendimento foi sedimentado com a previsão expressa do Convênio 03/2018 de que os Estados poderiam isentar o ICMS incidente na importação de bens temporários para aplicação nas atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural, entendimento este internalizado pelo estado da Bahia.

Verifica-se assim, que não há incidência de ICMS para operações locais após a importação em admissão temporária em situações em que não há transferência de propriedade, como também já articulado pela Súmula nº 166, do Superior Tribunal de Justiça, que prevê o entendimento de que não ocorre fato gerador de ICMS no simples deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, que seria o caso em questão da Impugnante.

Sendo assim, verifica-se que a operação amparada pela Nota Fiscal nº 127 não compreende fato gerador de ICMS, tanto pela natureza do regime aduaneiro especial que a ampara (Repetro-Sped), quanto pela própria essência da operação, já que, na operação autuada, não ocorreu a efetiva transferência de propriedade e nem o ato de mercancia com o objetivo de lucro, uma vez que matriz e filial, são consideradas uma mesma empresa.

Além disso, com base nos documentos anexos, é possível perceber que, no ano seguinte da operação em comento, quando o bem já estava na filial da Bahia, a Impugnante decidiu importar definitivamente este bem para aí sim efetivamente transferir a propriedade do bem da Maha Energy INC para a Maha Energy Brasil e encerrar o regime especial da admissão temporária no âmbito do Repetro-Sped.

Para atender a legislação do Estado da Bahia, aduz que em cumprimento ao disposto no artigo 9º do Decreto Estadual nº 18.289/2018, protocolou comunicado junto a SEFAZ/BA solicitando a adesão aos benefícios fiscais concedidos pelo referido Decreto e Convênio ICMS nº 3/2018, conforme protocolo SIPRO nº 147842/2018-9 (DOC. 03).

Como já havia formalizado anteriormente a sua adesão ao tratamento diferenciado do Decreto Estadual nº 18.289/2018 e o bem em questão seria utilizado no Estado da Bahia, sustenta que com base nos artigos 1º e 4º do referido Decreto, realizou o recolhimento do ICMS com a redução da base de cálculo de forma que a alíquota efetiva fosse de 3%, conforme a GNRE nº 0000001906936189 (DOC. 03).

Nesse sentido, diz que se levando em consideração as disposições do artigo 4º, § 2º do referido Decreto, o ICMS deverá ser pago somente uma vez, ainda que o referido bem venha a ter outras saídas em operações subsequentes, estando o bem atualmente em situação regular no estado da Bahia.

Verifica assim, que não há que se falar em ausência de recolhimento do ICMS DIFAL no presente caso, já que a operação amparada pela Nota Fiscal nº 127 não compreende fato gerador de ICMS, tanto pela natureza do regime aduaneiro especial que a ampara (Repetro-Sped), quanto pela própria essência da operação, já que não ocorreu a efetiva transferência de propriedade.

Com relação ao período de novembro de 2018, verifica que a autoridade fiscal indicou a Nota Fiscal 133 como operação de transferência de bem de uso e consumo, que deveria ser objeto do cálculo e recolhimento do diferencial de alíquota de ICMS. Contudo, nota que a operação não se refere a transferência mercantil de bens, já que os itens indicados na Nota Fiscal 133 foram transferidos entre suas filiais, não havendo que se falar em troca de estabelecimentos e sem que gere benefício econômico. Tal ponto também é identificado na Nota Fiscal nº 127, tratada no tópico anterior, em que não há circulação econômica da mercadoria.

Explica que o tema sobre a transferência de mercadorias entre filiais já foi objeto de Súmula pelo Superior Tribunal de Justiça, a qual definiu que não há incidência de ICMS na transferência de mercadorias entre filiais, nos termos da Súmula 166.

Diz que se depreende da legislação aplicável, que no caso do ICMS é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que a sua materialidade é indicada pela expressão “operações relativas à circulação de mercadorias”. A “circulação” a que se refere a lei, não é outra senão a circulação jurídica, isto é, aquela decorrente de um negócio jurídico mercantil efetivo por meio do qual um determinado sujeito transfere a outro a propriedade de uma mercadoria.

Destaca que o Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81) expressamente dispõe, que nos casos em que há jurisprudência pacificada no STF ou STJ, é autorizado o cancelamento dos lançamentos e inscrição em dívida ativa. (art. 119-C, § 3º). Desta forma, não há que se falar em ausência de recolhimento de ICMS nas operações de transferência de mercadorias entre filiais, já que está ausente o fato gerador do imposto.

Diante de todo o exposto, requer seja julgada procedente a presente impugnação, cancelando-se o auto de infração. Além disso, caso se entenda necessário, requer a realização de diligência fiscal para a comprovação do acima exposto.

Por fim, protesta pela juntada de todas as provas admitidas em direito, inclusive a juntada de novos documentos e razões complementares eventualmente necessários à instrução do feito.

O Autuante presta informação fiscal fls.259/260. Reproduz a acusação fiscal. Sintetiza os termos da defesa. Rebate as alegações defensivas com as seguintes ponderações.

Diz que após análise do PAF desde a lavratura até a impugnação feita pelo autuado, seu entendimento é de que a linha de condução quanto ao valor reclamado e o enquadramento da infração no contexto da legislação do ICMS da Bahia, baseou-se na legislação vigente, especialmente no inciso XI, art. 17, Lei 7014/96, cuja redação do citado dispositivo foi inserida pela lei de nº 13.373/2015, com efeitos a partir de 01/01/2016.

Os valores exigidos na autuação referem-se ao período de janeiro de 2016 a dezembro de 2018. Portanto, ratifica a totalidade do Auto de Infração e entende que deve ser mantido na íntegra.

Considerando os argumentos defensivos a respeito da operação indicada na Nota Fiscal nº 127, que se refere a saída de um bem amparado pelo regime aduaneiro especial REPETRO-SPED do estabelecimento do Rio de Janeiro (matriz) com destino ao Estado da Bahia (filial), sem destaque de ICMS, e os respectivos documentos apensados não terem sido apreciados pelo Autuante, após discussão sobre a matéria, em pauta suplementar, esta 3ª JJF decidiu converter o PAF em diligência à SAT/COPEC fl.262, a fim de que o Autuante esclarecesse sobre os fatos arguidos pela defesa.

A diligência foi cumprida fls. 264/266. O Autuante informa que por problemas operacionais quanto ao uso do sistema Domicílio Tributário Eletrônico-DTE, a unidade de fiscalização, SAT/COPEC, intimou o Autuado via *e-mail* em 20/12/2020, cujos esclarecimentos da autuada ocorreu em 02/12/2020, conforme documentos anexados fls. 267/268.

A respeito do Regime Especial REPETRO gozado pela Autuada, diz que, de fato, a empresa solicitou a adesão aos benefícios fiscais concedidos pelo Decreto 15.289/2018, cuja concessão, por problemas cadastrais só ocorreu dia 20/11/2020 através do Parecer Final nº 10246/2020 que deferiu o PAF 147842/2018-9, com benefícios retroativos a 07/06/2018.

Sendo assim, entende que a nota fiscal de nº 127 referente a aquisição de bem do ativo fixo, denominado *Bomba*, ocorrência do fato gerador em setembro de 2018, no valor de R\$906.496,03, cujo ICMS DIFAL atribuído foi no valor de R\$198.986,93, deve ser desconsiderada do total do Auto de Infração.

Dessa forma, diz que remanesce no referido lançamento fiscal R\$41.718,79 referente a falta de recolhimento do ICMS DIFAL de aquisições de outros bens do Ativo Fixo e para Uso e Consumo. No que tange a reclamação defensiva sobre a base de cálculo, afirma que esta deve ser o valor da operação ou prestação na unidade Federada de origem, acrescido do valor do IPI, frete e demais despesas cobradas, devendo o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas integrar a base de cálculo, conforme o inciso XI do art. 17 da Lei 7014/96.

Esclarece que a redação atual do dispositivo retromencionado foi dada pela Lei 13.373 de 21/09/15, DOE de 22/09/15, efeitos a partir de 01/01/2016. Afirma que os valores reclamados e que integram o Auto de Infração em tela, referem-se ao período de janeiro de 2016 a dezembro de 2018.

Assim, considerando a exclusão do item referente ao REPETRO, em função dos aspectos supervenientes ali observados, ratifica parcialmente as observações legais enquadradas quando da lavratura do Auto de Infração.

Na sessão de julgamento estiveram presentes, Sr. Bruno Gomes Napolitano RG 50.780.547-1, Sr^a Maithê Oliveira Peixoto – CPF 018.009.852.02 e Dr. Fábio Luís Florentino – OAB/SP 222.519, que realizou a sustentação oral.

VOTO

Preliminarmente, embora o Autuado não tenha alegado qualquer vício de forma no presente Auto de Infração que resultasse em sua nulidade, compulsando os elementos que compõem este processo, constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/2012, com a Lei nº 7.014/96 e com o RPAF-BA. Ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois a sua lavratura obedeceu ao disposto no art. 39 do RPAF/99, inócorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício.

O Defendente requereu a realização de perícia técnica. Fica indeferido o pedido, com base no art. 147, inciso II, “b” do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide.

Vale salientar, que a deliberação para a realização de diligência ou perícia, acontece quando essas providências forem indispensáveis à convicção dos julgadores, por isso, o não atendimento do pedido formulado pelo Contribuinte, não significa que houve cerceamento de defesa. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se constatou dúvida quanto aos fatos apurados. Cabe registrar que foi deferida e realizada uma diligência fiscal, que inclusive reduziu os valores originalmente lançados. Sendo assim, fica indeferido pedido de perícia técnica formulado pelo autuado em sua sustentação oral.

No mérito, a infração 01 trata de falta de recolhimento do ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao uso e consumo do próprio estabelecimento.

A matéria encontra-se embasada no inciso XV, art. 4º da Lei 7014/96, e no inciso III, § 4º, do art. 305 do RICMS/BA, *in verbis*:

Lei nº 7.014/96

Art. 4º. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

XV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.

Regulamento do ICMS da Bahia/2012:

“Art. 305. No regime de conta corrente fiscal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal.

(...)

§ 4º Constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher:

(...)

III – o valor correspondente à diferença de alíquotas:

a) nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente”

O defendente afirmou, que o cálculo apresentado pela autoridade fiscal para o período de 2016 até dezembro de 2017, foi baseado em legislação que não era vigente à época dos fatos, ou seja, o dispositivo que disciplina a base de cálculo do ICMS na operação em comento foi alterado. Disse que foi utilizado no lançamento, legislação que se tornou vigente apenas após a realização da operação pela empresa.

Analisando os elementos que compõem o presente PAF, em especial o levantamento fiscal, verifico assistir razão ao Autuado.

No presente caso, verifico que a base de cálculo foi apurada, com fundamento no art. 17, XI, § 6º da Lei 7.014/96, que reproduzo:

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

(. . .)

§ 6º Nos casos do inciso XI do caput deste artigo, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação da alíquota interna sobre base de cálculo obtida a partir da retirada da carga tributária da operação interestadual e inclusão da carga tributária interna sobre o valor da mercadoria, subtraindo-se desse resultado o valor do imposto destacado no documento fiscal.”

Nota: A redação atual do § 6º do art. 17 foi dada pela Lei nº 13.816, de 21/12/17, DOE de 22/12/17, efeitos a partir de 22/12/17.

Redação originária, efeitos até 21/12/17:

“§ 6º Nos casos do inciso XI, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor ali previsto. ”

Da leitura do dispositivo transcrito, se conclui claramente que a alteração dada pela Lei nº 13.816, de 21/12/2017, com efeitos a partir de 22/12/2017, que inseriu o ICMS na sua própria base de cálculo para fins de apuração do imposto devido a título de diferença de alíquotas, só entrou em vigor a partir de 22/12/2017. Por tratar-se de norma regimental e não procedimental, incabível a retroação.

Observo que nos termos do art. 105 do CTN, a legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos, aqueles cuja ocorrência tenha tido início, mas não esteja completa nos termos do artigo 116. Sendo assim, as ocorrências dos exercícios de 2016 e 2017, deverão ser excluídas do levantamento fiscal.

O defendente alegou também, que em relação ao período de setembro de 2018, teria verificado que a operação indicada na Nota Fiscal nº 127, se refere a saída de um bem amparado pelo regime aduaneiro especial Repetro-Sped do estabelecimento do Rio de Janeiro (matriz) com destino ao Estado da Bahia (filial) sem destaque de ICMS.

Informou que o Repetro-Sped é um regime aduaneiro especial de utilização econômica destinado a bens a serem utilizados nas atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural, regulamentado pela Instrução Normativa RFB nº 1.781/2017, permitindo que empresas previamente habilitadas ao regime realizem, dentre outras possibilidades, a importação de bens, seja para permanência temporária ou definitiva no país, com suspensão do pagamento dos tributos federais incidentes na importação, desde que tais bens sejam destinados às atividades da indústria de óleo e gás brasileira. Frisou que não há que se falar em ausência de recolhimento do ICMS DIFAL no presente caso, já que a operação amparada pela Nota Fiscal nº 127, não compreende fato gerador de ICMS.

Em sede de diligência fiscal, o Autuante acatou o argumento defensivo, afirmando assistir razão ao Contribuinte, visto que de fato, a empresa solicitou a adesão aos benefícios fiscais concedidos pelo Decreto 15.289/2018, cuja concessão, por problemas cadastrais só ocorreu dia 20/11/2020 através do Parecer Final nº 10246/2020, que deferiu o PAF 147842/2018-9, com benefícios retroativos a 07/06/2018. Concluiu que a nota fiscal de nº 127, referente à aquisição de bem do ativo fixo, cujo ICMS DIFAL atribuído no valor de R\$198.986,93, deveria ser desconsiderada do total do Auto de Infração.

Da análise de tais elementos, concordo com a conclusão do Autuante e a ocorrência de setembro de 2018, no valor de R\$198.986,93, deverá ser excluída do levantamento fiscal.

O defendente alegou também, que com relação ao período de novembro de 2018, verifica que a autoridade fiscal indicou a Nota Fiscal nº 133, como operação de transferência de bem de uso e consumo, cobrando o recolhimento do diferencial de alíquota de ICMS. Contudo, diz que os itens indicados na Nota Fiscal nº 133, foram transferidos entre suas filiais, sem que gere benefício econômico. Em sustentação oral, reforçou seu argumento sobre a não ocorrência do fato gerador do imposto, citando a Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça. Acrescentou que através da ADC nº 49/2021, o STF confirmou este entendimento.

No caso de transferência – remessa de bens entre estabelecimentos do mesmo titular –, cumpre observar que esta, em princípio, não seria uma operação, haja vista que ninguém pode efetuar uma operação consigo próprio. No direito comum, os diversos estabelecimentos de um mesmo titular constituem uma só pessoa. Todavia, mediante uma ficção legal, convencionou-se que no âmbito do ICMS os estabelecimentos são autônomos. A teoria da autonomia dos estabelecimentos tem por fundamento, o art. 11, § 3º, II da Lei Complementar nº 87/96:

Lei Complementar 87/96:

Art. 11- (. . .)

“§ 3º. Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiros, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

.....

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;

A autonomia dos estabelecimentos é reforçada pelo art. 12, I da supracitada lei complementar 87/96, ao estabelecer que o fato gerador do ICMS se considera ocorrido, no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular:

“Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular; ”

Por conseguinte, juridicamente, os estabelecimentos de uma mesma empresa são considerados autônomos, e em decorrência dessa ficção legal, nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, verifica-se o fato gerador do ICMS. Cabe ressaltar, que não cabe a este Órgão Julgador Administrativo, apreciar aspectos referentes à constitucionalidade da legislação tributária estadual, conforme o dispositivo regulamentar, inciso I, do artigo 167 do RPAF/99. Sendo assim, afastado a alegação do defendente, e o valor autuado referente ao documento fiscal nº 133 é devido.

Ante o exposto, após a análise dos argumentos e prova trazidos aos autos pelo defendente, com exclusão da nota fiscal nº 127, e dos valores referentes as ocorrências de 2016 e 2017, cujos cálculos realizados pelo contribuinte se encontravam sob a égide da legislação vigente à época dos fatos, a exigência fiscal remanesce no valor de R\$4.067,48. Infração parcialmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269354.0023/19-0**, lavrado contra **MAHA ENERGY BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o

pagamento do imposto no valor de **R\$4.067,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “f” do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a” item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2021.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR