



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 1075652007-0

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

Recorrida: PETRÓLEO BRASILEIRO S/A

Preparadora: GER. OPERACIONAL DE FISCALIZAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E COMÉRCIO EXTERIOR

Autuante: SÉRGIO ANTÔNIO DE ARRUDA E ABDERVAL URQUIZA FEITOSA

Relatora: CONS.^a DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES

RECOLHIMENTO DO ICMS A MENOR. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM GÁS NATURAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA NÃO ALCANÇADA. REGULARIDADE NA DEDUÇÃO DO ICMS NORMAL NO CÁLCULO DO ICMS-SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A RECOLHER. PRODUTO DISTINTO DO PETRÓLEO E SEUS DERIVADOS. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- Diferentemente do petróleo e seus derivados, as operações interestaduais com gás natural e seus derivados não estão alcançadas pela imunidade tributária, conforme art. 155, §4º, II, da Constituição Federal, introduzido pela EC 33/2001, devendo haver a repartição do ICMS entre os estados de origem e de destino. Evidencia-se nos autos o correto creditamento do imposto destacado nas notas fiscais de vendas de gás natural para o cálculo do ICMS-ST, destinado ao Estado da Paraíba, elidindo a acusação inserta na inicial.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M os membros do Tribunal Pleno de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora- pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e quanto ao mérito, pelo desproimento, mantendo a sentença exarada na instância monocrática, que julgou improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001140/2007-17, lavrado em 10/12/2008, contra a empresa PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. PETROBRÁS, CCICMS nº 16.017.562-3, qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente contencioso.

P.R.E

Tribunal pleno de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 29 de

agosto de 2019.

DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal pleno de Julgamento, CHRISTIAN VILAR DE QUEIROZ (SUPLENTE), MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, THAÍS GUIMARAES TEIXEIRA e PETRONIO RODRIGUES LIMA.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor Jurídico

Relatório

Trata-se de recurso hierárquico, interpostos nos moldes do art. 80 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática, que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001140/2007-17, lavrado em 27/12/2007 (fl. 3), onde consta descrita a seguinte irregularidade:

CRÉDITO INEXISTENTE (SEM PREVISÃO CONSTITUCIONAL) >> Falta de recolhimento do ICMS em virtude de uso sem previsão constitucional.

Nota Explicativa:

CONTRARIANDO DISPOSITIVOS LEGAIS, O CONTRIBUINTE UTILIZOU CRÉDITOS DE ICMS EM CONDIÇÕES NÃO ESTABELECIDAS NO RICMS-PB, RESULTANDO EM FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL (ICMS NORMAL) NOS EXERCÍCIOS DE 2003 E 2004, TENDO EM VISTA O MESMO TER UTILIZADO CRÉDITO CONSTITUCIONALMENTE INDEVIDO (INEXISTENTE), RELATIVO À AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE GÁS NATURAL, CONFORME ART. 155, §2º, II, “A” DA LEI MAIOR, QUANDO É CERTO QUE O ICMS NÃO INCIDE “SOBRE OPERAÇÕES QUE DESTINEM A OUTROS ESTADOS PETRÓLEO, INCLUSIVE LUBRIFICANTES, COMBUSTÍVEIS LÍQUIDOS E GASOSOS DELE DERIVADOS E ENERGIA ELÉTRICA” (ART. 155, §2º, X, ALÍNEA B DA CF), VINDO A ACARREJAR DIMINUIÇÃO DO QUANTUM DEVIDO AO ESTADO DA PARAÍBA, CONFORME PLANILHA EM ANEXO,

INFRAÇÃO – ART. 155, §2º, II, ALÍNEA A E ART. 155, §2º, X, ALÍNEA B DA CF; ART. 20, §1º DA LC 87/96; ART. 82, I E 106, II, ALÍNEA A DO RICMS/PB.

Em decorrência da acusação, por infringência aos arts. 82, I e art. 106, II, “a”, todos do RICMS/PB, o autuante procedeu ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS, no valor de R\$ 3.873.892,72 (três milhões, oitocentos e setenta e três mil, oitocentos e noventa e dois reais e setenta e dois centavos) e R\$ 7.747.785,44 (sete milhões, setecentos e quarenta e sete mil, setecentos e oitenta e cinco reais e quarenta e quatro centavos), de multa por infração, arrimada no art. 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96, perfazendo o crédito tributário de R\$ 11.621.678,16 (onze milhões, seiscentos e vinte e um mil, seiscentos e setenta e oito reais e dezesseis centavos), identificada no exercício de 2002.

Instruem os autos - fls. 7 a 12 – planilhas e documentos fiscais que serviram de alicerce para instrução da acusação.

Cientificada da peça vestibular pessoalmente, fl. 4, em 28/12/2007, o contribuinte apresentou peça impugnatória, fls. 13 a 88, tempestiva em 15 de janeiro de 2008, na qual aduz os seguintes pontos: preliminarmente aduz que ocorreu decadência para todo exercício de 2002, no mérito, alega que as operações estão regulares, tendo em vista que apenas as operações interestaduais com petróleo e seus derivados seriam imunes, em dissociação com o gás natural, o qual sofre a tributação normal, reforça que a jurisprudência do STF já é nesse sentido, aduz sobre o aspecto confiscatórios da multa e, por fim, requer a improcedência do auto de infração.

Em seguida, os autos foram encaminhados para os autuantes para que os mesmos fizessem a contestação, fl. 89. Em sede de contestação, fls. 90 a 228, os fiscais autuantes, Sérgio Antônio de Arruda e Abderval Urquiza Feitosa, afirmam que há muito tempo a autuada vem agindo em desconformidade com as noras de regência do ICMS, especificamente, nas hipóteses de creditamento de ICMS nas operações interestaduais envolvendo o gás natural, discorre sobre os precedentes trazidos pela impugnante no tocante à decadência, afirmando ser aplicável a espécie o art. 173, I do CTN. Quanto ao mérito, reforça que os entendimentos doutrinários trazidos pela impugnante não merecem respaldo, pois foram emitidos por pessoas ou estudiosos diretamente interessados no tema em comento e continua tecendo comentário sobre as especificidades do gás natural, se é o mesmo é ou não considerado petróleo bruto, chegando a conclusão de que o petróleo é gênero do qual o líquido e o gás natural são espécies. Reafirmando a tese trazida inicialmente, reforça não ser de sua competência a declaração de inconstitucionalidade de normas legais, por fim, opina pela procedência do feito fiscal.

Com informação de não haver antecedentes fiscais, fl. 106, os autos foram conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, e distribuídos ao julgador singular, Leonardo do Egito Pessoa. No dia 14 de março de 2008 foi emitido um termo de sobrestamento em virtude da ADIM 3.800, no aguardo da decisão do STF.

Em seguida o julgador singular decidiu pela improcedência da ação fiscal, fls. 114 a 124, proferindo o seu decisório com a seguinte ementa:

PRELIMINAR. DECADÊNCIA PARCIAL – RECONHECIMENTO. ICMS. RECOLHIMENTO A MENOR EM VIRTUDE DE CRÉDITO INEXISTENTE. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM GÁS NATURAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA NÃO ALCANÇADA. REGULARIDADE NA DEDUÇÃO DO ICMS INCIDENTE NAS AQUISIÇÕES – DENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

- Decadência de parte dos créditos lançados, em observância ao disposto no art. 22, §3º da Lei Nº 10.094/13.

- Diferentemente do petróleo e seus derivados, as operações interestaduais com gás natural e seus derivados não estão alcançadas pela imunidade tributária, conforme art. 155, §2º, X, “b”, da Constituição Federal. A Emenda Constitucional nº 33/2001 veio evidenciar a natureza do produto no mundo jurídico tributário ao incluir o parágrafo quarto no mencionado artigo, devendo, portanto, haver a repartição do ICMS entre os Estados de origem e de destino com as operações com gás natural. Evidencia-se nos autos o correto creditamento do imposto destacado nas notas fiscais de aquisição de gás natural destinado ao Estado da PB, elidindo a acusação inserta na inicial.

AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE.

Cientificado da decisão da primeira instância, por via postal, com Aviso de Recebimento, fls. 127 e 128, recepcionados em 25/9/2018 e 27/9/2018, respectivamente, o contribuinte não apresentou recurso voluntário.

Seguindo a marcha processual, foram os autos encaminhados a este Órgão Colegiado, sendo distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimental.

Eis o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso hierárquico, interposto contra decisão de primeira instância que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001140/2007-17, lavrado em 27/12/2008, fl. 3, contra a empresa PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. PETROBRÁS S. A., devidamente qualificada nos autos, cuja acusação foi de CRÉDITO INEXISTENTE (SEM PREVISÃO CONSTITUCIONAL) >> Falta de recolhimento do ICMS em virtude de uso sem previsão constitucional.

De início, é importante discorrer acerca da verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional. Com efeito, sabe-se que um ato administrativo poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. O libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme se aduz dos artigos 15, 16 e 17, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28/09/13:

Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.

Nesse norte, a natureza da infração está perfeitamente definida e a pessoa do infrator corretamente identificada, de modo que o lançamento de ofício atende aos requisitos da Lei nº 10.094/2013, não ensejando nulidade

Quanto ao mérito, o contribuinte está sendo acusado de utilizar crédito inexistente, nas operações interestaduais com gás natural, adquirido por contribuinte do Estado da Paraíba, por entender que tais operações estão no campo da imunidade tributária, com base no art. 155, §2º, II, “b”, da atual Carta Magna. Vejamos:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
(...)

II - 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;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

(...)

X - não incidirá:

(...)

b) sobre operações que destinem a outros **Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados**, e energia elétrica;

(grifos nossos)

A instância monocrática acolheu a tese formulada pela impugnante, que considerou o gás natural comercializado nas operações denunciadas não estaria contemplado pela imunidade, pois não corresponde a um derivado de petróleo, conforme Emenda Constitucional 33/2001.

A tese da impugnante é de que os produtos derivados do petróleo não se estendem ao gás natural e seus derivados, portanto não se submetendo a imunidade tributária, com fundamento na própria Constituição Federal, no seu artigo 155, §4º, com redação dada pela EC 33/2001. Vejamos o teor deste dispositivo constitucional:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, b;

(...)

§ 4º Na hipótese do inciso XII, h, observar-se-á o seguinte:

I - nas operações com os lubrificantes e combustíveis derivados de petróleo, o imposto caberá ao Estado onde ocorrer o consumo; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001\)](#)

II - nas operações interestaduais, entre contribuintes, com gás natural e seus derivados, e lubrificantes e combustíveis não incluídos no inciso I deste parágrafo, o imposto será repartido entre os Estados de origem e de destino, mantendo-se a mesma proporcionalidade que ocorre nas operações com as demais mercadorias; (g. n.) [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001\)](#)

Denota-se que a Lei Maior, por meio da EC 33/2001, passou a tratar as operações com lubrificantes e derivados de petróleo de forma diferenciada do gás natural e seus derivados. Com efeito, o STF já se posicionou a respeito da matéria, em uma ação direta de inconstitucionalidade contra a EC 33/2001, movida pelo Estado do Piauí, ADI 3103, julgada improcedente. Fato trazido à baila no Parecer da Procuradoria Geral do Estado, sobre a matéria em foco, solicitado em processo na mesma matéria, que se pronunciou no sentido de que nas operações interestaduais com gás natural e seus derivados, entre contribuintes, o imposto será repartido entre os Estados de origem e o de destino, não estando no campo da imunidade tributária.

A própria Lei nº 9.478/1997 (Lei do Petróleo), citada pela recorrente, especifica as definições e diferenças técnicas entre o petróleo e o gás natural. Vejamos:

Art. 6º Para os fins desta Lei e de sua regulamentação, ficam estabelecidas as seguintes definições:

I - Petróleo: todo e qualquer hidrocarboneto líquido em seu estado natural, a exemplo do óleo cru e condensado;

II - Gás Natural ou Gás: todo hidrocarboneto que permaneça em estado gasoso nas condições atmosféricas normais, extraído diretamente a partir de reservatórios petrolíferos ou gaseíferos, incluindo gases úmidos, secos, residuais e gases raros;

III - Derivados de Petróleo: produtos decorrentes da transformação do petróleo;

(...)

Assim, não há dúvida de que existe a diferença técnica entre o petróleo e o gás natural, e que a Lei Maior contemplou a imunidade tributária para os produtos derivados do petróleo, nos termos do seu art. 155, §2º, X, “b”, e não para as operações com gás natural e seus derivados.

A Emenda Constitucional 33/2001 veio disciplinar esta diferença técnica no mundo jurídico tributário, imunizando as operações interestaduais com os produtos derivados do petróleo, não estendendo essa prerrogativa ao Gás Natural e seus derivados, conforme definições supra.

Da análise das notas fiscais, objeto da autuação, e demonstrativos de cálculo, fls. 7 a 12, verifica-se que se trata de aquisições interestaduais de gás natural, com NCM/SH 2711.11.00, provenientes da PETRÓLEO BRASILEIRO S/A, e destinado à PETRÓLEO BRASILEIRO S/A, em que se vislumbra o creditamento do ICMS da operação própria do ICMS-ST, corretamente realizada pelo substituto tributário, já que estas operações não são alcançadas pela imunidade tributária.

Portanto, diante da clareza dos dispositivos constitucionais supracitados, e da análise jurisprudencial, permita-me concordar com as razões de decidir da instância preliminar, que entendeu que as operações denunciadas não contemplavam gás derivado de petróleo.

Por todo exposto,

VOTO - pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e quanto ao mérito, pelo desprovimento, mantendo a sentença exarada na instância monocrática, que julgou improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001140/2007-17, lavrado em 10/12/2008, contra a empresa PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. PETROBRÁS, CCICMS

nº 16.017.562-3, qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente contencioso.

Tribunal Pleno. Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 29 de agosto de 2019.

DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES

Conselheira Relatora