Este texto não substitui o publicado oficialmente.

**ESTADO DA PARAÍBA**
**SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

**Processo nº 1029772008-2**
**TRIBUNAL PLENO**
**Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP**
**Recorrida: PETRÓLEO BRASILEIRO S/A**
**Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ – JOÃO PESSOA**
**Autuantes: SÉRGIO ANTÔNIO DE ARRUDA E FRANCISCO WALBER LIMA CAVALCANTI**
**Relator: CONS.º SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA**

ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – RECOLHIMENTO A MENOR – GÁS NATURAL – REPARTIÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA INCIDENTE NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS – APLICAÇÃO DO INCISO II DO § 4º DO ART. 155 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INFRAÇÃO NÃO CARACTERIZADA - AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA – RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

As operações interestaduais, entre contribuintes do ICMS, com gás natural e seus derivados não estão alcançadas pela imunidade tributária, sendo regidas nos termos do art. 155, § 4º, II, da Constituição Federal. Neste norte, a carga tributária incidente nestas operações deve ser repartida entre os Estados de origem e destino destes produtos.

**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 do relator, pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter inalterada a decisão monocrática que julgou improcedente o Auto de Infração nº 93300008.09.00000865/2008-79, lavrado em 11 de novembro de 2008 em desfavor da empresa PETRÓLEO BRASILEIRO S/A, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

P.R.E

Tribunal pleno de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 20 de setembro de 2019.

SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA
Conselheiro Relator

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal pleno de Julgamento, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, CHRISTIAN VILAR DE QUEIROZ (SUPLENTE), PETRONIO RODRIGUES LIMA, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES e MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS.

SANCHA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE ALENCAR
Assessora Jurídica

**Relatório**

Trata-se de recurso de ofício interposto contra decisão monocrática que julgou improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000865/2008-79 lavrado em 11 de novembro de 2008 em desfavor da empresa PETRÓLEO BRASILEIRO S/A, inscrição estadual nº 16.900.055-9.

Na referida peça acusatória, consta a seguinte acusação, *ipsis litteris*:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA >> Falta de recolhimento do ICMS – Substituição Tributária.

Nota Explicativa:

RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A MENOR, TENDO EM VISTA O SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO, CONTRARIANDO DISPOSITIVOS LEGAIS, VENDEU MERCADORIAS SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA COM O IMPOSTO RETIDO A MENOR, UMA VEZ QUE DEDUZIU DO CÁLCULO DO ICMS ST O VALOR DO ICMS NORMAL NAS OPERAÇÕES COM GLP E GN, QUANDO É CERTO QUE O ICMS NÃO INCIDE “SOBRE OPERAÇÕES QUE DESTINEM A OUTROS ESTADOS PETRÓLEO, INCLUSIVE LUBRIFICANTES, COMBUSTÍVEIS LÍQUIDOS E GASOSOS DELE DERIVADOS (ART. 155, § 2º, II, “A” DA CF/88, E ENERGIA ELÉTRICA” (ART. 155, § 2º, X, “B” DA CF/88), VINDO A ACARRETAR DIMINUIÇÃO DO “QUANTUM” DEVIDO AO ESTADO DA PARAÍBA, CONFORME PLANILHA EM ANEXO.

Em decorrência deste fato, os representantes fazendários, considerando haver o contribuinte afrontado o disposto no artigo 399 do RICMS/PB, além dos dispositivos destacados na nota explicativa acima reproduzida, lançaram um crédito tributário na quantia total de R$ 70.788.017,13 (setenta milhões, setecentos e oitenta e oito mil, dezessete reais e treze centavos), sendo R$ 23.596.005,71 (vinte e três milhões, quinhentos e noventa e seis mil, cinco reais e setenta e um centavos) de ICMS e R$ 47.192.011,42 (quarenta e sete milhões, cento e noventa e dois mil, onze

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

reais e quarenta e dois centavos) a título de multa por infração, com fulcro no artigo 82, V, “g”, da Lei nº 6.379/96.

Embasando a denúncia, a fiscalização colacionou aos autos, às fls. 11 a 235, planilha denominada “RELAÇÃO DAS NOTAS FISCAIS DE VENDAS”, na qual aponta as diferenças de ICMS – ST a recolher, por documento fiscal.

Depois de cientificada pessoalmente em 19 de novembro de 2008, a autuada apresentou, em 15 de dezembro de 2008, impugnação tempestiva contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em análise (fls. 237 a 260), por meio da qual alega, em breve síntese, que:

a) A doutrina e a jurisprudência findaram por prestigiar o entendimento segundo o qual apenas e estritamente as operações envolvendo petróleo e seus derivados seriam imunes, em dissociação com o gás natural e seus derivados, que sofreriam a tributação afeita à generalidade dos demais produtos;

b) A Constituição Federal distingue o petróleo do gás natural, conferindo-lhes tratamentos distintos;

c) O ato de descontar o ICMS próprio das saídas interestaduais tem previsão constitucional relativo ao princípio da não cumulatividade estabelecida no artigo 155, § 2º, I, da CF.

d) A multa aplicada tem efeito nitidamente confiscatório.

Ao final, a impugnante requereu o cancelamento do Auto de Infração em tela.

Instados a se pronunciarem acerca da defesa protocolada pela autuada, comparecem aos autos os autores do feito fiscal apresentando contestação às fls. 388 a 395.

Com informação de inexistência de antecedentes fiscais (fls. 396), foram os autos conclusos (fls. 398) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, onde ficaram sobrestados aguardando o julgamento da ADIn nº 3800 no Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente, o processo foi distribuído ao julgador fiscal Lindemberg Roberto de Lima, que decidiu pela improcedência da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa:

PRELIMINAR DE NULIDADE. AFASTADA. RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A MENOR. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM GÁS NATURAL E GLP DERIVADO DE 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.

- Considerando que o sujeito passivo apresentou defesa demonstrando o perfeito entendimento do que foi acusado, tendo alegado a existência de tributação diferenciada entre o PETRÓLEO E O GÁS NATURAL, não houve cerceamento de defesa do contribuinte, não se configurando caso de nulidade, dentro do princípio “***pas nullité sans grief***”.

- Diferentemente do petróleo e seus derivados, as operações interestaduais com gás natural e seus

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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 vendas de gás natural para o cálculo do ICMS-ST, destinado ao Estado da Paraíba, elidindo a acusação inserta na inicial.

AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE

Em observância ao que estabelece o artigo 80 da Lei nº 10.094/13, o julgador singular recorreu de ofício de sua decisão a esta instância *ad quem*.

O contribuinte foi cientificado da decisão proferida pela instância prima em 15 de outubro de 2018, conforme atesta o Aviso de Recebimento – AR nº JT 80815430 5 BR anexado às fls. 412.

No dia 29 de agosto de 2019, foi lavrado Termo de Juntada de um memorial elaborado pelo sujeito passivo, no qual apresenta os precedentes do STF, do TJPB e do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, além de Parecer da PGE/PB acerca da matéria em tela.

Por fim, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

**VOTO**

Em análise nesta Corte o Auto de Infração de Estabelecimento lavrado em desfavor da empresa PETRÓLEO BRASILEIRO S/A, que visa a exigir crédito tributário decorrente de falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária nos meses de setembro de 2004 a junho de 2008, em virtude de o contribuinte, na qualidade de substituto tributário, haver deduzido, do cálculo do ICMS – ST, o valor do ICMS próprio nas operações com GLP e GN.

Segundo os autores do feito fiscal, a autuada, ao se utilizar do crédito de ICMS destacado nos documentos fiscais relacionados às fls. 11 a 235 para efeito de dedução da parcela relativa ao ICMS – ST devido ao Estado da Paraíba, teria afrontado o disposto nos artigos 399 do RICMS/PB e 155, § 2º, X, “b”, da Constituição Federal. Vejamos o que estabelecem os referidos dispositivos legais:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

RICMS/PB:

Art. 399. O recolhimento do imposto nas operações com produtos submetidos ao regime de substituição tributária será efetuado:

I - no momento da entrada do produto no território deste Estado, nos casos de operações efetuadas sem a retenção antecipada;

II - até o dia 15 (quinze) do mês subseqüente ao da ocorrência do fato gerador:

a) nas operações procedentes de outra unidade da Federação, sem retenção antecipada, destinadas a contribuintes que possuam Regime Especial concedido pelo Secretário de Estado da Receita;

b) nas operações internas com retenção, promovidas por estabelecimento industrial, comércio atacadista, distribuidor e/ou depósito;

c) nas prestações de serviços de transporte com retenção, realizadas por contribuintes inscritos no CCICMS;

IV - nas operações com cimento será observado o seguinte:

a) se internas, até o 5º (quinto) dia útil após a quinzena em que houver ocorrido a retenção;

b) se interestaduais:

1. entre o Estado da Paraíba e os Estados das regiões Norte Nordeste, até o 5º (quinto) dia após a quinzena em que houver ocorrido a retenção;

2. entre o Estado da Paraíba e os Estados das regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste, até o dia 15

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

(quinze) do mês subseqüente ao da respectiva saída;

V - relativamente a fato gerador ocorrido antes da entrada da mercadoria ou do serviço prestado ao sujeito passivo por substituição até o 5º (quinto) dia útil do mês subseqüente àquele em que ocorrer a respectiva entrada;

VI - até o dia 10 (dez) do mês subseqüente ao da ocorrência do fato gerador, nos demais casos não previstos neste artigo.

Constituição Federal:

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:

X - não incidirá:

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

Como medida punitiva para a conduta descrita na peça acusatória, os auditores fiscais propuseram

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

a aplicação da penalidade descrita no artigo 82, V, “g”, da Lei nº 6.379/96, *in verbis*:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

V - de 200% (duzentos por cento):

Nova redação dada ao “caput” do inciso V do art. 82 pelo inciso XII do art. 1º da Lei nº 10.008/13 - DOE de 06.06.13 – REPUBLICADA POR INCORREÇÃO NO DOE DE 08.06.13. OBS: EFEITOS A PARTIR DE 01.09.13

V - de 100% (cem por cento):

(...)

g) aos que deixarem de reter, na qualidade de sujeito passivo por substituição, e/ou de recolher, nesta condição, o imposto retido na fonte;

A questão em discussão, conforme esclarecem os auditores às fls. 391, versa sobre a classificação do gás natural. Noutras palavras, para a fiscalização, o gás natural nada mais é do que uma fração de petróleo, ou seja, petróleo em estado gasoso.

Por este prisma, defendem que não haveria permissivo legal para repartição da carga tributária incidente nas operações interestaduais com esse produto, haja vista a imunidade constitucional dada ao petróleo e seus derivados.

Com efeito, não obstante toda a discussão acerca do tema, o fato é que, na esfera administrativa, a matéria não comporta maiores tergiversações. Isto porque a Ação Direta de Inconstitucionalidade impetrada no Supremo Tribunal Federal pelo Estado da Paraíba foi julgada extinta sem resolução de mérito (ADIn nº 3800).

Não bastasse este fato, já havia o próprio STF julgado a ADIn nº 3103/PI, decidindo pela constitucionalidade da sistemática de tributação em operações interestaduais com o gás natural, que estabelece a repartição do ICMS entre os Estados de origem e de destino.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Mais ainda, o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba também já se manifestara quanto à validade das regras estabelecidas no Protocolo ICMS nº 33/2003, que determina a incidência plurifásica do tributo[1].

A matéria, registre-se, também já fora objeto de análise por parte do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, cujas decisões alinham-se àquelas emanadas pelos referidos Tribunais, a exemplo do Acórdão nº 630/2017, da lavra do eminente Cons.º Petrônio Rodrigues Lima, cuja ementa reproduzo a seguir:

Processo Nº 124.246.2010-5

Recursos HIE/VOL/CRF Nº248/2016

TRIBUNAL PLENO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS

1ª Recorrida: PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. PETROBRÁS

2ª Recorrente: PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. PETROBRÁS

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXEC. DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

Autuante: JOSÉ MIRANDA E SILVA FILHO

Relator: CONS.º PETRÔNIO RODRIGUES LIMA

PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. ILEGITIMIDADE DO SÓCIO COMO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. ACOLHIMENTO. RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA 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. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E O VOLUNTÁRIO PROVIDO.

- Legítima a ciência do auto de infração pelo contribuinte por via postal, por meio de Aviso de Recebimento, em conformidade com os ditames legais. “In casu”, não há razão para nulidade da notificação, conforme pretensão do sujeito passivo.

- Inexistindo previsão legal, não se pode imputar responsabilidade solidária aos sócios e mandatários, salvo àquelas atribuídas nos termos dos artigos 134, VII, e 135 do CTN.

- 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

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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.

Não podemos deixar de destacar que a Constituição Federal, por meio da EC 33/2001, estabeleceu tratamento específico para o gás natural e seus derivados, diferenciando-os, pelo menos em termos legais, do gás liquefeito de petróleo. Senão vejamos:

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;

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.)

A redação do inciso II do § 4º do artigo 155 da Constituição Federal é clara o suficiente para não deixar margem para interpretação diversa daquela proferida pela instância prima, norma esta vigente e apta a produzir efeitos no mundo jurídico.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Com efeito, não haveria como o contribuinte desconsiderar o comando insculpido no dispositivo acima reproduzido, sob pena de afrontar frontalmente dispositivo constitucional.

Destarte, resta confirmada a regularidade do procedimento da autuada quanto ao cálculo do ICMS – ST devido ao Estado da Paraíba, vez que compatível com o mandamento constitucional.

No campo probatório, necessário destacarmos que a relação de notas fiscais acostada pela fiscalização indica que, no período autuado, foram realizadas operações com dois produtos, a saber: ***i***) GLP (PROPANO/BUTANO) e ***ii***) GÁS NATURAL.

Em princípio, analisando, tão somente, a descrição dos produtos e em função das razões já expostas, haveríamos de concluir que, relativamente ao gás natural, o crédito tributário lançado seria improcedente e, quanto às operações com GLP (propano/butano), a *contrario sensu*, o contribuinte teria incorrido em afronta à legislação tributária, dado que não teria recolhido o ICMS integralmente ao Estado da Paraíba, violando o princípio do destino.

Ao discorrer acerca da questão, o diligente julgador singular destacou que o produto descrito como GLP (propano/butano) é igualmente derivado de gás natural, haja vista ser proveniente do Estado do Rio Grande do Norte, da Unidade de Processamento de Gás Natural – UPGN.

A afirmação do julgador fiscal se coaduna perfeitamente à verdade material. Explico.

O produto comercializado em ambos os casos é o próprio gás natural, uma vez que tiveram a mesma origem. Ademais, nas notas fiscais em que a empresa descreve o produto como GLP (propano/butano), consta, no campo “Informações Adicionais”, a seguinte expressão: “100,00% DA QUANTIDADE DESTA NF É GLP DERIV. GÁS NATURAL”, conforme se pode comprovar examinando os referidos documentos.

Como prova, trazemos a cópia do DANFE relativo à NF-e nº 4026 (fls. 438), emitida em 30 de junho de 2008, a qual faz parte do rol de documentos relacionados pelos auditores.

Sendo assim, considerando todo o exposto, ratifico, integralmente, a decisão proferida pela instância prima.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter inalterada a decisão monocrática que julgou improcedente o Auto de Infração nº 93300008.09.00000865/2008-79, lavrado em 11 de novembro de 2008 em desfavor da empresa PETRÓLEO BRASILEIRO S/A, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

_____

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 20 de setembro de 2019.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Sidney Watson Fagundes da Silva

Conselheiro Relator

Phoca PDF