



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo Nº 101.686.2006-5

Recurso HIE/CRF Nº 179/2017

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS

Recorrida: PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. PETROBRÁS

Preparadora: COLETORIA ESTADUAL DE CABEDELO

Autuante: ABDERVAL URQUIZA FEITOSA / SERGIO ANTONIO DE ARRUDA

Relatora: CONS.^a NAYLA COELY DA COSTA BRITO CARVALHO

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. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. 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, §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.

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 seu *desprovemento*, para manter a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000608/2006-75, lavrado em 20/10/2006, contra a empresa PETRÓLEO BRASILEIRO S.A., CCICMS nº 16.017.562-3, qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente contencioso.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.E.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de janeiro de 2017.

Nayla Coeli da Costa Brito Carvalho
Conselheira Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros do Tribunal Pleno, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, GILVIA DANTAS MACEDO, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, THÁIS GUIMARÃES TEIXEIRA, DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Assessora Jurídica

Relatório

Trata-se do recurso hierárquico, interposto nos moldes do art. 80 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática, que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000608/2006-75, lavrado em 20/10/2006 (*fl. 4*), onde consta descrita a seguinte irregularidade:

CRÉDITO INEXISTENTE (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) NO EXERCÍCIO DE 2001, 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, IX, ALÍNEA “B” DA CF), VINDO A ACARRETAR 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 106, II, “a”, todos do RICMS/PB, os autuantes procederam ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS, no valor de R\$ 259.506,32 (duzentos e cinquenta e nove mil, quinhentos e seis reais e trinta e dois centavos) e R\$ 519.012,64 (quinhentos e dezenove mil, doze reais e sessenta 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\$ 778.518,96 (setecentos e setenta e oito mil, quinhentos e dezoito reais e noventa e seis centavos), identificada no exercício de 2001.

Instruem os autos - fls. 8/97 – demonstrativo da reconstituição da Conta Corrente do ICMS e documentos fiscais que serviram de alicerce para instrução da acusação.

Cientificada de forma pessoal em 26/10/2006, com aposição da assinatura da pessoa responsável, na peça vestibular, fl. 4, o contribuinte apresentou Impulguinação, fls. 98 a 114, protocolada tempestivamente em 21/11/2006, em que requer a improcedência da acusação em tela, mediante as seguintes razões, abaixo apresentadas de forma sintética:

- a. Preliminarmente, alega a decadência parcial da exigência fiscal;
- b. No mérito, que só as operações envolvendo petróleo e seus derivados seriam imunes quanto as operações interestaduais, em dissociação com o gás natural, que sofreria tributação normal;
- c. Questiona a aplicação da alíquota de 17% nas operações de transferência do Estado do Rio Grande do Norte para a Paraíba, já que teria sido aplicado 12% e este crédito transferido para o estabelecimento recebedor;
- d. Alega o efeito confiscatório da multa aplicada e requer a improcedência do feito acusatório.

Em contestação, fls. 150 a 174, a fiscalização aduz, em suma que:

1. em relação a arguição de decadência tributária, seria de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em o lançamento teria sido efetuado, de acordo com o art. 176, da Lei nº 6.379/96;
2. no mérito, a reclamação da autuada teria se baseado exclusivamente nas inovações advindas da EC 33/2001, que entrou em vigor apenas em 12/12/2001;
3. a doutrina e jurisprudências abordadas pela defesa são posteriores à vigência da EC/2001;
4. sustentam a tese que gás natural é petróleo em estado gasoso, e que estaria acobertado pela imunidade, e que a alíquota de 17% não afeta a natureza da infração, que consta apenas para fins formais no preenchimento do auto de infração.

Com informação de não haver antecedentes fiscais, fl. 157, os autos foram conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, e distribuídos à julgadora singular, Gianni Cunha da Silveira Cavalcante, que decidiu pela improcedência da ação fiscal, fls. 123 a 140, proferindo o seu decisório com a seguinte ementa:

GÁS NATURAL E PETRÓLEO. PRODUTOS INDEPENDENTES. TRIBUTAÇÃO DISTINTA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS: PETRÓLEO E SEUS DERIVADOS – Não – incidência (imposto cabe ao Estado onde ocorre o consumo); GÁS NATURAL E SEUS DERIVADOS – incidência – Regime de Substituição Tributária (Convênio 03/99) – A partir da EC 33/2001, que inclui o parágrafo 4º ao art. 155 da CF/88 – Tributação monofásica (se destinado a contribuinte, o imposto será repartido entre os Estados de origem e de destino; se destinado a não-contribuinte, o imposto caberá ao Estado de origem). CORRETO O CREDITAMENTO DO IMPOSTO DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS DE TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS DE GÁS NATURAL.

LANÇAMENTO COMPULSÓRIO IMPROCEDENTE.

O contribuinte foi cientificado da decisão da primeira instância, por via postal, com Aviso de Recebimento, fl. 144, recepcionado em 2/5/2007.

Instado a se pronunciarem sobre a decisão monocrática, os autores da ação fiscal apresentaram suas contrarrazões, discordando dos fundamentos da sentença, destacando que jamais teria afirmado que o gás natural seria derivado do petróleo, pois a defesa se referia a EC 33/01, cuja vigência foi a partir de 12/12/2001, posterior aos fatos geradores, mas afirma que o Petróleo seria tratado como gênero, e que o petróleo líquido e o gás natural seriam espécies, e que qualquer operação por este envolvida estaria acobertada pelo manto da imunidade, impossibilitando o uso de créditos fiscais inexistentes, solicitando a total procedência do feito fiscal.

Em despacho do Secretário de Estado da Receita, por meio do Ofício nº 437/2010-SER, fl. 156, foi determinado sobrestamento dos processos relacionados a matéria em foco, em função da ADIM nº 3800 movida pelo Estado da Paraíba, em tramitação no STF, contra a Emenda Constitucional nº 33/01. Determinação esta reiterada por meio do Ofício nº 81/2012, fl. 157, aguardando um parecer da Procuradoria Geral do Estado.

Sendo os autos distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimental, solicitei um parecer da Procuradoria Geral do Estado sobre a matéria em foco, fls. 158 e 159, em razão da Emenda Constitucional nº 33/2001, cuja constitucionalidade foi questionada pelo Estado da Paraíba, por meio da ADI 3800/2001, bem como em relação ao Ofício nº 081/2012/GSER, acima citado.

Em resposta, fls. 161 a 165, que, diante de seus fundamentos, conclui que as operações interestaduais com gás natural e seus derivados não estão contempladas com a imunidade tributária, pois o art. 155, §2º, X, “b”, da CF imuniza as operações com petróleo e seus derivados, já que o gás natural não faz parte desta derivação, opinando-se pela aplicação da EC nº 33/2001 nos julgados desta matéria, tendo em vista não haver, até o momento, decisão no STF sobre a ADI 3800/2001 do Estado da Paraíba.

Em função dos Ofícios nºs 437/2010-SER e 081/2012-GSER, foram os autos novamente encaminhados para o Secretário da Receita, para que este se pronunciasse quanto a liberação para julgamento deste e de outros processos relacionados a mesma matéria, sendo, então, deliberado quanto ao prosseguimento processual para os trabalhos de julgamento deste colegiado, conforme despacho administrativo proferido à fl. 168.

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 93300008.09.00000608/2006-75, lavrado em 20/10/2006, fl. 4, contra a empresa PETRÓLEO BRASILEIRO S.A., devidamente qualificada nos autos, cuja acusação foi de “crédito inexistente (sem previsão constitucional)”, nas operações interestaduais de aquisições de gás natural, sob o fundamento de o contribuinte ter se creditado indevidamente da base de cálculo do imposto, o valor do ICMS normal, pois este estaria alcançado pela imunidade tributária, resultando na falta de recolhimento do ICMS.

É de bom alvitre salientar que o Estado da Paraíba ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº3800) perante o STF, por inconstitucionalidade formal relativamente à EC 33/2001, mas até o momento não foi julgado, permanecendo a norma constitucional acima mencionada em plena vigência (Parecer da PGE às fls. 161 a 165), devendo os processos relacionados à matéria em foco seguirem os trâmites processuais legais para julgamento, conforme despacho administrativo do Secretário de Estado da Receita juntado à fl. 168.

Adentrando o mérito da denúncia, o contribuinte está sendo acusado de ter utilizado crédito fiscal sem previsão constitucional, ensejando na falta de recolhimento o ICMS – Substituição Tributária, nas operações interestaduais com gás natural, adquirido por contribuinte do Estado da Paraíba, por entender que tais operações estariam no campo da imunidade tributária, com base no art. 155, §2º, X, “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 não acolheu a acusação formulada pela fiscalização, pois não considerou o gás natural comercializado nas operações denunciadas como sendo produto derivado de petróleo, aplicando-se, portanto, as regras estabelecidas pelo Convênio ICMS nº 110/2007, havendo o creditamento fiscal em razão da incidência tributária na operação própria.

A nobre julgadora monocrática entende que os produtos derivados do petróleo não se estendem ao gás natural e seus derivados, portanto não se submetendo a imunidade tributária, com fundamento em definições técnicas da natureza do produto, originada da Portaria da ANP (agência Nacional de Petróleo) nº 104/2002, fls. 130 a 135, e na própria Constituição Federal, consagrada pela inclusão do parágrafo 4º do seu artigo 155, 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, fls. 161 a 165, sobre a matéria em foco, solicitado por esta relatoria, fl. 158, 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 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, comungo com o entendimento da instância prima, de que 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 derivado 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 evidenciar 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 às fls. 12 a 97, verifica-se que se trata de aquisições interestaduais de gás natural, provenientes da PETROBRÁS /RN, e destinado à empresa autuada, o contribuinte tem direito ao creditamento fiscal do ICMS da operação própria da origem, na apuração do ICMS-ST para o Estado da Paraíba, já que estas operações não são alcançadas pela imunidade tributária.

Observo que este tem sido o entendimento também do Poder Judiciário, a exemplo do STF, ao julgar improcedente a ADI nº 3103, acima comentada, bem como o TJPB, na ação declaratória nº 20020070157918, promovida pela empresa Nacional Gás Butano Dist. Ltda., contra o Estado da Paraíba, julgado procedente, declarando indevida a cobrança do ICMS relativo às operações interestaduais com GLP derivado de Gás Natural, além da importância retida pelo sujeito passivo por substituição tributária, que acompanhou os fundamentos da aludida ADI 3103.

Portanto, diante da clareza dos dispositivos constitucionais supracitados, e da análise jurisprudencial, estou de acordo com as razões de decidir da instância preliminar, comungando também com o parecer exarado pela Procuradoria Geral do Estado, não havendo como acolher o mérito da autuação em epígrafe.

Por todo exposto,

VOTO - pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000608/2006-75, lavrado em 20/10/2006, contra a empresa PETRÓLEO BRASILEIRO S.A., 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 31 de janeiro de 2018..

NAYLA

COELI DA COSTA BRITO CARVALHO

Conselheira Relatora