



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº0665552010-0

TRIBUNAL PLENO

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

Recorrida:PETRÓLEO BRASILEIRO S/A

Preparadora:UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR-1- CABEDELO

Autuante:SÉRGIO ANTÔNIO DE ARRUDA E SEBASTIÃO MONTEIRO DE ALMEIDA

Relatora:CONS.^a MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES

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, 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 93300008.09.00000200/2010-80, lavrado em 20/5/2010, 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.

P.R.E

Tribunal pleno de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 06 de setembro de 2019.

MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

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

FELIPE TADEU LIMA SILVINO
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 93300008.09.00000200/2010-80, lavrado em 20/5/2010 (*fl.* 3 a 5), 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 ACARRETAR DIMINUIÇÃO DO QUANTUM DEVIDO AO ESTADO DA PARAÍBA, CONFORME PLANILHA EM ANEXO, INFRAÇÃO

– 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, os fiscais procederam ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS, no valor de R\$ 7.174.711,04 (sete milhões, cento e setenta e quatro mil, setecentos e onze reais e quatro centavos) e R\$ 14.349.422,08 (quatorze milhões, trezentos e quarenta e nove mil, quatrocentos e vinte e dois reais e oito centavos), de multa por infração, arimada no art. 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96, perfazendo o crédito tributário de R\$ 21.524.133,12 (vinte e um milhões, quinhentos e vinte e quatro mil, cento e trinta e três reais e doze centavos), identificada nos exercícios de 2005 a 2007.

Instruem os autos - fls. 6/102 – planilhas e documentos fiscais que serviram de alicerce para instrução da acusação.

Cientificada da peça vestibular pessoalmente, fl. 5, em 8/6/2010, o contribuinte apresentou peça impugnatória, fls. 103 a 125, tempestiva em 5 de julho de 2010, na qual aduz os seguintes pontos:

- 1) Preliminarmente aduz que ocorreu decadência relacionados aos créditos relativos aos meses de janeiro a maio de 2005;
- 2) Discorre sobre a impossibilidade dos sócios como devedores solidários;
- 3) 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;
- 4) Que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se findou por prestigiar o entendimento segundo o qual apenas e estritamente as operações envolvendo petróleo e os seus derivados seria imune, em dissociação com o gás natural e seus derivados, que sofreriam a tributação afeita à generalidade dos demais produtos, ou seja, repartição do ICMS entre os Estados de origem e destino;
- 5) Aduz sobre o aspecto confiscatório da multa, sendo inconstitucional.

Por fim, com base nos argumentos acima, a autuada requer seja reconhecida e provida a presente impugnação para reconhecer a Improcedência do Auto de Infração nº 93300008.09.00000200/2010-80.

Por sua vez, os agentes fazendários Sérgio Antônio de Arruda e Sebastião Monteiro de Almeida apresentaram Contestação, conforme (fls. 213 a 227), onde 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, reforçam 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, opinam pela procedência *in totum* do feito fiscal.

Com informação de não haver antecedentes fiscais, fl. 229, os autos foram conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, e distribuídos ao julgador singular, Leonardo do Egito Pessoa que decidiu pela improcedência da ação fiscal, fls. 235 a 244, proferindo o seu decisório com a seguinte ementa:

PRELIMINARES. DECADÊNCIA – RECONHECIMENTO PARCIAL – RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS ADMINISTRADORES – AFASTAMENTO - 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 artigo 22, §3º, da Lei nº 10.094/13.

- Não havendo prova nos autos de que os administradores agiram com dolo ou má-fé, deve os mesmos serem excluídos do polo passivo da obrigação tributária na condição de responsáveis solidários.

- Diferentemente do petróleo e seus derivados, as operações interestaduais com gás natural e seus derivados não estão alcançadas pela imunidade tributária, conforme o 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

Seguindo os trâmites processuais, com *recurso hierárquico*, (fl. 245), foi efetuada a regular ciência da decisão monocrática à autuada, conforme atestam a notificação, (fl. 246) e o Aviso de Recebimento, (fl. 247), em 25/09/2018.

Regularmente cientificada da decisão singular a autuada não apresentou recurso a esta Casa.

Enfim, os autos foram remetidos a esta Corte Julgadora, distribuídos a mim, por critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento do recurso hierárquico.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso hierárquico, interposto contra decisão de primeira instância que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000200/2010-80, lavrado em 20/5/2010, fls. 3 a 5, 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 que 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 à 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 matéria não comporta mais discussão no âmbito jurídico em face da conceituação expressa trazida pelo artigo 6º da Lei nº 9.478/1997 (Lei do Petróleo) e citada pela recorrente, que especifica as definições e diferenças técnicas entre o petróleo e o gás natural, bem como a de refino (destinada ao primeiro) e tratamento ou processamento (destinada ao segundo), senão 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;

(...)

Ademais, a própria Constituição Federal trata de forma diferenciada o petróleo e o gás natural, referindo-se de forma distinta às duas expressões, como se infere tanto no artigo 155, §4º, quanto no art. 177, I, §4º.

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 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 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 às fls. 21, 23 e 25, verifica-se que se trata de aquisições interestaduais de gás natural, provenientes da PETROBRÁS /RN e AL, e destinado à empresa autuada, o contribuinte tem direito ao creditamento fiscal do ICMS da operação própria da origem, já que estas operações não são alcançadas pela imunidade tributária.

Nesta linha decisória, colaciono abaixo, os acórdãos nº 630/2017 e 020/2018 dos nobres julgadores Consº. Petrônio Rodrigues Lima e Consª. Nayla Coely da Costa, respectivamente, do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba – CRF/PB, cujas ementas transcrevo a seguir:

Acórdão nº 630/2017

Recurso HIE/VOL/CRF nº 248/2016

TRIBUNAL PLENO

Relatora: 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 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.

Acórdão nº 020/2018

Recurso HIE/CRF nº 179/2017

TRIBUNAL PLENO

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.

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 93300008.09.00000200/2010-80, lavrado em 20/5/2010, 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 06 de setembro de 2019..

MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira Relatora