

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.281/09/3ª Rito: Sumário

PTA/AI: 01.000158888-76

Impugnação: 40.010123540-82, 40.010123627-35 (Coob.)

Impugnante: Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda
IE: 067247965.02-34
Petróleo Brasileiro S.A Petrobras (Coob.)
IE: 067055618.12-89

Proc. S. Passivo: Raphael Soares Tolentino/Outro(s)/Jailde Esteves
Santos/Outro(s)(Coob.)

Origem: DF/Betim

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – COMBUSTÍVEL DERIVADO DE PETRÓLEO – GÁS LIQUEFEITO DE PETRÓLEO – GLP – RETENÇÃO RECOLHIMENTO A MENOR. Constatado a retenção e recolhimento a menor do ICMS/ST em operações de combustíveis derivado de petróleo – gás liquefeito de petróleo – GLP (propano/butano), promovidas pela Coobrigada – Petrobras S. A – estabelecida no Estado do Rio de Janeiro, com destino à Autuada para a comercialização neste Estado. Infração decorrente do abatimento indevido, pelo Coobrigado, do valor do ICMS da operação própria do total do ICMS/ST a recolher a este Estado, com base no Protocolo ICMS nº 33/03 do qual Minas Gerais não é signatário. Inobservância do disposto no RICMS/02, Anexo XV, art. 79, inc. I. Exigências de ICMS/ST e multa de revalidação em dobro, prevista na Lei nº. 6.763/75, art. 56, inc. II, § 2º, item II. Infração Caracterizada. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Dos Fatos

A autuação versa sobre a exigência de ICMS/ST, no período de fevereiro, julho e dezembro de 2007, incidente sobre o gás liquefeito de petróleo – GLP, o qual foi recolhido a menor em virtude do desconto indevido do ICMS da operação própria efetuado pelo Coobrigado, Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, do total a recolher a Minas Gerais, uma vez que as operações interestaduais com gás liquefeito de petróleo são imunes, ou seja, não existe incidência de ICMS nestas operações.

Baseou-se também a autuação no fato de que o Protocolo ICMS nº 33/03 não alcança Estados não signatários, como é o caso de Minas Gerais, não podendo, desta forma, ser feito o desconto do valor do ICMS da operação própria, com base no mesmo como citado nas notas fiscais.

Exige-se ICMS/ST, correspondente à diferença entre o imposto devido e o retido, bem como multa de revalidação em dobro, prevista na Lei nº. 6.763/75, art. 56, inc. II, § 2º, item II.

O Fisco instruiu o processo com o Termo de Início de Ação Fiscal – TIAF (fls. 02); Auto de Infração - AI (fls. 03/04); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas - DCMM (fls. 05); Relatório Fiscal com demonstrativo do crédito tributário (fls. 08/10); Planilha consolidada dos valores de ICMS/ST devido e multa de revalidação (fls. 30); Planilha com demonstrativo mensal dos valores do ICMS/ST devido (fls. 32/33); cópias das notas fiscais de entrada (fls. 36/69); cópia do livro Registro de Entradas (fls. 71/83) e cópia do livro Registro de Apuração do ICMS (85/98).

Inconformados, Autuado e Coobrigado apresentam, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 104/114 e 132/138, respectivamente.

Da Impugnação do Autuado

Sustenta que existe a imunidade nas operações interestaduais, sendo que nas operações com os lubrificantes e os combustíveis derivados de petróleo, o imposto caberá ao Estado onde ocorrer o consumo. Informa que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 198.088 alegando que a norma constitucional tem o objetivo de beneficiar o Estado consumidor do petróleo.

Cita dispositivos que regulam a matéria: Lei Complementar nº 87/96, que em seu art. 3º, inc. III, determina a não incidência nas operações interestaduais de combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo, quando destinados à industrialização ou comercialização e o art. 9º que determina que a adoção do regime da substituição tributária depende de acordo entre os interessados, o que foi feito através do Convênio ICMS nº 03/99 em sua cláusula primeira.

Alega que os produtos que adquiriu são derivados de gás natural e não derivados de petróleo. Afirma também que a remetente da mercadoria – Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, informou que o imposto devido pela operação própria (valor objeto do desconto supostamente ilegítimo) foi depositado judicialmente, estando, portanto, com a exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151 do Código Tributário Nacional.

Informa que existe uma diferença entre o gás natural - GN e o petróleo, sendo que aquele é definido como uma mistura de hidrocarbonetos parafínicos leves, contendo predominantemente metano, etano, pouco propano e outros componentes de maior peso molecular que à temperatura ambiente e pressão atmosférica permanece no estado gasoso.

Sustenta que em algumas situações o petróleo se encontra associado com o GN, mas com ele não se confunde e por esta simples razão a imunidade aplicada ao petróleo não pode ser aplicada ao gás natural, tendo em vista que, embora ambos tenham a mesma origem, eles não se confundem, por possuírem uma estrutura físico-química bastante diferenciada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entende que o gás natural não pode ser considerado um derivado de petróleo, assim também não se pode pretender aplicar a legislação existente sobre os produtos derivados de petróleo aos produtos derivados de gás natural.

Afirma que a base legal utilizada pelo Fisco foi exatamente o RICMS/02, Anexo XV, art. 79, inc. I, e que este dispositivo se aplica somente às operações com combustível derivado de petróleo, não sendo possível aplicar a mesma norma ao percentual da mercadoria derivada de gás natural.

Entende que, por não existir disposição expressa sobre as operações de mercadorias derivadas de gás natural, deve ser aplicada a forma de cálculo do ICMS/ST estabelecida no RICMS/02, Anexo XV, art. 20, podendo ser descontado o ICMS da operação própria.

Afirma que, apesar do Fisco aduzir que o Protocolo nº 33/03 não possui efeitos no Estado de Minas Gerais, uma vez que este não é signatário do mesmo, tal situação não pode autorizar a utilização de dispositivo estadual que regula produtos derivados de petróleo aos produtos derivados de gás natural.

Requer a procedência da Impugnação.

Da Impugnação do Coobrigado (Petrobras)

Afirma que não existe dispositivo na legislação estadual que lhe atribua a responsabilidade pelo recolhimento da suposta diferença de ICMS decorrente de retenção a menor, mas que existe dispositivo na Lei Estadual nº 6.763/75 (art. 22, § 18) que determina que nas hipóteses de retenção a menor, a responsabilidade pelo imposto devido a título de substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário no Estado de Minas Gerais, não trazendo a regra exceção alguma. Assim, somente à Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda cabe o recolhimento da exigência fiscal.

Aduz que a Lei nº 6.763/75, art. 21, inc. XII não pode estabelecer a responsabilidade do coobrigado, uma vez que o destinatário da norma é uma terceira pessoa, não havendo inclusive nenhuma referência à ação de retenção de tributo.

Afirma que o legislador estadual não estabeleceu a solidariedade entre si e o Autuado e a solidariedade não se presume: resulta de lei ou vontade das partes.

Alega também a insubsistência da autuação fiscal, informando que a mercadoria autuada é GLP-GN, ou seja, é GLP derivado de gás natural, que, ao contrário do GLP derivado de petróleo, não é monofásico, mas plurifásico. Assim, o ato de descontar o ICMS próprio do valor do ICMS-ST devido ao Estado de Minas é correto e possui amparo na Constituição da República, na Lei Complementar nº 87/96, bem como no Convênio ICMS nº 03/99.

Pede, caso não seja o Auto de Infração declarado nulo, que seja afastada a multa de revalidação de 100% (cem por cento), por desrespeitar os princípios constitucionais da vedação ao confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em bem fundada manifestação de fls. 179/187, que foi adotada para a decisão, da qual passou a fazer parte integrante, refuta detalhadamente as alegações da defesa, pedindo seja o lançamento julgado procedente.

Da Instrução Processual

A 3ª Câmara de Julgamento exara despacho interlocutório, às fls. 190, determinando que o Autuado promova a juntada de cópia de notas fiscais que contenham referência ao depósito judicial do imposto, conforme afirmação contida às fls. 7/11 da Impugnação. Também exara despacho interlocutório para que o Coobrigado promova a juntada de documentos que comprovem a ação judicial proposta, em relação à matéria dos autos, conforme narrado na peça de defesa do Autuado, juntando comprovação do estágio atual da ação, bem como comprovantes de depósitos judiciais, se existentes.

O Autuado, às fls. 195, solicita prorrogação de prazo para atendimento do despacho interlocutório, concedido às fls. 201, mas não mais se pronuncia.

O Coobrigado, às fls. 199, também solicita prorrogação de prazo, atendido às fls. 203, e se pronuncia às fls. 205/206, informando que não identificou o processo a que fez referência o Autuado, bem como compulsando as notas fiscais, objeto da autuação, não encontrou anotação alguma que fizesse referência a depósitos judiciais.

DECISÃO

Os fundamentos expostos na Manifestação Fiscal, de fls. 179/187, foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Consoante relato acima, versa a autuação sobre recolhimento a menor de ICMS/ST, no período de fevereiro, julho e dezembro de 2007, devido nas operações com gás liquefeito de petróleo – “GLP (Propano/Butano)”, em decorrência do abatimento indevido do valor do ICMS da operação própria do total do ICMS/ST a recolher a Minas Gerais, nas remessas interestaduais de combustíveis promovidas pelo Coobrigado Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras – estabelecida no Estado do Rio de Janeiro.

Da análise das notas fiscais, objeto da autuação (fls. 36 e seguintes), se verifica que o ICMS das operações próprias (indevidamente abatido) corresponde ao valor do imposto incidente sobre o gás natural comercializado em conjunto com o GLP, derivado de petróleo (na proporção de 100%), pela Petrobras, cujo produto final foi adquirido pelo Autuado, em operações interestaduais – CFOP 2.652 – “Compra de combustível ou lubrificante para comercialização”.

Nos referidos documentos consta que o procedimento adotado pela remetente das mercadorias – Petrobras – em abater o crédito do imposto da operação própria incidente sobre o gás natural, teria sido com base no Protocolo ICMS nº 33/03, do qual o Estado de Minas Gerais não é signatário.

No que tange ao protocolo mencionado, cumpre esclarecer que a constitucionalidade desse ato normativo foi questionada pelo Estado do Piauí, por meio

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

da ADI 3.103-1, cuja decisão pela improcedência da ação foi tomada pelo Supremo Tribunal Federal por unanimidade.

No entendimento do Fisco, na apuração do ICMS/ST, nas operações com os produtos em questão, deve ser observado o disposto no RICMS/02, Anexo XV, art. 79, inc. I, o qual determina que o valor do imposto a ser recolhido a este Estado, nas operações com combustível derivado de petróleo, é o resultante da aplicação da alíquota interna (18%) sobre a base de cálculo definida para a substituição tributária.

Os Impugnantes, por sua vez, entendem que não se pode pretender que o gás natural seja considerado um derivado de petróleo e, desse modo, não se poderia aplicar a legislação existente sobre produtos derivados de petróleo aos produtos derivados de gás natural.

É de se notar, então, que o ponto central da questão consiste em definir se o produto constante nas notas fiscais, objeto da autuação, “GLP (Propano/Butano)” o qual é resultante da mistura de gás liquefeito de petróleo derivado de petróleo com o gás liquefeito de petróleo derivado de gás natural, pode, ou não, ser considerado combustível derivado de petróleo.

E ainda, qual o procedimento correto para o cálculo do ICMS/ST devido a este Estado, na operação interestadual entre contribuintes, com o produto em questão.

Ressalte-se que, com base no Convênio ICMS nº 03/99, a Petrobras, na condição de responsável pela retenção e recolhimento do ICMS/ST “nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo”, continuou transferindo aos Estados destinatários do consumo final a totalidade do ICMS relativamente a essas operações, mesmo após as inserções das hipóteses advindas da Emenda Constitucional nº 33/01.

Com relação ao produto constante nas notas fiscais, objeto da autuação, a título de ilustração, imaginando-se que haja no mesmo recipiente GLP derivado do petróleo misturado com o derivado do gás natural, o produto final será simplesmente gás liquefeito de petróleo, não sendo possível detectar o percentual de cada um deles, exatamente porque os componentes químicos são os mesmos (propano e butano).

Tanto é verdade que não existe definição legal para GLP derivado do Gás Natural – GN como sendo produto diverso do GLP convencional, conforme a classificação adotada na NCM. Inexiste nomenclatura específica justamente por que o produto final é um só, qualquer que seja a sua procedência, e pela NCM, gás natural corresponde à do gás de petróleo.

Essa situação é admitida pelo próprio Autuado na medida em que afirma que, na maioria das vezes, o gás natural encontra-se associado com o gás derivado de petróleo.

No mesmo sentido, reportando-se ao próprio Protocolo ICMS nº 33/03, muito embora o Estado de Minas Gerais dele não participe, a impossibilidade de distinção entre os produtos apresenta-se como um dos motivos para celebração do protocolo, confirme-se: “*Considerando que o Gás Liquefeito de Petróleo derivado do*

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gás natural pode ser comercializado em conjunto com o Gás Liquefeito de Petróleo derivado do próprio Petróleo, não havendo distinção entre um e o outro produto.”

Como bem salientou o Fisco, o resultado da busca pela definição adotada na doutrina e da classificação atribuída pela Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM, para um e outro produto, também aponta para a existência da mesma identidade entre eles, percebendo-se distinção apenas no que diz respeito à forma de obtenção ou exploração, e na apresentação dos produtos (liquefeitos ou gasosos).

Com base na doutrina, pode-se definir gás natural como sendo uma fração de petróleo composta por uma mistura de hidrocarbonetos parafínicos leves, predominantemente metano, contendo etano, propano e outros compostos de maiores pesos moleculares, apresentando normalmente baixos teores de nitrogênio e dióxido de carbono e raras presenças de gases nobres.

Ou ainda, petróleo como sendo o termo utilizado para designar ambos, o óleo e o gás natural. Assim, petróleo é um produto da decomposição de matéria orgânica armazenada em sedimentos, que migra por meio de aquíferos e fica aprisionado em reservatórios.

Para esclarecer de uma vez por todas a perfeita identidade existente entre petróleo e gás, o Almanaque Memória dos Trabalhadores da Petrobras estabelece que “O gás é a porção do petróleo que se apresenta na natureza na fase gasosa.”

A partir da classificação internacional adotada pelo Brasil, face o Tratado de Assunção, inserida na Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM, é possível afastar quaisquer dúvidas sobre a identidade entre gás natural e gás de petróleo, pois conforme se verifica na tabela TIPI, trazida à fl. 183 da Manifestação Fiscal, para efeito de classificação do Gás liquefeito de petróleo (GLP), não existe qualquer diferenciação entre o gás liquefeito de petróleo derivado de gás natural e de petróleo.

Ora, se em termos conceituais e de classificação não é possível estabelecer diferenciação entre esses produtos, ainda que apresentados isoladamente (gás natural e de petróleo), nenhuma razão poderia se conceder a quem defende a existência de diferenciação entre os produtos resultante da mistura dos dois (cuja nomenclatura recebida é “Gás liquefeito de petróleo – GLP”), e os produtos derivados de petróleo, como ocorre no presente caso.

Assim, quanto ao procedimento correto para apuração do ICMS/ST devido a este Estado, tratando-se o produto em questão de derivado de petróleo, correta afigura-se a base legal utilizada pelo Fisco, estabelecida no RICMS/02, Anexo XV, art. 79, inc. I, *verbis*:

Art. 79 - O valor do imposto a ser recolhido a este Estado, a título de substituição tributária, é:

I - nas operações com combustível derivado de petróleo, o resultante da aplicação da alíquota estabelecida para as operações internas sobre a base de cálculo definida para a substituição tributária;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Verifica-se que tal dispositivo se aplica às operações com combustível derivado de petróleo, que é o que na verdade ocorreu, ou seja, trata-se de gás liquefeito de petróleo, que armazenado pelas distribuidoras em tanques onde são submetidos a alta pressão se encontram no estado líquido.

Logo, nessas operações, ao contrário do que defendem os Impugnantes, não há se falar em crédito de imposto porventura destacado na operação anterior (interestadual), uma vez que, em se tratando de operações com combustíveis derivados de petróleo, o imposto caberá (integralmente) ao Estado onde ocorrer o consumo, na forma do disposto na Constituição da República, art. 155, inc. XII, § 4º, inc. I.

Correto, portanto, as exigências de ICMS e Multa de Revalidação (100%), relativo aos valores indevidamente abatidos do cálculo, o que resultou em recolhimento e retenção a menor do ICMS/ST, conforme demonstrado às fls. 32/33, consolidado às fls. 30.

A alegação do Autuado de que a Petrobras (ora Coobrigado) teria impetrado ação de consignação em pagamento relativamente às parcelas objeto das exigências e que, por isso, a exigibilidade estaria suspensa, não se confirmou. Cumpre esclarecer que tanto a autora da alegação (Autuado) quanto a suposta impetrante da ação (Coobrigado) nada apresentaram que pudesse comprovar o alegado.

No que tange à responsabilidade do Coobrigado, Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras –, na verdade, na condição de remetente das mercadorias (Combustíveis derivados de petróleo), a obrigação pela retenção e recolhimento do imposto devido a este Estado caberia a ela, por substituição, conforme fixado na cláusula primeira do Convênio ICMS n° 03/99.

Assim, com base na Lei n° 6.763/75, art. 21, inc. XII, considerando que os atos praticados pelo Coobrigado, caracterizados pelo abatimento indevido do ICMS da operação própria na apuração do ICMS/ST, contribuíram para a retenção e o recolhimento a menor do imposto devido a este Estado, justifica-se a sua inclusão no polo passivo da obrigação na condição de corresponsável.

Logo, caracterizada a infringência à legislação tributária, estando identificados os Sujeitos Passivos, demonstradas corretamente as exigências, tendo sido o crédito tributário regularmente formalizado e não tendo os Impugnantes apresentado nenhuma prova capaz de ilidir o feito fiscal, legítimo se torna o lançamento em exame.

Por fim, quanto aos argumentos do Coobrigado acerca de suposta ofensa a princípios constitucionais, cumpre informar que não são discutidos neste órgão administrativo, em razão das disposições contidas na Lei n° 6.763/75, art. 182 e no RPTA/MG (Dec. n° 44.747/08), art. 110, inc. I, de igual teor, que estabelecem que não se incluem na competência do órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida (Revisor) e Luiz Fernando

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Castro Trópia.

Sala das Sessões, 06 de outubro de 2009.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

René de Oliveira e Sousa Júnior
Relator

