

A. I. Nº - 298937.0001/09-5
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S.A - PETROBRÁS
AUTUANTES - JORGE VICTOR GRAVE e JOSÉ ANTONIO SOARES SEIXAS
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET 14.03.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 018-05/11

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. CRÉDITO EXTEMPORÂNEO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIAS INTERRESTADUAIS. MERCADORIAS COM NÃO-INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. PETRÓLEO. Constatado que não é possível a separação do C5+ adicionado ao petróleo para ser transportado, e a partir do momento em que foi adicionado ao petróleo, deixou de existir como produto individualizado. Neste sentido o resultado da diligência, portanto, concluo que não cabe o direito ao creditamento, nos moldes efetuados pelo sujeito passivo, vez que o produto transportado, foi efetivamente petróleo, e este, nas operações interestaduais, goza de não-incidência do ICMS na forma da Constituição Federal, art. 155, X, b. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 26/05/2009, exige ICMS no valor de R\$5.868.602,20 e multa de 60% por utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com não incidência do imposto.

Exercício de 2007 – Através dos processos 015686/2008-4 e 065616/2008-3 o autuado informou da apropriação extemporânea de crédito fiscal de ICMS nos meses de outubro e dezembro de 2007. As notas fiscais desses processos são notas fiscais complementares de aquisições (transferências) de petróleo oriundo de outras unidades da Federação. Nessas notas complementares o produto descrito não é petróleo, como na nota fiscal original, mas sim o C5+. Esse produto, o C5+, é também um hidrocarboneto e, como tal, se mistura ao petróleo. Informou a autuada que a mistura que aqui chega é exclusivamente petróleo. O petróleo é amparado pela não-incidência nas operações interestaduais. Dessa forma, a entrada de petróleo, como mistura de hidrocarbonetos que é, independentemente das proporções presentes na mistura, não autoriza a apropriação de qualquer crédito fiscal de ICMS.

O autuado, por meio de seu procurador, ingressa com defesa às fls. 113 a 117, na qual tece os seguintes argumentos:

Aduz que, no período de 2003 a 2007, seus estabelecimentos, localizados nos Estados de Alagoas e Sergipe, realizaram operações interestaduais envolvendo PENTANO (C5+), produto derivado do gás natural.

Todavia, o C5+ foi transportado juntamente com o petróleo, sem contudo, ser indicado nas notas fiscais de saída o seu percentual, a exemplo do que deve ser efetuado com o GLP, comercializado juntamente com o GLP derivado de gás natural, comercializado juntamente com o GLP derivado do próprio petróleo, conforme preconiza o Protocolo ICMS 33/03. Verificado o equívoco, uma vez que, as operações interestaduais com C5+ não gozam da não-incidência do ICMS conferida ao petróleo, emitiu notas fiscais complementares, cópias acostadas ao Auto de Infração, recolhendo aos Estados federados de origem (AL e SE), a alíquota interestadual de ICMS incidente sobre tais operações, nos termos dos DAEs em anexo.

Recolhido o ICMS, apropriou-se, nos Estados federados de destino, do valor do ICMS recolhido nas operações interestaduais envolvendo C5+.

Informa que no Estado da Bahia a apropriação dos créditos extemporâneos de ICMS ocorreu por meio dos processos 015686/2008-4 e 065616/2008-3, que detalha em seguida.

Sabe que foi notificada na lavratura do presente auto de infração por entenderem as autoridades que o fato de o C5+ constituir um hidrocarboneto e ser transportado em conjunto com o petróleo, o transforma em petróleo e, em razão disto, não autoriza o creditamento, haja vista a não-incidência do ICMS sobre as operações interestaduais envolvendo petróleo e seus derivados. Contudo, razão nenhuma assiste às autoridades, sendo nulo de pleno direito o auto de infração.

Relata que o C5+ é resultado do fracionamento (separação de hidrocarbonetos através de temperatura e de pressão) do gás natural, nas Unidades de Processamento de Gás Natural, localizadas nos Estados de AL e SE. Desse processo de fracionamento derivam 3 produtos: gás natural residual (que é vendido para as indústrias), GLP (vendido para as distribuidoras de combustíveis) e C5+ (que por somente ter aproveitamento comercial quando é utilizado em grandes quantidades, é enviado para o estabelecimento autuado, devido à proximidade aos centros produtores).

Destaca, como ponto importante, o fato de que as quantidades produzidas nos Estados de AL e SE serem mínimas, sendo injustificado o transporte separado do produto, razão pela qual o mesmo é adicionado ao petróleo. Contudo, como o C5+ é derivado de gás natural, é lhe dispensado tratamento tributário conforme o art. 155, § 4º, II da Constituição Federal, qual seja, o mesmo conferido às demais mercadorias.

Assim, no estabelecimento autuado, o C5+ derivado de gás natural é separado do petróleo enviado pelas unidades dos Estados de AL e SE através de unidades de fracionamento, saindo juntamente com a corrente denominada nafta leve.

Relata que, a exemplo do gás liquefeito derivado de gás natural, o tratamento constitucional dispensado ao C5+ é idêntico ao conferido às demais mercadorias que, in casu, sendo o estabelecimento autuado contribuinte do tributo e não consumidor final, o imposto cabe somente ao Estado de origem, pela alíquota interestadual. Assim, o fato de o C5+ ser transportado juntamente com o petróleo não desnatura a sua natureza físico-química.

Requer a total improcedência do auto de infração.

Os autuantes prestam informação fiscal, às fls. 169 a 171, nos seguintes termos:

Inicialmente, salientam que o Protocolo ICMS 33/03, mencionado na defesa, orienta os procedimentos quando das misturas de GLP oriundas de diversas fontes. Assim, o GLP não deixa de ser GLP, pois que misturado ao próprio GLP, ainda que de fontes distintas, não perde suas características, como ponto de fusão, ponto de ebulição, poder calorífico, etc. Já o que ocorre na situação em que os créditos foram glosados não guarda similaridade com o preconizado no citado Protocolo.

Como é de conhecimento público, o petróleo não é uma substância simples (pura), e sim, uma mistura de hidrocarbonetos. No caso em discussão, uma pequena quantidade de hidrocarboneto (C5+) é misturada a grandes volumes de petróleo. O que resulta desta mistura é que “o C5+ deixa de existir como produto individualizado, ficando dentro do navio exclusivamente o petróleo” nos dizeres da própria autuada. Nesta afirmação o autuado está correto, pois que o produto ao ser misturado em pequenas quantidades, à grande quantidade de petróleo, perdeu suas características. Assim, o ponto de ebulição, o ponto de fulgor, poder calorífico, etc, e todas as demais características físicas ou químicas que identificariam o C5+ deixaram de existir. O que se tem é única e exclusivamente petróleo.

Para verificar se havia individualização do C5+ após chegada à Bahia, os autuantes intimaram a empresa, na forma apresentada na fl. 18, e obtiveram a resposta de que o autuado “não possui tanques para estocar o produto C5+”. Após o fracionamento do petróleo, conforme afirma a

defesa do autuado, o C5+ sairá das torres de destilação como nafta, ou seja, C5+ nunca mais. Assim não restou provada a chegada de C5+ no estado da Bahia.

Concluem que o autuado não demonstrou a saída do estado de origem, nem a entrada no Estado da Bahia do C5+, mas pelo contrário, confessa a entrada exclusiva e única de petróleo em território do Estado da Bahia. Em decorrência da ausência de tributação nas entradas de petróleo oriundo de outra unidade federada, está afastada qualquer possibilidade de aproveitamento de créditos relacionados a essas entradas, pelo que opinam pela procedência da autuação.

Diante da controvérsia, e da especificidade da matéria em discussão, esta 5ª JJF deliberou que o presente PAF fosse diligenciado à SAT/COPEC/GEFIS, para que auditor fiscal estranho ao feito, esclareça se há, efetivamente, condição de haver a separação do C5+ do petróleo, com a consequente utilização do crédito fiscal do ICMS destacado nas notas fiscais complementares de fls. 24 a 100, haja vista que a entrada de petróleo oriunda de outra unidade da Federação goza de imunidade constitucional, o que afasta a possibilidade de aproveitamento de créditos fiscais.

Diligente estranho ao feito, ao abrir o seu pronunciamento, busca o conceito de petróleo e C5+. Procede à consulta na Internet(www2.petrobras.com.br/espeço conhecer/ing/glossário/glossário) verificou que o petróleo é “*uma mistura constituída predominantemente por hidrocarbonetos, que ocorre na natureza nos estados sólido, líquido e gasoso*”, enquanto o C5+, também chamado de gasolina natural é “*uma mistura de hidrocarbonetos que se encontra em estado líquido em certa pressão e temperatura, composta de pentano (c5) e outros hidrocarbonetos pesados*”.

(original em inglês, traduzido pelo Google tradutor)

Na operação em tela o C5+ é separado do gás natural em uma Unidade de Processamento de Gás Natural – UPGN, situada nos Estados de Sergipe, Alagoas e Rio Grande do Norte. Como a quantidade produzida é pequena, o C5+ é adicionado ao petróleo que é remetido para o autuado, que atua no refino de petróleo e está situado no Estado da Bahia.

Ocorre que, tanto o petróleo quanto o C5+ são misturas de hidrocarbonetos e ao ser misturada uma pequena quantidade de C5+ ao petróleo este não perderá suas propriedades físico-químicas e continuará sendo petróleo. Assim, o produto efetivamente transportado é petróleo. Nesse mesmo sentido entende o autuado quando afirma que o “volume de C5+ é colocado no mesmo tanque do petróleo, dentro do navio, ficando diluído, pois os volumes de petróleo são significativamente superiores ao C5+”. Desta maneira pode dizer que o C5+ deixa de existir como produto individualizado, ficando dentro do navio exclusivamente o petróleo, produto naquele momento de maior predominância.

Ressalta que, a operação em tela, não tem similaridade com a mistura do GLP, derivado de petróleo, com o originado de gás natural, já que estes são idênticos, possuem as mesmas características físico-químicas. Como a Constituição Federal de 1988 determina que a tributação seja diferenciada em função de sua origem, o problema da tributação foi resolvido pelo Convênio ICMS 33/03. A legislação poderia ter indicado que seria imune qualquer mistura com o GLP derivado de petróleo ou a mistura que tivesse mais de 50% de GLP derivado de petróleo ou outro percentual.

Outrossim, não é possível a separação do C5+ adicionado ao petróleo para ser transportado. No caso em tela, para resolver um problema de logística, o C5+ foi diluído em petróleo, mas caso o C5+ tivesse sido transportado separadamente, teria tributação normal. Mas a partir do momento em que foi adicionado ao petróleo, deixou de existir como produto individualizado, como bem disse o autuado. Sendo assim, em seu entendimento não há o que se falar em tributação e, consequentemente, em crédito fiscal, por força da imunidade constitucional.

O sujeito passivo após ciência da diligência, manifesta-se fls. 178, e ressalta que, apesar de sair em conjunto com o C5+ oriundo naturalmente do petróleo, a diligência fiscal aponta que o C5+ oriundo do gás natural é separado do petróleo transportado, tendo, pois aproveitamento econômico como substância diversa do petróleo e demais derivados.

Portanto, é incontroverso que o C5+, oriundo do gás natural transportado com petróleo é retirado do petróleo, ainda que juntamento com C5+ naturalmente encontrado no petróleo. Todavia, o cerne da questão cinge-se ao fato de que o C5+ objeto da autuação é derivado de gás natural, e devido a isto, possui tratamento jurídico-tributário diverso do dispensado ao petróleo e derivados, sendo, pois, tributado, ainda que adicionado ao petróleo para transporte nas operações interestaduais, na mesma proporção que as demais mercadorias, com a geração dos respectivos créditos tributários.

Afirma que, como bem colocou o auditor fiscal ao falar sobre a tributação do GLP, derivado de petróleo e o originado de gás natural, “*a Constituição Federal de 1988 determina que a tributação seja diferenciada em função de sua origem*”. Ou seja, o constituinte adotou tratamento tributário para o gás natural e derivados, não pela sua composição, que a rigor é a mesma (hidrocarbonetos), mas sim, pela sua origem, portanto, que a questão não é de fato, mas de direito. Após EC 31/2001, o legislador constituinte derivado adotou claramente o posicionamento de conferir imunidade somente a petróleo e derivados, não se estendendo tal benefício ao gás natural e derivados, sendo estes tributados conforme demais mercadorias.

Traz a definição técnica de petróleo encontrada na Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo), que no art. 6º, I, assim define: petróleo: Todo e qualquer hidrocarboneto líquido em seu estado natural, a exemplo do óleo cru e condensado.

Grosso modo se pode dizer que o transporte não é de petróleo puro e simples, mas petróleo com adição de outro componente, e este componente adicionado não é petróleo in natura, nem um derivado direto do petróleo in natura.

Alerta para pacto da Carta Constitucional, no qual o legislador optou por tributar de forma diferenciada petróleo e gás natural, ainda que no mundo dos fatos, a rigor, sua composição seja a mesma. Reitera o pedido de improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes cientificados do resultado dos dois últimos pronunciamentos acima, aduzem que não há no PAF divergência, já que a questão problema posta pelo e. Conselho ao Auditor Fiscal e estranho ao feito foi: “*esclareça se há efetivamente condição de haver a separação do C5+ do petróleo*” (v.fl.173). Apesar da solicitação da diligência não ter evidenciado, fica subentendido que o que se quer saber, em verdade, é se o C5+, adicionado e transportado conjuntamente com o petróleo pode, na chegada, ser separado e distinguido economicamente dos demais produtos resultantes do fracionamento do petróleo. Salientam que a questão foi respondida aos autuantes, no curso da ação fiscal, pelo próprio autuado, quando afirmou textualmente; “*que o C5+ deixa de existir como produto individualizado, ficando dentro do navio exclusivamente o petróleo*”, como se pode ver na fl. 19 deste PAF. Ressaltam o termo “exclusivamente”, pois a partir do momento em que se efetiva a mistura não há mais que se falar em C5+, e sim, em petróleo.

Informam que no curso da ação fiscal, para que não restasse qualquer dúvida, por mínima que fosse, intimaram o autuado para que informasse sobre o estoque inicial e final do C5+ transportado, a relação dos tanques em que esse produto estaria estocado e o agendamento de visita dos autuantes a estes tanques. Contudo, o autuado não apresentou os estoques solicitados nem os tanques de estocagem, o que permite concluir que não há separação nem armazenagem do C5+ transportado. Na diligência o Parecer conclui, com clareza, que não há possibilidade de separação do C5+ transportado juntamente com o petróleo. Entretanto, a manifestação do autuado tenta reverter o que está escrito “dizendo” o que o auditor estranho ao feito não disse, ao afirmar que “*a diligência fiscal aponta que o C5+ oriundo do gás natural é separado do petróleo transportado*”. O Parecer, em nenhum momento, afirma o que coloca o autuado. Ressaltam que a manifestação do autuado tenta criar uma controvérsia inexistente, já que o Protocolo ICMS 33/03 trata exclusivamente do GLP em misturas de origem distintas, o que não é o caso em discussão.

Concluem que, mais uma vez, restou evidenciado, pelas provas acostadas, que o autuado não demonstra nem a saída nem a entrada no estado da Bahia do C5+. Pelo contrário, confessa a entrada, única e exclusiva de petróleo, em território baiano, e ainda presumindo-se a chegada do

C5+ misturado ao petróleo, o autuado também não prova a separação desse C5+, supostamente adicionado ao petróleo. Ademais, a ausência de tributação, nas entradas de petróleo, oriundo de outra unidade federada, afasta qualquer possibilidade de aproveitamento de créditos relacionados a essas entradas. Pedem pela procedência da autuação.

VOTO

Inicia-se o presente processo administrativo fiscal, diante da lavratura do auto de infração, em decorrência de o contribuinte ter informado nos processos 015686/2008-4 e 065616/2008-3, a apropriação extemporânea de crédito fiscal de ICMS nos meses de outubro e dezembro de 2007, amparado nas notas fiscais complementares de aquisições (transferências) de petróleo oriundo de outras unidades da Federação. Nessas notas complementares o produto descrito não é petróleo, como na nota fiscal original, mas sim o C5+ (pentano). Contudo, os autuantes entendem que, na verdade, ocorreu a transferência de petróleo, o que não enseja qualquer creditamento de ICMS, por tratar-se de produto com não-incidência constitucional.

Portanto, o cerne da discussão prende-se ao fato de que o ICMS não incide sobre as operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica, (CF art. 155, X), e caso os autuantes tenham corretamente procedido à sua lavratura, não há, por parte do sujeito passivo, o direito ao creditamento do imposto, do produto C5+ recebido em transferência de outros estados da federação, como levado a efeito em sua escrita fiscal. Contudo, se os argumentos da empresa forem acolhidos, a situação se inverte, para o reconhecimento do direito ao crédito fiscal, em virtude do princípio constitucional da não-cumulatividade, amparado no § 4º, II, do art. 155 da CF, e por ser gás natural ou dele derivado, e neste caso obtém tratamento tributário semelhante ao que ocorre com as demais mercadorias tributadas.

Assim, diante dos documentos acostados ao processo, passo à análise da natureza do produto C5+ (PENTANO), transportado junto ao petróleo, para a sua correta classificação, em decorrência de sua especialidade na presente lide.

Nas notas fiscais complementares, o produto descrito não é petróleo, como na nota fiscal original, mas sim o C5+, um hidrocarboneto e, como tal, se mistura ao petróleo.

Todavia, o C5+ foi transportado juntamente com o petróleo, sem, contudo, ser indicado nas notas fiscais de saída o seu percentual, a exemplo do que deve ser efetuado com o GLP, comercializado juntamente com o GLP derivado de gás natural comercializado juntamente com o GLP derivado do próprio petróleo, conforme preconiza o Protocolo ICMS 33/03. Verificado o equívoco, uma vez que, as operações interestaduais com C5+ não gozam da não-incidência do ICMS conferida ao petróleo, o sujeito passivo emitiu notas fiscais complementares, cópias acostadas ao Auto de Infração, recolhendo aos Estados federados de origem (AL e SE), a alíquota interestadual de ICMS incidente sobre tais operações, nos termos dos DAEs em anexo. Recolhido o ICMS, apropriou-se, nos Estados federados de destino, do valor do ICMS recolhido nas operações interestaduais envolvendo C5+.

O sujeito passivo relata que o C5+ é resultado do fracionamento (separação de hidrocarbonetos através de temperatura e de pressão) do gás natural, nas Unidades de Processamento de Gás Natural, localizadas nos Estados do AL e SE. Desse processo de fracionamento derivam 3 produtos: gás natural residual (que é vendido para as indústrias), GLP (vendido para as distribuidoras de combustíveis e C5+ (que por somente ter aproveitamento comercial quando é utilizado em grandes quantidades, é enviado para o estabelecimento autuado, devido à proximidade aos centros produtores).

Destaca, ainda o autuado, como ponto importante, o fato de que por serem mínimas as quantidades produzidas nos Estados de AL e SE, é injustificado o transporte separado do produto, razão pelo qual o mesmo é adicionado ao petróleo. Contudo, como o C5+ é derivado de gás natural, é lhe dispensado tratamento tributário conforme o art. 155, § 4º, II da Constituição

Federal, qual seja, o mesmo conferido às demais mercadorias. Argumenta que no estabelecimento autuado, o C5+ derivado de gás natural é separado do petróleo enviado pelas unidades dos Estados de AL e SE através de unidades de fracionamento, saindo juntamente com a corrente denominada nafta leve, e, assim, o fato de o C5+ ser transportado juntamente com o petróleo não desnatura a sua natureza físico-química.

A questão trazida à lide, já havia sido anteriormente abordada pelo contribuinte, quando suscitou a manifestação da GETRI, pois consta nos autos o Parecer Intermediário, relativo ao Processo 015686/2008-4, fls. 11/12, no qual após o requerente informar a escrituração extemporânea de créditos fiscais de ICMS em valor de R\$ 3.315.182,33 no mês de dezembro de 2007, referente às aquisições interestaduais de petróleo, com a emissão de nota fiscal complementar, onde o produto adquirido deixa de ser petróleo passando a constar no documento fiscal complementar o produto C5+, onde o parecerista conclui que é indevida a apropriação dos créditos fiscais, haja vista que a entrada de petróleo oriundo de outra unidade da Federação goza de imunidade constitucional, e como não há tributação do petróleo, não cabe a apropriação de crédito fiscal referente a essas aquisições.

Também no termo de Intimação II, fl. 18, os autuantes solicitaram, com o objetivo de informar os Processos 015686/2008-4 e 065616/2008-3, que a empresa apresentasse, no prazo de 05 dias, a relação dos tanques de estocagem do C5+, recebida por meio das notas fiscais relacionadas nos processos retrocitados, e informasse o estoque inicial e final de cada tanque, por mês. Também foi pedido a disponibilização dos tanques para visita pelos prepostos fiscais.

Para atender a intimação, a Petrobrás encaminhou o Ofício de fl. 19, datado de 06 de abril de 2009, no qual a Gerência Tributária da Regional I, apresenta os seguintes esclarecimentos:

- 1- A Refinaria Landulpho Alves – RLAM não possui tanques para estocar o produto C5+. O produto vem transferido de unidades de Exploração e Produção (E&P) fora do Estado da Bahia juntamente com o Petróleo. Cabe esclarecer que o volume de C5+ é colocado no mesmo tanque do petróleo, dentro do navio, ficando diluído, pois os volumes de petróleo são significativamente superiores ao C5+. Desta maneira podemos dizer que o C5+ deixa de existir como produto individualizado, ficando dentro do navio exclusivamente o petróleo, produto naquele momento de maior predominância.
- 2- Por uma questão de logística, o reprocessamento do C5+ é inviável economicamente nas Unidades de Processamento de Gás Natural (UPGNs) das Áreas de Exploração e Produção (E&P), porque a pequena quantidade produzida em cada uma delas não justifica a implantação de unidades de fracionamento do gás natural. Entretanto, a RLAM, por ser recebedora de grande volume de produtos, dispõe dessas unidades (de fracionamento) com capacidade para o reprocessamento do C5+, operação essa, que se torna viável sob o aspecto econômico quando realizada em grande escala.

Cabe destacar que a Gerência Tributária da Regional I, é contundente ao dispor que “*o C5+ deixa de existir como produto individualizado, ficando dentro do navio exclusivamente o petróleo*”.

Na Seção II, Das Definições Técnicas, art. 6º da Lei nº 9.478 de 06 de agosto de 1997, o art. 6º, estabelece 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;

No presente caso, o próprio sujeito passivo relata que o C5+ é resultado do fracionamento (separação de hidrocarbonetos através de temperatura e de pressão) do gás natural, nas Unidades de Processamento de Gás Natural, localizadas nos Estados do AL e SE, mas que deixa de existir como produto individualizado no seu transporte, fica dentro do navio, exclusivamente o petróleo.

Ademais, cabe destacar que o sujeito passivo, ao ser intimado para comprovar a existência de tanques de armazenamento do C5+, não o fez, mas é indubidosa a necessidade de sua estocagem ou armazenamento em reservatórios próprios, para que sua posterior saída possa ser realizada.

Por último, o resultado da diligência efetuada na SAT/COPEC/GEFIS, por auditor fiscal estranho ao feito, é esclarecedora, quando, após buscar os conceitos de petróleo e C5+, o diligente aduz que na operação em tela o C5+ é separado do gás natural em uma Unidade de Processamento de Gás Natural – UPGN, situada nos Estados de Sergipe, Alagoas e Rio Grande do Norte. Como a quantidade produzida é pequena, o C5+ é adicionado ao petróleo que é remetido para o autuado, que atua no refino de petróleo e está situado no Estado da Bahia.

Ocorre que, tanto o petróleo quanto o C5+ são misturas de hidrocarbonetos e ao ser misturada uma pequena quantidade de C5+ ao petróleo este não perderá suas propriedades físico-químicas e continuará sendo petróleo. Assim, o produto efetivamente transportado é petróleo, pois o C5+ deixa de existir como produto individualizado, ficando dentro do navio exclusivamente o petróleo, produto naquele momento de maior predominância.

Ressalta o autuante que, a operação em tela não tem similaridade com a mistura do GLP, derivado de petróleo com o originado de gás natural, já que estes são idênticos, possuem as mesmas características físico-químicas. Como a Constituição Federal de 1988 determina que a tributação seja diferenciada em função de sua origem, o problema da tributação foi resolvido pelo Convênio ICMS 33/03.

Outrossim, não é possível a separação do C5+ adicionado ao petróleo para ser transportado. No caso em tela, para resolver um problema de logística, o C5+ foi diluído em petróleo, mas caso o C5+ tivesse sido transportado separadamente, teria tributação normal. Mas, a partir do momento em que foi adicionado ao petróleo, deixou de existir como produto individualizado, como bem disse o autuado. Sendo assim, em seu entendimento não há o que se falar em tributação, e consequentemente em crédito fiscal, por força da imunidade constitucional.

Diante de todo o exposto acompanho o resultado da diligência, e concluo que não cabe o direito ao creditamento nos moldes solicitados nos Processos nºs 015686/2008-4 e 065616/2008-3, e efetuado pelo sujeito passivo, vez que o produto transportado, foi efetivamente petróleo, e este, nas operações interestaduais, goza de não-incidência do ICMS na forma da Constituição Federal, art. 155, X, b, e não cabe a apropriação extemporânea dos créditos fiscais, nos meses de outubro e dezembro de 2007.

Pelo exposto, o voto do Auto de Infração é PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298937.0001/09-5, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.868.602,20**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2011.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - JULGADOR