

PROCESSO - A. I. N° 298937.0001/09-5
RECORRENTE - PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. – PETROBRÁS (REFINARIA LANDUPHO ALVES)
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JFJ nº 0018-05/11
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 29/02/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. N° 0046-11/12

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. CRÉDITO EXTEMPORÂNEO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS. MERCADORIAS COM NÃO-INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. PETRÓLEO. Constatado que não é possível a separação do C5+ adicionado ao petróleo para ser transportado. Assim, a partir do momento em que foi adicionado ao petróleo, o C5+ deixou de existir como produto individualizado, não havendo o direito ao creditamento, nos moldes efetuados pelo sujeito passivo, uma vez que petróleo foi o produto transportado e este, nas operações interestaduais, goza de não-incidência do ICMS na forma do artigo 155, inciso X, alínea “b”, da Constituição Federal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o presente Auto de Infração, no qual se exige ICMS no valor de R\$5.868.602,20, acrescido da multa de 60%, por utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com não incidência do imposto.

Consta, ainda, na peça inicial, o seguinte: “*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 o autuado 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.*”

A Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu a lide administrativa, *in verbis*:

“ (...)

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 indubitosa 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.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário alegando que a Decisão de piso incorreu em equivocada interpretação quando confundiu o produto C5+ derivado do gás natural (que se subsume à hipótese de incidência tributária do ICMS por força do artigo 155, § 4º, inciso II, da Carta Magna) e lhe deu tratamento tributário típico do C5+ derivado do petróleo, ou mesmo do próprio petróleo, sujeito à imunidade constitucional do imposto nas operações interestaduais, consoante o artigo 155, inciso X, alínea “b”, da Constituição Federal.

Argumenta que o cerne da questão cinge-se ao fato de que o C5+ objeto da autuação é derivado do gás natural e, devido a isso, possui tratamento jurídico-tributário diverso do dispensado ao petróleo e seus derivados, sendo, pois, tributado, ainda que adicionado ao petróleo para efeito de transporte nas operações interestaduais, na mesma proporção que as mercadorias, com a geração dos respectivos créditos fiscais.

Diz que isso acontece porque a Constituição Federal adotou tratamento jurídico-tributário para o petróleo e seus derivados e o gás natural e seus derivados, não pela sua composição, que, a rigor, é a mesma – hidrocarboneto, mas sim pela sua origem. Ou seja, a questão não é de fato, mas de direito, pois a controvérsia sobre a qual as partes divergem não se soluciona pela natureza das coisas em si, mas sim pelo tratamento tributário dispensado pela norma jurídica.

Assinala que não se está diante de uma antinomia de normas, pois, de um lado, existem duas espécies de produtos - petróleo e gás natural - do gênero hidrocarboneto, e do outro, dois tratamentos jurídico-tributários distintos nas operações interestaduais que envolvem o ICMS – hipótese de imunidade do petróleo e seus derivados e hipótese de incidência do gás natural e seus derivados.

Acrescenta que, *in casu*, o fato de adicionar o C5+ derivado do gás natural ao petróleo, de modo a otimizar o meio econômico de transporte de ambos, não o transforma em petróleo para efeitos jurídico-tributários e que não se pode olvidar de que se tratam de situações fáticas diferentes,

cujos fatos impositivos [tributáveis] se subsumem a normas jurídicas específicas, conforme preceitua a Constituição Federal.

Diz que, de um lado, a aquisição do petróleo em operações interestaduais é albergada pela imunidade prevista no artigo 155, inciso X, alínea “b”, da Constituição Federal, e de outro, a entrada em seu estabelecimento do C5+ derivado de gás natural (artigo 155, § 4º, inciso II, da Carta Magna), oriundo dos Estados de Alagoas e Sergipe é tributado na origem, gerando o direito ao crédito fiscal, por força do princípio constitucional da não cumulatividade (artigo 155, § 2º, inciso I, da Constituição Federal).

Transcreve a lição do Professor José Eduardo Soares de Melo (*in* ICMS – Teoria e Prática, 5ª. Edição, Dialética, SP, 2002, p. 211/212) de que “A cláusula da ‘não cumulatividade’ não consubstancia mera norma programática, nem traduz recomendação, sequer apresenta cunho didático ou ilustrativo, caracterizando, na realidade diretriz constitucional imperativa. Trata-se de uma autêntica obrigação a ser cumprida tanto pelo poder público, como pelo contribuinte”.

Conclui que é inadmissível a inobservância do comando constitucional, tanto no lançamento do ICMS (operações realizadas e serviços prestados) quanto na escrituração do crédito (aquisição de bens e serviços) e a inteligência da norma constitucional permite firmar a diretriz de que o crédito não pode constituir uma mera faculdade outorgada ao contribuinte, traduzida em um procedimento discricionário; como o débito deve ser exigido, lançado e liquidado, o mesmo ocorre com o crédito, sem o que, o princípio resultaria ineficaz, frustrando-se, assim, a dicção constitucional. Finalmente, requer a improcedência do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário, com os seguintes argumentos:

“Compulsando os autos, verifica-se que, conforme exposto pelo próprio recorrente, o produto Pentano C5+, definido em glossários técnicos como componente da Gasolina natural C5+, quando adicionado ao petróleo para transporte, deixa de existir como produto individualizável, tornando-se um único produto, em espécie o petróleo, num indissolúvel composto de diversos hidrocarbonetos.

Neste passo, calha trazer a definição da American Society Technicals Materials (ASTM) de petróleo:

‘Uma mistura de ocorrência natural, consistindo predominantemente de hidrocarbonetos e derivados orgânicos sulfurados, nitrogenados e/ou oxigenados, a qual é ou pode ser removida da terra no estado líquido’.

Portanto, como bem firmado na informação fiscal de fls. 170, a junção do produto Pentano C5+ ao Petróleo transportado pelo recorrente, transforma-o em um único produto, ou seja, petróleo, impossibilitando o retorno do mesmo às características físico-químicas originais, sendo abraçado pelo conceito jurídico descrito no art. 155, X, b, da Constituição Federal de 1988.”

VOTO

Do exame dos autos, constato que este Auto de Infração exige o imposto estadual em decorrência da utilização indevida e extemporânea de crédito fiscal relativo a notas fiscais complementares de entradas, em transferências interestaduais, do produto Pentano (C5+), um hidrocarboneto que tanto pode ser extraído do petróleo como do gás natural.

Nas notas fiscais originais constava o petróleo como produto transferido de outras filiais da empresa autuada, embora o recorrente tenha alegado “que 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 Gás Liquefeito de Petróleo (GLP) derivado de gás natural comercializado juntamente com o GLP derivado do próprio petróleo, conforme preconiza o Protocolo ICMS 33/03”.

O recorrente afirmou que, constatado o equívoco, uma vez que as operações interestaduais com C5+ não gozam da não incidência do ICMS conferida ao petróleo, emitiu notas fiscais complementares recolhendo aos Estados de origem (Alagoas e Sergipe) o imposto estadual com base na alíquota interestadual (consoante os DAEs que acostou – fls. 49 e 50), razão pela qual teria

direito ao crédito fiscal utilizado extemporaneamente, o que foi comunicado à Secretaria da Fazenda por meio dos Processos nºs 015686/2008-4 e 065616/2008-3 (fls. 5 a 17).

Assim, para definir se o contribuinte possui o direito ao crédito fiscal glosado pela fiscalização, faz-se necessário que se comprove:

1. se que houve efetivamente o transporte de Pentano (C5+) diluído no petróleo que adentrou no estabelecimento do recorrente;
2. em caso positivo, se o Pentano (C5+) transportado juntamente com o petróleo foi derivado do gás natural – nessa hipótese, como tais operações não gozam da não incidência constitucional, haveria a tributação pelo ICMS nos Estados de origem e o consequente direito ao crédito fiscal no Estado de destino (no caso, a Bahia);
3. se o Pentano (C5+), porventura transportado e completamente diluído no petróleo, seria posteriormente separado, retornando à sua condição de produto individualizado, sendo objeto de saída tributada pelo ICMS.

Verifico, do exame dos autos, especialmente dos documentos fiscais juntados às fls. 9 a 166, o seguinte:

1. foram emitidas pelas filiais do recorrente localizadas em Alagoas e Sergipe, nos meses de agosto a dezembro de 2007, notas fiscais complementares de transferência do produto “Pentano C5+ (GLN Natural)”;
2. consta, no campo “dados adicionais” que se trata de notas fiscais complementares emitidas com fins de destaque do ICMS “*incidente sobre o C5+ transferido com o petróleo*”, referente a documentos fiscais emitidos nos exercícios de 2003, 2004 e 2005;
3. foi destacado o imposto estadual nas notas fiscais complementares e o contribuinte efetuou o recolhimento do tributo aos estados de origem; subsequentemente, o sujeito passivo requereu à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia a utilização, como crédito fiscal, do ICMS que havia recolhido aos Estados de localização dos estabelecimentos remetentes do Pentano;
4. foi realizado, pela fiscalização, um demonstrativo com a correlação entre as notas fiscais de entradas de petróleo e de C5+ (Anexo I – fls. 110 e 111);
5. em atendimento a uma intimação feita pelos autuantes, o recorrente, por meio de seu Gerente Setorial do Tributário na Bahia, Sr. Inaldo Guimarães de Meireles, apresentou as seguintes informações (fls. 19 e 20):

“1 – A Refinaria Landulfo 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”.

Concluo, portanto, que não há sequer a comprovação física da remessa do Pentano (C5+) dos estabelecimentos filiais ao recorrente. As notas fiscais originalmente emitidas (com o envio do petróleo ao estabelecimento autuado – exercícios de 2003, 2004 e 2005) não mencionavam o produto e somente anos após (exercício de 2007) é que foram extraídas as citadas notas fiscais complementares com a informação de que teria havido a remessa de Pentano (C5+). Também, como reconhecido pelo próprio sujeito passivo, não há tanques de armazenamento da substância objeto desta autuação.

Ainda que se admita como verdadeira a remessa do Pentano (C5+) ao autuado, uma vez que não é razoável que os estabelecimentos localizados em outros Estados tenham promovido o

recolhimento do ICMS aos estados de origem se não tivesse havido o envio, verificado, pela informação prestada pelo próprio sujeito passivo, que o Pentano (C5+) deixa de ter existência física no momento em que é misturado ao petróleo e não houve, nestes autos, nenhuma comprovação de que o estabelecimento do autuado (destinatário) realiza (ou realizava) a separação dos dois produtos (C5+ e petróleo) para posterior revenda ou aproveitamento, de *per si*, em algum processo produtivo.

Além disso, ainda que houvesse a individualização subsequente do Pentano (C5+), o produto resultante dessa separação já não seria exclusivamente o C5+ proveniente do gás natural, mas a combinação de hidrocarbonetos derivados do gás natural e do petróleo, como informado pelo diligente da Gerência de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis da Secretaria da Fazenda (COPEC/SEFAZ), em resposta à solicitação de diligência da 5ª Junta de Julgamento Fiscal (fls. 173 e 174):

“(…)

Quanto à separação do C5+ adicionado ao petróleo para ser transportado, ela não é possível. Como o petróleo também é constituído por uma mistura de hidrocarbonetos, o C5+ que pode ser separado é uma mistura do C5+ originalmente contido no petróleo com o C5+ originado de gás natural e adicionado ao petróleo para ser transportado”.

Assim, conclui-se que, ao ser adicionado ao petróleo pelos estabelecimentos remetentes, o Pentano (C5+) perde a sua condição de produto individualizado derivado do gás natural (com NCM/SH própria), misturando-se indelevelmente aos elementos que compõem o petróleo (cuja NCM/SH é diversa), razão pela qual deve incidir a mesma forma de tributação que recai sobre este último. Como há previsão de imunidade nas operações interestaduais de petróleo e seus derivados, também não deve haver incidência de ICMS sobre o Pentano (C5+) misturado ao petróleo, consoante o disposto no artigo 155, inciso II, c/c o § 2º, inciso X, alínea “b”, da Constituição Federal de 1988, abaixo transcritos:

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;*

(…)

§ 2.º *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;

Ante o exposto, considero indevida a utilização, como crédito fiscal, do ICMS destacado nas notas fiscais complementares e recolhido aos Estados de origem, como pleiteia o recorrente, e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão de primeiro grau, pela PROCEDÊNCIA deste Auto de Infração.

VOTO EM SEPARADO

Concordo com a conclusão a que chegou a nobre relatora, contudo divirjo de parte da fundamentação adotada.

Refiro-me à assertiva de que, ainda que houvesse a individualização subsequente do Pentano (C5+), o produto resultante dessa separação já não seria exclusivamente o C5+ proveniente do gás natural, mas a combinação de hidrocarbonetos derivados do gás natural e do petróleo, como informado pelo diligente da Gerência de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis da Secretaria da Fazenda (COPEC/SEFAZ), em resposta à solicitação de diligência da 5ª Junta de Julgamento Fiscal (fls. 173 e 174).

Segundo a nobre relatora, isso impediria, de uma vez por todas, a posterior individualização do Pentano C5+ e, via de consequência, obstaría o creditamento de eventual imposto da saída de tal produto, já que haveria a sua mistura ao petróleo, que goza de imunidade nas operações interestaduais.

A meu ver, contudo, a questão é meramente probatória e é plenamente possível que o sujeito passivo se credite do ICMS decorrente de operações com C5+ originário de gás natural, desde que demonstre: a) que produz C5+ oriundo de gás natural, demonstrando o quantitativo extraído; b) que mistura o C5+ ao petróleo, para fins de transporte, demonstrando o quantitativo misturado; e c) que, concluído o transporte, extrai o C5+ do petróleo.

Trazendo toda a documentação voltada à comprovação dessa cadeia de produção/transporte/extração, entendo que deve ser reconhecido o direito ao crédito do ICMS que tenha incidido sobre a operação de saída do C5+ oriundo de gás natural, no limite da quantidade que comprovadamente foi inserida no Estado de origem dentro do petróleo para fins de transporte.

Com isso, cumpre-se o primado da não cumulatividade, permitindo que o contribuinte se credite do imposto pago nas operações anteriores com C5+ oriundo de gás natural e, ainda, evita-se que o contribuinte lance a crédito valores relativos a C5+ oriundo do petróleo - já que terá de ser observado o quantitativo que foi inserido no petróleo no Estado de origem.

Tais provas, entretanto, não foram apresentadas pelo sujeito passivo, daí porque anuo com o posicionamento da nobre relatora, no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário ofertado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298937.0001/09-5, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A. – PETROBRÁS (REFINARIA LANDUPHO ALVES)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.868.602,20**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de fevereiro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – VOTO EM SEPARADO

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS