



ACÓRDÃO N°
PROCESSO N°:2014.3.018448.6
RECURSO: AGRAVO DE INSTRUMENTO
COMARCA: BELÉM
ÓRGÃO JULGADOR: 2ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA
AGRAVANTE: ESTADO DO PARÁ
Procuradora do Estado (a): Dra. Myrza Tandaya Nylander Pegado
AGRAVADAS: PETROBRAS S/A
Advogado (a):Dra. Danielle Valle Couto
RELATORA: DESA. CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. OMISSÃO NA OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA PREVISTA NO PROTOCOLO N°33/2003. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA TUTELA ANTECIPADA.

1. A tutela antecipada prevista no o art. 273, caput do CPC prevê que a parte deve comprovar os seguintes requisitos para ser deferido o pleito: a) prova inequívoca; b) verossimilhança da alegação; c) iminência de dano irreparável ou de difícil reparação; d) reversibilidade da medida; e) abuso de direito de defesa; ou f) manifesto propósito protelatório do réu.
2. No caso dos autos, a empresa agravada não se desvencilhou de comprovar que observou os §2º e § 4º da cláusula segunda do Protocolo n°33/2003 que preveem que no corpo da nota fiscal de saída deverá constar o percentual de GLP derivado de gás natural na quantidade total de saída e o destaque do valor do ICMS próprio incidente na operação.
3. Nesses casos, havendo omissão do contribuinte sobre o percentual do GLP derivado de gás natural na quantidade total de saída, é possível o recolhimento dos acréscimos legais previstos na legislação da unidade federada de destino do GLP derivado de gás natural.
4. Não restou comprovado a violação do princípio do contraditório e da ampla defesa, já que a mercadoria transportada, que ensejou o auto de infração n°172010510000035-0, foi efetivada no ano de 2007 e a notificação fazendária foi lançada em 2010.
5. O pedido subsidiário de emissão de certidão de débitos fiscais positiva com efeitos negativo não há como ser deferido sob pena de supressão de instância.
6. Recurso conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Excelentíssimos Desembargadores Integrantes da 2ª Câmara Cível Isolada, à unanimidade, conhecer do agravo de instrumento e dar-lhe provimento para cassar a decisão atacada.

2ª Câmara Cível Isolada do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. 29 de fevereiro de 2016. Relatora Exma. Sra. Desa. Célia Regina de Lima Pinheiro. Julgamento presidido pelo Exmo. Des. Roberto Gonçalves de Moura, tendo como segundo julgador o Exmo. Des. Roberto Gonçalves de Moura e terceira julgadora a Exma. Sra. Desa. Ezilda Pastana Mutran.

Desembargadora CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO



Relatora

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO (Relatora):

Trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto por ESTADO DO PARÁ contra decisão da Juíza de Direito da 6ª Vara da Fazenda da Capital (fls. 87-90) que, nos autos da Ação Anulatória de Débito Fiscal com pedido de antecipação de tutela - Processo nº 0018396-43.2014.814.0301 - Projudi, deferiu a tutela antecipada para determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorrente do auto de infração e notificação fiscal nº 172010510000035-0, estando o Estado do Pará proibido de inscrevê-lo em dívida ativa até o julgamento de mérito da ação, e caso já tenha ocorrido a inscrição, deve registrar em seu sistema que a mesma se encontra suspensa por ordem judicial, não sendo óbice à expedição de certidão negativa de débito fiscal ou de positiva com efeito de negativa, nem causa de outros embaraços às atividades da autora.

Consta, em suas razões (fls. 2-40) que a empresa PETROBRAS S.A. ajuizou a ação em epígrafe com objetivo de questionar a ilegalidade do AINF nº 172010510000035-0, no valor de R\$ 310.055,28 (trezentos e dez mil, cinquenta e cinco reais e vinte e oito centavos) lavrado sob a fundamentação de ter se utilizado de crédito inexistente destacado em documento fiscal, em face da transferência de Gás Liquefeito de Petróleo – GLP, derivado de petróleo.

Defende que o Protocolo ICMS nº 33/03 impõe aos contribuintes o dever de esclarecer, no corpo da nota fiscal, o percentual de GLP derivado de petróleo e de GLP, derivado de gás natural, na quantidade total do produto adquirido, sob pena de haver a presunção de que a transação envolveu apenas a comercialização de GLP derivado de petróleo.

Salienta que, no julgamento da ADI 3.103-1, o STF declarou constitucional as cláusulas primeira e segunda do Protocolo ICMS nº 33/2003.

Argumenta que, diante da omissão de informação obrigatória nas notas fiscais apresentadas pela agravada, onde consta GLP (Propano/Butano) como o tipo de gás transportado, o Estado do Pará aplicou a cláusula segunda do referido protocolo e, com base na presunção legal, entendeu que a transferência, de modo integral, consistia em GLP derivado de petróleo, o que ocasionou a cobrança do imposto devido.

Aduz a inexistência de cerceamento de defesa por ocasião do indeferimento da realização de perícia nos autos do processo administrativo, uma vez que a prova pericial seria inútil aos fins que se propunha, pois não poderia esclarecer que, no momento da autuação, não houve importação do GLP derivado de petróleo e seu transporte para o Pará, haja vista o gás já ter se esvaído.

Alega a inexistência dos requisitos necessários à manutenção da tutela antecipada deferida.

Argumenta que a lesão grave e de difícil reparação se faz presente quando se observa que um crédito de valor alto em favor do Estado do Pará está com sua exigibilidade suspensa.

Destaca que a caução deferida não suspende a exigibilidade do crédito tributário, podendo o fisco executar, bem como, no presente caso, a caução deverá ser fiança bancária e não óleo diesel.

Requer ao final, o conhecimento e provimento do presente recurso.

Junta documentos às fls. 41-102.

Às fls.105-106, deferi o efeito suspensivo.

Pedido de Reconsideração protocolado pela agravada (fls.111-114), que foi indeferido à fl.135.

A agravada apresenta contrarrazões (fls.119-124), aduzindo que a prova da



verossimilhança das alegações está comprovada através dos fatos e das notas fiscais que demonstram que a mercadoria transferida entre os estabelecimentos da recorrida fora produzida na Unidade de Processamento de Gás Natural –UPGN-III, unidade que se processa apenas produtos derivados de gás natural.

Alega ser absurda a arguição de presunção do produto transportado ser derivado de petróleo em razão da total impossibilidade de processamento destes derivados.

Explica que cuida de operações interestaduais envolvendo GLGN (derivado de gás natural) não alcançado pela imunidade tributária constitucional (art.155, X,b, da CF/88).

Relata que, na saída dos Produtos do Estado do Amazonas, a agravada recolheu o ICMS e dele se creditou quando da entrada dos produtos no Estado do Pará. Que ao referido Ente da Federação será devolvido apenas o pagamento da diferença da alíquota interna (Amazonas) e a alíquota interestadual do ICMS.

Menciona que a atuação fiscal em comento pautou-se única e exclusivamente no fato de constar das notas fiscais a descrição do produto como sendo GLP, denominação ligada a combustível derivado de Petróleo (alcançado pela imunidade constitucional).

Entende que o julgador administrativo deveria ter investigado a realidade fática para apreender a verdadeira natureza do produto, uma vez que o estabelecimento emissor da nota é uma UPGN (Unidade de Processamento de Gás Natural) e não uma refinaria. Que nesse prisma seria impossível o envio de GLP derivado de petróleo a partir desse estabelecimento, e que se trata na verdade de GLGN (derivado de gás natural não abarcado pela imunidade prevista no art.155, X, b da CF/88). Discorre sobre como é obtido o gás natural e defende a tese de que embora a mercadoria tenha sido descrita apenas como GLP, na nota fiscal, tal fato, por si só, não significa que o produto objeto das operações seja derivado do petróleo.

Menciona que durante a impugnação do auto de infração na via administrativa, foi negado o pedido de prova pericial (técnica) cerceando o direito de defesa da agravada e por conseguinte, afrontando o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Alega que no caso dessa Corte entender incabível a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, deve ser provido parcialmente o agravo de instrumento para assegurar ao contribuinte a emissão de certidão de débitos fiscais positiva com efeitos negativo.

Argui que sofre iminente risco de dano de difícil reparação uma vez que faz parte do regime especial e para continuar sendo beneficiado desse regime, deve estar adimplente com as obrigações tributárias. Suscita ainda, o risco econômico –social no caso da suspensão do regime especial com a inviabilidade de vários projetos inerentes à sua atividade econômica e economicamente ao Estado do Pará.

Requer ao final, o desprovisionamento do presente recurso.

Junta documentos de fls.125-128.

O juiz a quo presta informações de fl.130-133.

Instado a se manifestar, o Ministério Público do Estado Pará aduz que não há interesse público a ensejar sua manifestação.

É o relatório.

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO (Relatora):

Entendo preenchidos os requisitos de admissibilidade.

O presente agravo de instrumento visa reformar a decisão monocrática proferida pela da Juíza de Direito da 6ª Vara da Fazenda da Capital que nos



autos da Ação Anulatória de Débito Fiscal com pedido de antecipação de tutela - Processo nº 0018396-43.2014.814.0301 - Projudi, proposta pela Petrobras S/A, deferiu o pedido de tutela antecipada e determinou a suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorrente do auto de infração e notificação fiscal nº 172010510000035-0, estando o Estado do Pará proibido de inscrevê-lo em dívida ativa até o julgamento de mérito da ação.

Consoante dispõe o art. 273, caput, incisos I e II e parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, devem concorrer os seguintes requisitos para a concessão da tutela antecipatória: a) prova inequívoca; b) verossimilhança da alegação; c) iminência de dano irreparável ou de difícil reparação; d) reversibilidade da medida; e) abuso de direito de defesa; ou f) manifesto propósito protelatório do réu.

Sobre o tema preleciona Humberto Theodoro Junior in Curso de Direito Processual Civil, vol. III, 28ª edição, Ed. Forense, p. 558:

"A antecipação não é de ser prodigalizada à base de simples alegações ou suspeitas. Haverá de apoiar-se em prova preexistente, que, todavia, não precisa ser necessariamente documental. Terá, no entanto, que ser clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável. É inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo".

Destarte, por ser tratar de medida satisfativa, a prova deverá necessariamente ser inequívoca, vez que não pode se fundar apenas na aparência de direito.

Prossegue o citado autor em p. 558/559:

"Quanto à 'verossimilhança da alegação', refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também e, principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu".

Portanto, os fundamentos apresentados pela parte que pretende a tutela antecipada devem ser relevantes e apoiados em prova idônea.

Da análise acurada da questão, tenho que a decisão agravada não deve prevalecer.

Explico.

Nas contrarrazões, a empresa agravada afirma que o requisito da verossimilhança das alegações está comprovada através dos fatos e das notas fiscais que demonstram que a mercadoria transferida entre os estabelecimentos da recorrida fora produzida na Unidade de Processamento de Gás Natural –UPGN-III, unidade que processa apenas produtos derivados de gás natural. Que sendo o estabelecimento emissor da nota é uma UPGN (Unidade de Processamento de Gás Natural) e não uma refinaria, não haveria como ser enviado GLP derivado de petróleo a partir desse local.

Ainda para subsidiar sua tese, diz que embora conste na nota fiscal GLP, esse fato, por si só, não significa que o produto objeto das operações seja derivado do petróleo.

Para esclarecimento dos pares, informo que a sigla GLP significa: Gás liquefeito de petróleo (fl.4).

Pois bem. De acordo com as notas fiscais carreadas aos autos (fls.63 à 69), expedidas pela empresa agravada, em todas constam no campo descrição



dos produtos, GLP (propano/butano).

Segundo o site , o GLP (Gás Liquefeito de Petróleo) é o popular gás de cozinha, sendo formado pelas moléculas Propano e Butano e comercializado em botijões onde a mistura de hidrocarbonetos está líquida devido a pressão no interior do recipiente, tornando-se gasoso à pressão atmosférica e temperatura ambiente na hora da utilização.

Inobstante essa constatação, bem como, não desconhecer o documento de fl.71, onde consta no art.1º, a autorização da construção, instalação e operação de Unidade de Processamento de Gás Natural (UPGN-III), com capacidade nominal de 3MM m³/d de gás natural, na estação Pólo Arara, da unidade de Negócios de Exploração e Produção da Bacia de Solimões (UM-BSOL) da Petrobras S.A, localizada no Município de Coari, no Estado do Amazonas, entendo que esses fatos não autorizam ao reconhecimento da verossimilhança alegada, pois, ainda na hipótese de ter sido transportado apenas gás liquefeito derivado de gás natural (GL-GN) (fl.50v.), a empresa agravada não cumpriu a obrigação acessória prevista no Protocolo ICMS n.º.33/03 relativa à descrição do percentual (%) de GLP derivado de petróleo e de GLP derivado de gás natural transportado.

Em outras palavras, o Protocolo ICMS n.º. 33/03 (Estabelece procedimentos nas operações interestaduais com Gás Liquefeito de Petróleo - GLP, derivado de Gás Natural), celebrado pelo Estado do Pará no âmbito do CONFAZ, prevê nos §2º e § 4º da cláusula segunda:

Cláusula segunda Os estabelecimentos industriais e importadores deverão identificar a quantidade de saída de Gás Liquefeito de Petróleo - GLP derivado de Gás Natural e de Gás Liquefeito de Petróleo - GLP derivado do próprio petróleo, por operação.

§ 1º Para efeito do disposto no caput desta cláusula a quantidade deverá ser identificada proporcionalmente à participação de cada produto no somatório do estoque inicial e nas quantidades produzidas ou importadas tendo como referência o mês imediatamente anterior.

§ 2º No corpo da nota fiscal de saída deverá constar o percentual de GLP derivado de gás natural na quantidade total de saída, obtido de acordo com o disposto no parágrafo anterior.

(...)

§ 4º Relativamente à quantidade proporcional de GLP derivado de Gás Natural, deverá ser destacado o valor do ICMS próprio incidente na operação. (grifei)

O referido Protocolo prevê ainda, que caso o contribuinte omita a informação sobre o percentual de GLP derivado de gás natural na quantidade total de saída, como ocorreu in casu, será possível o recolhimento dos acréscimos legais previstos na legislação da unidade federada de destino do GLP derivado de gás natural, consignada no inciso II da cláusula sétima:

Cláusula sétima O contribuinte responderá pelo recolhimento dos acréscimos legais previstos na legislação da unidade federada de destino do GLP derivado de gás natural, nas hipóteses:

(...)

II - de omissão ou apresentação de informações falsas ou inexatas.

Parágrafo único Na hipótese do inciso II desta cláusula, a unidade federada destinatária poderá exigir diretamente do estabelecimento responsável o imposto devido na operação. – grifo nosso.

Nesse passo, não tendo sido observado nas notas fiscais (fls.63-69) expedidas pela Agravada, a obrigação acessória prevista no Protocolo ICMS 33/03, quanto à descrição do percentual de GLP derivado de petróleo e de



GLP derivado de gás natural transportados, tenho que a verossimilhança alegada se esvai. A par dessa situação, observo ainda na Autorização de ANP nº.257, de 26.11.2003 (fl.71), que o art.5º prevê o cancelamento da Autorização em várias hipóteses, dentre elas, no caso de não serem mantidas as condições para operações de refinaria.

Logo, a princípio, entendo que a tese da agravada, isto é, que o estabelecimento emissor da nota é uma UPGN (Unidade de Processamento de Gás Natural) e não uma refinaria (fl.120), não subsiste aos fatos.

Quanto a arguição de que durante a impugnação do auto de infração na via administrativa, foi negado o pedido de prova pericial (técnica) e que isso ensejaria o cerceamento do direito de defesa da agravada e por conseguinte, a violação do princípio do contraditório e da ampla defesa, também não se revela patente, pois, se a mercadoria transportada, que ensejou o auto de infração nº172010510000035-0, foi efetivada no ano de 2007 e a notificação fazendária foi lançada em 2010 (fl.61), creio que inexistente o produto para a realização da perícia requerida.

Quanto ao pedido subsidiário da agravada, isto é, o provimento parcial do agravo de instrumento para assegurar ao contribuinte a emissão de certidão de débitos fiscais positiva com efeitos negativo; não há como ser deferido, vez que referida certidão tem o mesmo valor que uma certidão negativa de débitos, ou seja, serve para comprovar a regularidade fiscal do contribuinte, o que não é o caso deste recurso, onde se reconhece a inobservância do Protocolo nº33/03 pela agravada.

Além disso, não poderia esta Corte se manifestar sobre o pedido em comento, uma vez que não fora objeto da decisão atacada, e sendo assim, resta impossibilitada sua análise sob pena de supressão de instância.

Destarte, não sendo demonstrado cabalmente a verossimilhança das alegações, a tutela antecipada deferida pelo juiz de primeiro grau não pode subsistir.

Ante o exposto, conheço do agravo de instrumento e dou-lhe provimento para cassar a decisão atacada.

É o voto.

Belém, 29 de fevereiro de 2016.

Desembargadora Célia Regina de Lima Pinheiro
Relatora