

PROCESSO - A. I. N° 279266.0603/15-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - AIR PRODUCTS BRASIL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 5ª JJF nº 0096-05/16
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/06/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0109-11/17

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS. DIFERIMENTO. Concluiu-se que o produto constante da nota fiscal, no que tange a operação realizada, está contemplado pelo diferimento com base, inclusive, no documento produzido pelo adquirente do produto e a descrição do produto constante da nota fiscal que é "CO", portanto, MONÓXIDO DE CARBONO, e tem a NCM nº 2811.22.90, contemplado pelo diferimento, não cabendo a exigência tributária. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal que, por unanimidade, julgou Improcedente o Auto de Infração em referência o qual fora lavrado para reclamar crédito tributário no valor de R\$484.328,35, Acórdão JJF N° 0096-05/16, em face do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS: "*Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, referente à NFe 1245, de 28/12/2011 (Anexo A deste PAF), no valor total de R\$ 2.848.990,28, de venda de mercadorias com NCM 28112990, sem recolhimento de ICMS, sob a alegação de diferimento previsto no Decreto nº 6.734/97 (Anexo B deste PAF). Este Decreto, em seu artigo 2º, inciso XXXVI, alíneas A, B e C delimita os NCM 2804.10.00; 2811.22.90 e 2804.30.00 como os únicos passíveis de diferimento. O valor total desta NFe, com produtos de NCM diferente dos elencados no citado Decreto, é a base de cálculo para este A.I.*". Multa de 60% - Art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96.

O ilustre relator da Decisão recorrida assim fundamentou o seu voto:

O sujeito passivo alega que houve equívoco da indicação da NCM, resultante da troca de um único numeral, ou seja, a NCM que é contemplada pelo diferimento é NCM nº 2811.22.90 e foi trocada por NCM 28112990. Alega o impugnante que houve um erro do numeral 2 pelo numeral 9.

Cabe, preliminarmente, assegurar que não prosperam as arguições de nulidades pelo autuado, uma vez que a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, não havendo falta de motivação, uma vez que foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática. No que concerne ao aspecto formal, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais. Além do mais, a questão de mérito, como será adiante alinhada, não será concluída pela procedência da infração.

Quanto ao exame da materialidade, o impugnante afirma que o programa DESENVOLVE, com o qual foi contemplado o adquirente do produto, em suas palavras, consistia em um projeto de modernização e incentivo à empresa para produção de Tolueno Diisocianatos (TDI), podendo usufruir do benefício do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, relativo às aquisições internas de hidrogênio - NCM 2804.10.00, monóxido de carbono - NCM 2811.22.90 e nitrogênio - NCM 2804.30.00, com base nas alíneas "a", "b" e "c" do inciso XXXVI do art. 2º do Decreto nº 6.734/97, para o momento em que ocorrer a saída dos produtos resultantes de sua industrialização.

Garante o sujeito passivo que o produto adquirido pela DOW BRASIL S/A, alvo da presente lide, somente poderia ser o hidrogênio e/ou o monóxido de carbono, que seriam utilizados na fabricação do composto químico Tolueno Diisocianatos (TDI).

Almejando provar o alegado, o impugnante anexa declaração da DOW BRASIL S/A., fl. 88, confirmando as alegações apresentadas de que o produto adquirido, discriminado na Nota Fiscal nº 1245, corresponde ao

MONÓXIDO DE CARBONO e não ao produto indicado na NCM utilizadao erroneamente.

Volta, o autuado, a asseverar que a utilização do NCM 2811.29.90 se deu por mero erro, não havendo, portanto, o que se falar em inaplicabilidade das alíneas "a", "b" e "c" do inciso XXXVI do art. 2º do Decreto nº 6.734/97, posto que, comprovadamente, o produto vendido a DOW BRASIL S/A foi o MONÓXIDO DE CARBONO, NCM nº 2811.22.90.

O autuante, em sua informação fiscal, se limita a afirmar que o contribuinte não apresenta elementos documentais que possam reverter, mesmo que parcialmente, a infração especificada.

O exame da nota fiscal número 1245, confirma que o sujeito passivo utilizou a NCM 28112990, não contemplada pelo diferimento, conforme alinha o autuante, correspondente a “Outros ácidos inorgânicos e outros compostos oxigenados”, efetivamente distinto do produto alvo do benefício fiscal, constante da descrição da nota fiscal e lide, e usualmente (segundo o mesmo) remetido pelo autuado que é o MONÓXIDO DE CARBONO e HIDROGÊNIO.

Verídico que existe uma prova trazida pela fiscalização que é o documento fiscal com a indicação do código da NCM, não contemplada pelo diferimento, contudo não há pela fiscalização a contestação das afirmações do sujeito passivo de que: a única produção da Impugnante, em cumprimento ao contrato firmado, consiste em MONÓXIDO DE CARBONO e HIDROGÊNIO; que o “VAPOR” indicado no contrato é produzido como subproduto da produção de MONÓXIDO DE CARBONO e HIDROGÊNIO; que os únicos produtos verdadeiramente enviados para a empresa Dow Brasil SA., são o MONÓXIDO DE CARBONO e HIDROGÊNIO (Item LI e seguintes do Doc. 05 - Contrato), bem como usualmente os produtos somente poderiam sair do estabelecimento do autuado para o estabelecimento da Contratante sob o NCM nº 2811.22.90 e/ou 2804.10.00, além de declaração da DOW BRASIL S/A, fl. 88, confirmando as alegações apresentadas de que o produto adquirido discriminado na Nota Fiscal nº 1245 corresponde ao MONÓXIDO DE CARBONO e não ao produto indicado na NCM utilizado erroneamente.

Além do mais, verifico que o produto descrito na nota é o “CO”, portanto, se trata de monóxido de carbono, que é resultante de união de um átomo de carbono e um de oxigênio, conforme se pode verificar na literatura sobre o estudo de química.

Esses argumentos apresentados pela impugnante são factíveis e se não contestados diretamente pela fiscalização, permitem concluir-se que o produto constante da nota fiscal, no que tange a operação realizada, está contemplado pelo diferimento com base, inclusive, no documento produzido pelo adquirente do produto e a descrição do produto constante da nota fiscal que é “CO”, portanto, MONÓXIDO DE CARBONO, e tem a NCM nº 2811.22.90, contemplado pelo diferimento.

Diante do exposto voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

VOTO

É objeto deste Recurso de Ofício a Decisão proferida pela 5ª JJF que julgou, por unanimidade, Improcedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2015, com o objetivo de exigir crédito tributário no valor de R\$484.328,35.

O recorrido afirma que a cobrança não deverá prosperar, uma vez que na Nota Fiscal nº 1245, há um erro na classificação da mercadoria.

Explica que possui contrato em vigência com Dow Brasil S.A, entre outras partes relacionadas com o negócio, cujo objeto é o fornecimento de monóxido de carbono, hidrogênio e vapor (produtos), celebrado originalmente em 10/09/1996.

Afirma que o “VAPOR” é produzido como subproduto da produção de MONÓXIDO DE CARBONO e HIDROGÊNIO. Assim, os únicos produtos verdadeiramente enviados para a empresa Dow Brasil SA., são o MONÓXIDO DE CARBONO e HIDROGÊNIO.

Verifico que os documentos de fls. 86/88, emitido pelo DOW BRASIL S/A, confirmam as alegações apresentadas de que o produto adquirido discriminado na Nota Fiscal nº 1245 corresponde ao MONÓXIDO DE CARBONO e não ao produto indicado na NCM utilizado erroneamente.

Constato que o produto descrito na nota é o “CO”, portanto, se trata de monóxido de carbono, que é resultante de união de um átomo de carbono e um de oxigênio, conforme se pode verificar

na literatura sobre o assunto.

FÓRMULA QUÍMICA: CO₂

*“O **Monóxido de Carbono (CO)** é um gás levemente inflamável, incolor, inodoro e muito perigoso devido à sua grande toxicidade. É produzido pela queima em condições de pouco oxigênio (combustão incompleta) e/ou alta temperatura de carvão ou outros materiais ricos em carbono, como derivados de petróleo.”*

Por sua vez o Art. 2º Inciso XXXVI do Decreto nº 6.734/97, determina o diferimento do ICMS dos produtos indicados abaixo:

*“**XXXVI** - nas operações internas com os produtos listados a seguir, desde que destinados a estabelecimento de contribuinte industrial, que tiver obtido, mediante Resolução do Conselho competente, aprovação técnica para fruição de incentivo fiscal concedido por este Estado, para produção de tolueno di-isocianatos (TDI) ou peróxido de hidrogênio, para o momento em que ocorrer a saída dos produtos resultantes da industrialização:*

***Nota:** A redação atual do inciso XXXVI do caput do art. 2º foi dada pelo Decreto nº 14.209, de 14/11/12, DOE de 15/11/12, mantida a redação de suas alíneas, efeitos a partir de 15/11/12*

a) hidrogênio: NCM 2804.10.00;

b) monóxido de carbono: NCM 2811.22.90;

c) nitrogênio: NCM 2804.30.00;

Produto: Monóxido de Carbono

Fonte: Wikipédia.

A Tabela NCM, identifica os códigos do produto relacionado ao Auto de Infração.

“28.11 Outros ácidos inorgânicos e outros compostos oxigenados inorgânicos dos elementos não-metálico.

28112290	PRODUTOS QUÍMICOS INORGÂNICOS; COMPOSTOS INORGÂNICOS OU ORGÂNICOS DE METAIS PRECIOSOS, DE ELEMENTOS RADIOATIVOS, DE METAIS DAS TERRAS RARAS OU DE ISÓTOPOS	28112290 - OUTROS DIÓXIDOS DE SILÍCIO
28112910	PRODUTOS QUÍMICOS INORGÂNICOS; COMPOSTOS INORGÂNICOS OU ORGÂNICOS DE METAIS PRECIOSOS, DE ELEMENTOS RADIOATIVOS, DE METAIS DAS TERRAS RARAS OU DE ISÓTOPOS	28112910 - DIÓXIDO DE ENXOFRE
28112990	PRODUTOS QUÍMICOS INORGÂNICOS; COMPOSTOS INORGÂNICOS OU ORGÂNICOS DE METAIS PRECIOSOS, DE ELEMENTOS RADIOATIVOS, DE METAIS DAS TERRAS RARAS OU DE ISÓTOPOS	28112990 - OUTS.COMP.OXIG.INORGÂNICOS D/ELEM.Ñ METAL.

Diante das informações acima, entendo que o procedimento levado a efeito pelo contribuinte, que ensejou a autuação, foi por erro na classificação da mercadoria, uma vez que, comprovadamente, o produto vendido a DOW BRASIL S/A foi o MONÓXIDO DE CARBONO(CO), NCM nº 2811.22.90.

Assim, concluo que o produto MONÓXIDO DE CARBONO, NCM nº 2811.22.90, constante da Nota Fiscal nº 1.245, está contemplado pelo diferimento, já que o adquirente DOW QUÍMICA S/A, é beneficiária do Programa Desenvolve nos termos da Resolução nº 162/2011, referente às aquisições internas de Hidrogênio, Monóxido de Carbono e Nitrogênio.

Dessa forma, mantenho a Decisão de piso e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279266.0603/15-0, lavrado contra **AIR PRODUCTS BRASIL LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de abril de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – RELATOR

