

A. I. Nº - 232302.0003/09-8
AUTUADO - BOM BRASIL ÓLEO DE MAMONA LTDA.
AUTUANTE - LUIZ ANSELMO MACHADO SAMPAIO
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE
INTERNET - 24.08.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0246-04/10

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL ELETRÔNICA. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS MODELO 1. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A emissão de outro documento fiscal, válido, contabilizado regularmente no livro próprio, em lugar do que está obrigado, encontrando-se o sujeito passivo com sua situação cadastral regular, não enseja a exigência do imposto. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime. Vencido o voto do relator.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/10/2009, exige o ICMS, no valor de R\$ 12.648,00, acrescido da multa de 100%, em razão da “Utilização de documento que não é o legalmente exigido para a operação”, tendo como descrição dos fatos o seguinte teor: “Mercadoria acompanhada de NF Formulário contínuo nº 0082591 e 0082592 de 22/10/2009, quando está obrigado à emissão da Nota Fiscal Eletrônica”. Foi dado como infringido o art. 209, II, do RICMS aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97 e aplicada a multa prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº. 7.014/96. Foram anexados aos autos o Termo de Apreensão e Ocorrências e as referidas notas fiscais nos quais consignam 4.000 kg de “Óleo mamona hidrogenado HCO-NZ” e 16.000 kg de “12 HSA NZ - Ácido 12 - Hidróxido E”.

O autuado, às fls. 27 a 32 dos autos, tempestivamente apresenta sua defesa administrativa onde aduz que é um contribuinte que se dedica à industrialização e comercialização de mamona e seus subprodutos, como também de qualquer outra oleaginosa e seus subprodutos, com ou sem beneficiamento e seus derivados, a exportação e importação de tais produtos e de produtos químicos e minerais para fins industriais, seja por conta própria ou de terceiros, a comercialização de produtos agrícolas em geral, a locação de bens móveis e imóveis de sua propriedade e a prestação de serviços relacionados com o objeto social, conforme consta no seu Ato Constitutivo.

Assevera que a matéria-prima utilizada no processo industrial é a mamona em bagas ou o óleo da mamona, porém os produtos fabricados são oriundos de reações químicas da matéria-prima com outros produtos químicos. Nesse sentido, aduz o autuado que o ramo em que a atividade da empresa se adéqua é o da ricinoquímica (química do óleo de mamona).

Salienta que não consta o termo “ricinoquímica” dentre os Códigos de Atividade Econômica da SEFAZ, sendo que a descrição que mais se aproxima das atividades exercidas é a do código 20.99-1-99 – Fabricação de outros produtos químicos não especificados anteriormente, conforme consta no CNPJ do contribuinte desde a data do início de suas atividades. Contudo, no sistema de banco de cadastros, a SEFAZ identificou o contribuinte como fabricante de óleos vegetais refinados, exceto óleo de milho.

Registra o requerente que realizou operação de venda no dia 22/10/2009, através das notas fiscais nº. 82591 e 82592, modelo 1, cujos documentos acompanhavam os produtos “óleo de mamona hidrogenado HCO-NZ” e “12HSANZ – Ácido 12 – Hidróxido Esteárico”, ambos produtos químicos destinados à indústria de produtos químicos, tendo o preposto documentos fiscais sob o entendimento de que estaria obrigado à em

Ressalta que a autuação é improcedente, pois não se enquadrava na situação descrita pela autoridade fiscal, uma vez que, se de fato possuísse como atividade principal o refino de óleos vegetais, sua obrigatoriedade ao uso da nota fiscal eletrônica teria que obedecer ao disposto no Protocolo ICMS 87, de 26 de setembro de 2008. Além disso, essa informação haveria de constar tanto no objeto do seu Ato Constitutivo, bem como no CNPJ.

Nesse sentido, invoca o princípio da verdade material dos fatos e o Protocolo ICMS 42, de 03 de julho de 2009, cujo esclarecimento foi publicado no site: [HTTP:// WWW.nfe.fazenda.gov.br/portal/](http://WWW.nfe.fazenda.gov.br/portal/), o qual transcreve com o seguinte teor:

“Esclarecimento:

O Protocolo ICMS nº 42/09 objetiva escalonar a ampliação da obrigatoriedade de uso da NF-e de forma que, até o final de 2010, estejam alcançados por esta obrigatoriedade todos os contribuintes do ICMS que se enquadrem em pelo menos uma das seguintes situações:

- 1. Desenvolvam atividade industrial*
- 2. Desenvolvam atividade de comércio atacadista ou de distribuição*
- 3. Pratiquem saídas de mercadorias com destino a outra unidade da Federação*
- 4. Forneçam mercadorias para a Administração Pública*

Para escalonar esta ampliação de obrigatoriedade de emissão, o anexo único do Protocolo 42/09 dividiu as atividades de indústria, comércio atacadista e distribuição ao longo de três períodos (abril, julho e outubro de 2010), através de descrições baseadas na Codificação Nacional de Atividade Econômica (CNAE), tendo estabelecido uma quarta etapa, em dezembro, para as operações interestaduais e de venda para a Administração Pública.

Muitas destas atividades repetem produtos já descritos nas fases do Protocolo 10/07. Por este motivo, a Cláusula 5ª. do Protocolo 42/09 define: “Ficam mantidas as obrigatoriedades e prazos estabelecidos no Protocolo ICMS nº 10/07, de 18 de abril de 2007”, ou seja:

Os prazos do Protocolo 42/09 não se aplicam para aquelas empresas já alcançadas pela obrigatoriedade de uso da NF-e em razão de algum dispositivo do Protocolo 10/07, mesmo que cumulativamente pratiquem operações descritas por alguma CNAE listada no anexo único do Protocolo 42/09.

Assinado por: Receita Federal do Brasil”

Em seguida, o autuado salienta que no texto do referido Protocolo ICMS 42/2009, anexo único, consta que a obrigatoriedade do uso da nota fiscal eletrônica para a atividade exercida pelo contribuinte foi estabelecida a partir de 01/04/2010. Aduz também que no Contrato Social não consta que a atividade do contribuinte é de refino de óleos vegetais, bem como no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, documentos essenciais para a inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS. Sustenta que, no presente caso, o que se verifica é que a realidade dos fatos só pode ser agora retratada, no momento da apresentação desta defesa administrativa. Entende que esse atributo particular do procedimento administrativo permite a extinção do crédito tributário ora exigido, ou seja, a nulidade do Auto de Infração, sob pena de evidente infração ao princípio da verdade material dos fatos. Às fls. 33 a 85 do PAF, anexa documentos como prova de suas alegações.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 90 e 91 dos autos, aduz que, em geral, impende a quem alega o ônus da prova. Ressalta que não havendo impugnação da matéria de fato do lançamento este se mantém nos limites de sua constituição, visto que o autuado não fez juntar um laudo técnico que caracterizasse o produto transportado irregularmente como não sendo óleo vegetal refinado, limitando-se a invocar o artigo 3º do contrato social da empresa, à folha 41, para dizer que o objeto social dela congloba, entre outras atividades,

mamona e seus subprodutos”, divergindo esta descrição da atividade de fabricação de óleos vegetais refinados constantes erroneamente, segundo o autuado, do sistema de cadastro da SEFAZ. Registra que o art. 142 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, prevê que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. Assim, entende o autuante que não parece razoável que a simples menção do ato constitutivo da sociedade empresária seja capaz de elidir a infração cometida.

Quanto à alegação referente ao Protocolo ICMS 42/09 de que este diploma normativo tenha ampliado a obrigatoriedade do uso da NF-e, lembra o autuante que a cláusula 5ª dele estabelece que “Ficam mantidas as obrigatoriedades e prazos estabelecidos no Protocolo ICMS 10/07, de 18 de abril de 2007”, ou seja, os prazos do Protocolo ICMS 42/09 não se aplicam para aquelas empresas já alcançadas pela obrigatoriedade de uso da NF-e em razão de algum dispositivo do Protocolo ICMS 10/07, mesmo que cumulativamente pratiquem operações descritas por algum CNAE listada no anexo único do Protocolo ICMS 42/09. Sustenta que tal ressalva se aplica perfeitamente ao autuado.

Assim, requer que o Auto de Infração seja julgado procedente.

À fl. 102 dos autos, o contribuinte anexa cópia do Livro de Saídas onde consta o registro das notas fiscais (82597/82598), objeto do PAF nº 232302.0002/09-1, lavrado na mesma data contra o autuado.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração, modelo 4, trânsito de mercadorias, no qual se exige o ICMS no valor de R\$ 12.648,00, acrescido da multa de 100%, decorrente da desclassificação das Notas Fiscais, modelo 1, de nº 82591 e 82592, consideradas inidôneas por não se tratar de documento fiscal legalmente exigido para acobertar a operação, uma vez que não se trata de nota fiscal eletrônica.

As referidas notas fiscais consignam a venda de produção de “Óleo Mamona Hidrogenado HCO – NZ” e de “12 HSA NZ – Ácido 12 – Hidróxido E”, sendo atribuído ao primeiro produto a NCM nº 1516.20.00 e ao segundo a NCM nº 3823.19.00.

A NCM nº 1516.20.00 refere-se a produtos relativos à composição de “Gorduras e óleos vegetais, e respectivas frações”. Já a NCM nº 3823.19.00 refere-se a “Outros” ÁCIDOS GRAXOS (GORDOS*) MONOCARBOXÍLICOS INDUSTRIAIS; ÓLEOS ÁCIDOS DE REFINAÇÃO; ÁLCOOIS GRAXOS (GORDOS*) INDUSTRIAIS.

Sobre o óleo de mamona hidrogenado, resulta da industrialização da mamona, de cujo processo se obtém dois produtos: o óleo de mamona, que é o produto principal, e a torta de mamona, que é o produto secundário utilizado principalmente como adubo. Após sua extração, o óleo de mamona pode passar por diferentes tratamentos para atender a utilizações específicas. Um destes processos é a hidrogenação, que torna o óleo sólido, apresentando-se em flocos ou escamas.

O óleo de mamona hidrogenado apresenta-se como flocos brancos à temperatura ambiente, podendo, assim como os demais tipos de óleo de mamona, ser aplicado na indústria: cosmética, farmacêutica, produção de ceras industriais e domésticas, produção de graxas, indústria de plásticos, entre outras.

Simultaneamente a tais informações, consta no Contrato Social que o objeto social da empresa é, dentre outras atividades, a indústria e o comércio de mamona e seus subprodutos. Além disso, consta no site http://www.fieb.org.br/guia/dados_industria.asp?industria=781 que a referida empresa, a partir da baga de mamona, produz: “óleo de mamona tipo N1”, “óleo de mamona tipo HCO”, “ácido ricinoleico”, “bisamida”, “bisamida blend”, “12 HSA (12-hidroxi-estearico)”, e como resíduo: farelo de mamona.

Assim, diante de tais considerações, vislumbro que está correto o registro “Óleo de Mamona Hidrogenado – Tipo N1 – Principal” da empresa no cadastro da SEFAZ, sob código 10.42-2-00 –

refinados, exceto óleo de milho”, conforme documento à fl. 55 dos autos, o que destitui o argumento defensivo de que não condiz com a realidade da empresa, por entender que a que mais se aproxima das atividades exercidas é a do código 20.99-1-99 – Fabricação de outros produtos químicos não especificados anteriormente.

Por outro lado, há de se ressaltar que não procede a alegação do apelante de que, *“No presente caso, o que se verifica é que a realidade dos fatos só pode ser agora retratada, no momento da apresentação desta defesa administrativa”*, pois caberia ao contribuinte, quando da sua inscrição no cadastro da SEFAZ, a obrigação de processar a correção da sua atividade principal, caso fosse devida.

Por fim, o art. 231-P, do RICMS, prevê que, em substituição à emissão de Nota Fiscal convencional, os contribuintes que exerçam determinadas atividades são obrigados a emitir NF-e, ou seja, Nota Fiscal Eletrônica, nas operações que realizarem. Essa previsão tem por matriz o Protocolo ICMS 10/07. O inciso IV do aludido art. 231-P especifica uma série de atividades econômicas que ficam sujeitas a tal obrigação a partir de 1º de setembro de 2009, sendo que na alínea “y”, constam os “fabricantes de óleos vegetais refinados, exceto óleo de milho”. Portanto, sua obrigatoriedade ao uso da nota fiscal eletrônica teria que obedecer ao disposto na cláusula primeira, inciso LXIV, c/c § 3º, inciso VI, do Protocolo ICMS 10, de 18 de abril de 2007.

Ressalte-se que, conforme bem frisou o autuante em sua informação fiscal, a cláusula 5ª do Protocolo ICMS 42/09 estabelece que “Ficam mantidas as obrigatoriedades e prazos estabelecidos no Protocolo ICMS 10/07, de 18 de abril de 2007”, uma vez que os prazos do Protocolo ICMS 42/09 não se aplicam para aquelas empresas já alcançadas pela obrigatoriedade de uso da nota fiscal eletrônica.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, uma vez que, nos termos do art. 209 do RICMS/BA, será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que não for o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação.

VOTO VENCEDOR

Peço respeitosa vênia para votar em discordância com o relator deste processo.

Observo que o Auto de Infração foi lavrado para exigir crédito com natureza jurídica de obrigação tributária principal, por ter sido constatada pela fiscalização de trânsito a circulação de mercadorias acobertadas por documentos fiscais que o autuante entendeu não serem os legalmente exigidos para a operação. O contribuinte acobertava operação de circulação de mercadorias com as notas fiscais emitidas através de formulários contínuos n^{os} 82.591 e 82.592, ao invés de nota (s) fiscal (is) eletrônica (s).

Saliento que o Ajuste SINIEF 07/2005, de 05/10/2005, instituiu nacionalmente a Nota Fiscal eletrônica e o Documento Auxiliar da Nota Fiscal eletrônica – DANFE. Por sua vez, o Protocolo ICMS 10/07, de 18/05/2007, dispõe sobre a obrigatoriedade de emissão da NF-e.

Os estabelecimentos obrigados a emitir NF-e, após o início da obrigatoriedade prevista na legislação, devem emitir tal documento fiscal em todas as operações nas quais emitiriam as notas anteriormente utilizadas.

Portanto, todo contribuinte que exercer atividade enquadrada na obrigatoriedade de emissão de NF-e deverá substituir as antigas notas fiscais pelo novo documento. (art. 231-P do RICMS/97). Uma vez obrigada a empresa a emitir nota fiscal eletrônica, não poderá efetuar circulação de mercadorias com outras notas fiscais em substituição.

Do exposto no relatório e no voto, dúvidas não restam de que, com efeito, o autuado estava obrigado à emissão da NF-e, pelas razões e fundamentos ali expostos.

Verifico que foi exigido o imposto com a alegação de que as sob através de formulário contínuo, eram inidôneas. Entretanto, observ

considera inidôneo o documento fiscal que não for o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação, nos casos de “nota de conferência”, “orçamento” e outros do gênero, quando indevidamente utilizados como documentos fiscais. Destarte, no presente caso, apesar de as notas fiscais que acobertavam as mercadorias apreendidas não serem os documentos que o contribuinte estava obrigado a emitir, não possuem os requisitos de documentos fiscais inidôneos previstos no art. 209 do RICMS/97, inclusive no sentido de os tornarem imprestáveis para os fins a que se destinam.

Restou demonstrado que o sujeito passivo emitiu as notas fiscais em formulário contínuo em lugar da NF-e.

Entretanto, conforme já observado, a emissão de outro documento fiscal, válido, contabilizado regularmente no livro próprio, em lugar do que está obrigado, encontrando-se o sujeito passivo com sua situação cadastral regular, não enseja a exigência do imposto. O contribuinte do ICMS obrigado ao uso de NF-e que emitir outro documento fiscal em seu lugar descumpriu uma obrigação acessória.

Considerando que à época da ocorrência deste fato não existia penalidade prevista expressamente na Lei do ICMS em decorrência do cometimento de tal infração, com fundamento no art. 157 do RPAF/99, fica o impugnante sujeito à aplicação da multa de R\$50,00, prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96, por ter utilizado documento diverso da NF-e.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232302.0003/09-8**, lavrado contra **BOM BRASIL ÓLEO DE MAMONA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 50,00**, prevista no art. 42, inciso XXII, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto na Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de agosto de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – RELATOR/VOTO VENCIDO

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR/VOTO VENCEDOR