

**A. I. Nº** - 232302.0002/09-1  
**AUTUADO** - BOM BRASIL ÓLEO DE MAMONA LTDA.  
**AUTUANTE** - LUIZ ANSELMO MACHADO SAMPAIO  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/NORTE  
**INTERNET** - 03.11.2010

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0310-04/10

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL ELETRÔNICA. FALTA DE EMISSÃO. INIDONEIDADE DAS NOTAS FISCAIS MODELO 1 APRESENTADAS. Nos termos do art. 231-P, IV, do RICMS/BA, o autuado, por exercer a atividade econômica principal de fabricação de óleos vegetais refinados, exceto óleo de milho, sob código 1042-2/00, estava obrigado, a partir de 01.09.09, ao uso da nota fiscal eletrônica, consoante disposto na cláusula primeira, inciso LXIV, c/c § 3º, inciso VI, do Protocolo ICMS 10/2007. Contudo, por ficar comprovado apenas o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, deve-se aplicar a multa prevista no art. 42, XXVI, da Lei nº. 7.014/96, a qual deve retroagir por ser menos severa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/10/2009, exige o ICMS, no valor de R\$ 12.240,00, 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 0082597 e 0082598 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 8.000 kg de “Óleo mamona hidrogenado HCO-NZ” e 12.000 kg de “12 HSA NZ - Ácido 12 – Hidróxido E”.

O autuado, às fls. 29 a 34 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 ar no CNPJ do contribuinte desde a data do início de suas atividades.

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. 82597 e 82598, 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 fiscal desclassificado tais documentos fiscais sob o entendimento de que estaria obrigado à emissão da nota fiscal eletrônica.

Ressalta que a autuação é improcedente, pois não se enquadra 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 evicção. Alega a verdade material dos fatos. Às fls. 35 a 86 do PAF, anexa documentos

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 91 e 92 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, “a indústria e o comércio de 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 alguma 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. 103 dos autos, o contribuinte, por equívoco, anexa cópia do livro Registro de Saídas onde consta o registro das notas fiscais (82591/82592), objeto do PAF nº 232302.0003/09-8, lavrado na mesma data contra o autuado, em cujo PAF foi apensada a cópia do aludido livro com o registro das notas fiscais de nºs 82597 e 82598, objeto deste Auto de Infração, ocorrendo, assim, troca das provas apensadas.

Na assentada do julgamento o autuado apresenta expediente solicitando conexão com julgamento anterior, referente ao PAF acima citado.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração, modelo 4, trânsito de mercadorias, no qual se exige o ICMS no valor de R\$ 12.240,00, acrescido da multa de 100%, decorrente da desclassificação das Notas Fiscais, modelo 1, de nº 82597 e 82598, 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 pedregulhos.

O óleo de mamona hidrogenado apresenta-se como flocos brancos, podendo, assim como os demais tipos de óleo de mamona, ser aplicado em diversas atividades.

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](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 correta a “Atividade Econômica Principal” da empresa no cadastro da SEFAZ, sob código 1042200 – “Fabricação de óleos vegetais refinados, exceto óleo de milho”, conforme documento à fl. 57 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, dúvidas não restam de que, com efeito, o autuado estava obrigado à emissão da NF-e, pelas razões e fundamentos já expostos.

Contudo, no presente caso, apesar de as notas fiscais que acobertavam as mercadorias apreendidas não serem os documentos que o contribuinte estava obrigado a emitir, restou comprovado que o sujeito passivo emitiu outros documentos fiscais, registrando-os regularmente no livro próprio, oferecendo-os à tributação, caracterizando, assim, nos termos do art. 157 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, apenas o cometimento de infração à obrigação tributária acessória, com multa prevista no art. 42, XXVI, da Lei nº. 7.014/96, o qual estabelece a multa de 2% (dois por cento) do valor da operação ou prestação de serviço ao contribuinte obrigado ao uso de NF-e que emitir outro documento fiscal em seu lugar, o que, no caso concreto, corresponde à penalidade no valor de R\$ 2.040,00 (2% sobre R\$ 102.000,00).

Há de se ressaltar que tal dispositivo legal foi acrescentado pela Lei nº 11.899, de 30/03/2010, com efeitos a partir da 31/03/2010, devendo, no caso concreto, nos termos do art. 106, II, “c” do CTN, ser aplicada por cominar ao sujeito passivo penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Diante do exposto, nos termos do art. 157 do RPAF, voto o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$ 2.040,00, em razão da penalidade por descumprimento de obrigação tributária acessória prevista no art. 42, XXVI, da Lei nº. 7.014/96, por se tratar de uma penalidade específica, razão de não aceitar o pedido de conexão do julgamento por esta JJF referente ao PAF nº 232302.0003/09-8, cujo julgamento fui voto vencido.

#### **VOTO EM SEPARADO**

Concordo com o voto do relator, tendo em vista o fato de o art. 42, XXVI da Lei nº 7.014/96 (acrescentado pela Lei nº 11.899, de 30/03/2010), prever multa de 2% para a situação em tela. Assim, tendo o autuado comprovado o registro da operação no livro próprio, oferecendo-a à tributação, aplica-se o princípio da retroatividade benéfica, observando-se a multa de 2% do comando legal acima mencionado.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232302.0002/09-1**, 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\$ 2.040,00**, prevista, no art. 42, inciso XXVI, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR/VOTO EM SEPARADO