

PROCESSO - A. I. Nº 232302.0003/09-8
RECORRENTE - BOM BRASIL ÓLEO DE MAMONA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0246-04/10
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 06/12/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0363-12/11

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0246-04/10, ter desonerado em parte o sujeito passivo do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, § 2º, do RPAF/99.

O Auto de Infração, 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 à 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 (fls. 27/32), após descrever a sua atividade industrial 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, que se adéqua com a atividade de ricinoquímica (química do óleo de mamona), cujo Código de Atividade Econômica não existe na SEFAF. Sendo assim, 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 seu CNPJ desde a data do início de suas atividades. Porém pela inexistência deste código na SEFAZ foi ele enquadrado como fabricante de óleos vegetais refinados, exceto óleo de milho. Inclusive no seu Contrato Social não consta que a sua atividade é de refino de óleos vegetais

Após relatar a autuação, diz não se enquadrar na situação descrita pela autoridade fiscal, pois se assim fosse, encontrava-se obrigado ao uso da nota fiscal eletrônica, conforme Protocolo ICMS 87/08, Neste sentido, invoca o princípio da verdade material dos fatos e o Protocolo ICMS 42/09, transcrevendo esclarecimento existentes no site desta SEFAZ (WWW.nfe.fazenda.gov.br/portal/) para afirmar que Protocolo ICMS 42/2009 estabeleceu a obrigatoriedade do uso da nota fiscal eletrônica para a sua atividade a partir de 01/04/2010.

Sustentando que a realidade dos fatos somente pode ser agora retratada, requer a improcedência ou nulidade da ação fiscal, afora que esta atividade deveria constar do seu contrato social.

O autuante (fls. 90/91) após rechaçar os argumentos de defesa, observa que o Protocolo ICMS 42/09 apenas ampliou a obrigatoriedade do uso da NF-e. Lembra as determinações da Cláusula quinta do referido protocolo, aduzindo que os prazos nela constantes não se aplicam para aquelas empresas já alcançadas pela obrigatoriedade de uso da NF-e.

O relator do presente processo após discorrer sobre os produtos fabricados pela empresa e da análise dos mesmos, conclui que a atividade fabril do contribuinte encontra-se corretamente indicada no cadastro desta SEFAZ. E, quanto ao mérito da autuação, a posição do nobre relator foi a seguinte:

“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.”

O nobre julgador Paulo Danilo Reis Lopes, discordou da posição do relator, proferindo o seguinte voto vencedor, após indicar a irregularidade tributária apurada.

“(…)

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 sobreditas notas fiscais, emitidas através de formulário contínuo, eram inidôneas. Entretanto, observo que a legislação estadual só 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”.

A JJF recorreu, de ofício, desta Decisão, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal 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.

A empresa volta aos autos informando que recolheu a multa aplicada pela 4ª JJF. Apensa cópia do DAE de pagamento (fls. 136/140).

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado em decorrência da *“Utilização de documento que não é o legalmente exigido para a operação”*. A empresa, por força da legislação tributária, está obrigada a emitir Nota Fiscal Eletrônica – NF-e, não a fez. Foi autuada pela fiscalização do trânsito de mercadorias transportando mercadorias através de notas fiscais em formulário contínuo de nºs 0082591 e 0082592.

O fiscal autuante entendeu que foram descumpridas as determinações do art. 209, II, do RICMS/BA. A cobrança recaiu sobre o imposto a ser recolhido pela operação comercial em questão.

Por seu turno, a JJF, em Decisão não unânime, entendeu não ser cabível a exigência do imposto, nem, tampouco, a aplicação das determinações contidas no art. 209, II, do RICMS/BA. Entretanto por ter sido constatada uma irregularidade de cunho acessória não prevista em lei à época dos fatos geradores, com base no art. 157, do RPAF/BA exigiu a penalidade no valor de R\$50,00, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96.

Reparo algum merece a Decisão recorrida.

O art. 209, II, do RICMS/BA determina a exigência do imposto, considerando o documento como inidôneo, quando o contribuinte estiver realizando uma operação comercial sem estar acobertado por documento fiscal. Ou seja, quando *“ não for o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação, a exemplo de "Nota de Conferência", "Orçamento", "Pedido" e outros do gênero, quando indevidamente utilizado como documentos fiscais (grifo),”*. Na presente lide as mercadorias encontravam-se acobertadas por notas fiscais, inclusive posteriormente escrituradas (fl. 102) e sendo apurado o imposto conforme determinações legais. Embora não fossem aquelas exigidas pela legislação tributária para a operação, elas não deixam de ser um documento fiscal. Em assim sendo, improcede a exigência fiscal na forma realizada.

Entretanto, o que o fisco constatou foi uma irregularidade de cunho acessório, como perfeitamente descrito no Auto de Infração, inclusive claramente entendida pela empresa autuada ao tentar descaracterizar sua situação cadastral perante esta Secretaria de Fazenda, fato este perfeitamente rechaçado pela 1ª Instância deste Colegiado.

O RPAF/BA no seu art. 157 prevê que se verificada insubsistente a infração quanto à obrigação principal imputada ao sujeito passivo tributário, porém ficando comprovado o cometimento de uma infração de cunho acessório vinculada à referida imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível e julgar o Auto de Infração parcialmente procedente.

E isso foi o que fez a 4ª JJF ao aplicar a penalidade contida no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96, já que, á época dos fatos geradores, não existia, na legislação tributária, multa específica para a irregularidade apurada.

Em vista do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto para manter inalterada a Decisão recorrida. Solicita-se ao órgão Competente desta SEFAZ que homologue o valor efetivamente recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232302.0003/09-8**, lavrado contra **BOM BRASIL ÓLEO DE MAMONA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS