

PROCESSO - 271330.0003/00-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e OLDESA ÓLEO DE DENDÊ LTDA.
RECORRIDAS - OLDESA ÓLEO DE DENDÊ LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 3^a JJF nº 0003-03/02
ORIGEM - INFAS SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 09.03.04

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0018-12/04

EMENTA: ICMS. 1. DIFERIMENTO. BASE DE CÁLCULO. APURAÇÃO A MENOS. Excluídos da exigência fiscal os valores pertinentes às diferenças nas transferências de produtos agrícolas de plantio próprio. 2. CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Excluídos os créditos provenientes de notas fiscais de aquisição de combustíveis utilizados na atividade agroindustrial da empresa. Infração comprovada em parte. b) FALTA DE ESTORNO. MERCADORIAS ENTRADAS NO ESTABELECIMENTO E QUE POSTERIORMENTE FORAM OBJETO DE QUEBRA ANORMAL. Infração caracterizada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. Excluída parcela referente aquisição de imobilizado porque comprovado o pedido de isenção formulado pelo contribuinte a autoridade competente e as parcelas referentes às notas fiscais de combustíveis. Infração parcialmente caracterizada. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Diligência da ASTEC comprovou que o produto óleo ácido é reprocessado pela própria empresa. Igualmente quanto ao produto casca de coco. Efetuadas correções no levantamento fiscal. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração elidida. Produto isento, destinado exclusivamente à alimentação animal. 6. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE CONTROLE DA PRODUÇÃO E DO ESTOQUE. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10 UPFs/BA. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Após realização de diligência, os valores exigidos foram retificados. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra Decisão da 3^a Junta de Julgamento Fiscal que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração de nº 271330.0003/00-2, que exige ICMS no valor de R\$249.476,05, mais multa no valor de 10 UPFs/BA., decorrente das seguintes infrações:

1. apuração a menor da Base de Cálculo no recolhimento do ICMS deferido, para a entrada no estabelecimento industrial, sobre dendê em cachos, por considerar o custo de aquisição como base de cálculo, não incorporando à mesma o valor do ICMS, conforme demonstrado nos Anexos A-1, A-2 e A-3;
2. utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento;
3. falta de recolhimento decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento;
4. deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e que posteriormente foram objeto de quebra anormal;
5. recolhimento a menor do imposto em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas;
6. falta de recolhimento do imposto relativo a operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado;
7. retenção e recolhimento a menor, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscritos na condição de microempresa;
8. deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas;
9. utilização indevida de crédito fiscal em valor superior ao destacado nos documentos fiscais;
10. falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.

A 3^a Junta de Julgamento Fiscal rejeitou as preliminares de nulidade suscitadas, pois não verificou qualquer vício ou erro, em conformidade com o art. 18 do RPAF/99. No mérito, quanto à infração 1, verificou o acerto do procedimento adotado, com base na Instrução Normativa nº 8 e em dispositivo do RICMS que dispõe ser o imposto integrante de sua própria base de cálculo, sendo o destaque mero fim de controle. Manteve a cobrança da infração 2, excluindo o valor da Nota Fiscal nº 5028 por se tratar de compra de material de embalagem. Entendeu ser correta a exigência do diferencial de alíquota da infração 3, pois as notas fiscais corresponderam à aquisição de mercadorias para consumo do estabelecimento, sendo que o autuado não apresentou nos autos qualquer pedido de isenção. Em relação à infração 4, o autuado não contestou a infração, limitando-se apenas em

questionar a competência do autuante. A infração 5, por sua vez, foi reconhecida pelo autuado. A defesa apenas impugnou o item óleo ácido, na infração 6, deste modo reconhecendo os demais e, sobre aquele item, não apresentou provas capazes de demonstrar a veracidade de seu demonstrativo, mas, mesmo assim, o item foi submetido à diligência e verificado um lançamento indevido pelo autuante, sendo reduzida a exigência fiscal. Manteve a infração 7. Entendeu ser correta a cobrança, porque restou constatado que todas as saídas de torta de palmiste que apresentavam indícios de serem utilizadas por produtor rural ou criador foram excluídas no levantamento do autuante. Julgou Parcialmente Procedente o item 9 porque o autuante reconheceu que lançou indevidamente os valores referentes ao mês de junho de 1997, enquanto que o autuado reconheceu a procedência do restante da infração. Em relação à infração 10, o autuado juntou demonstrativos porém não comprovou a origem dos números nele referidos, mas esta infração foi submetida à revisão fiscal, que retificou valores do autuante e com o qual concorda. Assim, reduziu o montante do débito para R\$49.647,09.

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário, preliminarmente, alegando a decadência do crédito tributário exigido na infração 1.

No mérito, sobre a infração 1, disse que a base de cálculo para a substituição tributária por diferimento do dendê é o valor da matéria-prima, conforme jurisprudência do STJ para a aquisição de cana-de-açúcar. Citou o art. 97, IV do CTN que prevê reserva legal para a fixação da base de cálculo e da alíquota do imposto e a lei do ICMS vigente à época, Lei nº 4825/89, art. 41, dispunha que a base de cálculo do diferimento é o valor da operação, desde que não inferior ao valor da aquisição, acrescido de todas as despesas que o onerem. A Instrução Normativa nº 8, e a Lei nº 4825/89, por sua vez, aumentou a base de cálculo para incluir o montante do ICMS. Afirmou que a Instrução Normativa visa tributar duplamente uma mesma operação, fato destoante da Constituição Federal. Daí passou a dissertar sobre a atividade vinculada do Poder Público, citando doutrina sobre a matéria. Citou jurisprudência do STJ que repudia o *bis in idem* e asseverou que o procedimento adotado foi indicado como correto pela própria Inspetoria Fazendária de Santo Antônio de Jesus, à época, através de resposta a esclarecimentos formulados. Arrematou afirmando: “se o produtor pagaria de uma determinada forma, não há razão lógica nem jurídica que justifique uma diferenciação para o substituto tributário.”

Em relação à infração 2, fundamentou a utilização do crédito na aquisição do combustível no art. 93, I, do RICMS/96, porque adquirido para o emprego na produção agrícola ou na atividade extrativa vegetal. A mera afirmativa do autuante de que o combustível não foi assim utilizado, sem apresentação de provas, não sustenta a exigência fiscal. Com isso, pediu a nulidade do julgado por se fundamentar apenas num palpite do autuante, conforme art. 18, III do RPAF/99.

Para a infração 3, alegou que, à vista do art. 27, II, “b” do RICMS/96, satisfazendo os requisitos para a isenção do pagamento da diferença de alíquota, requereu a mesma ao Diretor de Tributação do Departamento de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda e até o momento, passados 5 anos e 4 meses, nenhuma resposta foi dada. Preenchidos os requisitos, faz jus à isenção, não podendo ficar a mercê de um reconhecimento expresso. Sobre as máquinas adquiridas mediante a Nota Fiscal nº 000118, ao mencionar um equívoco cometido na escrituração da devolução de máquinas verificado pelos julgadores, disse que este fato não possibilita uma presunção *juris tantum* de que a aquisição não fora feita para incorporação do ativo imobilizado, classificando-o como compra para industrialização e exigindo diferencial de alíquota. É necessário analisar a natureza dos

produtos adquiridos, comparando-os com a atividade exercida pelo autuado, para se chegar à conclusão da verdadeira natureza da aquisição.

Sobre a infração 4, reconheceu a autuação, mas não concordou com os cálculos apresentados pelo autuante, porque não excluiu os componentes que não geram créditos do ICMS a ser estornados. Apresentou demonstrativo no valor total de R\$816,13.

Disse que não merecem prosperar as alegações do autuante para a infração 6, pois o óleo ácido não se presta ao consumo humano, não sendo, por isso, objeto de sua comercialização, não havendo saída, portanto. Menciona os Anexos fornecidos pelo autuante para provar o alegado. Dissertou sobre o processo de manufaturamento do azeite de dendê, afirmando que a matéria-prima adentra à empresa de forma bruta, sendo pesada com todos os expurgos eliminados posteriormente. Citou o art. 97 do CTN e jurisprudência concluindo que somente lei complementar pode definir o fato gerador do imposto, situação não observada na infração em análise, sendo nula a infração 1, pois não traz prova de saídas físicas ou jurídicas de mercadorias de seu estabelecimento. Assim, concluiu que o óleo ácido é matéria-prima utilizada na produção de óleo de dendê e na fabricação de sabão, ocasionando perdas no processo industrial, fato ignorado pelo autuante. Disse que este é um absurdo que, por si só, torna nulo todo o Auto de Infração.

Em relação à infração 8, alegou serem as operações acobertadas pela isenção fiscal, porque se referem à torta de palmiste destinada diretamente a produtor rural ou criador para alimentação animal ou indiretamente destinada para a fabricação de ração animal. Ao revés, a Decisão recorrida considerou procedente a infração com base em meros indícios.

Impugnou o demonstrativo do autuante relativo ao item 10, alegando que foi incluída em seus cálculos a entrada de matérias-primas que foram transferidas para processo de produção. No caso de casca de coco, trata-se de resíduos já compondo o custo dos produtos extraídos do dendê, enquanto o Fisco aplicou uma presunção *juris tantum* de que o produto só fora utilizado para venda, o mesmo ocorrendo com o óleo ácido, persistindo os mesmos erros apontados na inicial para os demais.

Por fim, disse que no caso da infração 11 não houve qualquer prejuízo para o Fisco e, ao aplicar o art. 135 do RICMS, aplicou dispositivo que não se refere à sua situação. Pediu o Provimento do Recurso para decretar a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

A PROFAZ, (PGE/PROFIS) em Parecer, opinou pelo Não Provimento do Recurso apresentado. Verificou que as infrações 4 e 6 não são objeto do Recurso.

Afastou a alegação de decadência do crédito tributário, porque a legislação baiana, com base no art. 150 do CTN, fixou o termo inicial para a contagem do prazo no primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador. Como esse ocorreu em 1995, o prazo se iniciou em 01.01.1996 e, ao se iniciar a fiscalização em 20.07.2000, não foi atingido pela decadência.

Quanto aos argumentos recusais sobre óleo ácidos e casca de coco, o recorrente não apresentou as respectivas provas para confrontar com os levantamentos do autuante, além disso, houve realização de diligência que verificou a procedência da autuação, porque o art. 97, V, "b" do RICMS/98 veda a utilização de crédito em razão do transporte de mercadorias desoneradas do imposto.

Verificou a clareza do RICMS ao determinar a inclusão do imposto na sua própria base de cálculo, assim como todas as despesas que onerem a transação, para afastar os argumentos recursais sobre a impossibilidade de se agregar valor ao cálculo do imposto diferido.

Afirmou, ainda, que a legislação veda o direito de crédito sobre o combustível utilizado no processo produtivo. Confirmou a existência do pedido de isenção do diferencial de alíquotas referentes à Nota Fiscal nº 37058, deixando a este órgão averiguar a resposta ante a afirmação do próprio contribuinte de que não houve manifestação do DAT.

Sobre a falta do estorno do crédito de mercadorias objeto de quebra, verificou o reconhecimento por parte do contribuinte, mantendo a autuação, por entender que a impugnação do demonstrativo de débito pertinente foi frágil. Ademais, em relação à torta de palmiste disse que o recorrente não comprovou que as saídas foram destinadas a produtor rural, o que garantiria a isenção do produto.

Por fim, manteve a imputação pelo descumprimento de obrigação acessória, pois restou comprovada a não escrituração.

Na assentada de julgamento, o PAF foi convertido em diligencia à ASTEC, que apresentou os seguintes esclarecimentos.

Em relação à infração 1, a ASTEC efetuou levantamento do montante mês a mês das operações relacionadas as transferências e às aquisições efetuadas junto a produtores rurais apontando ICMS sobre transferência para industrialização no valor de R\$6.551,33 e sobre compras no valor de R\$16.123,19. Quanto à infração 2, constatou a utilização indevida de crédito fiscal de material de uso e consumo, sendo R\$2.451,31 relativo a óleo diesel, utilizado na atividade produtiva da empresa como, por exemplo, o abastecimento de máquinas agrícolas, tratores, empiladeiras, etc, e R\$437,25 relativo a compras para o ativo imobilizado. Afirmou que a Nota Fiscal nº 118 foi lançada com o código 2.91 – compras para o ativo imobilizado – tendo o autuado utilizado-se do crédito fiscal, porém o diferencial de alíquota é devido na infração 3. Sobre a infração 4, afirmou que a planilha elaborada pelo recorrente não traduz a realidade dos fatos, pois o estorno decorreu de perdas de estoque referentes a caixas de papelão e rótulos para garrafas, enquanto que o recorrente apenas considerou como se fosse produto acabado ou produzido pela empresa, assim, apesar do autuado reconhecer o débito no valor de R\$816,13, após realização de cálculos, o valor a ser estornado é de R\$822,83.

Em relação às infrações 6 e 10, afirmou que a planilha intitulada “Anexo F-1”, produzida pelo autuante, que se encontra às fls. 214, é diferente da planilha de fls. 900, anexada pelo autuado que aduziu que esta fora fornecida pelo autuante quando da execução da fiscalização, porém afirmou que não há saída através de notas fiscais do produto óleo ácido, o que não é comercializado e sim reprocessado na produção do óleo de dendê integral. Disse que o óleo ácido só depois de processo industrial poderá ser utilizado como matéria-prima do óleo integral de dendê, havendo, portanto, relação entre eles. Verificou que houve omissão de entrada de 559.549 Kg de óleo integral de dendê. Porém, sendo considerados produtos intermediários, ocorrendo omissão de saídas de óleo ácido e omissão de entradas de óleo integral, um deverá ser absorvido pelo outro, neutralizando as citadas omissões. Por fim, concluiu que não houve saídas de óleo ácido.

Constatou, ainda, que o produto casca de coco é resíduo do processo de extração do óleo do fruto do dendê. O auditor não considerou no levantamento a utilização de casca de coco para a alimentação

de caldeira, devido à falta de documento comprobatório, mas o considerou nas saídas comercializadas, conforme planilha de fls. 508 e, depois de descrever o procedimento para o referido cálculo, entendeu que a omissão de saídas é devida, independentemente do percentual de perda.

O recorrente foi intimado para se manifestar sobre a diligência realizada.

Em seu pronunciamento, o recorrente reiterou os argumentos constantes do Recurso Voluntário sobre a infração 1. Concordou com as conclusões da diligência sobre a infração 2. Sobre a infração 3, disse que não deve diferencial de alíquota, como afirmado, e que até possui crédito a ser assegurado, pois, conforme o art. 83, I, do Decreto nº 544/96, a base de cálculo decorrente de desincorporação do ativo imobilizado em tempo inferior a 1 ano deve ser reduzida para 95% do valor da operação, ao passo em que realizou o cálculo do imposto sem aplicar a redução, o que resultou num recolhimento a mais. Reiterou os argumento do Recurso Voluntário para a infração 4. Concordou com a conclusão da diligência sobre a infração 6. Por fim, disse que em relação à infração 10 o perito constatou, *in loco*, que a casca de coco é resíduo do processo industrial e serve como combustível para caldeiras e para comercialização e, ao verificar que o auditor não considerou em seu levantamento a parte utilizada na alimentação da caldeira, não poderia concluir que a omissão de saída deste produto é devida, independentemente de percentual de perda. Concluiu que, se o produto foi consumido no processo produtivo, não tendo saído do estabelecimento, jamais poderá ser considerado como omissão de saídas, pedindo assim a desconsideração da parte conclusiva da diligência sobre este item.

Na sentada de julgamento em 16 de junho de 2003, esta 2ª Câmara deliberou que o PAF deveria ser encaminhado à ASTEC para complementar a diligência anteriormente realizada para informar:

- 1. se na exigência fiscal efetivamente estão incluídos valores pertinentes às transferências de dendê de plantio próprio, como alega o recorrente, e, caso positivo, especificar os valores correspondentes, separando-os dos cobrados em relação às compras do referido produto;*
- 2. Considerando que naquela etapa não caberia a exigência fiscal para os produtos de plantio próprio, elaborar novo demonstrativo do débito, se for caso.*

Em resposta, a ASTEC apresenta o Parecer de nº 0210/2003, apresentando o demonstrativo das transferências para industrialização (Plantio próprio) e a Planilha do ICMS deferido referente às compras de dendê, às fls. 976 e 977, respectivamente.

VOTO

Passo a analisar a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente, que alegou a ocorrência de decadência do crédito tributário exigido na infração 1.

Verifico que não deve prosperar seu argumento, pois a legislação baiana, com base no art. 150 do CTN, impôs o termo inicial para a contagem do prazo como o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador. Eis que a infração 1 ocorrida em 1995, sendo o termo inicial para a contagem do seu prazo de decadência 01.01.1996, não pode ser anulada, pois a fiscalização se iniciou em 20.07.2000.

Afasto também a nulidade suscitada quanto a Decisão recorrida sobre o item 2, posto que o julgador, inclusive, efetuou revisão no demonstrativo, julgando-o Procedente em Parte, resta apenas a questão de mérito, adiante avaliada.

O recorrente não se insurgiu contra as infrações 5, 7 e 9, sendo mantido o mesmo conteúdo do julgamento da Decisão recorrida para tais infrações.

No mérito, discordou da apuração da base de cálculo da infração 1, afirmando que para o imposto deferido a base de cálculo é a aplicável ao produtor. A ASTEC, em diligência, efetuou o levantamento do montante, mês a mês, das operações relacionadas às transferências e às aquisições efetuadas junto a produtores rurais. Daí entendo que devem ser excluídos da exigência fiscal apenas os valores pertinentes à diferença exigida nas transferências de plantio próprio, visto que nestes casos o imposto será pago quando da saída da mercadoria ou do produto final. A base esta correta com a inclusão do ICMS nos termos da Instrução Normativa nº 8/88. Dou, portanto, Provimento Parcial deste item e o valor da exigência, conforme planilha apurada pelo diligente, à fl. 977 é de R\$89.842,01.

O recorrente, para desconstituir a infração 2, fundamentou a utilização do crédito na aquisição do combustível com base no art. 93, I, do RICMS/96, porque adquirido para o emprego na produção agrícola ou na atividade extractiva vegetal. Em esclarecimentos sobre o montante do débito, a ASTEC considerou que houve utilização indevida de crédito fiscal de material de uso e consumo, sendo R\$2.451,31 relativo a óleo diesel, utilizado na atividade produtiva da empresa como, por exemplo, o abastecimento de máquinas agrícolas, tratores, empilhadeiras, etc, e R\$437,15 relativo a compras para o ativo imobilizado, valores estes reconhecidos pelo recorrente no seu pronunciamento. Julgo que deve ser excluído da exigência fiscal o valor referente às aquisições de combustíveis, visto que conforme atesta a diligência, utilizados nas máquinas agrícolas ou na produção da empresa, constituindo-se de insumos. Remanesce, assim, o valor de R\$437,15.

Para a infração 3, alegou que, à vista do art. 27, II, "b" do RICMS/96, satisfazia os requisitos para a isenção do pagamento da diferença de alíquota e, por isso, requereu a mesma ao Diretor de Tributação do Departamento de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda; que, até o momento, passados 5 anos e 4 meses, nenhuma resposta lhe deu. A Douta PROFAZ verificou a existência de comprovação do pedido de isenção formulado para a Nota Fiscal nº 37058. A partir daí, entendo que o recorrente realmente faz jus ao benefício da isenção, porque satisfaz os seus requisitos intrínsecos e, uma vez que não deu causa ao inadimplemento da condição exigida para a isenção, ao contrário, formulou o pedido, e este não foi respondido pelo órgão competente, deve ser excluído do débito o valor constante das referidas Notas Fiscais nºs 37058 e 118. Pelo Provimento Parcial quanto a este item. Remanesce o valor de R\$624,50.

O recorrente reconheceu o cometimento da infração 4, mas não concordou com os cálculos apresentados pelo autuante, porque não excluiu os componentes que não geram créditos do ICMS a serem estornados. Apresentou demonstrativo no valor total de R\$816,13. Em análise deste item, a ASTEC afirmou que a planilha elaborada pelo recorrente não traduz a realidade dos fatos, pois o estorno decorreu de perdas de estoque referentes a caixas de papelão e rótulos para garrafas, enquanto que o recorrente apenas considerou como se fosse produto acabado ou produzido pela empresa, assim, apesar do autuado reconhecer o débito no valor de R\$ 816,13, após realização de cálculos, o valor a ser exigido é de R\$ 822,83. Acato as conclusões da diligência, pois o recorrente, na sua apuração, apenas fez menção de forma genérica aos referidos componentes, sem apresentar

documentos comprobatórios de que foram realmente utilizados na proporção mencionada no seu levantamento. Pelo Provimento Parcial quanto a este item.

Para a compreensão das infrações 6 e 10, a ASTEC informa preliminarmente que a planilha intitulada “Anexo F-1”, produzida pelo autuante, que se encontra às fl. 214, é diferente da planilha de fl. 900, anexada pelo autuado, mas, segundo o autuado, esta teria sido fornecida pelo autuante quando da execução da fiscalização.

Sobre a infração 6 o recorrente alegou que o óleo ácido não se presta ao consumo humano, não sendo, por isso, objeto de sua comercialização, não havendo saída. Concluiu que o óleo ácido é matéria-prima utilizada na produção de óleo de dendê e na fabricação de sabão, ocasionando perdas no processo industrial, fato ignorado pelo autuante. Também alegou que a omissão de saída daquele produto, por se transformar em matéria-prima para a produção de óleo de dendê integral, compensaria a omissão de entrada detectada.

A diligência realizada confirmou a tese do recorrente, ao afirmar que não há saída através de notas fiscais do produto óleo ácido, porque não é comercializado e sim reprocessado na produção do óleo de dendê integral. Disse que o óleo ácido só depois de processo industrial poderá ser utilizado como matéria-prima do óleo integral de dendê, havendo, portanto, relação entre eles. Verificou, ainda, que houve omissão de entrada de 559.549 kg de óleo integral de dendê. Porém, sendo considerados produtos intermediários, ocorrendo omissão de saídas de óleo ácido e omissão de entradas de óleo integral, um deverá ser absorvido pelo outro, neutralizando as citadas omissões. O recorrente concordou com tais conclusões e este é o procedimento correto.

Assim, o item é Parcialmente Provisto e remanesce a exigência apenas das omissões de saídas dos produtos: *garrafas 500* – R\$183,41; *óleo Flor lata 5 kg* – R\$497,76; *óleo Yao 500* – R\$367,13 e *óleo Dendê Flor* - R\$30,60 (Planilha denominada anexo F-1, às fls. 214) e o produto *sabão* – R\$5.789,80 (Planilha denominada anexo F-2, às fls. 215), totalizando o valor de R\$6.868,70.

Em relação à infração 8, o recorrente alegou que as operações com torta de palmiste são acobertadas pela isenção fiscal, porque destinadas diretamente a produtores rurais ou criadores para alimentação animal ou para fabricantes de ração animal. Trata-se, de fato, de produto destinado exclusivamente à alimentação animal. Portanto, a simples falta de comprovação da condição do adquirente como produtor rural ou criador não retira a isenção do produto. Considero, pois, elidida a infração quanto a esse produto.

Quanto às notas fiscais emitidas para a empresa USIBA, verifico que se trata de venda de sucatas para serem consumidas na atividade industrial daquela empresa. Condição que não se aplica o diferimento previsto no art. 509 do RICMS/97, sendo devida a exigência fiscal neste ponto. Pelo Provimento Parcial deste item.

O recorrente impugnou o demonstrativo do autuante relativo à infração 10, alegando que este incluiu em seus cálculos a entrada de matérias-primas (casca de coco) que são transferidas para processo de produção. A ASTEC, em diligência, constatou que o produto casca de coco é resíduo do processo de extração do óleo do fruto do dendê. O auditor não considerou no levantamento a utilização de casca de coco para a alimentação de caldeira, devido à falta de documento comprobatório, mas o considerou nas saídas comercializadas, conforme planilha de fls. 508 e, depois de descrever o

procedimento para o referido cálculo, o órgão diligente entendeu que a omissão de saídas é devida, independentemente do percentual de perda. O recorrente discordou dessa opinião, relatando que o perito constatou, *in loco*, que a casca de coco é resíduo do processo industrial e serve como combustível para caldeiras e para comercialização e, ao verificar que o auditor não considerou em seu levantamento a parte utilizada na alimentação da caldeira, não poderia concluir que a omissão de saída deste produto é devida, independentemente de percentual de perda. Concluiu que, se o produto foi consumido no processo produtivo, não tendo saído do estabelecimento, jamais poderá ser considerado como omissão de saídas, pedindo assim a desconsideração da parte conclusiva da diligência sobre este item.

Entretanto embora o órgão diligente tenha deixado claro que o auditor não considerou no levantamento a utilização da casca de coco para a alimentação de caldeira, devido à falta de documento comprobatório deste fato, que deveria ter sido apresentado pelo recorrente, também demonstra a ocorrência de imprecisão na exigência, pois restou constatado que aquele subproduto era reaproveitado no processo industrial, cujos volumes poderiam ser mensurados através os percentuais médios dessa utilização obtidos na própria empresa e considerando ainda que as incorreções do levantamento respectivo não foram sanadas nas diligências efetuadas, julgo que deve ser afastada a exigência fiscal relativa a esse produto.

Assim, dou Provimento Parcial, remanescendo a exigência fiscal relativa às omissões pertinentes aos produtos óleo de dendê Flor, óleo de dendê integral, óleo de Palmiste e sabão (diversos), conforme os valores apurados pela ASTEC (fl. 768).

Por fim, o recorrente disse que no caso da infração 11 não houve qualquer prejuízo para o Fisco e, ao aplicar o art. 135 do RICMS, foi citado dispositivo que não se refere à sua situação. O descumprimento da obrigação acessória foi constatada pelo autuante - ausência de fichas de controle interno em substituição ao livro Registro de Controle da Produção e do Estoque - e, como satisfeitos os requisitos do art. 236, parágrafo 7º do RICMS/89, a multa deve ser mantida.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado.

Quanto aos itens objeto do Recurso de Ofício, constato que está correta a Decisão recorrida uma vez que, com relação à infração 2 excluiu apenas o valor da Nota Fiscal nº 5028 por se tratar de compra de material de embalagem.

Sobre a infração 6, o item foi submetido à diligência e verificado um lançamento indevido pelo autuante, sendo por isso reduzida a exigência fiscal.

Julgou Parcialmente Procedente o item 9 porque o autuante reconheceu que lançou indevidamente os valores referentes ao mês de junho de 1997, enquanto que o autuado reconheceu a procedência do restante da infração.

Já a infração 10, foi submetida à revisão fiscal, que retificou os valores do autuante, o que, inclusive, teve a sua posterior concordância.

Portanto o voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 271330.0003/00-2, lavrado contra **OLDESA ÓLEO DE DENDÊ LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$144.783,31**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre R\$28.511,52, 60% sobre R\$65.519,85 e de 70% sobre R\$50.751,94, previstas, respectivamente, no art. 61, II, “a”, VII, “a” e VIII, “b” da Lei nº 4.825/89, no art. 61, II, “a” e “d”, da citada lei, alterada pela Lei nº 6.934/96, e no art. 42, II, “a” e III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios correspondentes, além de multa de **10 UPFs/BA**, prevista no art. 61. XV, “d” da Lei nº 4.825/89.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de fevereiro de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS