

A. I. Nº - 147780.0004/19-0
AUTUADO - OLDESA ÓLEO DE DENDÊ LTDA.
AUTUANTE - MAGNO DA SILVA CRUZ
ORIGEM - INFAZ RECONCAVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08/07/2020

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0041-01/20VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. A admissibilidade do crédito fiscal presumido previsto no art. 270, inciso VI do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, está adstrita ao óleo de dendê. Os demais óleos aduzidos pelo autuado não se encontram contemplados pelo referido dispositivo regulamentar, haja vista que não se trata do mesmo produto. Acolhida a arguição defensiva de ocorrência da decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativamente à parte do período objeto da autuação. Excluídos os valores referentes ao período alcançado pela decadência. Não acolhida a nulidade arguida. Infração parcialmente subsistente. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/06/2019, formaliza a exigência de crédito tributário no valor total histórico de R\$278.472,51, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *Utilizou crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação em vigor.*

Consta adicionalmente na descrição da infração se tratar de utilização a maior do crédito presumido equivalente a 80% do imposto incidente nas saídas de óleo de dendê.

Período de ocorrência: janeiro a dezembro de 2014, janeiro, março, abril, junho, outubro a dezembro de 2015.

O autuado apresentou Defesa na qual consigna o seu inconformismo quanto à autuação. Diz nada mais absurdo. Afirma que os créditos foram regularmente escriturados nos livros fiscais em perfeita sintonia com a legislação de regência.

Invoca e reproduz o art. 270, inciso VI do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, para afirmar que referido dispositivo regulamentar é solar ao afirmar ser possível a utilização da glosa do crédito para fabricantes de óleo de dendê.

Alega que o autuante deu nova interpretação ao regulamento do ICMS e identificou como infração à legislação tributária a utilização do crédito presumido para os produtos fabricados pela empresa.

Ressalta que todos os produtos fabricados pela empresa resultam em óleo de dendê, seja na forma pastosa ou líquida.

Sustenta que em nenhum momento houve a utilização a mais, mas sim sempre dentro dos limites permitidos para que houvesse a glosa do crédito presumido.

Diz que não concorda com o lançamento realizado, pois tecnicamente o que ocorreu foi a escrituração do crédito fiscal como determina o regulamento do ICMS principalmente porque

todos os produtos que foram glosados são derivados do óleo do dendê, como óleo refinado de palma.

Registra que anexou todo o processo do óleo de dendê para que se observe a equivocada cobrança referente ao óleo de dendê, vez que tanto o óleo de palmiste e o óleo de ácido graxo também devem ser glosados por se tratar do mesmo produto.

Conclusivamente, requer a anulação do lançamento, tendo em vista a existência de vícios e irregularidades que maculam a sua validade.

Prosseguindo, argui como preliminar de nulidade do Auto de Infração a falta de intimação por escrito, conforme dispõe o art. 26, III do RPAF/BA/99.

Salienta que não foi lavrado o termo de início de fiscalização, uma vez que não houve a intimação por escrito, consoante determina o art. 26, III do RPAF/BA/99.

Argui a inconstitucionalidade da multa imposta, por ser confiscatória. Neste sentido, invoca o art. 150, IV da Constituição Federal que preconiza proibição de utilização do tributo com efeito confiscatório. Acrescenta que em conformidade com a jurisprudência do STF, o mesmo entendimento deve ser aplicado às multas moratórias e punitivas. Neste sentido, menciona julgado de relatoria do Ministro Celso de Mello, no RE 754.554.

Conclusivamente, diz que no presente caso ocorre exatamente um aumento superior ao valor do imposto devido, em face de imposição de 60% de multa do valor do tributo.

Continuando, o impugnante alega a ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública Estadual de constituir o crédito tributário, referente aos fatos geradores ocorridos de 31/01/2014 a 31/05/2014, invocando, neste sentido, os artigos 156, V e 150, § 4º do CTN.

Conclusivamente, requer a extinção do crédito tributário referente a exigência fiscal cujos fatos geradores ocorreram no período de 31/01/2014 a 31/05/2014.

Prosseguindo, reporta-se o impugnante sobre o crédito presumido de que cuida a autuação.

Alega que diferentemente de anos anteriores o autuante entendeu que o óleo de palmiste e ácido graxo de palma não são óleos de dendê.

Alega, ainda, que o autuante não embasou as suas alegações e não apresenta nenhuma vedação ou fundamentação do RICMS/BA que indique que o óleo palmiste e o ácido graxo de palma não são passíveis de utilização. Diz que apenas no seu relatório o autuante seleciona notas fiscais e a data de ocorrência do fato gerador sem embasamento consistente.

Afirma que todos os registros dos créditos fiscais realizados estão em conformidade com a legislação de regência, notadamente a Lei Complementar nº 87/96, Lei nº 7.014/96 e o RICMS/BA. Reproduz os artigos 54 e 55 do RICMS/BA. Sustenta que desse modo, a autuação é infundada.

Conclusivamente, consigna que uma vez comprovada a regularidade da glosa de créditos presumido do ICMS, devidamente escriturado e declarado pelo impugnante, e, ainda, constatada a aplicação indevida, da legislação ICMS, requer a integral anulação do lançamento fiscal, com o consequente arquivamento do Auto de Infração nº 1407800004/19-0.

Sob o título DAS MULTAS APLICADAS, o impugnante diz que consubstanciada a exigência fiscal no artigo 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96 para aplicação de penalidade pecuniária, em não havendo a quitação do débito em 30 dias. Diz que foi arbitrada multa moratória de 70% no campo total do Auto de Infração.

Alega que pela leitura dos mencionados dispositivos legais se verifica que a não utilização dos créditos, bem como a necessária e legítima escrituração dos mesmos e a inaplicabilidade do

artigo 33, I da LC 87/96 são motivos para anular a tipificação da infração, restando inócua a sua aplicação ao presente caso.

Ressalta que apenas apurou os créditos e os transferiu de um mês para o outro, não o utilizando, fato este cancelado quando da entrega das informações declaradas na GIA-ICMS eletrônica.

Aduz que desse modo, verificado que a LC 138/10, alterou a redação do artigo 33, I da LC 87/96, certo de que esse dispositivo será aplicado apenas a fatos geradores futuros, sendo ilegal e indevida a aplicação da penalidade pelo autuante.

Ressalta que forneceu todas as informações por meio da entrega das GIA-ICMS eletrônica, em absoluta observância das normas aplicáveis vigentes à época dos fatos, conforme documento anexado.

Sustenta que não há que se falar em penalidade por ter realizado o estorno do crédito fiscal escriturado, devendo ser anulado o lançamento referente às multas acessórias.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

- a anulação do lançamento efetuado pelo FTE Jurandir de Couto Souza, com o consequente arquivamento do Auto de Infração;
- seja determinada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário até decisão final administrativa.

Indica, por fim, o seu endereço eletrônico para fins de comunicação dos atos atinentes ao presente PAF.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls). Salienta que a autuação não aponta irregularidade no tocante à escrituração dos créditos fiscais em questão, haja vista que todos os créditos citados estão escriturados nos Registros Fiscais da Apuração do ICMS - Operações Próprias, nos Demonstrativos do Valor Total dos Ajustes a Crédito, caso contrário não teria como cotejá-los com os créditos fiscais utilizados a mais.

Esclarece que constatou a irregularidade de que cuida a autuação, por considerar que o texto do Regulamento do ICMS é bastante direto e incisivo ao citar o óleo de dendê como o produto que pode ser beneficiado com o crédito presumido.

Acrescenta que a explicação do processo produtivo feito pelo autuado, é exatamente aquele descrito na farta literatura sobre a matéria, conforme referências copiadas, e demonstra claramente que do fruto do dendezeiro chamado dendê, podem ser extraídos dois tipos de óleos. Explica: o primeiro, o óleo de dendê, é aquele descrito no inciso VI do artigo 270 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, que é extraído da polpa pelo processo de prensagem obtendo-se o óleo bruto de dendê e o coco de dendê. **O óleo de dendê** também é conhecido como óleo de palma ou ainda azeite de dendê, muito utilizado na culinária, na indústria alimentícia, na fabricação de sabão e vela, na indústria metalúrgica, na fabricação de graxas, lubrificantes e biodiesel; o segundo, o **óleo de palmiste** que é produzido a partir da prensagem e trituração das amêndoas ou sementes. Observa que tem sua aplicação na indústria de cosméticos, e de alimentos. Afirma que o texto do Regulamento do ICMS deixa claro que somente as saídas do óleo de dendê são beneficiadas com o crédito presumido, não incluindo os derivados do óleo de dendê, como sustenta o impugnante.

Afirma que resta comprovado que o óleo de palmiste não é derivado do óleo de dendê.

Assevera que a pretensão do impugnante, nesse contexto, é querer dar interpretação diferente ao Regulamento do ICMS quando tenta incluir os produtos derivados do óleo de dendê no benefício do crédito presumido, enquanto o texto refere-se exclusivamente ao óleo de dendê. Diz que é puro exercício de ilação, haja vista que o impugnante não traz nenhuma prova do que argumenta.

Aduz que se verifica, claramente, que são dois os tipos de óleos produzidos a partir do fruto do dendezeiro, ou seja, o óleo de dendê e o óleo de palmiste, sendo que apenas o óleo de dendê é considerado pelo Regulamento do ICMS.

Consigna que os dois tipos de óleos têm classificações diferentes na NCM que não deixa dúvidas quanto as suas especificidades, pois a NCM 1511 - Óleo de dendê (palma) já identifica o óleo de dendê enquanto a NCM 15132 Óleos de amêndoa de palma (palmiste) identifica claramente o óleo de palmiste, conforme referências da Tabela de NCM.

Afirma que por todo o contexto apresentado, constata-se que o autuado utilizou crédito presumido a mais por ter considerado ao seu "bel prazer" no dispositivo regulamentar todos os tipos de óleos fabricados pela empresa, sendo seu direito não concordar com o lançamento e recorrer ao contraditório e a ampla defesa através dos seus meios e recursos disponíveis. Acrescenta que não se vislumbra a existência de vícios e irregularidades que possam impugnar o lançamento fiscal.

Em conclusão, consigna que ratifica a autuação, considerando que o autuado se beneficiou indevidamente do crédito presumido calculado sobre as saídas de outros óleos que não o óleo de dendê, este consignado no inciso VI do artigo 270 do RICMS-BA, desse modo, utilizou crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação em vigor.

Apresenta referências dos temas acima mencionados, conforme literalmente reproduzido abaixo:

Azeite de dendê

Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre

O **azeite de dendê**, **azeite de dendém** ou **óleo de palma** é um **óleo** popular nas **culinárias africana** e **brasileira** e, também, no **candomblé**. É produzido a partir do fruto da palmeira conhecida como **dendzeiro** (*Elaeis guineensis*), originária do oeste da **África**. Indispensável na cozinha afro-brasileira, é utilizado em pratos de origem africana como o **vatapá** e o **acarajé**. Em **Angola** é usado, por exemplo, na preparação da **moamba de galinha**. Além do uso culinário, o azeite de dendê pode também substituir o **óleo diesel**, embora seja muito mais caro, sendo ainda rico em **vitamina A**.

É empregado na fabricação de **sabão** e **vela**, para proteção de **folhas de flandres** e chapas de **aço**, fabricação de **graxas** e **lubrificantes** e artigos vulcanizados. O processo de extração do azeite pode ser artesanal ou não e pode levar horas, já que o fruto de cor **marrom ou castanha** escura é firme.

https://pt.wikipedia.org/wiki/Azeite_de_dend%C3%AA (acessado em 01/10/2019)

Azeite de dendê, também chamado de óleo de palma, tem diversas aplicações. Azeite de dendê, ou óleo de palma, pode ser usado na cozinha e no cuidado da beleza.

Dois tipos de **óleo** podem ser obtidos a partir do **dendê**: o **óleo de palma** (extraído da polpa) e o **óleo de palmiste** (extraído da amêndoa). O rendimento de **óleo** para o conteúdo que é extraído da polpa é de 22% do peso dos cachos e de 3% para o de palmiste, extraído da amêndoa. Sendo que a principal diferença entre eles está no teor de ácido láurico, componente predominante do **óleo de palmiste** e praticamente ausente no **óleo de palma**, e os teores de ácido palmítico e ácido oleico que estão presentes em maior quantidade no óleo de palma.

A extração do **óleo de palma**, também conhecido como **azeite de dendê**, passa por vários processos operacionais. Primeiramente, os frutos são colhidos e aquecidos a vapor, a fim de amolecer a polpa para facilitar a extração do óleo e encolher parcialmente as amêndoas - o que facilita a separação de sua casca. Os frutos passam por um digestor, formando uma massa que é prensada, de onde se extrai o **óleo de palma** bruto. Nesse momento, há a bifurcação da produção: o óleo bruto proveniente do fruto é encaminhado para o desaerador, enquanto a torta de frutos - que é a massa de frutos prensada sem o óleo bruto de **palma**, contendo as nozes (casca e amêndoa) - dará início ao processo de extração do **óleo de palmiste**.

<https://www.ecycle.com.br/2659-azeite-de-dende-oleo-de-palma> (acessado em 01/10/2019)

NCM 1511.90.00 Outros Ver todos os produtos da NCM 1511.90.00

1511.90.00 - Gorduras e óleos animais ou vegetais; produtos da sua dissociação; gorduras alimentares elaboradas; ceras de origem animal ou vegetal - **Óleo de dendê (palma)** e respectivas frações, mesmo refinados, mas não quimicamente modificados. - Outros

• III - Gorduras e óleos animais ou vegetais; produtos da sua dissociação; gorduras alimentares elaboradas; ceras de origem animal ou vegetal

• 15 - Gorduras e óleos animais ou vegetais; produtos da sua dissociação; gorduras alimentares elaboradas; ceras de origem animal ou vegetal

• 1511 - Óleo de dendê (palma) e respectivas frações, mesmo refinados, mas não quimicamente modificados.

• 1511.90.00 - Outros

NCM 15132 Óleos de amêndoa de palma (palmiste) (coconote) ou de babaçu, e respectivas frações:

• III - Gorduras e óleos animais ou vegetais; produtos da sua dissociação; gorduras alimentares elaboradas; ceras de origem animal ou vegetal

• 15 - Gorduras e óleos animais ou vegetais; produtos da sua dissociação; gorduras alimentares elaboradas; ceras de origem animal ou vegetal

• 1513 - Óleos de coco (copra), de amêndoa de palma (palmiste) (coconote) ou de babaçu, e respectivas frações, mesmo refinados, mas não quimicamente modificados.

• 1513.2 - Óleos de amêndoa de palma (palmiste) (coconote) ou de babaçu, e respectivas frações:

• 151321 - Óleos em bruto

• 151329 - Outros

Prosseguindo, consigna que o impugnante argui como preliminar de nulidade do Auto de Infração a falta de lavratura do Termo de Início de Fiscalização previsto no artigo 26 do RPAF/BA.

Contesta essa pretensão defensiva. Diz que mediante comprovação do envio, via DTe de “Cientificação de Início de Ação Fiscal”, conforme anexo, que enviou em 16/04/2019, lido pelo autuado em 30/04/2019. Salienta que após esse procedimento a sua comunicação com o autuado ocorreu por meio de ligações telefônicas, envio de *e-mails* e reuniões na sede da Infaz Santo Antônio de Jesus e na sede da empresa.

Quanto à alegação defensiva de inconstitucionalidade da multa imposta, dado o seu caráter confiscatório, diz que é a estabelecida na Lei nº 7.014/96 em seu artigo 42, inciso VII, alínea "a", correspondendo a 60% do valor do imposto. Diz que o art. 150, IV da CF/88 proíbe a utilização do imposto com efeito de confisco, o que absolutamente não se vê no presente caso considerando que no entendimento do STF "qualquer multa superior a 100% terá natureza confiscatória à luz do princípio objetivado no art. 150, IV da CF/88".

Observa que para não ter natureza confiscatória a multa deve ser proporcional à gravidade da infração, razão pela qual não pode considerar como confisco a multa cuja imposição ratifica.

Contesta, também, a arguição do impugnante de decadência do crédito tributário lançado no Auto de Infração, referente aos fatos geradores ocorridos de 31/01/2014 a 31/05/2014, considerando o disposto no § 4º do artigo 150. Diz que a decadência se dá no prazo de cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme disposto no inciso I do artigo 173 do CTN.

No tocante à alegação defensiva atinente ao crédito presumido, previsto no artigo 270, inciso VI do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/2012, diz que referido dispositivo regulamentar não exige muito esforço para sua interpretação e entendimento, haja vista que ele se distingue do crédito fiscal convencional, aquele que tem a finalidade de compensação com o débito gerado pelas saídas num determinado período. Observa que o crédito presumido é um benefício fiscal concedido pelo Estado da Bahia com a finalidade de reduzir a carga tributária de determinados produtos ou incentivar atividades econômicas de interesse regional. Acrescenta que é opcional e tem exigências para a sua concessão que no caso em questão é a vedação de utilização de quaisquer outros créditos fiscais vinculados às referidas operações ou prestações.

Assinala que não está discutindo os créditos fiscais oriundos de Nota Fiscal eletrônica de aquisição de mercadorias ou insumos, mas sim de uma hipótese de existência de crédito, tanto que o crédito tradicional já vem destacado nas Notas Fiscais eletrônicas de compras/entradas, enquanto o crédito presumido consiste na aplicação de um percentual fixo e autorizado, calculado sobre as saídas do produto que o Estado quer incentivar, descabendo, portanto, reportar-se aos artigos 28 e 29 da Lei nº 7.014/96 e do artigo 309 do RICMS/BA. Ressalta que o autuado em sua peça defensiva menciona os artigos 54 e 57 do RICMS, haja vista que se trata de créditos fiscais de origens diferentes.

Diz que o impugnante faz uma ligeira confusão quando tenta explicar que a aplicação da multa apontada na autuação está relacionada com a necessária e legítima escrituração dos créditos fiscais mencionando inclusive a inaplicabilidade do artigo 33, I da Lei Complementar nº 87/96. Acrescenta que incorre em equívoco o impugnante ao dizer que o *contribuinte apenas apurou os créditos e os transferiu de um mês para o outro, não o utilizando, fato este cancelado quando da entrega das informações declaradas na GIA-ICMS eletrônica.*

Afirma o autuante que inexiste na escrituração do crédito presumido essa possibilidade de transferência para o mês seguinte, nem existe GIA-ICMS eletrônica.

Salienta que o artigo 45 da Lei nº 7.014/96 trata especificamente da redução da multa em 70% se o Auto de Infração for quitado antes do prazo para impugnação, não sendo aplicável o artigo 45-B no presente caso.

Consigna que desse modo, confirma a fundamentação legal da multa imposta constante no Auto de Infração em tela.

Observa que na sua conclusão o impugnante comete outro equívoco citando o FTE Jurandir do Couto Souza como sendo o autuante.

Finaliza a peça informativa mantendo na totalidade o Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, cabe apreciar a nulidade arguida pelo impugnante por falta de sua intimação por escrito, consoante manda o art. 26, III do RPAF/BA/99. Alega que não foi lavrado o termo de início de fiscalização.

Observo que o autuante contesta a alegação defensiva afirmando que o autuado foi cientificado do início do trabalho fiscalizatório, mediante o envio, via DTe, de “Cientificação de Início de Ação Fiscal” em 16/04/2019, lido pelo autuado em 30/04/2019.

De fato, assiste razão ao autuante. Houve sim a cientificação acima aduzida.

Entretanto, cumpre consignar que mesmo que não houvesse a referida cientificação, não seria caso de nulidade do Auto de Infração, haja vista que, conforme entendimento predominante neste CONSEF, a cientificação ao Contribuinte da lavratura do Auto de Infração se apresenta necessária e suficiente para validação do lançamento de ofício, portanto, prescindindo de termo de início de fiscalização.

Assim sendo, não acolho a nulidade arguida.

O impugnante argui também a ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública Estadual de constituir o crédito tributário, referente aos fatos geradores ocorridos de 31/01/2014 a 31/05/2014, invocando, neste sentido, os artigos 156, V e 150, § 4º do CTN, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em 18/06/2019, e a sua ciência ocorreu em 27/06/2019.

Efetivamente, assiste razão ao impugnante. A ocorrência da decadência por um longo tempo tornou-se uma matéria tormentosa no âmbito deste CONSEF, haja vista que, invariavelmente, as decisões sempre apontaram no sentido de inoccorrência da decadência, por se considerar a contagem do prazo de cinco anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I do CTN, e não no prazo previsto no § 4º, do art. 150 do mesmo diploma legal.

Após um detalhado e minucioso estudo sobre a matéria, inclusive a repercussão das autuações nos julgamentos realizados na esfera judicial, notadamente nos tribunais superiores, a Procuradoria Geral do Estado da Bahia/Procuradoria Fiscal, promoveu a uniformização de sua orientação jurídica sobre esse tema, tendo editado o Incidente de Uniformização nº. PGE 2016.194710-0, no qual firmou o entendimento de que: *Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.* Foi observado no referido Incidente de Uniformização que, no caso de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, não se aplicaria a regra do art. 150, § 4º, mas sim do art. 173, I, ambos do CTN.

Por outro lado, quanto à contagem do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I do CTN, o entendimento firmado apontou no sentido de que conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o valor efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

Assim sendo, é possível concluir que no caso do Auto de Infração em exame, que trata de utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação em vigor, a contagem do prazo decadencial se dá a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, haja vista que o contribuinte declarou a ocorrência do fato jurídico tributário referente às operações tributadas, apurou o montante do imposto devido, contudo, efetuou o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas, ocorrendo a decadência no período compreendido em 31/01/2014 a 31/05/2014, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 18/06/2019 e a ciência do autuado ocorreu em 27/06/2019, cabendo, desse modo, a exclusão dos valores exigidos atinentes a este período, no valor total de R\$79.857,64.

No mérito, verifico que o impugnante sustenta que o art. 270, inciso VI do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, é claro ao afirmar ser possível a utilização do crédito presumido para fabricantes de óleo de dendê. Alega que a exigência fiscal é equivocada, haja vista que tanto o óleo de palmiste e o óleo de ácido graxo também se tratam do mesmo produto.

Certamente que não assiste razão ao impugnante. O crédito presumido previsto no art. 270, VI do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, alcança exclusivamente o óleo de dendê e não os demais produtos fabricados pelo autuado, conforme se constata na redação do referido dispositivo regulamentar abaixo reproduzido:

Art. 270. São concedidos os seguintes créditos presumidos do ICMS para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e de apuração do imposto a recolher, em opção ao aproveitamento de quaisquer outros créditos vinculados às referidas operações ou prestações:

VI - aos fabricantes de leite de coco, coco ralado, óleo de dendê e de carvão ativado a partir da casca do coco de dendê, equivalente a 80% (oitenta por cento) do imposto incidente nas saídas desses produtos;

Observa-se que o legislador claramente determinou que o crédito presumido é equivalente a 80% **do imposto incidente nas saídas desses produtos.**

Significa dizer que, somente os produtos *leite de coco, coco ralado, óleo de dendê e de carvão ativado a partir da casca do coco de dendê*, fazem jus ao crédito presumido.

Do mesmo modo, incorre em equívoco o impugnante, ao sustentar que os produtos que fabrica se trata do mesmo produto contemplado pelo crédito presumido.

Na realidade, trata-se de produtos distintos, conforme se verifica nos textos trazidos pelo autuante na Informação Fiscal, extraídos de diversos sites existentes na internet, bem como o texto cujas explicações técnicas diferenciam os aduzidos produtos. Transcrevo excertos abaixo obtido no site <https://www.ecycle.com.br/2659-azeite-de-dende-oleo-de-palma>:

Dois tipos de óleo podem ser obtidos a partir do dendê: o óleo de palma (extraído da polpa) e o óleo de palmiste (extraído da amêndoa). O rendimento de óleo para o conteúdo que é extraído da polpa é de 22% do peso dos cachos e de 3% para o de palmiste, extraído da amêndoa. Sendo que a principal diferença entre eles está no teor de ácido láurico, componente predominante do óleo de palmiste e praticamente ausente no óleo de palma, e os teores de ácido palmítico e ácido oleico que estão presentes em maior quantidade no óleo de palma.

A palma pode render anualmente até cinco toneladas de óleo, ou seja, de cinco a dez vezes mais que qualquer outro cultivo comercial de óleo vegetal, sendo um óleo muito produtivo, já que precisa de menos da metade de terra que outros cultivos para produzir o mesmo volume de óleo.

A extração do óleo de palma, também conhecido como azeite de dendê, passa por vários processos operacionais. Primeiramente, os frutos são colhidos e aquecidos a vapor, a fim de amolecer a polpa para facilitar a extração do óleo e encolher parcialmente as amêndoas - o que facilita a separação de sua casca. Os frutos passam por um digestor, formando uma massa que é prensada, de onde se extrai o óleo de palma bruto. Nesse momento, há a bifurcação da produção: o óleo bruto proveniente do fruto é encaminhado para o desaerador, enquanto a torta de frutos - que é a massa de frutos prensada sem o óleo bruto de palma, contendo as nozes (casca e amêndoa) - dará início ao processo de extração do óleo de palmiste.

Ademais, independentemente do texto técnico acima transcrito, outro fator determinante para afastar qualquer dúvida de que **óleo de dendê** é diverso do **óleo de palmiste**, é a Classificação Fiscal da Mercadoria com o seu código NCM, pois, conforme muito bem observado pelo autuante, o código NCM 1511 - Óleo de dendê (palma), identifica o **óleo de dendê** enquanto o código NCM 15132 - Óleos de amêndoa de palma (palmiste), identifica o **óleo de palmiste**, conforme referências da Tabela de NCM.

Constato ainda, que assiste razão ao autuante quando diz que a autuação não se refere aos créditos fiscais oriundos de Nota Fiscal eletrônica de aquisição de mercadorias, mas sim de uma hipótese de existência de crédito fiscal presumido, que consiste na aplicação de um percentual determinado, no caso 80%, calculado sobre as saídas do óleo de dendê, não tendo qualquer relação com os artigos 28 e 29 da Lei nº7.014/96, e do artigo 309 do RICMS/BA, invocados pelo impugnante.

Do mesmo modo, assiste razão ao autuante quando diz que o impugnante incorre em equívoco quando tenta explicar que a aplicação da multa apontada na autuação está relacionada com a necessária e legítima escrituração dos créditos fiscais, mencionando inclusive a inaplicabilidade

do artigo 33, I da Lei Complementar nº 87/96, afirmando que inexistia na escrituração do crédito presumido a possibilidade de transferência para o mês seguinte, nem existe GIA-ICMS eletrônica.

Diante do exposto, restando indubitado que o crédito presumido de que cuida o art. 270, inciso VI do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, aplica-se exclusivamente ao óleo de dendê, a infração é parcialmente subsistente no valor de ICMS devido de R\$198.614,87, considerando a exclusão dos valores alcançados pela decadência no total de R\$79.857,64, referentes ao período de 31/01/2014 a 31/05/2014, remanescendo no Demonstrativo de Débito do Auto de Infração os demais períodos arrolados na autuação.

O impugnante argui a inconstitucionalidade da multa imposta, por ser confiscatória. Por certo que este órgão julgador administrativo de Primeira Instância não pode apreciar tal arguição, haja vista vedação expressa prevista no artigo 167, I do RPAF/BA/99 neste sentido.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **147780.0004/19-0**, lavrado contra **OLDESA ÓLEO DE DENDÊ LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$198.614,87**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2020.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR