

A. I. N.<sup>º</sup> - 206969.0010/08-5  
AUTUADO - JMA PANIFICADORA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
AUTUANTE - IRENE ERCI LINO  
ORIGEM - INFASZ ILHÉUS  
INTERNET - 29.07.2009

**2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF N<sup>º</sup> 0219-02/09**

**EMENTA: ICMS.** 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. Infração subsistente, reconhecida pelo autuado. **b)** AQUISIÇÕES RELATIVAS À SAÍDAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO. Ficou demonstrada que ocorreram saídas tributadas, decorrentes das aquisições alvos da exigência, relativa a crédito indevido. Infração parcialmente elidida. **c)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Infração subsistente, reconhecida pelo autuado. **d)** AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS COM SUBSEQUENTES SAÍDAS AMPARADA PELA NÃO INCIDÊNCIA. Comprovado que parte dos materiais adquiridos foram empregados na industrialização de mercadorias tributáveis. Infração subsistente em parte. **e)** DESTAQUE A MAIS DO IMPOSTO NO DOCUMENTO FISCAL. Infração subsistente, reconhecida pelo autuado. 2. LIVROS FISCAIS. SAÍDAS DE MERCADORIAS NÃO LANÇADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. IMPOSTO NÃO RECOLHIDO. Infração subsistente, reconhecida pelo autuado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2008, foram imputadas aos ao sujeito passivo as infrações que seguem:

Infração 01 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. ICMS no valor R\$353,88, com multa de 60%;

Infração 02 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas beneficiadas com isenção do imposto. ICMS no valor de R\$ 328,84, com multa de 60%;

Infração 03 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria com pagamento de imposto por antecipação tributária. ICMS no valor de R\$18,58, com multa de 60%;

04 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com não incidência do imposto. ICMS no valor de R\$ 3.287,33, com multa de 60%;

Infração 5 – omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. ICMS no valor de R\$111,54, com multa de 70%;

Infração 06 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais. ICMS no valor de R\$82,00, com multa de 60%;

O autuado apresenta defesa, às fls. 104 a 107, argumentando que lhe foi imputada a utilização indevida de crédito de ICMS nas suas aquisições de mercadorias e produtos nos períodos de 2003 e 2004, sendo que após sua análise, parte do crédito tributário cobrado tem procedência, inclusive já foi pago através do DAE em 10/10/2008 com o valor de R\$2.776,20 (Valor original 1.621,48 + acréscimos 1.154,72), referente às infrações: 01-01.02.02, 02-01.02.26, 03-01.02.05, 05-05.05.03, 06-01.02.41 e parte da 04-01.02.25, que, conforme análise das planilhas, constatou indevida a cobrança de parte do crédito tributário.

Esclarece que a empresa além de exercer atividade de panificação, também exerce de confeitoria e lanchonete. Portanto, referente à infração 04-01.02.25 (já pago parte do crédito tributário que entendeu devido), a empresa obteve partes dessas aquisições para serem utilizados como componentes destinados a confeitoria e lanchonete, que serão demonstrados nas Fases “1, 2 e 3”.

“Fase 1, Demonstrativo de apuração das notas fiscais que foram utilizadas total:”

Friza que na planilha de Anexo I referente à infração 04-01.02.25, parte do crédito de ICMS utilizados nas operações de aquisição de mercadorias, foi referente a materiais utilizados na elaboração de produtos que não encerram a sua fase de tributação e que foram utilizados na sua totalidade como componentes no setor de confeitoria e lanchonete, que seqüencialmente as suas vendas tiveram sua tributação normal com as devidas alíquotas aplicada pela legislação. Segue a discriminação abaixo:

Nota fiscal de Nº 005721 de 10/09/2003 da Bunge Alimentos S/A, produto MARGARINA RICCA CREMES, valor total da nota R\$280,00, base de cálculo R\$164,70 com ICMS destacado de R\$27,99 escriturados no livro fiscal de entrada do ano de 2003 na folha 139;

Nota fiscal de Nº 153802 de 05/12/2003 de J. Macedo Alimentos Nordeste S/A, produtos MISTURAS PARA BOLO LARANJA DONA BENTA e MISTURA DE CREME PARA CONFEITEIRO BAUNILHA, valor total da nota 9.423,90 base de cálculo 133,90 (16,40 + 117,50) com ICMS destacado de 21,93 (1,96 + 19,97), escriturados no livro fiscal de entrada do ano de 2003 na folha 185;

Nota fiscal de Nº 154229 de 08/12/2003 de J. Macedo Alimentos Nordeste S/A, produtos MISTURAS PARA BOLO FESTA DONA BENTA e MISTURA PARA BOLO AIPIM DONA BENTA, valor total da nota 640,80 base de cálculo 32,90 com ICMS destacado de R\$3,94 escriturados no livro fiscal de entrada do ano de 2003 na folha 186;

Nota fiscal de Nº 001079 de 26/03/2004 da Bunge Alimentos S/A, produtos CREME PARA CONFEITEIROS BAUNILHA, valor total da nota 4.870,68 base de cálculo 100,68 com ICMS destacado de 17,11 escriturado no livro fiscal de entrada do ano de 2004 na folha 47;

Nota fiscal de Nº 104370 de 19/04/2004 da ADINOR IND. R COM. DE ADITIVOS LTDA, produto ADIMAX PAO DE QUEIJO, valor total da nota 520,50 base de cálculo 184,00 com ICMS destacado de 31,28 escriturado no livro fiscal de entrada do ano de 2004 na folha 58;

Nota fiscal de Nº 2764 de 20/04/2004 da Vithal Lacticínio Ltda, produtos LEITE PASTEURIZADO E MANTEIGA PASTEURIZADA valor total da nota 765,00 base de cálculo 540,00 com ICMS destacado de 91,80 escriturado no livro fiscal de entrada do ano de 2004 na folha 59;

Nota fiscal de Nº 002920 de 18/05/2004 da Vithal Lacticínio Ltda, produtos LEITE PASTEURIZADO E MANTEIGA PASTEURIZADA valor total da nota 885,00 base de cálculo 360,00 com ICMS destacado de 61,20 escriturado no livro fiscal de entrada do ano de 2004 na folha 74;

Nota fiscal de Nº 028421 de 16/10/2004 da Bunge Alimentos S/A, produto MARGARINA RICCA FOLHADOS, valor total da nota 540,60 base de cálculo 318,00 com ICMS destacado de 54,06 escriturado no livro fiscal de entrada do ano de 2004 na folha 149

Nota fiscal de Nº 003789 de 08/12/2004 da Bunge Alimentos S/A, produto ADITIVO PARA BOLO SUPREMA, valor total da nota 130,00 base de cálculo 130,00 com ICMS destacado de 22,10

escriturado no livro fiscal de entrada do ano de 2004 na folha 174.

“Fase 2” Demonstrativo da apuração das notas fiscais que foram utilizadas por proporção:”

Afirma que na planilha de Anexo I, referente infração 04-01.02.25, parte das mercadorias adquiridas foi utilizada na elaboração de produtos que não encerram a sua fase de tributação e sua utilização tem a seguinte proporção: 30% (por centos) destinado ao setor de panificação e os outros 70% (por centos) restante desses produtos foram destinado ao setor de confeitoraria, conforme planilha de custo em anexo, e seqüencialmente suas vendas tiveram sua tributação normal com as devidas alíquotas aplicada pela legislação. Diz que, em virtude de numa mesma nota fiscal constar produtos que não foi aplicada a proporção por se tratar de produtos com saída tributada, decidiu não as separar em outra fase para melhor evidenciar os fatos e com isso identificar esses produtos com o símbolo de “\*” (asteriscos). Segue discriminação abaixo:

Nota fiscal de Nº 017462 de 18/02/2004 da Bunge Alimentos S/A, valor total da nota 1.470,00 produtos MARGARINA SUPREMA BALDE base de cálculo 500,30 (1.215,00 X 70% = 850,50 X Redução de BC 41,176% = 500,30) e \*MARGARINA RICCA FOLHADOS base de cálculo 150,00 (255,00 X Redução de BC 41,176% = 150,00), com ICMS destacado de 110,55 (500,30 + 150,00 = 650,30 x 17%) e escriturado no livro fiscal de entrada do ano de 2004 na folha 28;

Nota fiscal de Nº 021328 de 21/05/2004 da Bunge Alimentos S/A, valor total da nota 2.261,00 produtos MARGARINA SUPREMA BALDE base de cálculo 706,59 (1.716,00 X 70% = 1.201,20 X Redução de BC 41,176% = 706,59) e \*MARGARINA RICCA CREMES base de cálculo 320,59 (545,00 X Redução de BC 41,176% = 320,59), com ICMS destacado de 174,62 (706,59 + 320,59 = 1.027,18 x 17%) e escriturado no livro fiscal de entrada do ano de 2004 na folha 75;

Nota fiscal de Nº 024269 de 23/07/2004 da Bunge Alimentos S/A, produto MARGARINA SUPREMA BALDE, valor total da nota R\$2.125,00 base de cálculo 875,01 (2.125,00 X 70% = 1.487,50 X Redução de BC 41,176% = 875,01), com ICMS destacado de R\$148,75 (875,01 x 17%) e escriturado no livro fiscal de entrada do ano de 2004 na folha 108;

Nota fiscal de Nº 028078 de 13/10/2004 da Bunge Alimentos S/A, produto MARGARINA SUPREMA BALDE, valor total da nota 850,00 base de cálculo 350,00 (850,00 X 70% = 595,00 X Redução de BC 41,176% = R\$350,00), com ICMS destacado de R\$59,50 (350,00 x 17%) e escriturado no livro fiscal de entrada do ano de 2004 na folha 148;

Nota fiscal de Nº 031697 de 17/12/2004 da Bunge Alimentos S/A, valor total da nota 1.395,50 produtos MARGARINA SUPREMA BALDE base de cálculo 371,41 (902,00 X 70% = 631,40 X Redução de BC 41,176% = 371,41) e \*MAIONESE PRIMOR base de cálculo 290,30 (493,50 X Redução de BC 41,176% = 290,30), com ICMS destacado de R\$112,49 (371,41 + 290,30 = 661,71 x 17%) e escriturado no livro fiscal de entrada do ano de 2004 na folha 180;

“Fase 3” Demonstrativo da apuração com produtos destinados para revenda:”

Afirma que consta na planilha de Anexo I, referente infração 04-01.02.25, onde o crédito de ICMS utilizado na aquisição de mercadorias na industrialização, verificou que, apesar de ter sido escriturado no livro de entrada com o CFOP como 1101, compra para industrialização, esse produto deveria ter sido escriturado com o CFOP 1102, compra para revenda com tributação normal, portanto percebam, que pelo fato de ter sido realizado essa situação a empresa não fraudou os cofres públicos estadual com a utilização do crédito do ICMS, pois seqüencialmente as suas vendas tiveram sua tributação normal e com as suas devidas alíquotas aplicada conforme legislação. Segue discriminação abaixo:

Nota fiscal de Nº 000181 de 04/06/2004 de Matos Limoeiro Ind. e Com. de Latic. Ltda, produtos QUEIJO TIPO MUSSURELA E QUEIJO PRATO LANCHE, valor total da nota R\$703,36 base de cálculo R\$703,36 com ICMS destacado de R\$119,57 escriturado no livro fiscal de entrada do ano de 2004 na folha 85;

Nota fiscal de Nº 002129 de 04/08/2004 de Matos Limoeiro Ind. e Com. de Latic. Ltda, produto QUEIJO TIPO MUSSURELA, valor total da nota R\$1.191,38 base de cálculo R\$1.191,38 com ICMS destacado de R\$202,53 escriturado no livro fiscal de entrada do ano de 2004 na folha 116;

Nota fiscal de Nº 002202 de 24/08/2004 de Matos Limoeiro Ind. e Com. de Latic. Ltda, produto QUEIJO TIPO MUSSURELA, valor total da nota R\$1.150,88 base de cálculo R\$1.150,88 com ICMS destacado de R\$195,64 escriturado no livro fiscal de entrada do ano de 2004 na folha 122;

Nota fiscal de Nº 001847 de 29/09/2004 de Antonio Rabelo Neto, produto QUEIJO MINAS FRESCAL, valor total da nota R\$1.582,32 base de cálculo R\$1.582,32 com ICMS destacado de R\$268,99 escriturado no livro fiscal de entrada do ano de 2004 na folha 139;

Nota fiscal de Nº 000426 de 08/12/2004 da Du Sul Ind. de Alimentos Ltda, produtos QUEIJO MINAS, QUEIJO MUSSARELA E RICOTA, valor total da nota R\$1.294,22 base de cálculo R\$1.294,22 com ICMS destacado de R\$220,01 escriturado no livro fiscal de entrada do ano de 2004 na folha 173;

Nota fiscal de Nº 474390 de 16/12/2004 da Perdigão Agroindustrial S/A, produto PRESUNTO TRADICIONAL MAGRO, valor total da nota 2.148,00 base de cálculo 2.148,00 com ICMS destacado de 365,30 escriturado no livro fiscal de entrada do ano de 2004 na folha 180;

Nota fiscal de Nº 194902 de 22/12/2004 da Cooperativa Agro Pecuária Vale Rio Doce Ltda, produtos LEITE LONGA VIDA INTEGRAL e LEITE LONGA VIDA DESNATADO, valor total da nota 3.590,40 base de cálculo 3.590,40 com ICMS destacado de R\$251,33 escriturado no livro fiscal de entrada do ano de 2004 na folha 182. Percebam que esta última, teve sua escrituração como compra para comercialização, com o CFOP 2102 e destinado com fins para revenda.

Conclui afirmando que, conforme foi demonstrado nas fases, chegou ao seguinte valor do ICMS creditado nas aquisições: no ano de 2003 o valor de R\$ 53,86 e no ano de 2004 o valor de R\$2.506,83, totalizando o valor de R\$ 2.560,69.

Requer improcedência parcial de tais débitos, onde o fato descrito chegou aos seguintes valores mediante o auto de infração: o valor do débito levantado original foi de R\$ 4.182,17 e como a empresa já quitou a parte que entende procedente no valor de R\$ 1.621,48, restou assim o valor de R\$2.560,69, que, como foi descrito nas “fases”, comprovou que sua utilização foi correta e a empresa não onerou os cofres públicos estadual.

Anexa cópias das planilhas do auto de infração, notas fiscais de aquisição, folhas de registro do livro fiscal de entrada, planilha de controle da Fase 2 e DAE pago.

O autuante, às fls. 175 a 176 dos autos, afirma que o impugnante reconheceu e pagou parte do ICMS reclamado e apresentou impugnação a parte da autuação, juntando planilhas de produção e outros documentos comprovantes de suas alegações.

Aduz que o contribuinte reconheceu e efetuou o pagamento referente às Infrações 01, 02 (parte), 03, 05, 06 e parte da Infração 04, no valor histórico total de R\$1.621,48 (fls. 120), que a autuante solicita que seja homologado o seu pagamento.

A contestação apresentada, refere-se à parte da Infração 02 e da Infração 04, argumentando que as matérias-primas não foram totalmente utilizadas na produção de mercadorias com saídas isentas/outras - sem tributação - mas que essas matérias-primas foram utilizadas também na produção de mercadorias cujas saídas são tributadas pelo ICMS (mercadorias vendidas na lanchonete), e também que notas fiscais para revenda foram escrituradas equivocadamente com CFOP de compra para industrialização, apesar de essas mercadorias terem sido revendidas com tributação normal. Juntou à sua contestação planilha de produção demonstrando percentual de matéria-prima utilizada em cada tipo de produto - pães (saída sem tributação) e produtos tributados da lanchonete (fls. 109/118), conforme discriminado a seguir:

Assegura que, tendo em vista a argumentação apresentada pela autuada, de que as matérias primas foram em parte utilizadas na produção de mercadorias com saídas tributadas pelo ICMS, demonstrando suas alegações com as planilhas de produção da padaria e da confeitoria, a autuante acata as alegações da defesa.

Pelo exposto, a autuante mantém a autuação referente às Infrações 01, 02 (parte), 03, 04 (parte), 05 e 06, solicitando a homologação dos valores pagos esperando seja o auto de infração nº 206969.0010/08-5 julgado parcialmente procedente na forma acima discriminada.

#### **VOTO**

Foram atribuídas ao sujeito passivo as infrações que seguem, resumidamente reproduzidas: Infração 01 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento; Infração 02 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas beneficiadas com isenção do imposto; Infração 03 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria com pagamento de imposto por antecipação tributária; Infração 04 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com não incidência do imposto; Infração 5 – omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios; Infração 06 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documento fiscais.

Verifico que autuado reconheceu e efetuou o pagamento referente às Infrações 01, parte da infração 02, a integralidade das infrações 03, 05, e 06 e parte da infração 04, no valor histórico total de R\$1.621,48, conforme consta às fls. 120 dos autos.

Quanto às argüições defensivas, relativas à parcela da infração 02 e da infração 04, afirma que as matérias-primas não foram totalmente utilizadas na produção de mercadorias com saídas sem tributação, mas que essas matérias-primas foram utilizadas também na produção de mercadorias vendidas na lanchonete, cujas saídas são tributadas pelo ICMS, bem como as notas fiscais para revenda foram escrituradas equivocadamente com CFOP de compra para industrialização, apesar de essas mercadorias terem sido revendidas com tributação normal. Juntou à sua contestação planilha de produção demonstrando percentual de matéria-prima utilizada em cada tipo de produto - pães (saída sem tributação) e produtos tributados da lanchonete (fls. 109/118), conforme discriminado.

Em consonância com o entendimento do autuante, cabe razão ao autuado, quanto aos argumentos de que as matérias primas foram em parte utilizadas na produção de mercadorias com saídas tributadas pelo ICMS, demonstrando suas alegações com as planilhas de produção da padaria e da confeitoria, a autuante acata as alegações da defesa. Assim, cabe a procedência parcial das infrações 02 e 04.

Diante do exposto, fica mantida a infração 01 no valor de R\$353,88, a infração 02 passa para R\$251,32, a infração 03 fica mantida em R\$ 18,58, a infração 04 é modificada para R\$2.309,37, a infração 05 fica mantida em R\$ 111,54 e a infração 06 fica mantida em R\$82,00. Foram reconhecidas as argüições do autuado, que tiveram o acolhimento do autuante, conforme planilha que apresenta do ajuste total da infração, com os novos demonstrativos de débitos, às fls. 174 a 176 dos autos, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Isso posto, voto pela PROCÊDENCIA PARCIAL do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração 206969.0010/08-5, lavrado contra **JMA PANIFICADORA, INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$3.126,69**, acrescido das multas de 60% sobre

R\$3.05,15 e de 70% sobre R\$111,54, previstas no art. 42, inciso VII alíneas “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS- JULGADORA