

PROCESSO	- A. I. Nº 277829.0026/11-5
RECORRENTE	- COMERCIAL DE FRUTAS LIDER LTDA. (FRUTAS LIDER)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0144-04/12
ORIGEM	- INFAZ ATACADO
INTERNET	- 13.11.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0425-13/13

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS DOCUMENTOS FISCAIS E OS LANÇAMENTOS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. A natureza dos Convênios ICMS 44/1975 e 94/2005 é meramente autorizativa, e os mesmos não estavam vigentes neste Estado à época dos fatos. Ademais, em resposta específica ao sujeito passivo da sua consulta à SEFAZ, lhe foi comunicado a vedação da utilização dos referidos créditos. Itens subsistentes. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Razões recursais, relativas aos valores de imposto recolhidos e não considerados no levantamento fiscal, elidem em parte a exigência fiscal. Item parcialmente subsistente. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** VALORES ORIGINÁRIOS DE DOCUMENTOS FISCAIS INIDÔNEOS. Comprovada a existência de documentos por emitente em situação cadastral regular. Item subsistente em parte; **b)** AQUISIÇÕES COM SAÍDAS SUBSEQUENTES ISENTAS. Razões recursais insuficientes para elidir a exigência. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO. Comprovada a existência de materiais de embalagens. Exigência parcialmente elidida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 4ª JJF - através do Acórdão JJF nº 0144-04/12 - após julgamento pela Procedência Parcial do Auto de Infração acima, lavrado para exigir o débito de R\$ 75.935,67, apurado em razão da constatação de sete infrações, inerentes aos exercícios de 2007 e 2008, sendo, com exceção de sexta exceção, todas objetos deste recurso, conforme a seguir transcritas:

Infração 1 – Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, no valor de R\$ 29.434,84, referente a operações escrituradas nos livros fiscais.

Infração 2 – Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$ 19.576,89, em decorrência de desencontro entre os valores pagos e os escriturados no livro RAICMS.

Infração 3 – Recolheu a menor ICMS por antecipação parcial, no valor de R\$ 10.087,42, relativo às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, com o objetivo de comercialização.

Infração 4 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de 2.388,11, referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos.

Infração 5 – Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$ 4.046,06, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outros estados destinadas ao consumo do estabelecimento.

Infração 7 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 6.586,44, referente a aquisições de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas pela isenção do imposto. Consta que se refere a compras de embalagens para acondicionamento de mercadorias tributáveis e isentas, tendo sido efetuada a proporcionalidade prevista no art. 100, §1º, RICMS/1997.

A Decisão recorrida foi pela procedência parcial do Auto de Infração, no valor de R\$ 73.669,67, após ressaltar que o procedimento administrativo fiscal obedece aos princípios do devido processo legal, do amplo direito de defesa e do contraditório, como também de que os autos encontram-se devidamente instruídos, inexistindo omissões, obscuridades ou contradições que ensejem necessidade de qualquer esclarecimento ou diligência. Registra que a infração seis foi acatada pelo autuado.

No mérito quanto às infrações 1 e 2, relativas à falta de recolhimento ou recolhimento a menos do imposto nos prazos regulamentares, conforme levantamentos às fls. 11 e 16, a JJF aduz que os comprovantes de pagamento de fls. 2.066/2.071, anexados pelo defendente, não elidem as acusações, ao contrário, demonstram a procedência dos cálculos, pois as respectivas quantias foram consideradas na coluna “Valor Recolhido” das aludidas planilhas fiscais. Quanto ao argumento de que em agosto, setembro e outubro de 2007 não foi considerado o crédito presumido concernente à aquisição de frutas, nos termos dos Convênios ICMS 44/1975 e 94/2005, transcritos às fls. 2.047/2.048, a JJF aduz que nos termos do Parecer de fls. 2.113/2.114, cujo consulente foi o próprio autuado, foi dito que a natureza dos Acordos é meramente autorizativa, ou seja, o Estado da Bahia poderia ou não implementá-los, e não o fez. Com relação à maçã, o mencionado Parecer frisou que a autorização prevista na cláusula primeira do Convênio ICMS 44/1975 deixou de ser aplicada por intermédio do Convênio ICMS 07/1980. Assim, a JJF concluiu pela subsistência das infrações 1 e 2.

Inerente à infração 3, relativa ao recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial às fls. 18 a 35, a JJF diz que, com relação à alegação de pagamentos previamente efetuados, os documentos de fls. 2.126/2.127, juntamente com as cópias de documentos de arrecadação estadual trazidos pelo autuado, demonstram que não merece acolhimento, pois os mesmos se referem a notas fiscais que não fizeram parte da auditoria ou sequer fazem menção a número de documento, como aquele à fl. 2.074.

Observe, ainda, que as aquisições interestaduais de maçãs e pêras estavam sujeitas à tributação normal, por força do Convênio ICMS 07/1980 e, no que tange às demais notas, em relação às quais o contribuinte aponta a falta de cômputo dos créditos, em função do suposto fato de as inscrições dos remetentes terem sido canceladas após os fatos geradores, aduz a JJF que não foram trazidas provas aos autos, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo do ônus de elidir a presunção relativa de legitimidade do ato administrativo (art. 143, RPAF/1999).

Por fim, com respeito à data de ocorrência 30/11/2008, tendo o autuado aduzido que o valor exigido foi pago através do DAE constante do anexo 26 (fl. 2.090), a JJF concluiu não ser verdade, pois a quantia destacada no documento de arrecadação foi lançada na coluna “CRÉDITO” de fl. 38. Manteve a procedência da infração 3.

No tocante à infração 4, a decisão da JJF é de que as alegações defensivas são idênticas às acima expostas (desconsideração de pagamentos e datas de cancelamentos de inscrições de fornecedores) e, nos termos do que já foi dito e fundamentado acima (art. 209, VII, “b” c/c art. 97, VII, RICMS/97), mostram-se de mesma natureza, ou seja, im procedentes. Mantém a infração 4.

Quanto à infração 5, entende a JJF assistir razão à autuante, pois as mercadorias objeto do lançamento, conforme demonstrativos de fls. 36 a 38, se destinam ao uso e consumo da área adminis-

trativa do estabelecimento, a exemplo de envelopes, fardamento, material para manutenção da loja etc. Portanto, não são embalagens utilizadas na comercialização de produtos, em razão de que não incide o art. 93, I, “a”, RICMS/1997. Contudo, no que diz respeito à nota fiscal nº 712.206, à fl. 2.097, a qual o autuado comprovou que a operação trata de arrendamento mercantil de balanças, a JJF entendeu que o arrendamento mercantil não está entre as hipóteses de incidência do ICMS, devendo, na data de ocorrência 31/12/2008, o imposto ser reduzido de R\$ 3.437,13 para R\$ 1.171,13. Assim, manteve subsistente em parte a infração 5, no valor de R\$ 1.780,06.

Quanto à infração 7, a decisão da JJF é de que os arts. 5º, I; 97, I, “a” e § 1º e 100, § 1º do RICMS/1997 dispõem que a utilização de créditos fiscais decorrentes da aquisição de material de embalagem fica condicionada às suas determinações, inclusive àquela concernente ao cálculo da proporcionalidade. Mantém a infração 7.

Inconformado com a Decisão proferida pela 4ª JJF, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, às fls. 2.153 a 2.173 dos autos, onde, preliminarmente, arguiu a nulidade do Auto de Infração por não conter a intimação o prazo para interpor recurso voluntário, o que entende ferir o seu direito a ampla defesa e ao contraditório.

No mérito, em relação às infrações 1 e 2, diz que o principal foco da discussão é a aplicabilidade do Convênio ICM 44/75, em consonância com o Convênio 94/05, os quais estabelecem que:

Convênio ICM: “§ 2º Quando a unidade da Federação não conceder a isenção autorizada nesta cláusula, fica assegurado ao estabelecimento que receber de outros Estados os produtos ali indicados, com isenção do ICM, um crédito presumido equivalente ao percentual da alíquota interestadual do imposto.”

Convênio 94/05: Cláusula segunda A faculdade prevista no § 2º da cláusula primeira do Convênio ICM 44/75, de 10 de dezembro de 1975, poderá ser aplicada na hipótese deste convênio.

Diz que, na primeira fundamentação observa-se a existência da previsão de faculdade do crédito presumido e, na segunda, uma ratificação de tal previsão, para os produtos maçã e pêra, porque segundo a decisão trata-se de convênios autorizativos e o Estado da Bahia não os implementou. Assim, o recorrente reconhece que os produtos são tributados na Bahia, porém, o que não aceita é a glosa do crédito previsto nos respectivos convênios, nas compras em estados que não geram o crédito, ou seja, o direito de se creditar presumidamente, explicitamente previsto no Convênio 44/75 § 2, e ratificado no Convênio 94/05 cláusula 2ª.

Salienta que o autuante justifica tal glosa com fundamentação no Convênio 07/80, citado no voto, em que diz: “A autorização prevista na cláusula primeira do Convênio ICM 44/75, de 10 de dezembro de 1975, deixa de aplicar-se às saídas de alho, amêndoas, avelãs, castanhas, nozes, pêras e maçãs.” Entretanto, ao trazer a baila o respectivo convênio para justificar a não aplicabilidade dos convênios supracitados ocorreu um equívoco de interpretação, pelos motivos a seguir expostos:

1- O texto refere-se exclusivamente a não aplicação da isenção nos produtos citados, sem fazer referência ao § 2º do Convênio 44/75, objeto da demanda;

2- Segundo a tese da JJF os Convênios 44/75 e 94/05 são autorizativos, então, não faz sentido justificar algo que não é aplicado à legislação interna com o Convênio 07/80, já que o texto deste está intrinsecamente relacionado com o Convênio 44/75;

3- A ratificação do direito ao crédito está previsto no Conv. 94/05, ou seja, pela ordem cronológica, fica mantida a faculdade de se creditar presumidamente, afastando a aplicação do Convênio 07/80.

Assim, no instante em que os respectivos créditos forem acatados, os valores devidos levantados pela autuante, para as citadas infrações se tornarão nulos de pleno direito, do que para melhor compreensão e localização dos documentos, passa a reproduzir a sua impugnação.

Em relação à infração 3, no que se refere à data da ocorrência de 31/03/07, o recorrente diz que a JJF não acata o DAE (anexo 11), cujo código de recolhimento foi retificado (anexo 12), “por não fazer menção a número de documento”, entretanto, entende que este procedimento é sanável visto

que a própria Secretaria da Fazenda identifica a arrecadação e seu respectivo destino, por códigos específicos para cada procedimento, o que foi obedecido no DAE em questão, do que salienta que o não reconhecimento da arrecadação gera um enriquecimento sem causa em favor do Estado.

Nesse sentido, ao ser alegado que o DAE (anexo 13) não foi acatado por “se referir a notas fiscais que não fizeram parte da auditoria”, a recorrente entende que houve um equívoco da JJF ao não identificar tais notas fiscais, pois estas constam no DAE e na planilha, por exemplo: NF 23745, NF 46512, NF 23875, NF 23926, NF 37462, NF 37462 e outras. Assim, reitera a improcedência deste item.

Inerente à data de ocorrência de 30/06/07, diz que a autuante identificou um valor a recolher de R\$ 74,39, tendo o autuado constatado que se refere a NF 1505, do fornecedor BRB Importação e Exportação de Alimentos LTDA, que foi recolhida indevidamente no DAE de competência 07/07, conforme anexo 15 – pág. 35. Pede a exclusão deste item, pois a JJF sequer o apreciou.

Quanto à data de ocorrência de 30/09/07, diz que o valor exigido é de R\$ 158,12, decorrente da NF 8974, a qual se trata de documento sem efeito fiscal já que o mesmo foi objeto de cancelamento, não tendo a JJF acolhido sob a alegação de que os procedimentos para cancelamento da nota fiscal não foram cumpridos como determina o regulamento, do que discorda o recorrente, visto que se trata de aquisição de mercadoria junto a produtor não inscrito, o que é plenamente autorizado pelo RICMS que orienta a emitir a NF de Entrada nestas situações, cujas provas do cancelamento da operação diz anexar aos autos, a qual foi substituída pela NF nº 8975.

Em relação às datas de ocorrências de 31/12/07, 31/01/08, 29/02/08, 30/04/08 e 31/05/08, diz o recorrente que todas têm como origem as aquisições efetuadas junto ao fornecedor Lecoal Com. e Imp. e Exp. de Produtos Alimentícios Ltda, que segundo a JJF a consulta ao Cadastro SINTEGRA/ICMS do Estado de São Paulo é insuficiente como prova, o que discorda o apelante porque o contribuinte comum utiliza como ferramenta para consulta o respectivo cadastro. Cita a boa-fé objetiva nas relações comerciais com a citada empresa.

Em seguida, em relação à data de ocorrência de 31/12/07, diz que a diferença exigida de R\$ 4.086,54 trata-se de mercadorias que estavam amparadas sob a isenção fiscal, no caso maçã e pêra, conforme o art. 14, I, do RICMS, logo, não cabe antecipação parcial, pois, a partir desta competência os respectivos produtos foram enquadrados como isentas.

Quanto à data de ocorrência de 31/01/08, diz que o levantamento fiscal não considerou o crédito de ICMS de R\$ 525,00, constante na NF 4942; assim como na NF 4957 no valor de R\$ 106,40, como também da NF 5028 no valor de R\$ 140,00, emitidas pela empresa Lecoal Com. e Import. e Export. de Produtos Alim. LTDA., perfazendo um total de crédito glosado indevidamente de R\$ 771,40, mesmo valor da infração. Assim, aduz que não consegue identificar o motivo da glosa, já que a empresa só teve sua inscrição cancelada em 31/03/08 data posterior à emissão do documento, que entende não ser suficiente para justificar a glosa.

Inerente à data de ocorrência de 29/02/08, diz que o levantamento fiscal não considerou o crédito de ICMS de R\$ 490,00, constante na NF 5150 da empresa Lecoal Com. e Import. e Export. de Produtos Alim. LTDA., mesmo valor da infração. Reitera sua alegação. No tocante às datas de ocorrências de 31/03/08; 30/04/08 e 31/05/08, o recorrente repete a mesma situação em relação às NFs 5308 e 5178; NF 5344, e NFs 5508 e 5529, respectivamente.

Quanto à data de ocorrência de 31/07/08, diz que o levantamento fiscal não considerou o crédito de ICMS de R\$ 126,00, constante na NF 218 da empresa Frutalhos Coml. de Alimentos Ltda., mesmo valor da infração, sob a alegação do fornecedor se encontrar com inscrição cancelada, do que diz não concordar em razão da: boa fé pelo adquirente na operação mercantil; prova que a mercadoria transitou com a permissão do FISCO, conforme carimbo da INFAZ no corpo da nota fiscal, o que deu legitimidade a operação. Assim, discorda pelos mesmos motivos expostos vinculados ao fornecedor Lecoal Com. e Import. LTDA.

Em relação à data de ocorrência 31/11/08, diz que a diferença da antecipação parcial de R\$ 705,53 decorre da NF 318890, cuja mercadoria efetivamente ingressou na Bahia, em 12/08, cujo recolhimento consta do DAE de competência 12/08. Contudo a JJF conclui que “Não é verdade, pois a quantia destacada no documento de arrecadação, foi lançada na coluna “CRÉDITO” de fl. 38”. Ressalta que tal afirmação deixa claro o equívoco na avaliação, pois o que está sendo discutido é o não recolhimento do imposto parcial referente à NF 318890, no qual a prova do recolhimento encontra-se no anexo 26 (pág. 47), sendo improcedente a manutenção deste item da infração 3.

No que diz respeito à infração 4, relativa à utilização indevida de crédito fiscal por documento falso ou inidôneo, com referência à data de ocorrência de 31/03/07, o recorrente diz que, conforme demonstrativo de apuração do ICMS de antecipação tributária parcial, a autuante não acatou o DAE, competência 03/07, recolhido em 20/08/07, sob o código 0759, (anexo 11 - ICMS normal), retificado para o código 1006, no valor de R\$ 1.626,98 mais acréscimos moratórios de R\$ 226,25, perfazendo um total de R\$ 1.853,23 na condição de substituto tributário. Por se tratar de NFs de entrada nº 40 (anexo 27), 49 (anexo 28), 53 (anexo 29), 52 (anexo 30), 55 (anexo 31) e 61 (anexo 32), emitidas pelo contribuinte, que recolheu o ICMS na condição de substituto tributário, cumprindo dessa forma as exigências frente às quais está obrigado, em documento apropriado que informa a numeração das notas fiscais que foram objetos de substituição. Com relação à NF 6721 (anexo 33) emitida pela FRUTÍCOLA COL. Comércio de Gêneros Alimentícios Ltda, a mercadoria ingressou na empresa em 09/03/07. Porém, sustenta o apelante que não concorda com a interpretação em razão da boa fé pelo adquirente na operação mercantil e da prova que a mercadoria transitou com a permissão do Fisco, dando legitimidade a operação. Diz que tais motivos expostos pela JJF são incoerentes já que se tratam de notas fiscais emitidas pelo autuado, conforme consta na impugnação e que não foram sequer apreciadas.

Quanto à data de ocorrência de 31/03/08, diz que o levantamento fiscal não considerou o crédito de ICMS de R\$ 728,00 na NF 5308 da empresa Lecoal Com. e Import. e Export. de Produtos Alim. LTDA., como também não considerou o crédito do ICMS de R\$ 175,00 da NF 5178, perfazendo o crédito glosado indevidamente de R\$ 903,00, mesmo valor da infração, cujo motivo da glosa diz não identificar, já que a empresa só teve sua inscrição cancelada em 31/03/08, data posterior a emissão do documento. Pede exclusão desta exigência.

Inerente às datas de ocorrências de 30/04/08 e 31/05/08, reitera a alegação acima no que diz respeito às NFs 5344; NF 5508 e 5529, da empresa Lecoal Com. e Import. e Export. de Produtos Alim. LTDA.

No tocante à data de ocorrência de 31/07/08, diz que o levantamento fiscal não considerou o crédito de ICMS de R\$ 126,00 da NF 218, emitida pela empresa Frutalhos Comercial de Alimentos Ltda., mesmo valor da infração, cuja glosa decorre do fato de o fornecedor se encontrar com inscrição cancelada, do que invoca: boa fé pelo adquirente na operação mercantil e prova de que a mercadoria transitou com a permissão do Fisco, conforme carimbo, o que deu legitimidade a operação.

Em relação à infração 5, inerente à exigência de diferença entre alíquotas de mercadorias adquiridas para consumo, no que diz respeito às datas de ocorrências de: 31/05/07; 31/07/07; 30/09/07; 31/10/07; 31/01/08; 29/02/08; 31/03/08; 30/04/08;- 31/05/08;- 30/06/08; 31/07/08 e 30/11/08, alega o recorrente que relativo às mercadorias oriundas dos fornecedores: Primos Embalagens Ltda, Evandro Buss, Kentisa Com de Verduras e Legumes, Cooperativa Agrícola Juazeiro da Bahia Resp. Ltda, deixou de recolher o ICMS, pois tais mercadorias dizem respeito a embalagens utilizadas para comercialização de produtos tributáveis, e não para consumo do estabelecimento, logo, não cabe ICMS de diferencial de alíquota, conforme art. 93 do RICMS/97, que permite o crédito do ICMS.

Já em relação à data de ocorrência de 31/12/08, diz o apelante que foi contestada e acatada pela JJF.

Quanto à infração 7, relativa à utilização indevida de crédito fiscal proporcional à aquisição de embalagens para mercadorias com saídas isentas, alega o recorrente que se refere a caixa de papelão utilizado no acondicionamento de maçãs, peras e uvas passas, produtos tributáveis.

Por fim, requer a nulidade do saldo residual do Auto de Infração, no valor de R\$ 68.636,43.

Às fls. 2.212 e 2.213, a PGE/PROFIS, através de sua Procuradora, Dr.^a Maria Helena Cruz, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, uma vez que observa que as razões recursais são insuficientes para modificar a Decisão recorrida, considerando que a recorrente não trouxe provas nem argumentos jurídicos capazes de afastar as diversas imputações, cinge-se tão somente a repetir as mesmas alegações oferecidas em sede de defesa.

Diz que o autuado suscita a nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa, mas não aponta especificamente o motivo que promoveria o aludido cerceamento ao seu legítimo direito à ampla defesa. Assim, o opinativo é de que não vislumbra a ocorrência de quaisquer das nulidades previstas no art. 18 do RPAF, razão de se filiar à Decisão recorrida de afastar a nulidade suscitada.

No mérito, diz que melhor sorte não guarnece o recorrente que mais uma vez não trouxe aos autos provas capazes de afastar as imputações, além daquelas que já foram objeto de reconhecimento.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª instância, no que tange a todas as infrações do lançamento de ofício, com exceção da sexta exceção, a qual foi reconhecida pelo sujeito passivo.

Inicialmente, concordo com o recorrente que deveria constar da intimação, à fl. 2.147 dos autos, o prazo previsto à época de 10 (dez) dias, a contar da data do seu recebimento, para o sujeito passivo interpor Recurso Voluntário contra a decisão da primeira instância, conforme art. 169, I, “b”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Contudo, tal falha foi sanada com o recorrente apresentando suas razões tempestivamente, às fls. 2.153 a 2.173 dos autos, exercendo, assim, plenamente o seu direito de defesa e contraditório, razão de rejeitar a preliminar de nulidade arguida.

No mérito, em relação às infrações 1 e 2, as quais exigem ICMS em decorrência de falta de recolhimento e recolhimento a menos, da análise dos demonstrativos de fls. 11 e 16 dos autos verifico que tais exigências decorrem em função dos valores utilizados pelo contribuinte como “OUTROS CRÉDITOS” no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), haja vista que os demais créditos e débitos consignados nos aludidos demonstrativos coincidem com os demais valores escriturados pelo contribuinte no referido livro fiscal.

Alega o apelante em sua defesa e ratificada em seu recurso voluntário que os valores contidos na rubrica “outros créditos” não foram reconhecidos pela autuante em sua integralidade, somente acautando como crédito a antecipação parcial e CIAP, deixando de acolher os valores nela escriturados referente ao crédito presumido da aquisição de frutas, conforme prevê o § 2º do Convênio ICM 44/75, ratificado pelo Convênio ICMS 94/05.

Por sua vez a autuante, em sua informação fiscal, diz que essa apropriação foi efetuada sem nenhum embasamento na legislação do Estado da Bahia e que tal fato é de conhecimento do contribuinte, visto que ele próprio, em 23/01/2007, efetuou consulta à SEFAZ, através do processo nº 00882/2007-9, tendo obtido resposta através do Parecer GECOT/DITRI nº 0821/2007, às fls. 2114/2115, ratificando o Parecer nº 14.744/2006, dando-lhe conhecimento quanto a impossibilidade de utilização dos créditos presumidos com base nos Convênios citados. Assim, o fisco conclui pela utilização indevida dos créditos fiscais, cujos valores ensejaram na falta de recolhimentos ou nos recolhimentos a menos identificados.

De fato, descabe razão ao recorrente no seu pleito de se considerar valores a título de créditos presumidos albergados nos citados Convênios, haja vista que em resposta a sua consulta oficiada à SEFAZ lhe foi informado que:

“Relativamente à matéria objeto da consulta informamos que o Convênio ICM 44/75 autoriza os Estados a isentar do ICM as saídas, promovidas por quaisquer estabelecimentos, dos produtos hortifrutigranjeiros

nele indicado. Entretanto, uma vez que a natureza desse convênio é autorizativa, o Estado da Bahia poderia ou não implementá-lo e não o fez; como pode ser constatado através do Convênio ICM 36/84 que autorizou este Estado a excluir do citado tratamento as operações interestaduais promovidas por contribuintes situados no seu território.

Nesse sentido, considerando que as disposições do Convênio 44/75 não foram implementadas pelo Estado da Bahia, não se aplica às operações de aquisição interestadual dos produtos nele indicados o disposto na sua Cláusula Primeira. Portanto, tais contribuintes não fazem jus ao crédito presumido ali estabelecido.

Uma vez que a consulente fez referência à maçã, deve ser frisado que a autorização prevista na cláusula primeira deixou de ser aplicada a este produto através do Convênio ICM 07/80, efeitos a partir de 03.07.80. De modo que ao receber este produto de outros estados o contribuinte da Bahia o faz com tributação normal.”

[...]

“Por fim, cumpre destacarmos que o Convênio ICMS 94/05, também de natureza autorizativa, não se reporta ao Estado da Bahia, mas tão somente aos Estados de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina, estando, por conseguinte, fora do nosso propósito de apreciação.”

Assim, diante de tal resposta específica ao sujeito passivo sobre a matéria, não poderia utilizar-se dos supostos créditos presumidos, uma vez que lhe foi comunicada a vedação de tal utilização, cabendo-lhe se ajustar à orientação recebida no prazo de vinte dias após a ciência da resposta à consulta, cuja observância, enquanto prevalecer o entendimento nela consubstanciado, o exime de qualquer penalidade, nos termos dos artigos 63 e 65 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Ademais, a natureza do Convênio ICMS 44/1975 é meramente autorizativa, e o mesmo não estava vigente neste Estado à época dos fatos. Há ainda de se ressaltar que o Convênio ICMS 94/2005, cuja cláusula segunda, citada pelo recorrente, estabelece que “*A faculdade prevista no § 2º da cláusula primeira do Convênio ICM 44/75, de 10 de dezembro de 1975, poderá ser aplicada na hipótese deste convênio*”, o Estado da Bahia não é signatário, logo não se aplica.

Também deve salientar que, conforme citado na Decisão recorrida, o Parecer GECOT/DITRI consignou que, “*Uma vez que a consulente fez referência à maçã*”, a autorização prevista na cláusula primeira do Convênio ICMS 44/1975 deixou de ser aplicada por intermédio do Convênio ICMS 07/1980, o qual estabelecia, na sua cláusula primeira, que “*A autorização prevista na cláusula primeira do Convênio ICM 44/75, de 10 de dezembro de 1975, deixa de aplicar-se às saídas de alho, amêndoas, avelãs, castanhas, nozes, peras e maçãs.*”, logo, claro e evidente que não cabia o crédito presumido, ora exigido.

Conforme legislação vigente à época no art. 14, I, “b”, do RICMS/97, as maçãs e peras foram tributadas até 10/12/2007, passando a serem tributadas apenas as operações interestaduais no período de 11/12/2007 a 13/08/2010, consoante Decreto nº 10654 de 10/12/07, e a partir daí à condição de isentas, nos termos do Decreto nº 12313, de 13/08/10.

Assim, diante de tais considerações, concluo pela subsistência das infrações 1 e 2, uma vez comprovado falta de previsão na legislação baiana para o aludido crédito presumido.

Quanto à infração 3, relativa à exigência de antecipação parcial do ICMS, o recorrente aduz que, inerente à data de ocorrência de 31/03/2007, a JJF não acatou o DAE (fl. 2074) no valor de R\$ 1.626,98, cujo código de recolhimento foi retificado (fl. 2078). Contudo, conforme Decisão recorrida, tal arrecadação não se presta a comprovar o valor exigido por se tratar de código retificado de 0759 (ICMS Regime Normal) para 1006, consoante pleito do próprio contribuinte, cujo código de receita retificado diz respeito a ICMS Substituição Tributária, o qual não elide a exigência relativa ao ICMS Antecipação Parcial (código 2175), conforme consta da Relação de DAEs à fl. 2.125 dos autos.

Inerente à alegação recursal de que o DAE (fl. 2076), no valor de R\$ 934,62 (relativo às notas fiscais de nº: 23745, 46512, 23875, 23926, 37462 e outras), não foi deduzido do ICMS antecipação parcial, verifico caber razão ao recorrente, visto que o demonstrativo, às fls. 18 e 19 dos autos, consigna tais documentos fiscais e apenas considera o recolhimento do valor de R\$ 789,66, relativo ao DAE à fl. 532, deixando de deduzir o valor acima de R\$ 934,62, consoante DAE à fl. 533 dos autos. Assim, o

ICMS antecipação parcial da ocorrência de 31/03/2007, originalmente exigido de R\$ 1.997,14, fica deduzido de R\$ 934,62, restando o valor de R\$ 1.062,52.

Quanto à data de ocorrência de 30/06/2007, na qual se exige a antecipação parcial de R\$ 74,39, conforme demonstrativo às fls. 20 a 22 dos autos, o recorrente aduz que tal valor decorre da nota fiscal nº 1505, do fornecedor BRB Importação e Exportação de Alimentos LTDA, que foi recolhida indevidamente no DAE de competência 07/07, à fl. 2.078. Da análise do aludido demonstrativo, observa-se que o ICMS tido como recolhido de R\$ 2.496,86 decorre dos DAEs às fls. 561 a 563, nos quais não consta a nota fiscal de nº 1505, apesar de a mesma compor do citado demonstrativo com o valor a exigir de R\$ 72,00. Assim, por considerar plausível a alegação do recorrente, do valor de R\$ 74,39, entendo comprovado o valor de R\$ 72,00, restando o ICMS antecipação parcial de R\$ 2,39 para a ocorrência de 30/06/07, relativo à infração 3.

Referente à data de ocorrência de 30/09/07, ainda da infração 3, o recorrente alega que o exigido de R\$ 158,12 decorre da nota fiscal de entrada nº 8974 (fl. 2079), cuja operação foi objeto de cancelamento, relativo ao fornecedor Evandro Buss, emitida em 13/09/07, no valor de R\$ 7.507,45. Contudo, tal alegação não elide o contribuinte da exigência do ICMS antecipação parcial, uma vez que, apesar de comprovar o cancelamento do documento fiscal de nº 8974, conforme fls. 2.176 a 2.179 dos autos, tal operação efetivamente se realizou através da nota fiscal de nº 8975, à fl. 2.180, conforme atesta o próprio recorrente (fl. 2.161), logo, permanece o valor exigido de R\$ 158,12.

Inerente às datas de ocorrências de 31/12/07, 31/01/08, 29/02/08, 30/04/08 e 31/05/08, o recorrente aduz que todas têm como origem as aquisições efetuadas junto ao fornecedor Lecoal Com. e Imp. e Exp. de Produtos Alimentícios Ltda, sendo indevida a glosa dos créditos fiscais já que o emitente só teve sua inscrição cancelada em 31/03/2008, data posterior a emissão dos documentos fiscais, conforme consulta ao Cadastro SINTEGRA/ICMS do Estado de São Paulo, cuja prova a JF entende insuficiente, do que discorda o apelante e cita a boa-fé objetiva nas relações comerciais com a citada empresa.

Contudo, da análise do demonstrativo às fls. 26 a 34 dos autos, verifica-se que a glosa dos créditos fiscais relativos a tal fornecedor só ocorreu nos meses de janeiro a maio de 2008, logo, em consequência, por inexistir glosas de créditos fiscais no mês de dezembro/2007, deve-se manter o valor do ICMS da antecipação parcial de R\$ 4.086,54, nele originalmente consignado, haja vista que não procede a outra alegação recursal de que a aludida exigência refere-se às mercadorias que estavam amparadas sob a isenção fiscal, no caso maçã e pera, conforme o art. 14, I, do RICMS, não cabendo a antecipação parcial. Há de se ressaltar que o levantamento fiscal de fl. 27 dos autos comprova a exigência da antecipação parcial de maçã e pera até 10/12/2007, data limite que havia tributação das mesmas. Mantida o valor da antecipação parcial de R\$ 4.086,5 para 31/12/2007.

Entretanto, em relação aos demais meses acima impugnados, entendo caber razão ao recorrente, pois se trata de exigência do ICMS antecipação parcial e não de apropriação de crédito fiscal, cuja exigência refere-se à infração 4. Assim, nos termos do art. 12-A da Lei nº 7.014/96, a exigência da antecipação parcial do imposto ocorre mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição. Portanto, na exigência da antecipação parcial do ICMS não cabe qualquer glosa de crédito fiscal destacado no documento fiscal, em razão do emitente se encontrar inapto no cadastro do contribuinte, visto que a antecipação parcial é um *mero adiantamento do imposto devido pela alíquota interna*, exigindo-se a diferença entre a alíquota interestadual e a interna.

Porém, da análise dos demonstrativos de apuração do ICMS antecipação parcial, às fls. 18 a 35 dos autos, verifica-se que o levantamento fiscal foi equivocado, pois, para a exigência do tributo aplicou a alíquota interna de 10% em vez da alíquota de 17%, de cujo débito deduziu o crédito de 7% constante das notas fiscais. Assim, o cálculo da antecipação parcial de todas as notas fiscais, com exceção apenas das notas fiscais que glosou os créditos, foi calculada a menos, conforme exemplo a seguir:

Nota fiscal nº 2515, de 14/01/08, à fl. 30, relativa à aquisição de alho no Estado de São Paulo, no valor de R\$ 1.275,00, à alíquota de 17% resulta o débito de R\$ 216,75, o qual deduzido do crédito de R\$ 89,25, apura-se o ICMS antecipação parcial de R\$ 127,50, ou seja, valor correspondente a 10% da operação (diferença da alíquota de 17% e 7%). Entretanto, no levantamento fiscal foi debitado R\$ 127,50 (alíquota de 10% e não de 17%) e deduzido o crédito de R\$ 89,25, resultando o ICMS antecipação parcial de R\$ 38,25. Portanto, a menos no valor de R\$ 89,25.

Por outro lado, no caso das notas fiscais cujos créditos foram glosados, tal recolhimento a menos não ocorreu, visto que o valor do imposto exigido a menos no levantamento fiscal corresponde exatamente ao valor do crédito indevidamente glosado, conforme exemplo a seguir:

Nota fiscal nº 4942, de 09/01/08, à fl. 30, relativa à aquisição de alho junto à Lecoal (SP), no valor de R\$ 1.520,00, à alíquota de 17% resulta o débito de R\$ 258,40, o qual deduzido do crédito de R\$ 106,40, glosado pelo fisco, apura-se o ICMS antecipação parcial de R\$ 152,00, ou seja, valor correspondente a 10% da operação (diferença da alíquota de 17% e 7%), cujo valor é o efetivamente exigido no levantamento fiscal.

Assim, diante de tais considerações, conclui-se que, apesar de caber razão ao recorrente de que na antecipação parcial do ICMS é indevida a glosa do crédito das notas fiscais emitidas pela Lecoal Com. e Imp. e Exp. de Produtos Alimentícios Ltda, tal glosa não resultou em exigência a mais do ICMS antecipação parcial, em razão da alíquota interna aplicada sobre a base de cálculo de 10% e não de 17% no levantamento fiscal, para cálculo do débito a ser deduzido do crédito fiscal.

Mantidas as exigências atinentes às datas de ocorrências de 31/12/07, 31/01/08, 29/02/08, 30/04/08 e 31/05/08, relativas à terceira infração.

Quanto à data de ocorrência de 31/07/08, ainda da infração 3, cuja alegação recursal é de que não se considerou o crédito de ICMS da NF 218 da empresa Frutalhos Coml. de Alimentos Ltda., sob a alegação do fornecedor se encontrar com inscrição cancelada, também pelos motivos já expostos, em relação ao fornecedor Lecoal Com. e Import. Ltda, mantenho a exigência original de R\$ 126,00.

Por fim, em relação à data de ocorrência 31/11/08 da infração 3, no valor exigido de R\$ 705,53, conforme demonstrativo às fls. 34 e 35 dos autos, alega o recorrente que decorre da NF 318890, cuja mercadoria efetivamente ingressou na Bahia, em 12/08, cujo recolhimento consta do DAE de competência 12/08. Da análise do aludido demonstrativo, observa-se que o ICMS tido como recolhido de R\$ 2.319,31 decorre do DAE à fl. 1.583, no qual não consta a nota fiscal de nº 318890, apesar de a mesma compor do citado demonstrativo com o valor a exigir de R\$ 705,00. Assim, por considerar plausível a alegação do recorrente, entendo comprovado o valor de R\$ 705,53, sendo R\$ 705,00 relativo à nota fiscal nº 318890, cujo imposto foi recolhido no DAE à fl. 2.090, e R\$ 0,53 relativo à nota fiscal nº 8773, constante do levantamento de fl. 35, inerente à maçã e pera, cuja operação interna à época era isenta de tributação, sendo indevida a exigência da antecipação tributária, nos termos do art. 12-A, § 1º, I, da Lei nº 7.014/96, sendo insubsistente a exigência relativa à data de ocorrência de 30/11/2008 da terceira infração.

Do exposto, a infração 3 subsiste parcialmente no valor de R\$ 8.375,27, após a redução do valor exigido na data de 31/03/2007 para R\$ 1.062,52 e na data de 30/06/2007 para R\$ 2,39, como também da insubsistência da exigência em 30/11/2008, mantendo-se os demais valores.

Em seguida, inerente à infração 4, na qual se reclama a utilização indevida de crédito fiscal referente a documentos falsos ou inidôneos, conforme demonstrativos às fls. 39 e 40 dos autos, o recorrente, em relação à data de ocorrência de 31/03/2007, cuja exigência é de R\$ 585,61, diz que a autuante não acatou o DAE de competência 03/07, recolhido em 20/08/07, sob o código 0759, (ICMS normal), retificado para o código 1006 (ICMS Substituto), às fls. 2.074/2.075, no valor de R\$ 1.626,98 mais acréscimos moratórios de R\$ 226,25, perfazendo um total de R\$ 1.853,23, inerente às notas fiscais nº 40, 49, 52, 53, 55 e 61, às fls. 1.651, 1652 e 2.091 a 2.094 dos autos.

Da análise destas notas fiscais observo que foram emitidas pelo próprio recorrente, sob os códigos fiscais de operação nº 1102 e 2102, para dar entradas de mercadorias adquiridas junto a estabelecimentos na condição de não habilitados, consoante documentos às fls. 41 a 44 dos autos, cujo DAE foi retificado para alterar o código de 0759 para 1006 e consignar as notas fiscais de entradas de nº 40, 49, 52, 53, 55 e 61, dentre outras, as quais foram objeto da exação fiscal, conforme requerimento datado de 08/11/2007, à fl. 2.075 dos autos, cuja alteração se processou, consoante fl. 2.125 dos autos.

Sendo assim, ocorrendo o recolhimento do imposto pelo adquirente quando das entradas das mercadorias, na condição de responsável solidário pelo pagamento do imposto devido pelo contribuinte de direito, conforme previsto no art. 6º, VIII, da Lei nº 7.014/96, é direito do contribuinte adquirente a utilização do respectivo valor recolhido como crédito fiscal, consoante previa o art. 93, I, do RICMS/97, em respeito ao princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Em relação à nota fiscal nº 6721, à fl. 1.673 dos autos, emitida 09/03/07 pela FRUTÍCOLA Colônia Comércio de Gêneros Alimentícios Ltda (SP), observa-se que a emitente se encontrava com a situação cadastral inapta desde 31/10/06, conforme extrato à fl. 41 dos autos, sendo tal documento, acertadamente, considerado inidôneo para efeito de utilização de crédito fiscal pelo adquirente, nos termos do art. 44, II, “g”, da Lei nº 7.014/96, sendo vedado o crédito fiscal conforme previsto no art. 97, VII, RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores.

Do exposto, remanesce a exigência de R\$ 189,00 na data de 31/03/07 para a infração 4.

Quanto à data de ocorrência de 31/03/08, a exigência do crédito decorre das notas fiscais de nº 5178 (fl. 2096) e 5308 da empresa Lecoal Com. e Import. e Export. de Produtos Alim. LTDA., entradas no estabelecimento do recorrente em 03 e 28 de março de 2008, conforme demonstrativo à fl. 39 e Registro de Entradas às fls. 657 e 669 dos autos, tendo o emitente sido considerado inapto em 31/03/2008, consoante extrato à fl. 47 dos autos. Assim, à época da emissão das notas fiscais, o fornecedor encontrava-se com sua situação cadastral normalizada, sendo idôneos os documentos fiscais e, em consequência, o recorrente tinha direito ao crédito fiscal, sendo indevida a sua glosa. Logo, cabe razão ao recorrente ao alegar que a empresa só teve sua inscrição cancelada em 31/03/08, data posterior a emissão do documento. *Excluída a exigência* no valor de R\$ 903,00, relativa à data de ocorrência de 31/03/2008 *da infração 4.*

Contudo, inerente às datas de ocorrências de 30/04/08 e 31/05/08, pelas razões expostas acima *des-cabe a alegação recursal* no que diz respeito às notas fiscais nº: 5344, emitida em 02/04/2008 (fl. 675); NF 5508 e 5529, emitidas em maio de 2008 pela empresa Lecoal Com. e Import. e Export. de Produtos Alim. LTDA., período que o remetente já se encontrava com sua situação cadastral irregular, sendo tal documento, acertadamente, considerado inidôneo para efeito de utilização de crédito fiscal pelo adquirente, nos termos do art. 44, II, “g”, da Lei nº 7.014/96, sendo vedado o crédito fiscal como previsto no art. 97, VII, RICMS/97, à época dos fatos geradores. *Mantidas as exigências.*

No tocante à data de ocorrência de 31/07/08, ainda na infração 4, com exigência do crédito de ICMS de R\$ 126,00, relativo à nota fiscal nº 218, à fl. 2.095 dos autos, emitida em 14/07/08 pela empresa Frutalhos Comercial de Alimentos Ltda., a glosa decorre do fato de o fornecedor se encontrar com sua situação cadastral irregular desde 30/04/2008, conforme extrato à fl. 45 dos autos, sendo considerado o documento fiscal inidôneo. Mantida a exigência.

Do exposto, a infração 4 subsiste parcialmente no valor de R\$ 1.088,50, após a redução do valor exigido na data de 31/03/2007 para R\$ 189,00 e da insubsistência da exigência em 31/03/2008, mantendo-se os demais valores.

Quanto à infração 5, a qual exige diferença entre alíquotas de mercadorias adquiridas para consumo, o recorrente alega que as ocorrências de: 31/05/07; 31/07/07; 30/09/07; 31/10/07; 31/01/08; 29/02/08; 31/03/08; 30/04/08;- 31/05/08;- 30/06/08; 31/07/08 e 30/11/08, são aquisições relativas à embalagem utilizadas para comercialização de produtos tributáveis e não para consumo do estabelecimento,

do que anexa fotos como demonstração às fls. 2.198 a 2.200 do autos, descabendo a exigência do ICMS de diferencial de alíquota, conforme art. 93 do RICMS/97, que permite o crédito do ICMS.

Da análise do demonstrativo de fls. 36 a 38, verifico que as notas fiscais nele consignado parte se encontra às fls. 2.006 a 2.032 dos autos, as quais permitem concluir que cabe razão parcial ao recorrente quanto à sua alegação de se tratarem de materiais de embalagem. A título de exemplos, cito as notas fiscais nº 1437 e 1449, às fls. 2.029 e 2.030, emitidas pelo fornecedor “Primos Embalagens Ltda.”, nas quais consignam, respectivamente, 2.000 sacos perfurados e redes para frutas. Assim, por coerência, considero todos os itens “ENVELOPE PARA EMBALAGEM” do aludido demonstrativo como material de embalagem, inclusive quanto aos demais fornecedores: Coop. Agric. Juazeiro da Bahia Ltda (PE) e Fábio Augusto Neto, sendo indevidas as exigências relativas. O mesmo se sucede em relação à aquisição de “SACO DE RAFIA – VERDE”, inerente aos meses de maio e julho de 2007.

Entretanto, em relação às aquisições de: material gráfico, material de escritório, fardamento e tábua, há de se considerar como material de uso e consumo, sendo devida a exigência nos moldes:

31/08/07 – ICMS de R\$ 11,60, relativo à aquisição de material gráfico na nota fiscal nº 42.197;

30/09/07 – ICMS de R\$ 5,99, relativo à aquisição de material de escritório na nota fiscal nº 89.738;

30/11/07 – ICMS de R\$ 12,58. Mantido o valor original, não recorrido;

30/04/08 – ICMS de R\$ 13,60, relativo à aquisição de fardamento na nota fiscal nº 98372;

31/07/08 – ICMS de R\$ 16,00, relativo à aquisição de tábua na nota fiscal nº 456;

30/11/08 – ICMS de R\$ 129,33, relativo à aquisição de fardamento na nota fiscal nº 111.001;

31/12/08 – ICMS de R\$ 1.171,13, conforme Decisão recorrida, não questionada.

Do exposto, a infração 5 subsiste parcialmente no valor de R\$ 1.360,23.

Por fim, quanto à infração 7, relativa à utilização indevida de crédito fiscal proporcional à aquisição de embalagens para mercadorias com saídas isentas, o recorrente alega que se refere a caixa de papelão utilizado no acondicionamento de maçãs, peras e uvas passas, produtos tributáveis. Contudo, da análise do demonstrativo à fl. 51 dos autos, verifica-se a exatidão da exigência, a qual vincula o percentual de operações com mercadorias isentas apurado na própria escrita fiscal do contribuinte, o qual não logrou elidi-lo. Assim, acompanho a Decisão recorrida de que a utilização de créditos fiscais decorrentes da aquisição de material de embalagem fica condicionada ao cálculo da proporcionalidade das operações tributadas de mercadorias. Item subsistente.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 70.238,08, após manter na íntegra as infrações 1, 2, 6 e 7, e reduzir as infrações: “3” para R\$ 8.375,27; “4” para R\$ 1.088,50 e “5” para R\$ 1.360,23, conforme especificado nos próprios itens.

VOTO DIVERGENTE (Quanto às infrações 1 e 2)

Peço vênha para divergir do ilustre Conselheiro Relator quanto às infrações 1 e 2, pois entendo que assiste razão ao recorrente.

Em resumo, as referidas infrações giram em torno da aplicabilidade do Convênio ICM 44/75, em consonância com o Convênio 94/05, os quais estabelecem que:

Convênio ICM: “§ 2º Quando a unidade da Federação não conceder a isenção autorizada nesta cláusula, fica assegurado ao estabelecimento que receber de outros Estados os produtos ali indicados, com isenção do ICM, um crédito presumido equivalente ao percentual da alíquota interestadual do imposto.” – grifei

Convênio 94/05: Cláusula segunda A faculdade prevista no § 2º da cláusula primeira do Convênio ICM 44/75, de 10 de dezembro de 1975, poderá ser aplicada na hipótese deste convênio.

O recorrente aduz que, na primeira fundamentação observa-se a existência da previsão de faculdade do crédito presumido e, na segunda, uma ratificação de tal previsão. Assim, o recorrente reconhece que os produtos são tributados na Bahia, porém, o que não aceita é a glosa do crédito previsto nos respectivos convênios, nas compras em estados que não geram o crédito, ou seja, o direito de se creditar presumidamente, explicitamente previsto no Convênio 44/75 § 2, e ratificado no Convênio 94/05 cláusula 2ª.

Com o devido respeito ao nobre Relator, a tese recursal é simplesmente irrefutável, pois o Convênio ICM 44/75 estabelece de forma cogente o direito de o contribuinte utilizar créditos presumidos referentes às mercadorias mencionadas, quando a unidade da Federação não conceder a isenção autorizada no aludido convênio.

Observo que o único argumento trazido pelo ínclito Relator para fundamentar seu voto foi o fato de que a SEFAZ respondeu uma consulta requerida pelo recorrente em 23/01/2007, através do processo nº 00882/2007-9, conforme Parecer GECOT/DITRI nº 0821/2007 (fls. 2114/2115), no sentido de que o contribuinte não poderia utilizar os créditos presumidos com base nos convênios citados.

É evidente que a obrigação tributária não nasce a partir de resposta a consultas apresentadas pela Administração Tributária, já que tal procedimento tem por objetivo apenas formalizar o entendimento do Fisco sobre determinada matéria, mas se tal entendimento estiver equivocado à luz da legislação, doutrina e jurisprudência, não poderá ser aplicado, estando este e. CONSEF livre para reapreciar a matéria.

Analisando o mencionado Parecer, vejo que a tese sustentada pela DITRI é no sentido de que o Convênio ICM 44/75 é meramente autorizativo, já que faculta aos estados signatários (dentre eles a Bahia) conceder isenção para os produtos hortifrutigranjeiros nele indicado. A partir de tal premissa, a DITRI conclui que, por não ter o Estado da Bahia implementado as isenções, os contribuintes não fazem jus ao crédito presumido estabelecido no convênio.

Com o devido respeito, o Parecer GECOT/DITRI nº 0821/2007 não pode prevalecer, pois afronta a legislação em vigor. O fato de ser o Convênio ICM 44/75 autorizativo impede, obviamente, a concessão de isenção aos produtos hortifrutigranjeiros nele indicado, já que o Estado da Bahia não a implementou. Entretanto o que se discute nas infrações 01 e 02 é a glosa do crédito presumido alusivo às operações de aquisição de mercadorias que gozam da referida isenção junto aos estados remetentes, e não a sua isenção pelo Estado da Bahia.

É importante esclarecer que o Convênio ICM 44/75 é autorizativo apenas quanto às regras de isenção, mas é cogente quanto ao direito de utilização do crédito presumido decorrente da aquisição das mercadorias isentas. Assim, jamais poderia a SEFAZ/BA impedir que o recorrente utilizasse referidos créditos, de modo que o Parecer GECOT/DITRI nº 0821/2007 é inteiramente equivocado e contradiz os termos do convênio firmado pelo Estado da Bahia.

Demais disso, divirjo do ilustre Relator também quanto à tese de que o Convênio ICM 44/75 não estaria mais em vigor à época dos fatos. Apesar de ser uma norma relativamente antiga, referido convênio ainda não foi revogado, logo continua produzindo efeitos normalmente, nos termos do artigo 150, § 2º, XII, g, da Constituição Federal.

Outro ponto de divergência diz respeito ao fato de que o Estado da Bahia não é signatário do Convênio ICMS 94/2005. Em verdade, a utilização do crédito presumido pelo contribuinte não está fundada no mencionado Convênio ICMS 94/2005, mas sim no Convênio ICM 44/75. É que o recorrente apenas cita o recente Convênio 94/75 para demonstrar a vigência do antigo Convênio 44/75, já que um faz referência ao outro.

Portanto, o fato de não ser o Estado da Bahia signatário do Convênio ICMS 94/2005 é de todo irrelevante ao caso ora em análise, pois não é ele o fundamento da tese recursal, já que a vigência do

Convênio ICM 44/75 se constata pelo simples fato de jamais ter sido revogado, expressa ou tacitamente, art. 2º, § 1º, do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do RECURSO VOLUNTÁRIO para julgar IMPROCEDENTES as infrações 01 e 02.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER EM PARTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **277829.0026/11-5**, lavrado contra **COMERCIAL DE FRUTAS LIDER LTDA. (FRUTAS LIDER)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 70.238,08**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 29.434,84; 60% sobre R\$ 39.714,74, e 100% sobre R\$ 1.088,50, previstas no art. 42, I, “a”; II, “b”, “d”, e “f”; VII, “a”, e IV, “j”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já pagos.

VOTO VENCEDOR (Infrações 1 e 2) – Conselheiros(as): Álvaro Barreto Vieira, Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO DIVERGENTE (Infrações 1 e 2) – Conselheiros: Leonardo Baruch Miranda Souza e Edmundo José Bustani Neto.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2013.

FERNANDO A. BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

LEONARDO BARUCH MIRANDA SOUZA – VOTO DIVERGENTE
(Quanto às infrações 1 e 2)

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. PGE/PROFIS