

**PROCESSO** - A. I. Nº 278906.0039/06-7  
**RECORRENTE** - COOBAHIA-COOPERATIVA BAHIA OESTE  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0326-04/06  
**ORIGEM** - INFAZ BARREIRAS  
**INTERNET** - 21/05/2007

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0165-12/07

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. É nula a Decisão que não tiver se manifestado sobre argumento apresentado na defesa e vinculado diretamente ao objeto material do lançamento. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova Decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra o Acórdão JJF Nº 0326-04/06, da 4ª JJF, que, por unanimidade, julgou Procedente o Auto de infração em lide, no qual o recorrente foi acusado de ter recolhido a menos o ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo imposto diferido.

O autuado apresentou defesa, a informação fiscal foi prestada e, em seguida, o Auto de infração foi julgado procedente, tendo o ilustre relator da Decisão recorrida proferido o seguinte voto:

*O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS devido em razão do recolhimento a menor do tributo no término da fase de diferimento, em operação de saída interestadual, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido.*

*Em relação às alegações pertinentes à inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, ressalto que tal matéria, de acordo com o artigo 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador.*

*O Autuado, em sua peça defensiva, argumenta que é cooperativa e em razão disso não realiza operações mercantis com o objetivo de lucro, apenas recebe a produção pelos cooperativados e efetiva a comercialização de tais produtos. Entende que a autuação em lide não procede, tanto porque as operações de entradas se constituem em meras formalidades sem conteúdo econômico, quanto pela razão de que os valores consignados nas saídas o foram por força de norma editálicia para leilões. Afirma ainda que a real base de cálculo sobre a qual deve incidir a alíquota e cobrança do ICMS é a operação de saída efetivada pelo autuado, pois, é esta que remunera o produtor associado com a definição do preço.*

*De acordo com o art. 342 do RICMS/BA, a substituição tributária por diferimento diz respeito às situações em que, segundo a lei, a responsabilidade pelo pagamento do imposto incidente sobre determinada operação ou prestação efetuada no presente é transferida para o adquirente ou destinatário da mercadoria ou usuário do serviço, na condição de sujeito passivo por substituição vinculado a etapa posterior, ficando adiados o lançamento e o pagamento do tributo para o momento em que ocorrer determinada operação.*

*Da análise dos documentos constantes do presente PAF, constatei que a empresa é uma cooperativa agrícola, portanto, está incluído entre os contribuintes do ICMS. Adquire a produção de seus associados para posterior comercialização e neste caso, efetuou as saídas destes produtos para estabelecimentos situados em outras unidades da federação.*

*O art. 343 do RICMS diz que é diferido o lançamento do ICMS nas operações relacionadas com cooperativas de produtores para o momento em que ocorrer a saída subsequente do produto. No caso em tela, a base de cálculo do imposto que vigorou até 15/08/06 é o valor da operação, sendo esta tributada, quando o termo final do diferimento for à saída, do estabelecimento do responsável, da mercadoria ou do produto dela resultante, desde que não inferior ao preço praticado pelo contribuinte substituído, acrescido das despesas de transporte e das demais despesas que a tenham onerado até o ingresso no estabelecimento do responsável por substituição.*

*A alteração nº 80, que entrou em vigor a partir de 16/08/06, modificou a base de cálculo para o valor da operação, sendo esta tributada, quando o termo final do diferimento for a saída, do estabelecimento do responsável, da mercadoria ou do produto dela resultante, entretanto, a ação fiscal foi iniciada em 17/04/2006 e de acordo com o art. 65 do RICMS até aquela data a base de cálculo do imposto não poderia ser inferior ao preço praticado pelo contribuinte substituído e constantes das notas fiscais de entradas dos produtos. Dessa forma entendo que a infração é subsistente.*

*Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

Inconformado com a Decisão proferida, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, onde alega que o Acórdão recorrido merece ser reformado, uma vez que a primeira instância deixou de apreciar os argumentos expendidos na defesa, bem como incorreu em impropriedade no que tange à natureza e efeito das operações realizadas.

Explica que é uma cooperativa agrícola, regularmente constituída, inscrita no cadastro estadual como contribuinte do ICMS, porém, ao contrário do afirmado na Decisão recorrida, não adquire a produção dos seus cooperados, mas a recebe de forma não onerosa e provisória, sem qualquer efeito econômico. Diz que a primeira instância, ao afirmar que a cooperativa adquire a produção de seus associados, partiu de uma premissa falsa e, em consequência, chegou a uma conclusão equivocada e carente de fundamentação válida.

Após transcrever o disposto no art. 3º da Lei nº 5.764/71 – *Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro* – o recorrente frisa que nada produz, que não age em nome próprio e que não tem fim lucrativo. Diz que esses fatos característicos das cooperativas têm influências na determinação da base de cálculo do imposto na hipótese do diferimento, já que a base de cálculo necessariamente deve retratar uma operação mercantil. Aduz que o produtor rural associado só recebe o resultado da comercialização quando a cooperativa efetiva a saída do produto, momento em que diz ocorrer a mudança de titularidade do bem e o fato gerador do imposto estadual. Sustenta que as operações de entradas dos produtos na cooperativa constituem meras formalidades sem conteúdo econômico ou relevância jurídica para a tributação pelo ICMS, uma vez que os associados substituídos só recebem a remuneração com base nas saídas efetuadas pela cooperativa.

O recorrente diz que os valores constantes nas notas fiscais de saídas foram decorrentes de norma prevista em edital de leilões realizados nas modalidades “PROP” e “PEP-CONDER”, que exigiam preços mínimos a serem consignados nos documentos fiscais, para que pudesse a cooperativa usufruir da política de garantia de preços mínimos do Governo Federal. Diz que não causou prejuízo ao Estado. Frisa que o Acórdão recorrido nada disse sobre essas questões.

Tece considerações acerca do princípio da não-cumulatividade e, em seguida, afirma que a manutenção do lançamento acarreta prejuízo econômico-financeiro para os cooperados e para a cooperativa, pois haveria acumulação de saldo credor em favor da cooperativa e, como a utilização desse saldo credor é legalmente vedada, surge a inobservância do princípio da não-cumulatividade. Salienta que o Acórdão recorrido não se pronunciou sobre essa questão.

Alega que o Regulamento do ICMS não previu a situação que ocorre quando se trata de operações com cooperativas, pois, quando o produtor entrega a sua produção para a cooperativa, o próprio associado é a cooperativa, a qual efetivará a comercialização em nome do associado. Para embasar suas alegações, transcreve o disposto no art. 342 do RICMS-BA.

Explica que a redação do inc. I do art. 54 do RICMS-BA anterior à Alteração nº 80 previa que, nas operações realizadas com diferimento, a base de cálculo não poderia ser inferior ao preço praticado pelo contribuinte substituído. Todavia, essa redação não considerava a situação excepcional que ocorria quando se tratava de operação realizada por meio de cooperativa, situação em que não havia aquisição de produto pela cooperativa. Diz que, no entanto, o inc. I do art. 65 do RICMS-BA, com a nova redação dada na Alteração 80, passou a prever que a base de cálculo era o valor das saídas efetivadas pelas cooperativas. Aduz que, relativamente ao inc. I do art. 65 do RICMS-BA, a modificação introduzida pela Alteração nº 80 tem caráter interpretativo, impondo a sua aplicação nos termos do art. 106, inc. I, do CTN. Para embasar suas alegações, cita o Parecer nº 133/2002, da PGE/PROFIS, que trata de operações de vendas de jóias e pedras preciosas a pessoas residentes no exterior.

Ao finalizar, o recorrente solicita a reforma da Decisão recorrida, para que o Auto de infração venha a ser julgado nulo ou improcedente.

Ao exarar o Parecer de fls. 519 e 520, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que não há razão para a nulidade da Decisão recorrida, pois o Acórdão recorrido trata especificamente sobre a questão da imposição dos valores consignados nas notas fiscais por força de norma editálica.

No mérito, a ilustre procuradora diz que os documentos acostados ao processo comprovam que o recorrente, como contribuinte do ICMS, adquire a produção de seus associados para posterior comercialização, efetuando as saídas dos produtos para estabelecimentos situados em outras unidades da Federação e, portanto, corretamente subsumida na hipótese prevista nos arts. 342 e 343 do RICMS-BA vigente à época.

Após afirmar que a Constituição Federal não proíbe a incidência de tributo sobre o ato cooperativado, conforme o Parecer CJ nº 611, da Consultoria Jurídica da Procuradoria Geral do INSS, a procuradora explica que as cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, constituídas para prestar serviços aos associados. Diz que, embora o interesse comum dos associados distinga as cooperativas das sociedades comerciais, ele não afasta a incidência do ICMS no momento em que promova a hipótese de incidência do tributo, conforme ocorre no caso em exame.

Alega a procuradora que não vislumbra nos autos a ocorrência de cumulatividade do ICMS que está sendo exigido do responsável por diferimento. Diz que a legislação foi aplicada corretamente, uma vez que a alteração nº 80 não possui o caráter interpretativo e é posterior ao lançamento em questão. Ao finalizar o seu Parecer, a ilustre procuradora opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário.

Na sessão de julgamento, foi concedido vista ao conselheiro Fauze Midlej, bem como foram acosta aos processo pelo patrono do recorrente os documentos de fls. 523/530.

## **VOTO**

Inicialmente, passo a apreciar as alegações de nulidade da Decisão recorrida por falta de análise de argumentos expendidos na defesa, o que teria implicado cerceamento de defesa.

Desde a defesa inicial, o recorrente vem argumentando que os valores constantes nas notas fiscais de saídas decorreram de norma prevista em edital de leilão realizado nas modalidades “PROP” e “PEP-CONDER”. Para comprovar esse argumento, o recorrente acostou ao processo farta documentação acerca desses leilões.

Após examinar a Decisão recorrida, ousou discordar do opinativo da PGE/PROFIS, pois entendo que a Junta de Julgamento Fiscal não se pronunciou sobre a tese defensiva pertinente à repercussão dos editais de leilões na formação dos preços utilizados pelo recorrente. Efetivamente, a primeira instância resume o argumento defensivo, porém a questão argüida na defesa não foi enfrentada. Para garantir o pleno exercício do direito de defesa, não basta que o argumento defensivo seja incluído no relatório, pois é fundamental que a tese sustentada pelo contribuinte seja apreciada e, com a devida fundamentação, venha a ser acolhida ou rechaçada. Ao analisar a Decisão proferida pela primeira instância, não consigo vislumbrar qual o posicionamento da Junta de Julgamento acerca da alegada influência dos editais de leilões sobre os preços empregados pelo recorrente. Além disso, observo que a primeira instância manteve-se silente acerca dos documentos trazidos na defesa – os quais, diga-se de passagem, importaram em dezenas de folhas.

No Recurso Voluntário, também foi dito que a primeira instância não se pronunciou sobre a argumentação defensiva pertinente ao princípio da não-cumulatividade do ICMS e às consequências da acumulação de saldos credores em favor da cooperativa, caso venha a ser mantida a autuação. Entendo que, mais uma vez, a Decisão recorrida deixou de apreciar argumento expendido na defesa, conforme se depreende da leitura do voto proferido pela Primeira Instância.

Nesta fase processual não é possível apreciar essas duas alegações defensivas, bem como examinar a consequência acarretada pelas provas anexadas na defesa, pois assim estaríamos incidindo em clara supressão de instância.

Pelo acima exposto, acolho as preliminares de nulidade suscitadas, pois alegações e provas apresentadas na defesa não foram apreciadas na Decisão recorrida, acarretando cerceamento do direito de defesa, o que nulifica a Decisão recorrida, nos termos do art. 18, II, do RPAF/99.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar nula a Decisão recorrida, devendo o processo retornar à Primeira Instância para saneamento e novo julgamento.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de infração nº **278906.0039/06-7**, lavrado contra **COOBAHIA-COOPERATIVA BAHIA OESTE**, devendo os autos retornar a 1ª Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de maio de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO – REPR. PGE/PROFIS