

PROCESSO - A. I. Nº 110424.0044/06-6
RECORRENTE - UNIBAHIA SOCIEDADE COOPERATIVA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0394-05/06
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 08/08/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0273-12/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIÇÃO DE ARGUMENTOS DEFENSIVOS. NOVA DECISÃO. A falta de apreciação de todos os argumentos alegados na peça impugnativa configura inobservância aos princípios da ampla defesa e do contraditório. 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 a Decisão da JJF que julgou Procedente o Auto de Infração contra si lavrado, o contribuinte através de advogado legalmente habilitado interpõe o presente Recurso.

O lançamento de ofício foi lavrado para exigir o ICMS no valor de R\$453.117,28, acrescido da multa de 60%, em razão do recolhimento a menos do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável.

Em seu voto o Sr. Julgador diz que a solicitação preliminar do autuado no sentido de que a autuação seja considerada nula não está devidamente apoiada por uma argumentação que possa invalidar a ação fiscal. Acrescentar, que o lançamento está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar a nulidade argüida, de acordo com o que dispõe o art. 18, do RPAF/99.

Rejeitou também o pedido de diligência formulado, uma vez que os elementos constantes nos autos eram suficientes para a formação da sua convicção, com base no o art. 147, inciso I, “a”, do RPAF/99.

No mérito, comenta que a alegação inicial do autuado é que se constitui em uma cooperativa sem finalidade lucrativa, e que não possui produção praticando apenas atos cooperativos em nome de seus sócios. Nega também o cometimento da infração, argumentando que as operações de entradas se constituem em meras formalidades sem conteúdo econômico ou relevância jurídica para tributação, uma vez que os associados substituídos somente recebem a remuneração com base nas operações de saídas. Disse também o autuado que os valores consignados nas saídas, por força de norma editalícia para leilões, apresentam preços mínimos a serem praticados, abordando em seguida o princípio da não-cumulatividade do imposto. Entendeu que a alteração nº 80, que modificou o art. 65, I, do RICMS/97, é uma norma interpretativa, e que não deve ser aplicada à redação anterior do dispositivo legal acima citado para os fatos geradores objeto da presente autuação. Acrescentou que, com a alteração do mencionado dispositivo passou a não se constituir em infração tributária o não recolhimento de ICMS sobre os valores pertinentes às entradas, e que dessa forma, baseado no art. 106, I, do CTN, deve ser aplicada a retroatividade benigna.

Entendeu “*que da análise dos elementos constitutivos do PAF, não assiste razão ao autuado. Observa que é o autuado é contribuinte responsável pelo recolhimento do imposto diferido quando ocorre a saída de seu estabelecimento do algodão em pluma, conforme determina o art. 343, I, do RICMS/97 que transcreve. Na época da ocorrência dos fatos geradores, objeto da*

autuação, o art. 65, I e II, do RICMS/97, apresentava uma redação diversa da atual e que foi transcrita no relatório.”

A alteração nº 80 (Decreto nº 10072, de 15/08/06), mencionada pelo autuado, que modificou a redação do inciso I acima transcrito, retirando a expressão *“desde que não inferior ao valor de que cuida o inciso seguinte* *“somente produziu efeitos a partir de 16/08/06.*

Como os fatos geradores da autuação ocorreram entre os meses de setembro/05 a abril/06, como bem frisou a autuante, deve prevalecer a redação anterior à alteração nº 80, conforme disposição contida no art. 144, do CTN *(o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente ainda que posteriormente modificada ou revogada).*

Discordou do entendimento de que a mencionada alteração foi apenas interpretativa, e como alguns dos valores das operações de entradas (praticadas pelos contribuintes substituídos – produtores) foram em valores superiores aos valores das operações de saídas da cooperativa, entendeu correto o procedimento fiscal que confrontou tais valores, cobrando a diferença, quando o preço da saída era inferior ao preço da entrada, à luz da legislação vigente à época dos fatos geradores. Vota em consequência pela Procedência do Auto de Infração.

Em seu Recurso Voluntário o autuado, através de seu advogado, faz inicialmente considerações sobre a atividade da cooperativa, pois considera *“imprescindível para a clara compreensão da fundamentação contida nesta peça”*.

Diz que, como cooperativa não tem finalidade lucrativa, não possui produção e que apenas pratica atos cooperativos em nome de seus sócios. Equivoca-se a Decisão *“quando disse que a cooperativa “adquire a produção”, pois na verdade ela apenas recebe a produção dos seus associados de forma não onerosa e provisória”*. Explica mais uma vez que efetivada a produção pelos cooperativados associados, esta é entregue à cooperativa (autuado) para que a mesma possa efetivar a comercialização de tais produtos, e que para atingir este objetivo recebe a produção e a administra. Esclarece que a operação que irá remunerar o associado é a realizada pela cooperativa quando efetiva a venda/saída, entendendo que a operação de entrada (remessa do cooperado) é mera formalização por força estatutária e cumprimento de obrigação acessória. Diz que foi autuado por ter recolhido a menos o ICMS substituído por diferimento, sob o argumento de que os valores consignados nas notas fiscais de entradas emitidas estão superiores aos valores consignados nas notas fiscais de saídas. No entanto, nega o cometimento da infração, alegando que as operações de entradas se constituem em meras formalidades sem conteúdo econômico ou relevância jurídica para tributação, uma vez que os associados substituídos somente recebem a remuneração com base nas operações de saídas. Argumenta também que os valores consignados nas saídas, por força de norma editância para leilões, apresentam preços mínimos a serem praticados. Entende que não houve prejuízo para o Estado.

Aborda o princípio da não-cumulatividade, transcrevendo dispositivos do CTN, da Lei Complementar nº 87/96 e art. 342, do RICMS/97, com o intuito de amparar seu entendimento de que se procedente a ação fiscal, ficará consumada a contínua acumulação de saldo credor em favor da cooperativa no momento em que efetuar a operação em questão com valor inferior ao respectivo registro de entrada, gerando um pagamento a maior de ICMS do que o valor efetivo da operação. Afirma que a base de cálculo possível somente pode ser o valor da operação mercantil realizada. Transcreve o art. 65, I, do RICMS/97, dizendo que a alteração nº 80 que modificou esse dispositivo é uma norma interpretativa, corrigindo uma omissão quanto à especialíssima situação das cooperativas, no que pertine à base de cálculo a ser adotada no diferimento. Portanto, entende que não deve ser aplicada a redação anterior do dispositivo legal acima citado para os fatos geradores objetos da presente autuação, alegando que não existe, a rigor, adquirente na operação de envio da produção pelos produtores, pois aduz que a mesma possui natureza de ato cooperativo. Considera que a antiga redação do inciso I, do art. 65, tinha a intenção de regular as operações com diferimento entre contribuinte substituído e substituto distintos e não no caso de associado produtor e cooperativa. Diz, ainda, que com a alteração do mencionado dispositivo

passou a não se constituir em infração tributária o não recolhimento de ICMS sobre os valores pertinentes às entradas, dessa forma, entende que baseado no art. 106, I, do CTN, deve ser aplicada a retroatividade benigna. Cita também o art. 582 do RICMS e diz que não houve prejuízo para o Estado. Ao final repete também o que já havia posto quando da impugnação no sentido de que o preço a ser consignado nas notas fiscais de saídas é determinado nos contratos originados dos leilões, modalidade PROP e PEP-CONAB-MAPA (lançados pelo Governo Federal), pede a reforma da Decisão e que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

Em seu opinativo a Sra. procuradora inicialmente diz que o Recurso Voluntário repete *ipse literis* os argumentos já apresentados quando da impugnação revelando em consequência seu intuito meramente procrastinatório e não traz qualquer argumento fático ou jurídico capaz de modificar a Decisão de Primeira Instância administrativa que encontra-se irretocável e deve ser mantida integralmente. Embora o autuado insista na idéia de que não adquire e sim recebe a produção dos seus associados, os documentos fiscais constantes do PAF comprovam que o autuado, como contribuinte do ICMS, adquire a produção de seus associados para posterior comercialização efetuando saídas para outras unidades da federação e, portanto, corretamente subsumida na hipótese do art. 343 do RICMS. Cita e transcreve Parecer CJ da Consultoria Jurídica da Procuradoria Geral do INSS sobre o assunto. E acrescenta que as cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil constituídas para prestar serviços aos associados não afastando, porém a incidência do ICMS quando promova a hipótese de incidência do tributo. Não que falar-se no presente PAF em desrespeito a não-cumulatividade do ICMS. Também correta a aplicação da legislação no que concerne a aplicação da lei no tempo posto que a alteração nº 80 citada pelo autuado apenas ocorreu em data posterior à ocorrência do fato gerador e não tem característica interpretativa como pretende o recorrente. Opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Como vimos, a presente autuação refere-se ao recolhimento a menos do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido.

A acusação é de que o contribuinte recolheu o ICMS com base no valor de venda do produto diferido, e que, dessa forma, foram confrontados os valores das entradas com os das saídas, cobrando-se a diferença, quando o preço da saída era inferior ao preço da entrada.

A Sra. procuradora em seu opinativo sobre o Recurso Voluntário afirma que o ora apresentado nada mais é do que uma repetição dos argumentos já apresentados quando da impugnação e ali correta e devidamente apresentados. E acrescenta que na prática revela um caráter meramente procrastinatório. E conclui afirmando que não há nenhum argumento fático ou jurídico novo capaz de modificar a Decisão de primeira instância administrativa.

A insistente idéia do autuado de que não “adquire” e sim “recebe” a produção dos seus associados, é desmentida pelos documentos fiscais constantes do PAF, pois estes comprovam que o autuado, como contribuinte do ICMS, adquire a produção de seus associados para posterior comercialização efetuando saídas para outras unidades da federação e, portanto, corretamente subsumida na hipótese do art. 343 do RICMS.

Ocorre que há necessidade que a JJF analise a argumentação apresentada pelo contribuinte no sentido que sendo uma cooperativa as suas operações sujeitam-se a uma série de normas emitidas em particular pelo governo federal e que podem ter influenciado decisivamente para a formação da base de cálculo do ICMS.

Desta forma e a exemplo do que já ocorrera em processos anteriores, votamos no sentido de que sejam estes argumentos analisados pela JJF, pois esta omissão causa, de certa forma, uma diminuição do direito de defesa do ora recorrente.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para declarar NULA a Decisão de Primeira Instância, em consequência, deve o PAF retornar ao órgão julgador para proferir 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 **1100424.0044/06-6**, lavrado contra **UNIBAHIA SOCIEDADE COOPERATIVA**, devendo o PAF retornar à Junta de Julgamento Fiscal para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO- PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

ANGELI MARIA GUIMARAES FEITOSA – REPR. PGE/PROFIS