

PROCESSO - A. I. Nº 278906.0039/06-7
RECORRENTE - COOBAHIA - COOPERATIVA BAHIA OESTE
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0303-02/07
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 17/12/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0376-12/08

EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. TERMO FINAL (ALGODÃO). RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS PELO RESPONSÁVEL. Mediante a realização de diligência, restou comprovado que o valor constante na nota fiscal de entrada de algodão no estabelecimento do recorrente, uma cooperativa de produção, não refletia uma operação mercantil e, portanto, não poderia ser tomado como sendo o valor da base de cálculo do ICMS devido no encerramento do diferimento. Nessa situação, a base de cálculo do ICMS devido corresponde ao valor da operação de saída do algodão da cooperativa (operação que pôs termo ao diferimento). Modificada a Decisão recorrida. Infração não caracterizada. Afastada a preliminar de nulidade. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª JJF que, em Decisão não unânime, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$182.747,19, em razão de recolhimento a menos do imposto substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, conforme demonstrativos e documentos acostados às fls. 70 a 230.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 242 a 252), a informação fiscal foi prestada regulamente (fl. 481) e, em seguida, o Auto de Infração foi julgado procedente, conforme o Acórdão JJF nº 0326-04/06 (fls. 489 a 490).

Inconformado com a Decisão proferida pela 4ª JJF, tempestivamente o contribuinte apresentou Recurso Voluntário (fls. 502 a 515).

Por meio do Acórdão CJF Nº 0165-12/07 (fls. 531 a 534), a 2ª CJF deu Provimento ao Recurso Voluntário interposto e julgou nula a Decisão recorrida, por cerceamento de defesa. Foi determinado o retorno do processo à primeira instância para nova Decisão.

Notificado acerca da Decisão contida no Acórdão CJF nº 0165-12/07, o contribuinte acostou ao processo os documentos de fls. 540 a 567 (atos constitutivos da sociedade cooperativa, relação de cooperados, registro de entradas e substabelecimentos). Também anexou aos autos cópia do Acórdão JJF nº 0192-04/07, referente ao Auto de Infração nº 269189.3009/06-0, que trata de matéria idêntica a que se encontra em lide.

Em Decisão não unânime, a 2ª JJF julgou o Auto de Infração Procedente, conforme o Acórdão JJF Nº 0303/02/07 (fls. 588 a 595). Nessa Decisão, o ilustre relator explicou que os leilões realizados na modalidade PROP/PEP eram subvenções econômicas concedidas pelo governo federal e, portanto, não repercutiam no cálculo da exigência fiscal. Foi afastada a alegação de afronta ao princípio constitucional da não-cumulatividade e, em seguida, após citar o disposto nos artigos 343, inciso X, e 65, inciso I, tudo do RICMS-BA, concluiu o relator que a legislação citada foi aplicada corretamente pela fiscalização. Relativamente ao Acórdão JJF nº 0192-04/07, o relator explicou que

aquela Decisão não podia ser aplicada ao caso em tela, pois se tratava de Decisão de Primeira Instância, passível de modificação pelas Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

Por divergir do posicionamento contido no voto exarado pelo relator, o julgador José Bizerra Lima Irmão votou pela improcedência do lançamento. Ao proferir o seu voto discordante, o ilustre julgador explicou que a autuação em tela, apesar de envolver operações com algodão, nada tinha a ver com o inciso X do art. 343 do RICMS-BA, mas sim com o inciso I e ao art. 65 do citado Regulamento. Em seguida, o i. julgador fundamentou o seu voto na tese de que *“não houve operação anterior, e, por conseguinte, a base de cálculo há de ser a estabelecida na primeira parte do inciso I do art. 65, ou seja, a base de cálculo é o valor da operação de saída”*. Segundo o entendimento do i. julgador, nas remessas de mercadorias de produtores para cooperativas não há uma operação mercantil, uma vez que as mercadorias não mudam de titularidade, conforme prevê o art. 79 da Lei nº 5.764/71, cujo teor transcreveu.

Inconformado com a Decisão proferida pela 2ª JF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 683 e 684), alegando que o Acórdão JF Nº 0303-02/07 merece ser reformado.

Preliminarmente, o recorrente suscitou a nulidade do Auto de Infração, por inobservância do disposto nos incisos III e V do artigo 39 do RICMS-BA e nos incisos II e IV do artigo 18 do RPAF/99, uma vez que o autuante não especificou em qual inciso do artigo 343 o recorrente se enquadrava. Frisa que o mencionado dispositivo possui cerca de setenta incisos e, além disso, o algodão também possui o benefício do diferimento, previsto no inciso X do mesmo dispositivo do RICMS. Também alega que o autuante não indicou qual o inciso do art. 65 do RICMS-BA foi utilizado para apuração da base de cálculo da “operação” diferida. Ressalta que tal vício foi observado no voto discordante proferido pelo julgador José Bizerra Lima Irmão.

No mérito, o recorrente ressalta que nada produz e que o fornecimento dos produtos agrícolas pelos cooperados tem a natureza jurídica de um ato cooperativo, de acordo com o art. 79 da Lei das Sociedades Cooperativas. Menciona que as cooperativas agem em nome dos cooperados e que, no caso em tela, não há operação mercantil, já que não ocorreu alteração de titularidade da produção entregue à cooperativa. Adianta que acostou ao processo a relação dos seus associados e dos registros das entradas realizadas no período, o que diz comprovar que as entradas configuraram atos cooperativos não sujeitos à incidência do ICMS. Frisa que, ante a inexistência de uma operação mercantil, não ocorreu fato gerador do imposto.

O recorrente sustenta que, ao contrário do que consta na Decisão recorrida, não há aquisição de algodão dos cooperados. Diz que, apenas no momento da saída do referido produto da cooperativa, é que ocorre um fato econômico mensurável sujeito à tributação pelo ICMS. Assinala que, dessa forma, as notas fiscais de entradas destinam-se a acobertar o ato cooperativo, não ocorrendo qualquer operação mercantil.

Destaca o recorrente que utilizando uma interpretação teleológica do disposto no artigo 65 do RICMS-BA, com a redação anterior à Alteração nº 80, *depreende-se que a base de cálculo para recolhimento do imposto, em que o termo final do diferimento for a saída, é o valor da operação de saída, desde que o preço não seja inferior ao valor praticado na operação realizada pelo contribuinte substituído*. Em seguida, conclui que como não há “operações” anteriores, prevalece a regra geral de que a base de cálculo a ser observada é o valor das operações de saída da cooperativa. Sustenta que não reconhecer tal interpretação representa uma afronta ao artigo 110 do CTN, que prevê que a legislação tributária não poderá alterar a definição, o conteúdo e o alcance de dispositivos, formas e conceitos de direito privado utilizados pela Legislação Federal.

O recorrente explica que o valor da base de cálculo consignada nas notas fiscais de saída dos cooperados para cooperativa foi determinado por força de normas constantes em editais de leilões modalidades PROP e PEP-CONAB, as quais exigiam a consignação de preços mínimos. Assinala que, no entanto, nas saídas da cooperativa foi utilizado o preço da operação, tendo sido recolhido corretamente o ICMS. Diz que os cooperados receberam a remuneração da produção com base nos leilões da CONAB, e não conforme os valores constantes nos registros de entrada. Menciona que, na Decisão recorrida, o relator, equivocadamente, fez crer que as exigências

contidas nos editais nas modalidades PROP e PEP não exigiam a consignação de preços mínimos.

Após discorrer acerca do regime de diferimento e transcrever trechos de livros jurídicos, o recorrente afirma que antes da Alteração nº 80 (até 15/08/06) a base de cálculo do imposto não poderia ser inferior ao preço praticado pelo contribuinte substituído (art. 65, I, do RICMS-BA), porém, com o advento dessa Alteração, a base de cálculo passou a corresponder ao valor da operação de saída. Sustenta que a antiga redação do inc. I do art. 65 do RICMS-BA tinha a intenção de regular as operações com regime de diferimento entre contribuintes substituídos e substitutos distintos, e não no caso do associado produtor e sua cooperativa. Diz que essa modificação introduzida na legislação era interpretativa, o que autorizava a sua aplicação retroativa, nos termos do art. 106, inc. I, do CTN.

O recorrente discorre sobre o princípio constitucional da não-cumulatividade e, em seguida, afirma que caso o Auto de Infração seja julgado procedente, ficará consumado o não aproveitamento dos créditos fiscais e o pagamento a mais do imposto. Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo ou, no mérito, improcedente.

Ao exarar o Parecer de fls. 690 e 691, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que não há razão para a nulidade suscitada pelo recorrente, pois, no presente processo o direito de defesa foi exercido sem qualquer restrição, conforme comprovam as peças produzidas na defesa.

No mérito, a parecerista reitera o seu Parecer de fls. 519/520, onde afirma que os documentos fiscais acostados ao processo comprovam que o recorrente, como contribuinte do ICMS, adquire a produção de seus associados para posterior comercialização, efetuando as saídas destes produtos para estabelecimentos situados em outras unidades da federação e, desse modo, corretamente subsumida na hipótese prevista nos artigos 342 e 343 do RICMS-BA. Frisou que as cooperativas, embora distintas das sociedades comerciais em geral, são tributadas pelo ICMS quando promovem a hipótese de incidência do referido imposto estadual. Salientou que a modificação do RICMS-BA introduzida pela Alteração nº 80 ocorreu em data posterior ao lançamento em tela e não tem característica interpretativa, como pretende fazer crer o recorrente. Ao finalizar, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Na sessão de julgamento, por maioria, decidiu a 2ª CJF converter o processo em diligência à ASTEC do CONSEF, para que fosse informado: se os contratos acostados às fls. 273 e seguintes integram o montante das operações que compõem o presente Auto de Infração; se há contratos firmados entre os cooperados e a cooperativa que configurem atos mercantis de compra e venda. Também foi solicitado que as operações de natureza cooperativa fossem excluídas da autuação.

A diligência foi atendida, conforme o Parecer ASTEC nº 113/2008 (fls. 497/499).

Após afirmar que os contratos de fls. 273 a 357 não acobertavam o total das operações arroladas na autuação, o diligenciador explicou que os procedimentos adotados pelo recorrente e pelos produtores eram os seguintes: o cooperado (produtor) efetuava a venda de sua produção à cooperativa, sendo essa operação simbólica; a cooperativa vendia a produção ao cliente, sendo emitida nota fiscal com base no preço estabelecido em leilão da CONAB; o cliente efetuava o pagamento à cooperativa; a cooperativa realizava o pagamento ao produtor. Ao concluir seu Parecer, o diligenciador informou que os documentos de fls. 273/357 e a escrituração contábil do recorrente comprovam que *“não há desembolso de numerários por parte da cooperativa para o cooperado, enquanto não é concretizada a venda do produto e o conseqüente pagamento.”*

Notificado acerca do resultado da diligência, o autuante não se pronunciou (fl. 828).

Ao se pronunciar sobre a diligência, fls. 832 a 833, o recorrente afirmou que a diligência comprovou que as operações realizadas entre a cooperativa e seus associados não possuíam natureza jurídica de contratos mercantis de compra e venda, mas sim de atos cooperativos. Explicou que os contratos acostados ao processo são simbólicos e servem para dar trânsito às mercadorias e para acobertar a entrega da produção. Reiterou que não adquiria a produção dos cooperados, mas sim, em conformidade com o art. 79 da Lei nº 5.764/71, recebia os produtos agrícolas e os comercializava a fim de alcançar o seu objetivo social. Ao finalizar, o recorrente

requereu a improcedência da autuação.

Ao exarar o Parecer de fls. 836 e 837, a ilustre representante da PGE/PROFIS, em razão das conclusões esposadas pela ASTEC, modificou o seu opinativo anterior, para anuir às razões recursais, uma vez que restou comprovada a inocorrência de operações mercantis entre a cooperativa e os cooperados. Opinou pelo Provimento do Recurso Voluntário.

O doutor José Augusto Martins Junior, procurador assistente da PGE/PROFIS, às fls. 839 e 840, ratifica o Parecer de fl. 836/837.

VOTO

Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente, pois a acusação foi claramente descrita pelo autuante e, além disso, o demonstrativo que acompanha o Auto de Infração deixa evidente a acusação, o enquadramento legal e a apuração do valor lançado, não havendo, assim, qualquer cerceamento de defesa.

No mérito, o recorrente alegou que, nas operações listadas na autuação, nas saídas dos produtores para a cooperativa não houve operação de circulação de mercadorias. Todavia, os documentos de fls. 273 a 479, demonstravam que os cooperados alienavam o algodão à cooperativa, o que poria por terra a tese defendida pelo recorrente. Na sessão de julgamento, o patrono do recorrente asseverou que, apesar de documentos acostados ao processo serem referentes a operações de compra e venda, esses documentos não comprovaram a verdade dos fatos. Dessa forma, o processo foi convertido em diligência, para que fosse verificado se efetivamente as operações em tela eram ou não referentes a operações mercantis.

A diligência realizada pela ASTEC do CONSEF demonstrou que, nas operações ocorridas entre os cooperados e a cooperativa, não havia operações mercantis de compra e venda, mas sim atos cooperativos. Depreende-se do resultado dessa diligência que a importância consignada nas notas fiscais de entrada não se referia ao efetivo valor da aquisição das mercadorias, mas sim o valor indicado pelo Governo Federal, não podendo, assim, servir de parâmetro para o confronto com o preço de saída do produto do estabelecimento.

Comprovado que não houve operação mercantil anterior à saída do algodão do Estado da Bahia, a base de cálculo da operação que pôs termo ao diferimento é a estabelecida na primeira parte do inciso I do artigo 65 do RICMS-BA, ou seja, o valor consignado na nota fiscal de saída do estabelecimento do recorrente, o que acarreta a improcedência da autuação.

Pelo acima exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 278906.0039/06-7, lavrado contra **COOBAHIA - COOPERATIVA BAHIA OESTE**.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO – REPR. DA PGE/PROFIS