

A. I. N° - 206920.0008/18-6
AUTUADO - COPALEM COOPERATIVA DE PRODUTORES RURAIS DE LUÍS
- EDUARDO MAGALHÃES LTDA
AUTUANTES -CARLOS AUGUSTO DE BARBOSA NOGUEIRA e MARCO ANTONIO
MACHADO BRANDÃO
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19.03.2019

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACORDÃO JJF N° 0041-02/19

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Exercendo o sujeito passivo a opção por ação judicial, fica prejudicada a apreciação administrativa do mesmo, devendo ser remetido para inscrição em dívida ativa, a teor do artigo 117 do RPAF/99. Auto de Infração **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 30/04/2018 em razão da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Valor: R\$1.344.732,31. Período: Setembro a Dezembro 2013. Enquadramento legal: Art. 29, §4º, II, da Lei 7.014/96, C/C art. 310, II, do RICMS-BA/2012. Multa: 60%, art. 42, VII, “a”, da Lei 7.014/96.

Consta na *descrição dos Fatos que* o contribuinte adquiriu insumos agropecuários constantes no Convênio 100/97 e regulamentado no art. 264, XVIII, “c”, do RICMS-BA/2012 que cuida da isenção nas saídas internas. O mesmo manteve o crédito indevidamente por não ter a atividade amparada para a manutenção o crédito fiscal, ou seja, estabelecimento industrial.

O contribuinte autuado impugna o lançamento às fls. 14-62. Dizendo não haver descrição fática com a devida subsunção a dispositivo legal, argui preliminar de nulidade da ação fiscal. Alega que o dispositivo legal no qual a infração foi enquadrada não limita a utilização de crédito para estabelecimento industrial, mas trata da manutenção do crédito para estabelecimento agropecuário, que é o caso do contribuinte autuado.

Aduz que o art. 310, II, do RICMS-BA/2012, também não cabe ao caso e que a duplicidade de normas apontadas prejudica a discussão de mérito do AI, pois, diz, implica na tarefa de adivinhar qual o fundamento fático para a glosa do crédito e isto cercearia o direito à ampla defesa, “ferindo frontalmente o estabelecido no art. 18, do RPAF”.

Declara ter recebido o demonstrativo da infração, mas não se tem segurança e certeza do lançamento, pois a glosa dos créditos foi indevida. Em apoio ao seu argumento preliminar, reproduz parte de julgado do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo e julgados do CONSEF.

Em questão prejudicial à análise de mérito do caso, fala da “existência de decisão judicial em mandado de segurança anterior ao auto de infração que assegura o direito ao crédito dos insumos” (item “3”, da peça defensiva). Diz que ajuizou o mandado de segurança nº 0538466-03.2014.8.05.0001 que lhe assegurou o direito à manutenção e utilização dos créditos de ICMS referentes às aquisições de insumos e produtos agropecuários que tenham as saídas internas tratadas com isenção e que a sentença ainda afastou os efeitos do processo administrativo nº 057837/2014-1, que afastou o direito ao creditamento, permanecendo, portanto, o direito aos créditos lançados na escrita fiscal em data anterior à consulta.

Transcrevendo o teor da sentença e do acórdão da decisão judicial, diz implicar em necessidade de cumprimento da ordem judicial com a declaração de nulidade do AI, sob pena de violação da ordem legal que afastou os efeitos da consulta 057837/2014-1.

No item “4 DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO – 4.1. COOPERADOS SUJEITOS AO REGIME PROALBA. SISTEMÁTICA DA LEI PORALBA. EXPORTAÇÃO DO ALGODÃO. PRODUÇÃO CONCOMITANTE DE SOJA E MILHO”, reproduzindo os artigos 3º e 9º da Lei Estadual 7.932/2001, instituidora do PROALBA, diz que irá demonstrar que o levantamento da ação fiscal reconhece que praticamente toda a compensação se refere ao repasse do crédito presumido referido ao PROALBA, aos produtores.

Fala que o setor contábil do estabelecimento autuado produziu demonstrativo baseado no levantamento fiscal, referente aos pagamentos efetuados a título de ICMS e o uso do crédito relativo ao repasse a que os produtores fazem jus pelo PROALBA e que não se pode esquecer que a Cooperativa e seus associados produzem soja, milho e outras culturas, além do algodão que responde por apenas 10% da produção da cooperativa.

Aduz que o PROALBA veio viabilizar incremento tecnológico sobre a cultura do algodão e toda a produção beneficiada é revendida para empresa exportadora, ou seja, é destinada a exportação por terceiro, já que houve a opção logística de não exportar diretamente.

No item “4.2. NORMA ESPECÍFICA QUE ASEGURA DIREITO AO CRÉDITO EM RELAÇÃO À VEDAÇÃO GENÉRICA DO ART. 310, II, DO RICMS”, reproduz os artigos 310, II e 264, ambos do RICMS-BA/2012, para dizer não haver óbice legal para o creditamento dos insumos com saídas isentas, pois, diz, o art. 310, II é norma genérica que deixa de ser aplicada por haver norma específica que, no caso, seria a normativa contida no art. 264 citado.

Reproduzindo a Cláusula quinta, I, salienta que o próprio Conv. ICMS 100/97 autoriza ao Estado a não exigir a anulação do crédito de ICMS referente a mercadorias isentas ou não tributadas.

Diz que na letra “a”, do art. 264, do RICMS-BA, o benefício fiscal da isenção alcança todas as operações de circulação dos insumos, desde a sua produção até a destinação final; na letra “b” “resta atendido, uma vez que todos os insumos adquiridos são repassados aos Cooperados para utilização na produção agropecuária, conforme previsto no Convênio 100/97; a restrição da letra “c” é específica para estabelecimento industrial, pois não se aplica a estabelecimento agropecuário; e que na letra “d” “resta atendida também, pois a Cooperativa é um estabelecimento agropecuário, deixando claramente evidenciada a possibilidade da manutenção dos créditos”.

Seguindo, para sustentar a qualificação da Cooperativa como estabelecimento agropecuário, reproduz a conceituação que o CEPA de Santa Catarina dá sobre “estabelecimento agropecuário”:

“É toda unidade de produção dedicada, total ou parcialmente, a atividades agropecuárias, subordinadas a uma única administração (do produtor ou de um administrador), independentemente de tamanho, forma jurídica, situação (urbana ou rural) ou finalidade da produção (subsistência ou mercado).

O que, defende, ajusta-se ao conceito de “estabelecimento” indicado no §3º, do art. 11 da LC do ICMS, reforçado pela Lei 5.764/71 (arts. 3º e 4º, VII e X) definindo os traços da sociedade cooperativa, bem como parte do estatuto da Copalem (dispositivos também reproduzidos), de modo a caracterizá-la como estabelecimento sem fins lucrativos.

Destaca que não exerce atividade atacadista; que nunca vendeu para terceiros e que nunca praticou ato que fugisse à característica do cooperativismo, afirmação que quer demonstrar com documentos anexados à Impugnação (I – contratos de cooperativado com venda direta para exportação; II – distribuição da área de plantio dos cooperativados; III – NFs de cooperados de saída de grãos, demonstrativo de vendas exclusivamente aos cooperados; IV – ATA de apresentação do Balanço e o Balanço onde demonstra para quais e vendas exclusivas para os cooperados. Demonstrativos dos atos cooperados; V – Apuração de impostos e notas explicativas dos atos cooperados.

Diz que a cooperativa agropecuária representa uma extensão das áreas e atividades rurais de seus cooperados, produtores rurais, conforme reza seu estatuto e que a aquisição de insumos agropecuários não visa lucro, é vendida pelo preço de aquisição aos cooperados, não podendo admitir que cada produtor rural seja individualmente considerado um estabelecimento agropecuário, sujeito a inscrição estadual e sua associação em cooperativa também não seja qualificada como agropecuária.

Fala que a Lei Federal 8.171/1991 reguladora da política nacional agrícola trata do cooperativismo como inserido e de importância para a produção agropecuária (Arts. 4º e 45), como também faz o Estatuto da Terra (Art. 14). Reproduzindo dispositivos pertinentes, defende que a própria legislação do ICMS da Bahia amplia tal interpretação, pois quando quer tratar apenas do produtor rural, assim o faz (arts. 3º, 2º, §§4º e 5º e art. 69, do RICMS-BA).

Frisa que ao tratar de estabelecimento agropecuário na redação do art. 264, XVIII, do RICMS-BA, foi para dar o alcance necessário ao benefício, pois incide sobre todas as operações de circulação do insumo agropecuário, da produção à destinação final.

Em socorro a seu entendimento, dizendo que o ICMS tem estrutura única por lei federal e que a Bahia não pode alterar o conceito de estabelecimento da LC excluindo a Cooperativa, reproduz parte da Portaria CAT nº 153/2011, da SEFAZ-SP para observar a aceitação de cooperativa como estabelecimento de produção rural ou, em outras palavras, como estabelecimento agropecuário.

No item “4.3” trata de explicar o papel da Cooperativa na cadeia produtiva agropecuária, cujo moderno contexto conceitual obriga o desatrelamento à tradicional divisão tripartite da economia pela qual o estabelecimento agropecuário é vinculado ao setor primário da economia.

No item 4.4, reproduz o seguinte: 1) dispositivos legais: 1.a) da CF (art. 155, I e II, §2º, XII, “c” e “f”); 1.b) da LC: 87/96 (ART. 20, §3º, II, e §6º, I); 1.c) Lei 7.014/96: (art. 29, §4º, I, II, III, §7º, I – redação vigente até 2010); 1.d) RICMS-BA/2012: art. 264, XVIII, “a” “b”, “c”, “d”; 1.e) CTN: art. 99; 2) trechos de decisões judiciais sobre o tema, que tratam do seu entendimento acerca da previsão da manutenção do crédito referente a entradas tributadas e saídas isentas de produtos agropecuários pela LC 87/96, que o decreto regulamentar não pode restringir, inclusive expondo precedentes do STJ e do TJ do Rio Grande do Sul.

No item 4.5, a exemplo do que fez no item anterior, reproduzindo dispositivos legais: a) Lei 7.753/2000 (código Tributário da Bahia: art. 1º, III, art. 102, §2º, I, II); b) CF (arts. 48, 150, I, II, “b”, art. 195, §6º); c) excertos de doutrina; d) trechos de decisões judiciais, por entendê-la inconstitucional, trata da improcedibilidade de aplicação da taxa Selic como índice para acréscimo moratório para o débito da exação fiscal.

No item 4. (sic), fazendo digressão sobre os institutos e lançando perguntas a serem respondidas, pede a realização de diligência ou perícia fiscal, caso pare de dúvida no sentido da regularidade do procedimento do autuado.

Concluindo, requer: a) sejam conhecidas e acolhidas as preliminares de nulidade da ação fiscal; b) deferida diligência por fiscal estranho ao feito; c) seja o AI julgado improcedente.

Os autuantes, na Informação Fiscal de fls. 203/4 dos autos, sustentam que o autuado analisa e entende o estabelecimento “Cooperativa” como similar a um estabelecimento agropecuário, mais especificamente com as mesmas características do estabelecimento do produtor agropecuário, sócio da Cooperativa e, por isso, argui a improcedência do AI, com base na não cumulatividade do ICMS que prevê o aproveitamento dos créditos cobrados nas operações anteriores, especialmente com relação aos produtos agropecuários, baseado no Convênio ICMS 100/97 e LC 87/96 que em seu art. 20, §6º, asseguraria o direito ao crédito fiscal, em operações posteriores à saída não tributada ou isenta, quando forem tributadas, não fazendo os dispositivos citados ressalva à características do estabelecimento.

As autoridades fiscais autuantes refutam o argumento defensivo dizendo que a manutenção do crédito fiscal de insumos agropecuários só alcança os estabelecimentos agropecuários (que não é

o caso da Cooperativa) ou os estabelecimentos industriais, quando tais produtos sejam utilizados como insumo para sua produção. Portanto, não tendo atividade relacionada com a manutenção do crédito fiscal, pois enquadrada na condição de contribuinte normal, com atividade econômica principal “relativa às atividades de apoio à agricultura não especificada anteriormente”, o autuado comercializa matérias primas e produção dos cooperados, não se confundindo com estabelecimento agropecuário, que prepara a terra, planta e colhe os produtos agropecuários, estes os estabelecimentos dos seus associados.

Aduzem que, conforme o RICMS-BA, a manutenção dos créditos destacados nas NFs de insumos agropecuários, objeto de isenção nas operações de saídas internas, apenas cabe quando da entrada desses insumos em **estabelecimento agropecuário ou industrial**, conforme previsto no art. 104, VI, do RICMS-BA/2012, a partir de 01/05/2010, e no art. 264, XVIII, “c” e “d”, do RICMS/2012.

Com relação ao princípio da não cumulatividade do ICMS, na forma do artigo 20, §6º, I, da LC 87/96, diz que o estabelecimento autuado, em operações posteriores às saídas isentas, em operações tributadas posteriores às saídas isentas, teria o direito ao crédito cobrado nas operações anteriores, com a realização pretérita de insumos utilizados na produção agrícola comercializada (pelo estabelecimento agropecuário e não pela Cooperativa), não podendo confundir com a manutenção dos créditos fiscais utilizados pelo autuado que são relativos aos insumos adquiridos, cuja manutenção se direciona apenas aos estabelecimentos agropecuários e industriais.

Assim, finaliza, os créditos fiscais utilizados pelo autuado são indevidos, razão pela qual mantém a exação fiscal.

VOTO

Como acima relatado, o presente Auto de Infração conduz infração pela qual exige o valor de R\$ 1.344.732,31.

Compulsando os autos, observo que entre as questões prévias a serem apreciadas antes da análise de mérito do Auto de Infração, embora suscitada pelo Impugnante com interesse na nulidade do lançamento tributário em juízo administrativo revisional neste órgão administrativo judicante, há, no caso, provas documentais a consubstanciar questão prejudicial que me impede adentrar pela análise meritória do lançamento tributário de ofício. Refiro-me à concomitância de processo administrativo e judicial tratando da mesma matéria, como se vê nos documentos de fls. 153-178, representativos da Sentença do Mandado de Segurança 0538466-03.2014.8.05.0001 (fls. 153-157), e do Acórdão da Apelação da Sentença emanado da Primeira Câmara Cível do TJ-BA (fls. 158-168).

É que ao que interessa neste caso, para o processo administrativo fiscal, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia - RPAF, reza o seguinte:

Art. 153. O órgão julgador formará o seu convencimento atendendo aos fatos e circunstâncias constantes no processo, às alegações e argumentações dos autos e à apreciação das provas.

Art. 154. A matéria principal somente será posta em discussão e julgamento quando vencida a questão preliminar ou prejudicial, se for o caso, ou se não houver incompatibilidade entre ambas.

Nesse caso, ao fazer tal opção as partes do processo se sujeitam às regras que dizem respeito à concomitância dos processos administrativo e judicial e, para tanto, o RPAF dispõe:

Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

...

II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo. (grifos meus)

§ 2º A ação judicial proposta pelo sujeito passivo não suspende a execução do crédito tributário, salvo quando:

I - acompanhada do depósito do seu montante integral;

II - concedida medida liminar em mandado de segurança, determinando a suspensão.

§ 3º A suspensão da exigibilidade do crédito nos casos de depósito do valor ou de concessão de medida liminar em mandado de segurança não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela conseqüentes.

Pois bem. Para evitar delongas sobre a matéria e servir perfeitamente ao caso, assumido o mesmo entendimento, abaixo transcrevo parte do voto do nobre Relator VALTÉRCIO SERPA JUNIOR no ACÓRDÃO JJF N° 0035-02/17:

A ação impetrada engloba a totalidade da matéria discutida no procedimento administrativo ora analisado, não havendo outros temas ou assuntos a serem abordados.

A propositura pelo contribuinte de ação judicial de qualquer espécie contra a Fazenda Pública com o mesmo objeto do processo administrativo fiscal implica renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso de qualquer espécie interposto.

A decisão judicial transitada em julgado, ainda que posterior ao término do contencioso administrativo, prevalece sobre a decisão administrativa, caso prolatada, mesmo quando aquela tenha sido desfavorável ao contribuinte e esta lhe tenha sido favorável.

Este é o entendimento predominante, quer na doutrina, quer na jurisprudência, à vista de diversas decisões, dentre as quais posso elencar o Agravo de Instrumento 1.394.327 - PR (2011/0009565-0), que teve como Relator o Ministro Humberto Martins, publicado no Diário da Justiça em 26 de abril de 2011, do qual extraio o seguinte trecho: “Cuida-se de agravo de instrumento tirado por AUTO VIAÇÃO SANTO ANTÔNIO LTDA. contra decisão que obstou a subida de recurso especial. Extrai-se dos autos que a agravante interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que deu provimento à apelação do agravado, nos termos da seguinte ementa (fl. 361e):”TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DISCUSSÃO JUDICIAL DA MATÉRIA. RENÚNCIA PELA VIA ADMINISTRATIVA. RECURSO VOLUNTÁRIO SEGUIMENTO INDEFERIDO. Segundo o princípio da unidade da jurisdição, havendo concomitância entre o objeto da discussão administrativa e o da lide judicial, tendo ambos origem em uma mesma relação jurídica de direito material, torna-se despicienda a defesa na via administrativa, uma vez que esta se subjuga ao versado naqueloutra, em face da preponderância do mérito pronunciado na instância judicial. Há uma espécie de renúncia tácita pelo processo administrativo, pois a continuidade do debate administrativa é incompatível com a opção pela ação judicial (preclusão lógica)”.

Posso mencionar, de igual forma, entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento do Recurso Extraordinário 882.370 do Rio Grande do Sul, tendo como Relatora a Ministra Carmem Lúcia, julgado em 29 de maio de 2015, o qual possui a seguinte Ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RENÚNCIA AO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PELO AJUIZAMENTO DE AÇÃO JUDICIAL. IMPROCEDÊNCIA DA ALEGADA OFENSA AO ART. 93, INC. IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E DO DIREITO DE PETIÇÃO: MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA COSTITUCIONAL DIRETA. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO”.

Desta forma, frente à opção exercida pela empresa autuada em buscar a via judicial, e em atenção à legislação estadual acima mencionada, bem como amparado no posicionamento da doutrina e da jurisprudência, me abstendo de tecer qualquer análise acerca do mérito da autuação, determinando o encaminhamento do presente feito para a devida inscrição em dívida ativa, nos termos do artigo 117, inciso I do RPAF/99 acima transcrita.

É o meu VOTO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PREJUDICADO** o julgamento do Auto de Infração nº 206920.0008/18-6, lavrado contra **COPALEM COOPERATIVA DE PRODUTORES RURAIS DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES LTDA.**, diante da sua renúncia à discussão administrativa, pela opção da ação judicial, devendo ser o presente feito remetido para inscrição em dívida ativa, nos termos do artigo 117 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATOS RAMOS - JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR