

**PROCESSO** - A. I. Nº 206891.0039/08-9  
**RECORRENTE** - CIMENTO SERGIPE S/A-CIMESA  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0346-04/08  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 14/04/2009

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0064-11/09

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIÇÃO DE ARGUMENTOS/PEDIDO DEFENSIVOS. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. A Decisão de Primeira Instância que deixa de apreciar pedido de diligência fiscal e perícia técnica é nula, por cerceamento do direito de defesa do autuado. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova Decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida através do Acórdão nº 0346-04/08, que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no valor de R\$1.545.507,02, acrescido da multa de 60%, em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem, superior à estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolo.

A autuação embasou-se na planilha de custo de produção apresentada pelo autuado (fls. 64/65), onde constam, de forma discriminada, os itens do custo de produção, sendo separados aqueles que se encontram de acordo com a LC 87/96 (matéria prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento) e expurgados os demais.

A JJF decidiu que a definição da base de cálculo nas operações interestaduais de transferências é reservada à Lei Complementar nº 87/96, não podendo ser modificada por lei estadual, pois, se tal fosse permitido, geraria grande insegurança jurídica e prejuízos ao pacto federativo.

Assevera que a citada lei complementar define, claramente, a base de cálculo nas transferências interestaduais como “o custo da mercadoria produzida”, inexistindo liberdade para adoção de conceito diverso ou para integração do texto de modo a completar-lhe o sentido. O custo a que se reporta a norma legal não é o custo contábil, mas um conceito específico para uma finalidade própria, qual seja, a base de cálculo das transferências interestaduais. Aduz, ainda, a impossibilidade de se efetuar alterações, em atenção ao regramento da hierarquia presente em nosso ordenamento jurídico.

Quanto à questão levantada pelo autuado de que o lançamento de ofício está em contradição com o princípio da não cumulatividade, entendeu a JJF que, no presente caso, por se tratar de transferências interestaduais entre estabelecimentos da mesma empresa, o próprio princípio invocado pelo autuado encontra efetividade na LC, a qual, ao disciplinar o regime de compensação, fixa os elementos necessários à operacionalização do sistema de abatimentos, não podendo, em absoluto, significar alteração de direitos nem concessão de privilégios para qualquer ente da mesma Federação. Assim, é também a própria Lei Complementar nº 87/96 que estabelece os critérios para a transferência, de maneira que não prejudique toda a sistemática do ICMS, conforme dimensionado no art. 13, § 4º, II da LC Nº 87/96, reproduzido no art. 17, § 8º, II, da Lei nº 7.014/96 (ICMS BA).

Por fim, votou a JJF pela Procedência do Auto de Infração, sob o fundamento de que o estabelecimento produtor situado em outra unidade da Federação, ao transferir mercadorias para

o estabelecimento pertencente ao mesmo titular localizado no Estado da Bahia, incluiu valores não previstos na LC Nº 87/96, gerando base de cálculo maior que a estabelecida no aludido diploma legal, o que implicou em débito fiscal maior no estabelecimento remetente e crédito utilizado a mais do que o previsto na legislação, o que constitui um crédito fiscal indevido, conforme dispositivo 93, § 5º, II c/c art. 97, VIII, do RICMS/BA.

O autuado, por meio de seu advogado, interpôs Recurso Voluntário (fls. 175/182), arguindo, inicialmente, a nulidade da Decisão, por cerceamento de defesa, em face do indeferimento da perícia, sustentando que a questão em discussão necessita de perícia técnica, único meio capaz de comprovar se, efetivamente, há ou não excesso no preço de transferência interestadual da mercadoria.

No que tange ao mérito, repetiu integralmente os argumentos apresentados na impugnação, afirmando a inexistência da infração, tendo em vista que o preço de transferência se encontra de acordo com a legislação, correspondendo à soma das rubricas previstas; que a base de cálculo do ICMS, nas transferências interestaduais para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, é o valor correspondente da entrada mais recente da mercadoria ou o custo da mercadoria produzida, assim entendido a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento.

Apresentou interpretações sobre a composição da base de cálculo do ICMS de transferência, levantando questionamento se a lei complementar invocada, ao tratar da matéria, mantém descrição fechada ou enumeração que pode ser acrescida, transcrevendo o entendimento da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, através da Decisão Normativa CAT-5 de 15/06/2005.

Manifestou-se sobre o alcance do termo “acondicionamento”, o qual deveria acolher “*os custos diretos e indiretos necessários ao acondicionamento dos produtos, inclusive de mão-de-obra, pessoal e tecnologia*”, insurgindo-se, ainda, contra a glosa dos créditos correspondentes ao frete, pela impossibilidade de frete CIF em operação de transferência.

Concluiu requerendo o julgamento pela Improcedência do Auto de Infração, por falta de qualquer amparo fático ou legal.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação opinativa, após um breve relatório do processo, analisou a preliminar de nulidade da Decisão *a quo* por cerceamento do direito de defesa, em face do indeferimento da perícia requerida na impugnação inicial.

Considerou que a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal não indeferiu o pedido de perícia formulado pelo autuado, uma vez que sequer efetuou qualquer pronunciamento a respeito do tema.

Aduziu que, efetivamente, o autuado afirmou ser necessária a perícia técnica, requerendo-a à fl.88 e, ainda que não tivesse apresentado quesitos ou provas pertinentes, deveria ter sido o pleito apreciado pelo órgão julgador da primeira instância administrativa.

Finalizou na linha de que ao deixar de apreciar o pedido formulado pelo autuado, promoveu a JF o cerceamento do direito de defesa do contribuinte e, nos termos do art. 119, § 1º, do COTEB, opinou pelo reconhecimento, de ofício, da nulidade da Decisão recorrida, com amparo no art. 18, II, do RPAF.

## VOTO

O Auto de Infração epigrafado imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, tendo a Decisão de Primeira Instância julgado procedente a autuação, o que gerou a irresignação do sujeito passivo, através do presente Recurso Voluntário, visando promover a reforma.

Do exame das peças processuais, verifico que o recorrente suscita a nulidade do decisório hostilizado, sob o argumento de cerceamento do direito de defesa, em decorrência do indeferimento do pedido de perícia requerido em sua impugnação inicial.

A par disso, analisando o acórdão lavrado pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, constato que o pedido de perícia técnica formulado não foi indeferido, já que, em verdade, sequer houve qualquer pronunciamento ou tomada de posição a respeito, quanto ao aspecto alegado, no julgamento da JJF.

Desta forma, confirmo que, à fl. 88 da peça impugnatória, efetivamente, o autuado manifesta a necessidade de realização de uma perícia técnica e a requer, colimando a confirmação de que o preço utilizado na transferência encontra-se condizente com a legislação em vigor.

Não se pode admitir, seja em procedimentos administrativos, seja em processos judiciais, a prolação de decisões sem enfrentamento de todas as teses sustentadas pelas partes.

Assim é que, mesmo que, para lastrear a solicitação de perícia, o sujeito passivo não tenha apresentado os requisitos pertinentes da legislação, o seu requerimento teria que ser apreciado pelo órgão julgador, visto que no âmbito do Estado da Bahia, para os processos administrativos fiscais, a legislação vigente impõe expressamente aos julgadores, arts. 155 e 164, do RPAF, o dever de fundamentar exaustivamente as suas decisões.

Além destes, é necessário e importante invocar o art. 18, do mesmo regulamento de regência, segundo o qual são nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição ao direito de defesa e as decisões não fundamentadas (incisos I e II, do referido dispositivo regulamentar).

Nesse contexto, a decretação da nulidade é a consequência imposta por lei às decisões proferidas sem a necessária e indispensável fundamentação ou com preterição ao direito de defesa constitucionalmente assegurado.

Ressalto que, apesar de representar, aparentemente, um atraso na tramitação do processo administrativo fiscal, em face do retrocesso para 1ª Instância, vislumbro que tal posicionamento pode, entretanto, representar uma economia futura para o Estado da Bahia, por evitar possíveis honorários sucumbenciais, os quais, provavelmente, ocorreriam em uma demanda no âmbito da Justiça Estadual.

Dessa forma, comungo integralmente com o opinativo de fls. 194/195, da PGE/PROFIS, a Decisão recorrida foi proferida sem a observância do devido processo legal e com a violação do princípio do contraditório.

Voto, portanto, pela decretação, da NULIDADE da Decisão guerreada e, em consequência, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, devendo o processo retornar à Primeira Instância para saneamento e novo julgamento.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 206891.0039/08-9, lavrado contra **CIMENTO SERGIPE S/A.-CIMESA**, devendo o processo retornar à Primeira Instância para que se proceda a novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de março de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS