

**PROCESSO** - A. I. N° 206891.0041/08-3  
**RECORRENTE** - CIMENTO SERGIPE S/A. CIMESA  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0411-01/08  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 12/05/2009

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0081-11/09

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIÇÃO DE ARGUMENTOS/PEDIDO DEFENSIVOS. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. O Decisório de Primeiro Grau que deixa de apreciar pedido de diligência fiscal é nulo, por cerceamento do direito de defesa do autuado. Devolvam-se os autos à JJF para proferir nova Decisão, a salvo de incorreções. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida através do Acórdão nº 0411-01/08, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$1.097.091,17, 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. 54/55), 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.

Asseverou o Colegiado de piso que a citada Lei Complementar define, com clareza, a base de cálculo nas transferências interestaduais como “o custo da mercadoria produzida”, inexistindo, assim, 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. Aduziu, 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. Desse modo, 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 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 constituiu 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. 166/173), arguindo, inicialmente, a nulidade da Decisão, por cerceamento de defesa, em face do indeferimento da perícia, sustentando que a questão em discussão necessita de tal prova 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 as sustentações apresentadas 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 na Decisão da Junta de Julgamento Fiscal não se vislumbrava “*o cerceamento ao direito de defesa, já que a perícia não foi acatada pela primeira instância de forma fundamentada, não tendo o Defendente comprovado a sua necessidade.*”

No mérito entendeu ser irretocável a Decisão recorrida, pois de forma objetiva e fundamentada afastou cada argumento defensivo.

Finalizou na linha de que a matéria - custo de produção - é da competência exclusiva da Lei Complementar, por ser ela o instrumento normativo previsto constitucionalmente para determinar as regras do ICMS, nas operações interestaduais.

Opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

## 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 de Recurso Voluntário, visando promover a reforma.

Do exame das peças processuais, constata-se ter o recorrente suscitado a nulidade do decisório hostilizado, sob o fundamento de que teve o seu direito de defesa cerceado, em decorrência do indeferimento do pedido de perícia requerido na impugnação.

A par disso, analisado o acórdão lavrado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, fácil é verificar que o pedido de perícia técnica formulado não foi indeferido, já que, em verdade, sequer houve qualquer pronunciamento ou tomada de posição a respeito.

Nesse contexto, à fl. 78 da peça impugnatória, efetivamente, o autuado requereu e manifestou a necessidade de realização de perícia técnica, colimando a confirmação de que o preço utilizado na transferência encontrava-se condizente com a legislação em vigor.

É inadmissível, seja em procedimentos administrativos, seja em judiciais, a prolação de decisões sem enfrentamento de todas as teses sustentadas pelas partes.

Assim é que, mesmo se para lastrear a solicitação de perícia, o sujeito passivo não tivesse apresentado os requisitos pertinentes da legislação, o seu requerimento teria de 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 o dever de fundamentar exaustivamente as suas decisões (arts. 155 e 164, do RPAF).

Além desses regramentos, é importante invocar o art. 18, do mesmo Regulamento de regência, segundo o qual são nulos os atos praticados e as decisões proferidas tanto com preterição ao direito de defesa, quanto se não forem fundamentadas (incisos I e II, do referido dispositivo regulamentar).

Desse modo, 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, ambos constitucionalmente assegurados.

Ressalto, finalmente, que, apesar de representar um aparente atraso na tramitação do processo administrativo fiscal, em face do retrocesso, 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, com a devida vênia, discordo do Opinativo da PGE/PROFIS (fls. 188/189), já que a Decisão recorrida foi proferida sem a observância do devido processo legal, violando, destarte, o princípio do contraditório.

Voto, portanto, pela decretação da NULIDADE da Decisão guerreada e, consequentemente, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, de tudo resultando o retorno do processo 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 declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **206891.0041/08-3**, 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, 14 de abril de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS