

A. I. Nº - 206894.0024/08-0  
AUTUADO - BRASFRUT – FRUTOS DO BRASIL LTDA.  
AUTUANTE - LÍDIO DE SOUZA TELES  
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO  
INTERNET - 23.12.08

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0399-04/08**

**EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. REMESSA DE MERCADORIAS PARA DEPÓSITO FECHADO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Comprovados nos autos que os produtos foram enviados para Depósito Fechado, cujas saídas gozam de não incidência de ICMS. Infração não caracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 21/05/08, exige ICMS no valor de R\$ 3.867,20, acrescido da multa de 60%, em decorrência de o contribuinte ter praticado operação com mercadorias tributadas, considerada como não tributada. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte emitiu notas fiscais 073766, 073801, 073810 sem destaque do ICMS devido na operação para acobertarem vendas de polpa de frutas para outro estabelecimento do mesmo remetente, inscrito na condição de Normal como se fosse para depósito fechado.

O autuado apresentou defesa ao Auto de Infração (fls. 21/27), esclarecendo que exerce atividade de industrialização de polpa de frutas, desfruta de bom conceito junto à sociedade, honrando com pontualidade suas obrigações tributárias. Afirma que a exigência fiscal é fundada em pressuposto fático equivocado, ao deduzir que as mercadorias descritas não se destinavam a depósito fechado e sim a estabelecimento normal dedicado à fabricação de refrescos.

Diz que o estabelecimento destinatário, desde dezembro de 2006, foi transformado em depósito fechado da empresa autuada; que os produtos comercializados pelo autuado e objeto das notas fiscais geradoras do auto de infração, gozam da isenção por serem destinados a depósito fechado, como inequivocamente provado com as cópias e documentos que acompanham a presente defesa; que considerou a legislação específica para a matéria, inexistindo, portanto a incidência do Imposto de Circulação de Mercadoria, por se tratar de operação não tributada.

Afirma que é titular da inscrição nº 63.183.741, destinada a funcionar como depósito fechado e as mercadorias nele existentes decorrem de transferências para armazenagem. Assim, as notas fiscais de venda são digitadas na sede da empresa, município de Feira de Santana-Bahia e impressas no endereço do depósito fechado acima declinado, local onde são retirados os respectivos produtos. Anexa nota para demonstrar o procedimento e diz que apenas uma suposição por parte do funcionário responsável pela fiscalização caracteriza a infração de uma norma fiscal por parte do contribuinte.

Assevera que para existir uma obrigação tributária com a incidência da norma jurídica tributária é necessário que ocorra o fenômeno da subsunção de um fato a uma hipótese legal e os conseqüentes efeitos jurídicos, econômicos e fiscais previstos na norma legal. Cita a doutrina de HENSEL "O comando: deves pagar imposto é sempre condicionado à frase: se realiza o fato imponível...."

Afirma que no caso em tela, não houve a ocorrência do fato imponível ou fato gerador do Imposto de Circulação de Mercadoria, não subsistindo a obrigação tributária em questão.

Faz uma análise do aspecto material da hipótese de incidência tributária e que nele esta contida a designação de todos os dados de ordem subjetiva configuradores do arquétipo em que ela,

hipótese de incidência, consiste. É a própria consistência material do fato ou estado de fato descrito pela hipótese de incidência e a descrição dos dados substanciais que servem de suporte à mesma. É esse aspecto material que individualiza a hipótese de incidência tributária frente a todas as outras, fixando a espécie tributária a que o tributo pertence. Apesar de sua importância o aspecto material da hipótese de incidência tributária não soube ser bem apreciado quando da lavratura do auto de infração, pois se assim fosse, jamais seria dado início à presente ação fiscal contra a Suplicante.

Afirma ainda não se achar presente a operação tributada, pois falta, justamente, o mais importante desses elementos - o aspecto material - haja vista, que não se realizou pressuposto fático inserido na norma matriz de tributação ensejador da cobrança do Imposto em questão, pois não há operação tributada, nem incidência de imposto decorrente da emissão das notas fiscais nº 073766, 073801 e 073810, de modo a justificar a autuação pelos motivos elencados.

Diz que também não há base de cálculo para cobrança do Imposto, tal a absoluta inexistência do fato gerador ou fato imponível vinculado à pessoa da autuada, não havendo dever legal de pagar o Auto de Infração. Afirma ainda que os documentos solicitados na ação fiscal foram apresentados e não caberia lavratura de Auto de Infração.

Requer a improcedência do auto.

O autuante na informação fiscal prestada à fl. 40, diz que na ficha cadastral do autuado à época da autuação consta como atividade econômica fabricação de refresco (1122/40-3), tipo unidade produtiva, fl. 11; apenas na ficha emitida posteriormente à lavratura do auto (fl. 41) é que faz referência ao tipo de unidade com depósito fechado.

Afirma que, estando na condição cadastral de Normal, o destinatário poderia também efetuar vendas de sua produção e não juntou provas de ter solicitado à Secretaria da Fazenda a mudança do estabelecimento para depósito fechado.

Entende assim acertada a ação fiscal.

O autuado volta a manifestar-se nos autos, solicitando o apensamento de sua defesa em arquivo magnético, fl. 49. Manifesta-se novamente às fls. 52/53, ratificando os termos de sua defesa e reitera que não existe irregularidade na emissão das notas fiscais 73766, 73801 e 73810, uma vez que essas se destinavam a depósito fechado e não foram comercializadas como estabelecimento normal. Diz que os produtos gozam de isenção por serem destinados a depósito fechado.

Acrescenta que todas as mercadorias existentes no estabelecimento da requerente, inscrição 63.183.741, decorrem de transferência para armazenagem. As notas são digitadas na sede da empresa em Feira de Santana e impressas no depósito fechado no endereço em Salvador, onde são retirados os produtos. Anexa, por fim cópia de pedido dirigido à Inspetoria Fiscal, em Feira de Santana, para impressão de notas fiscais via Sistema de Acesso Remoto (fl. 58); cópia do deferimento para autorização, de acordo com o art. 684, RICMS BA.

## VOTO

O Auto de Infração exige ICMS acusando o contribuinte de ter praticado operação tributável como não tributável. O contribuinte emitiu as notas fiscais 073766, 073801, 073810 sem destaque do ICMS na operação de remessa para depósito fechado, estabelecimento do mesmo remetente.

Conforme descrição dos fatos indicados no Auto de Infração o cerne da questão, conforme afirma o impugnante, é que os produtos estavam sendo enviados para outro estabelecimento do mesmo titular, um depósito fechado de inscrição estadual 63.183.741; que a exigência fiscal é equivocada, ao deduzir que as mercadorias não se destinavam a depósito fechado e sim a estabelecimento normal dedicado à fabricação de polpas. O autuante atesta, por sua vez, que o destinatário não era depósito fechado, uma vez que o mesmo encontrava-se inscrito na condição de Normal.

Conforme indica o art. 661, RICMS/BA, entende-se por depósito fechado o estabelecimento que o contribuinte mantiver exclusivamente para armazenagem de suas mercadorias, no qual não sejam efetuadas compras nem vendas. As remessas de mercadorias para depósito fechado neste Estado e os correspondentes retornos ao estabelecimento depositante não estão sujeitos à incidência do ICMS, nos termos do art. 6º, VI, "b" e "c", RICMS/BA.

No caso concreto, o autuado emitiu as notas fiscais nºs 73766, 73801 e 73810 (fls. 8/10) sem destaque do ICMS para transporte de polpa de frutas para outro estabelecimento do mesmo remetente de Inscrição Estadual 63.183.741. Após a apreensão da mercadoria conforme Termo de Apreensão 206894.0020/08-4, (fls. 05/06) que substituiu o Termo manual 107794 (fl. 07) foi emitida nota fiscal avulsa nº 666284, em retorno ao estabelecimento emitente, agora como fiel depositário (fl. 13).

Conforme descrição dos fatos indicados no Auto de Infração, além dos documentos acostados aos autos, cópias das notas fiscais de remessa (64/315), cópias dos dados de cadastro do contribuinte (34 e 41), pela análise desses elementos constantes do processo, verifico que o autuado é Matriz de outro estabelecimento (63.183.741) inscrito como depósito fechado antes da data da autuação.

Demonstram isso o parecer dado no processo 017583/2007-2 (fl. 59), de 26.02.2007, pelo Inspetor fazendário autorizando a emissão de notas fiscais pelo autuado, retirada de mercadoria e impressão de documentos fiscais no depósito fechado; além disso, alusão a esse fato nas notas fiscais de remessa, desde março de 2007, a exemplo de fl. 64.

A dificuldade nessa identificação por parte do autuante prendeu-se à circunstância de que no documento de fl. 11, conta como tipo de unidade, uma unidade produtiva, emitida na data da autuação; no documento juntado pelo mesmo autuante à fl. 41 constava, entretanto, como tipo de unidade, depósito fechado. Tal evento, no entanto, não pode ser atribuído à responsabilidade do contribuinte.

Por tudo que foi exposto, concluo que as notas fiscais apreendidas estavam descritas corretamente e a inscrição do destinatário corresponde a um depósito fechado, desde antes da data da lavratura do presente auto, sendo acertado que a operação de remessa de produtos a tal estabelecimento seja alcançada pela não incidência de ICMS.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206894.0024/08-0**, lavrado contra **BRASFRUT – FRUTOS DO BRASIL LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA