

A. I. N° - 207112.3084/04-0
AUTUADO - JOSÉ ESTÁQUIO PINTO
AUTUANTE - JOSÉ MARIA BARBOSA
ORIGEM - IFMT DAT/SUL
INTERNET - 30. 11. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0466-04/04

EMENTA. ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. Mercadorias remetidas por contribuinte de outra unidade da Federação e destinada à pessoa física neste Estado, tendo como natureza da operação “Remessa por Comodato”. Ilegitimidade ativa do Estado da Bahia para exigência do imposto. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 1/8/2004, reclama o imposto de R\$36.178,29, acrescido da multa de 60%, decorrente do trânsito de mercadorias acompanhadas de documento fiscal com natureza de operação não tributada. O autuante entendeu que a operação era tributada.

O autuado em defesa (fls. 40/45) preliminarmente identificou-se como brasileiro, casado, Encarregado de Controle de Qualidade, portador do CPF nº 203.305.296-68 e Carteira de Identidade nº M-608.084-0, encontrando-se localizado na Rodovia Km 6, Estrada da Pedreira s/n, Rodovia BA 667 Zona Rural Santa Cruz da Vitória-BA e que havia recebido da empresa Mineração e Exploração Gamma Ltda, através da Nota Fiscal nº 0043, emitida em 30/7/2004, o equipamento objeto da autuação.

Narrou, em seguida, que no interesse de constituir filial no Estado da Bahia, objetivando a extração de granitos e pedras ornamentais, a Empresa Mineração e Exploração Gamma Ltda lhe enviou, como pesquisador e controlador de qualidade, o equipamento para estudar a viabilidade da concretização deste projeto. Ressaltou que a operação feita teve como natureza “Remessa em Comodato” (CFOP – 6908) não havendo a intenção do remetente nem do destinatário de omitirem informação ou prestar declaração falsa a autoridade fazendária do Estado da Bahia como foi alegado no auto de infração.

Prosseguindo, adentrou nas determinações legais, transcrevendo o art. 3º, da Lei Complementar nº 87/96, o art. 4º, X, do Regulamento do Estado do Espírito Santo e art. 6º, XIV, do RICMS do Estado da Bahia. Com suas transcrições, afirmou que a Lei Complementar nº 87/96, não determinava que seu benefício fosse para pessoa física ou jurídica. E que tanto o Regulamento do Estado do Espírito Santo quanto o do Estado da Bahia ratificam as determinações da LC 87/96. Além do mais, sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado através da Súmula nº 573, na qual expressamente está consolidado o entendimento de que não incide o ICMS nas operações de comodato, conforme transcreveu.

Informou, a seguir, que havia apresentado à fiscalização o Contrato de Comodato firmado, porém a autoridade fiscal ignorou tal instrumento, apesar da nota fiscal expressamente consignar que a

remessa estava sendo realizada por força do comodato celebrado pela proprietária dos bens. Ressaltou que o fisco não pode ignorar um contrato de comodato e ao seu livre arbítrio, autuar por entender, sem qualquer motivação, pela impossibilidade de celebração do referido instrumento. Assim, estando consignado no "corpo" da nota fiscal que acompanhou as mercadorias que a remessa estava sendo realizada para atender contrato de comodato e estando claro que o ICMS não incide sobre a referida operação, concluía que o auto de infração era arbitrário, fruto da interpretação equivocada da autoridade fiscal.

Requeru a nulidade da ação fiscal.

Auditora fiscal chamada para contra argumentar as razões de defesa (fls. 50/52) discordou do sujeito passivo, vez que as mercadorias transitaram acompanhadas apenas da Nota Fiscal nº 0043 (fl. 6). Sendo questionado, no Posto Fiscal Eduardo Freire, a respeito da natureza da operação, o autuado apresentou, posteriormente, um suposto contrato de comodato, com a finalidade de respaldar a não-incidência do ICMS sobre a operação, conforme determinações legais. No entanto este documento não foi aceito, corretamente, pelo preposto fiscal tendo em vista que ele foi apresentado ao fisco em 4/8/2004, três dias após o início da ação fiscal, que ocorreu em 1/8/2004, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências (fls. 12/13). Além do mais, as assinaturas consignadas no referido contrato somente tiveram reconhecimento em tabelionato nos dias 2 e 3, no caso do representante do suposto comodante e uma suposta testemunha, e no dia 4/8/2004, no caso do suposto comodatário baiano e que não constavam no documento o valor das coisas comodadas, para a hipótese de ressarcimento de eventuais prejuízos e os prazos de sua vigência e devolução das mesmas. Entendeu que essas circunstâncias evidenciavam a feitura do contrato em momento posterior à data da ação fiscal e depunham contra a sua legitimidade, não podendo socorrer as pretensões do autuado um documento assim irregular.

Diante do exposto, por não ter o autuado comprovado através de documento válido que a operação estava sob a égide da não incidência do ICMS, com base nos artigos 127, parágrafos 2º e 3º, e 153, todos do RPAF/99, opinou pela procedência do Auto de infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado no trânsito e contra o adquirente das mercadorias, vez que elas transitavam como operação não tributada e o fisco a considerou tributada.

Da análise da nota fiscal acostada aos autos (nº 0043), constata-se que é documento revestido de todas as formalidades legais, emitida para uma pessoa física e tendo como natureza da operação “remessa por comodato”. Trata-se de um equipamento enviado, conforme informado pelo defendente e não contestado pelo fisco, para estudo da viabilidade de extração de granitos e pedras ornamentais neste Estado da Bahia.

Da análise do documento fiscal, verifico que foi emitido para uma pessoa física e a mercadoria é um equipamento com diversas peças, que o compõem, que não caracteriza o intuito comercial, vez que não existe volume para tal. Neste caso, mesmo supondo que a operação fosse tributada, o imposto não é devido ao Estado da Bahia e sim ao Estado de origem, no caso, o Espírito Santo, pois destinada a um não contribuinte. Ou seja, o que se constatou foi uma operação comercial realizada entre um contribuinte de outro estado e uma pessoa física, localizada no Estado da Bahia. O autuante ao exigir do adquirente do equipamento o pagamento do tributo ao Estado da Bahia, o fez indevidamente, pois não é este o beneficiário do imposto sobre a operação. Se, acaso, o autuado fosse um comerciante que estivesse adquirindo mercadorias em seu próprio nome para posterior comercialização, este fato deveria ser posteriormente verificado, e inclusive, no momento da

fiscalização, deveria ter sido substituída a nota fiscal, conforme preconiza o art. 1, Parágrafo Único da Portaria 001/92.

Assim, caracterizada a ilegitimidade ativa do Estado da Bahia, não existe condição para que o presente Auto de Infração possa prosperar e voto pela nulidade da ação fiscal com base no art. 18, do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **207112.3084/04-0**, lavrado contra **JOSÉ EUSTÁQUIO PINTO**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2004

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO- PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR