

**PROCESSO** - A. I. Nº 207112.3084/04-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - JOSÉ ESTÁQUIO PINTO  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4ª JJF nº 0466-04/04  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/SUL  
**INTERNET** - 24/02/2005

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0009-12/05

**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. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Recorre a JJF da Decisão que julgou nulo o Auto de Infração decorrente do trânsito de mercadorias acompanhadas de documento fiscal com natureza de operação não tributada.

O autuado, em sua defesa, 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.

Em seguida, informa 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 enviou-lhe o equipamento apreendido, para, na condição de pesquisador e controlador de qualidade, estudar a viabilidade da concretização do projeto. Ressaltou que a operação teve como natureza a “Remessa em Comodato” do equipamento, não havendo a intenção do remetente nem do destinatário de omitirem informação ou prestar declaração falsa à autoridade fazendária do Estado da Bahia, como alegado no Auto de Infração.

Prosseguindo, transcreve o art. 3º da Lei Complementar nº 87/96, o art. 4º, X, do Regulamento do Estado do Espírito Santo e o art. 6º, XIV, do RICMS do Estado da Bahia. Afirma que a Lei Complementar nº 87/96 não determina 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 nº 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.

Informa, a seguir, que havia apresentado à fiscalização o Contrato de Comodato, 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 ao seu livre arbítrio, e 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, conclui que o Auto de Infração é arbitrário, fruto da interpretação equivocada da autoridade fiscal.

Requer a nulidade da ação fiscal.

A auditora fiscal afirma que as mercadorias transitaram acompanhadas apenas da Nota Fiscal nº 0043 (fl. 6). Diz que, 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 o documento não foi aceito 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 e 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.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte 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 as considerou tributadas. 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 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 nº 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.”*

A JJF recorre de ofício a este Conselho de Fazenda da sua Decisão.

## VOTO

Está evidentemente caracterizado no processo que as mercadorias (equipamentos) foram destinadas a pessoa física, qualificada para a utilização dos mesmos em estudos de viabilidade de extração mineral. Irrelevante, portanto, a análise da legitimidade do contrato de comodato firmado entre as partes, e esse fato não descaracterizaria a não incidência do tributo, pois o autuado, como já demonstrado, é pessoa física, fora, portanto, do alcance do ICMS. Em face do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, para manter a Decisão recorrida em todos os seus termos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 207112.3084/04-0, lavrado contra **JOSÉ EUSTÁQUIO PINTO**.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de janeiro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS