



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 360/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

SESSÃO ORDINÁRIA DE: 24/08/2010.

PROCESSO Nº 1/4646/2008

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 2/200810971

RECORRENTE: SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA.

RECORRIDO: Célula de Julgamento de 1ª Instância

CONSELHEIRO RELATOR: ANTÔNIO GILSON ARAGÃO DE CARVALHO

EMENTA: TRANSPORTE DE MERCADORIA ACOMPANHADA DE DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. Acusação fiscal que versa sobre transporte de mercadorias acompanhadas de documentos fiscais inidôneos, eis que os mesmos contêm declarações inexatas, haja vista a operação descrita ser incompatível com a efetivamente realizada, uma vez que a mesma se refere à Remessa por Conta de Contrato de Comodato sem, contudo, se enquadrar no referido tipo de contrato. Rejeitada preliminar de Diligência Fiscal. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Recurso Voluntário Conhecido e provido. Decisão UNANIMIDADE DE VOTOS, nos termos do voto do Conselheiro Relator e em consonância com o Parecer do representante da Procuradoria Geral do Estado, modificado oralmente em sessão.

RELATÓRIO:

Consta da inicial do presente processo que a empresa acima identificada transportava mercadoria acobertada por documento fiscal inidôneo, uma vez que a operação não era compatível com a descrita na nota fiscal.

O processo em análise foi instruído com o Auto de Infração nº 200810971-5, Informações Complementares, Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas nºs 506764, 505974, 506763, 507679, 506760 e 507686, Notas Fiscais de nºs 53481, 53543, 54034, 53548, 53608, 53622 e 53549, Demonstrativo dos Cálculos do Auto de Infração, Consultas de contribuinte, Certificado de Guarda de Mercadoria nº 620/2008, AR referente ao Auto de Infração e peça de defesa.

O auto de infração traz o seguinte relato:

Transporte de mercadoria acobertada por documentos fiscais inidôneos. A autuada emitiu as Notas Fiscais 53481, 53543, 53548, 53608, 53622 e 53549 para comerciantes varejistas e não destacou o ICMS sob o argumento de que se trata de uma operação em comodato, entretanto, após

análise dos fatos concluímos que a operação não se enquadra num contrato de comodato. (para maiores detalhes vide Informações Complementares).”

A sanção aplicada ao fato foi a penalidade que se encontra prevista no artigo 123, inciso III, alínea “a” da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03, exigindo ICMS no valor de R\$ 33.175,74 e multa do infrator no montante de R\$ 58.545,44.

Na Informação Complementar ao auto de infração (fls. 3 a 6), o autuante esclarece o seguinte:

a) que ao analisar as notas fiscais nºs 53481, 53543, 53548, 53549, 53608, 53622 e 54034 lavrou o presente auto de infração, posto que a empresa autuada emitiu as referidas notas fiscais como Natureza da Operação: COMODATO, não destacando o valor do ICMS, entretanto tal procedimento foi efetuado com o intuito de burlar o Fisco, uma vez que se observa que tal operação não caracteriza um comodato;

b) que de acordo com o artigo 579 do Código Civil Brasileiro “o comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto”;

c) que de acordo com essa definição as mercadorias constantes nas notas fiscais nºs 53481, 53543, 53548, 53549, 53608, 53622 e 54034, não podem ser objeto de comodato;

d) que analisando o material descrito nas referidas notas fiscais observa-se que se tratam de equipamentos para recepção de sinal de TV a cabo via satélite da SKY, sendo que as empresas que constam como destinatárias das mercadorias são todas comerciantes pois apresentam as seguintes atividades principais: d.1) Satélite Center Comércio e Serviços de Instalação Ltda – Comércio Varejista Especializado de Eletrodoméstico; d.2) Luciano Schaitel – Comércio Atacadista de Equipamentos de Informática; d.3) Sydney Mueller – Comércio Varejista Especializado de Eletrodoméstico;

e) que não seria viável para o comandante oferecer em comodato dezenas de aparelhos para recepção de TV a cabo para um mesmo comodatário se o real intuito fosse que o mesmo usasse os referidos bens, pois basta um único aparelho para satisfazer todas as necessidades das comodatárias;

f) que além disso, para obter um aparelho para recepção de TV a cabo via satélite pressupõe-se que fosse oferecido a assinatura para cada aparelho para que as comodatárias usassem os referidos bens, no entanto, na SKY não disponibilizou as assinaturas para os supostos comodatários;

g) que o contrato feito pela SKY com os comodatários não se caracteriza como um contrato de comodato e sim, como um contrato de venda em consignação, já que o objetivo é que os aparelhos sejam vendidos ou repassados para terceiros e, portanto, os documentos foram considerados inidôneos com base no que dispõe o artigo 131, inciso III do Decreto nº 24.569/1997;

h) que conclui-se que a natureza da operação descrita nas notas fiscais nºs 53481, 53543, 53548, 53549, 53608, 53622 e 54034 comodato, não condiz com a realidade e que só foi utilizada com o intuito de tentar burlar a fiscalização para não pagar o ICMS, pois um contrato de comodato se caracteriza por: h.1) ser um contrato pessoal e de uso; h.2) se referir a coisas não fungíveis; h.3) ter sido oferecida uma grande quantidade de antenas para quatro empresas, sendo que bastava um único aparelho para satisfazer as necessidades de cada uma; h.4) não ter sido oferecida a assinatura para que as empresas recepcionassem o sinal, logo, essas antenas não podem ser usadas pelas comodatárias e, portanto, o objetivo é que repassem os aparelhos; h.5) que desse modo, fica a autuada obrigada ao pagamento do ICMS no valor de R\$ 33.175,74 e multa no montante de R\$ 58.545,44.

Em sua manifestação defensiva a autuada alega que:

a) a impugnante tem por objeto, dentre outras atividades, a prestação de serviços de telecomunicações na modalidade de televisão por assinatura via Direct-To-Home (DTH), sendo que o cliente adquire um equipamento decodificador e formaliza sua adesão à base de assinantes da operadora por intermédio da assinatura de um contrato de prestação de serviços;



b) aduz que remete a título de comodato a seus parceiros comerciais, as antenas, os receptores de sinal, os cabos, os conectores e os kits que devem ser instalados no domicílio do tomador dos serviços para que em conjunto com o equipamento decodificador já adquirido, componham o sistema necessário para a efetiva recepção dos sinais DTH transmitidos pela impugnante;

c) assevera que entre os dias 12 e 13 de agosto de 2008 remeteu antenas, LNBS, kits, cabos e conectores para seus parceiros comerciais localizados no Estado do Ceará, ocasião em que não destacou o ICMS devido nas operações, tanto em virtude da natureza das remessas realizadas, quanto do fato de que os bens remetidos consistiam em bens de seu ativo permanente, no entanto, a fiscalização descaracterizou as operações considerando como vendas exigindo ICMS em favor do Estado do Ceará, considerando que a operação teria sido acobertada por documentos fiscais inidôneos e apreendendo as mercadorias objeto das operações amparadas pelas notas fiscais autuadas;

d) a defendente discorre fartamente sobre contrato de comodato e o modo de operar da empresa, colacionando, ainda, jurisprudência sobre o assunto;

e) por fim, questiona o fato de que a fiscalização não pode alterar a definição do conceito de operações em empréstimos tomado do Direito Civil para alargar o campo de incidência do ICMS e exigir imposto sobre operações não tributáveis.

No julgamento de primeira instância, a autoridade julgadora decidiu pela procedência da ação fiscal entendendo, dentre outros argumentos, que:

a) no que diz respeito ao questionamento de que se trata de operação de contrato de comodato firmado entre a impugnante e seus clientes localizados no Estado do Ceará, convém esclarecer que a julgar pelos quantitativos de equipamentos grafados nas Notas Fiscais nºs 53481, 53543, 53548, 53549, 53608, 53622 e 54034, descaracteriza totalmente uma operação de contrato de mútuo;

b) que não foi firmado contrato relativo às mercadorias objeto de autuação, porquanto, os contratos trazidos à colação pela defendente se refere a outros equipamentos anteriormente enviados, haja vista que firmados em data bem anteriores ao presente caso e, portanto, sem nenhuma validade jurídica. Com efeito, se há um contrato firmado entre partes, no caso presente, o contrato de comodato, é necessário que esses equipamentos possam um dia ser devolvidos e devem se referir fielmente àquela mesma circunstância, uma vez que tal operação se caracteriza como isenta de cobrança de ICMS;

c) que a cada remessa, há de existir um contrato firmado em cartório entre as partes.

Inconformada com a decisão singular, a autuada dela recorre, conforme Recurso Voluntário que repousa nas fls. 117 a 131 do p. processo, alegando em seu favor, basicamente, os mesmos argumentos utilizados na impugnação apresentada, conforme fls. 33 a 44 do p. processo.

A Consultoria Tributária opinou, conforme Parecer nº 204/2010, pela confirmação da decisão singular condenatória de primeiro grau. Todavia, o nobre Procurador modificou a decisão oralmente em sessão.

Em síntese, este é o relatório.

VOTO DO RELATOR

Aduz a peça vestibular dos presentes autos que o autuado incorreu no ilícito fiscal, melhor dizendo a empresa acima identificada transportava mercadoria acobertada por documentos fiscais inidôneos, tendo em vista que a autuada emitiu várias notas fiscais para comerciantes e não destacou o imposto sob o argumento de que se trata de uma operação em comodato.

A propósito, comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis, para uso durante certo prazo e posterior devolução da coisa emprestada, findo o prazo do empréstimo. O comodato se completa com a tradição do objeto.

A gratuidade do empréstimo é indispensável, pois se houver ônus ou pagamento não será comodato, e sim contrato de locação da coisa.

Diz o art. 579 do Código Civil que:

Art. 579. O comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto.

O comodato tem as seguintes características: a) gratuidade do contrato; b) conclusão do contrato com a tradição da coisa, e c) infungibilidade do objeto;

A extinção do comodato ocorre nas seguintes hipóteses:

a) em decorrência do término do prazo contratual, ou este não existindo, findo o período de utilização para o qual foi acordado, a exemplo de término da obra.

b) pela resolução do contrato feita pelo comodante em decorrência de quebra de cláusula contratual, sobretudo no uso inadequado do bem por parte do comodatário;

c) por sentença do juiz, a pedido do comodante, provada a necessidade urgente prevista no artigo 581;

d) pela morte do comodatário se a coisa emprestada era para uso exclusivo e pessoal do comodatário, não sendo neste caso repassado aos herdeiros.

Convém ressaltar que o art. 4º do RICMS, prevê o seguinte:

“Art. 4º O ICMS não incide sobre:

VIII - operações resultantes de comodato, locação ou arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário, observado o disposto no artigo 662;

Parágrafo único. Para os efeitos do inciso VIII deste artigo, entende-se por:

I - comodato: a operação de empréstimo a título gratuito de bens móveis infungíveis, a qual se perfaz com a simples tradição do objeto, mediante contrato escrito;

Pelo visto, as operações resultantes de celebração de contratos de locação ou comodato, em razão de não implicarem em circulação de mercadorias, por não haver mudança de titularidade, mas apenas deslocamento físico, não poderão materializar o fato gerador do ICMS.

Neste sentido, também, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, vejamos:

ICMS. MODELOS E MOLDES. COMODATO.

Provido o recurso para afastar a incidência do ICMS sobre a remessa de moldes e modelos, sob o regime de comodato, para outros Estados, *ex vi* do art. 334, III, do DL n. 406/68 e da Súmula n. 573 do STF. REsp 159.832-SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, julgado em 15/2/2001.

“Súmula 573: Não constitui Fato Gerador do Imposto de Circulação de Mercadorias a saída física de máquinas, utensílio e implementos a título de comodato.”

Cumprido destacar, que no processo a empresa autuada anexou alguns contratos com as suas parceiras, o que denota, na realidade, que os equipamentos não têm o objetivo de ser comercializados.

Todavia, malgrado o exposto propus diligência fiscal no sentido de solicitar da atuada os contratos celebrados com as parceiras domiciliadas no Estado do Ceará, contudo entendeu este colegiado, por maioria de votos, que é despiciendo tal proposta, por entenderem que o processo está devidamente instruído.

Isto posto, com esteio nas razões de fato e direito ora evidenciadas, no mérito, voto pela **improcedência** da presente ação fiscal em conformidade com o Parecer do representante da Procuradoria Geral do Estado, modificado oralmente em sessão.

DECISÃO:

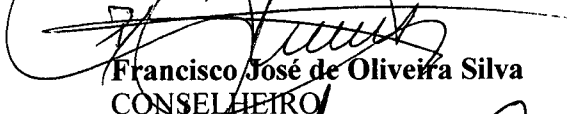
RESOLVEM, os membros da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, resolvem, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário. Com referência a solicitação de Diligência suscitada pelo conselheiro relator – Afastada por maioria de votos. Vencido o voto do proponente. No **mérito**, por unanimidade de votos, a 2ª Câmara resolve dar provimento ao recurso interposto, para modificar a decisão proferida em 1ª Instância, e julgar **improcedente** a presente ação fiscal nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer do representante da Procuradoria Geral do Estado, modificado oralmente em sessão.

SALA DAS REUNIÕES DA 2.ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 24 de 10 de 2010.


Alexandre Mendes de Sousa
PRESIDENTE


Aderbalina Fernandes Scipião
CONSELHEIRA



Sandra Araújo Rocha
CONSELHEIRA


Francisco José de Oliveira Silva
CONSELHEIRO


Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO


Antônio Gilson Aragão de Carvalho
CONSELHEIRO

Marcos Antônio Brasil
CONSELHEIRO


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO


Sebastião Almeida Araújo
CONSELHEIRO


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO

Tereza Cristina Homsí Cavalcante
CONSULTORA TRIBUTÁRIA