



**Órgão** : 3ª TURMA CÍVEL  
**Classe** : APELAÇÃO CÍVEL  
**N. Processo** : **20160110948740APC**  
**(0033623-73.2016.8.07.0018)**  
**Apelante(s)** : ATACADAO S.A.  
**Apelado(s)** : DISTRITO FEDERAL  
**Relator** : Desembargador ALVARO CIARLINI  
**Acórdão N.** : 1127364

### **E M E N T A**

**APELAÇÃO CÍVEL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. SIMULAÇÃO DE OPERAÇÃO MERCANTIAL. NOTA FISCAL INIDÔNEA. APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO DE ICMS. COBRANÇA. POSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DE QUE OCORREU A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA APESAR DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DA NOTA FISCAL. ÔNUS DO AUTOR. MULTAS APLICADAS POR CONDUTAS DISTINTAS DO CONTRIBUINTE. NÃO ABSORÇÃO.**

1. Deve ser afastada a preliminar de ausência de impugnação aos fundamentos da sentença diante da constatação de que as razões recursais não se limitaram a reiterar as alegações da petição inicial, tendo havido a devida impugnação das razões de decidir exaradas na sentença.

2. É possível a cobrança do valor do ICMS indevidamente creditado decorrente de notas fiscais declaradas inidôneas originadas de operações mercantis simuladas.

3. A viabilidade de aproveitamento do crédito de ICMS de nota fiscal declarada inidônea está condicionada à devida comprovação de que houve a devida circulação de mercadoria, com o respectivo pagamento. É ônus do autor, nos termos do art. 373, inc. I, do CPC, na ação que objetivou a

desconstituição de auto de infração formalizado para a cobrança de crédito de ICMS indevidamente aproveitado, demonstrar que a operação mercantil reputada simulada efetivamente ocorreu.

4. A aplicação de multa em virtude do aproveitamento indevido de crédito do ICMS não absorve a penalidade aplicada pelo fato de ser o contribuinte detentor de documento fiscal fraudulento.

5. Recurso conhecido e não provido.

**A C Ó R D ã O**

Acordam os Senhores Desembargadores da **3ª TURMA CÍVEL** do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, **ALVARO CIARLINI** - Relator, **FLAVIO ROSTIROLA** - 1º Vogal, **GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA** - 2º Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador **FLAVIO ROSTIROLA**, em proferir a seguinte decisão: **CONHECER. NEGAR PROVIMENTO. UNÂNIME.**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília(DF), 19 de Setembro de 2018.

Documento Assinado Eletronicamente

**ALVARO CIARLINI**

Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela sociedade anônima **Atacadão S/A** contra a sentença de fls. 129-132, proferida pelo Juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, que julgou o pedido improcedente.

Na origem, a sociedade anônima **Atacadão S/A** ajuizou ação submetida ao procedimento comum. Narrou ter sido autuada pela pretensa violação aos termos da legislação alusiva ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, uma vez que teria procedido ao aproveitamento indevido de crédito relativo à emissão de nota fiscal inidônea.

Salientou que o Distrito Federal autuou a autora, pois a nota fiscal que gerou o aproveitamento de crédito foi considerada inidônea em decorrência do cancelamento do cadastro fiscal da sociedade empresária que a emitiu (Distribuidora de Produtos Alimentícios Explendor Ltda-ME).

Ressaltou que a publicação da declaração de inidoneidade da entidade Distribuidora de Produtos Alimentícios Explendor Ltda-ME foi posterior à operação mercantil que originou a nota fiscal considerada irregular. Assim, como a operação procedida foi anterior à aludida declaração, não poderia ter sido por ela alcançada.

Destacou que apesar da declaração de inidoneidade da nota fiscal, está comprovada a ocorrência da operação mercantil, com o respectivo pagamento realizado pela autora, o que possibilitaria o aproveitamento de crédito do ICMS.

Asseverou ainda que a multa acessória aplicada no auto de infração foi absorvida pela multa decorrente do descumprimento da obrigação principal, razão pela qual deve ser aplicado, ao caso, o princípio da consunção.

Decorrida a marcha processual, foi proferida a sentença de fls. 129-132, ocasião em que o pedido foi julgado improcedente. Na oportunidade, o Juízo processante consignou que a entidade Distribuidora de Produtos Alimentícios Explendor Ltda-ME tinha atuação fictícia, pois emitia notas fiscais alusivas a operações mercantis que não ocorriam com o intuito de gerar créditos fiscais.

Salientou que a autora não comprovou o efetivo pagamento da operação que gerou o aproveitamento de crédito ora questionado, bem como a efetiva circulação de mercadoria.

Destacou ainda que as multas aplicadas à autora têm fatos geradores distintos, não havendo que se falar em consunção na presente hipótese.

Em suas razões recursais às fls. 143-154, a sociedade anônima

**Atacadão S/A** alega que é legítimo o aproveitamento de crédito relativo ao ICMS nas ocasiões em que se comprove a efetiva aquisição da mercadoria, ainda que a nota fiscal seja posteriormente considerada inidônea.

Afirma que a declaração de inidoneidade da entidade Distribuidora de Produtos Alimentícios Explendor Ltda-ME não pode atingir operações comerciais realizadas em momento anterior à referida declaração.

Ressalta que procedeu à devida comprovação da efetiva ocorrência da circulação de mercadoria descrita na nota fiscal ora em discussão, trazendo, inclusive, extrato bancário que demonstra o pagamento pela aquisição dos bens.

Por fim, destaca que a multa acessória cobrada no auto de infração diz respeito a conduta já valorada em relação à penalidade atribuída pelo descumprimento da obrigação principal.

A guia de recolhimento do preparo e o respectivo comprovante de pagamento foram devidamente acostados aos presentes autos às fls. 155-156.

O **Distrito Federal**, em contrarrazões às fls. 158-166, suscitou preliminar de não conhecimento do recurso, sob o fundamento de que o apelante não teria realizado a devida impugnação dos fundamentos da sentença, se limitando a repetir as alegações da petição inicial. No mais, pugnou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

## V O T O S

### **O Senhor Desembargador ALVARO CIARLINI - Relator**

Primeiramente, verifica-se que a apelante, em suas razões recursais, não se limitou a reiterar os argumentos apresentados na sua petição inicial. Observa-se que os fundamentos utilizados na sentença foram regularmente impugnados, não podendo ser acolhida a preliminar de não conhecimento suscitada pelo **Distrito Federal** em suas contrarrazões.

Assim, rejeito a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade.

Dessa forma, o recurso interposto merece ser conhecido, pois estão preenchidos os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, sendo tempestivo e adequado à espécie.

Inicialmente, deve ser afastada a alegação da apelante no sentido de que a declaração de inidoneidade da entidade Distribuidora de Produtos Alimentícios Explendor Ltda-ME não poderia afetar os atos praticados em momento anterior à mencionada declaração.

Na presente hipótese, o **Distrito Federal** considerou a referida sociedade empresária inidônea, pois constatou não terem ocorrido as operações mercantis indicadas, que foram fruto de simulação com o objetivo de gerar créditos de ICMS.

Diante desse cenário, em face da constatação de que foram simuladas diversas operações mercantis, o **Distrito Federal** promoveu a cobrança do ICMS irregularmente aproveitado, com os encargos e penalidades legalmente aplicáveis.

Observa-se, então, que não existe nenhuma irregularidade na conduta do **Distrito Federal**, que está apenas a proceder ao lançamento do ICMS não recolhido pelas sociedades empresárias beneficiadas pelas mencionadas simulações.

Convém ressaltar que é considerado lícito o aproveitamento dos créditos de ICMS referentes a nota fiscal, na circunstância de ser posteriormente declarada inidônea, na ocasião em que resta demonstrada a efetiva circulação de mercadoria. Nesse sentido, inclusive, o enunciado nº 509 da Súmula do Colendo Superior Tribunal de Justiça, assim redigido:

"É lícito ao comerciante de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS decorrentes de nota fiscal posteriormente declarada inidônea, quando demonstrada a veracidade da compra e venda."

Ocorre que, no caso ora em exame, a apelante não comprovou a ocorrência da efetiva aquisição das mercadorias descritas na nota fiscal de fl. 64. Destaca-se ainda que também não foi demonstrado o efetivo desembolso dos valores destacados no aludido documento fiscal.

O documento apresentado pela apelante à fl. 115, intitulado de "RELATÓRIO DE CONTAS A PAGAR - PAGAMENTOS LIQUIDADOS" não equivale a um extrato bancário, inexistindo, em verdade, a comprovação de que o montante referente à operação mercantil que teria sido realizada com a entidade Distribuidora de Produtos Alimentícios Explendor Ltda-ME teria sido, de fato, desembolsado pela apelante, o que possibilitaria o aproveitamento do crédito do ICMS.

Assim, observa-se que a apelante não se desincumbiu de seu ônus de comprovar os fatos constitutivos de sua pretensão de desconstituir o auto de infração nº 7291/2010 (fls. 47-48), nos termos do art. 373, inc. I, do Código de Processo Civil.

Por fim, em relação às multas impugnadas pela apelante, observa-se, a partir da análise do mencionado auto de infração, que foram aplicadas em decorrência de duas condutas distintas da apelante. A primeira multa foi aplicada em virtude da ausência de recolhimento de ICMS em decorrência de aproveitamento indevido de crédito fiscal de documento inidôneo. A segunda multa, por sua vez, foi aplicada em virtude de ter a apelante apresentado documento fiscal de entrada fraudulento.

Nesse contexto, diferentemente do alegado pela ora recorrente, verifica-se que a primeira infração não absorve a segunda, pois foram aplicadas em razão de diferentes condutas.

Feitas essas considerações, nego provimento ao recurso.

Majoro os honorários de advogado para 12% (doze por cento) do valor da causa, nos termos do art. 85, § 11 do CPC.

É como voto.

**O Senhor Desembargador FLAVIO ROSTIROLA - Vogal**

Com o relator

**O Senhor Desembargador GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA - Vogal**

Com o relator

**DECISÃO**

CONHECER. NEGAR PROVIMENTO. UNÂNIME.