



## PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA

#### 23ª CÂMARA CÍVEL

---

**Apelação** nº 0352095-14.2009.8.19.0001

**Apelante** (Autor): COMBUSTÍVEL AUTO MECÂNICA ESTEVES LTDA

**Apelado** (Réu): ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**Relator:** Desembargador MURILO KIELING

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. POSTO DE COMBUSTÍVEIS. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL OU DA MULTA IMPOSTA PELO FISCO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELO DO AUTOR. Recebimento de mercadorias tributadas acobertadas por notas fiscais inidôneas. Inafastabilidade do auto de infração e da multa cobrada. Aplicação dos artigos 18, III, "c", e 59, IX, "c", ambos da Lei Estadual 2.657/96. Alegação de que atuou de boa-fé que não aproveita ao autor, em virtude da natureza objetiva das infrações tributárias (artigo 136 do CTN). Não prospera ainda a alegação de necessidade de edição de lei complementar para estabelecimento da hipótese de solidariedade, uma vez que o autor é o contribuinte do ICMS devido e a distribuidora a responsável tributária. Por conseguinte, se o demandante é o obrigado original, eventual invalidade da regra que prevê a solidariedade a ele não aproveitaria, mas apenas ao substituto tributário (vendedora). Nem o fato de a impressão das notas fiscais terem sido supostamente autorizadas, não autoriza o acolhimento da pretensão do recorrente, dado que a emitente encontrava-se impedida de realizar operação comercial, fato que foi devidamente publicado no D.O.E. em 8/11/2002, antes da autuação das notas fiscais objeto dos autos, não sendo possível assim se ter os aludidos documentos como idôneos. Sentença mantida. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos o recurso de **Apelação** nº 0352095-14.2009.8.19.0001 em que figuram como **Apelante** COMBUSTÍVEL AUTO MECÂNICA ESTEVES LTDA e como **Apelado** ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Vigésima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por UNANIMIDADE de votos, em CONHECER E DESPROVER O RECURSO, nos termos do voto do Relator.

## RELATÓRIO

Na forma do permissivo regimental, adota-se o relatório da sentença que consta na pasta eletrônica de n.º 182:

COMBUSTIVEL AUTO MECANICA ESTEVES LTDA. ajuizou AÇÃO ANULATÓRIA contra o ESTADO DO RIO DE JANEIRO, objetivando anular o auto de infração nº 03.173182-1.

Informou que, foi autuado por deixar de recolher o ICMS não retido, na qualidade de responsável, às seguintes notas fiscais: 002.386, 002.439, 002.460 e 002.383, da empresa Serta Distribuidora de Petróleo do Brasil Ltda.

Alegou em síntese que, impugnou o auto na esfera administrativa e que foi julgado improcedente.

Invocou doutrina sobre a substituição tributária e boa fé do substituído. Destacou julgados sobre o tema e defendeu a não aplicação da solidariedade do art. 24 da Lei nº 2.657/96 e a inaplicabilidade da multa e o caráter confiscatório.

A inicial de fls. 02/25, foi instruída com os documentos de fls. 26/130.

Contestação de fls. 127/131, alegando que a responsabilidade de pagar o ICMS é do adquirente da mercadoria (art. 21 da Lei nº 2.657/96 e Lei Estadual nº 846/85) e que a multa foi corretamente aplicada.

Réplica às fls. 134/149.

Não houve produção de provas.

Promoção do Ministério Público às fls. 154/158, opinando pela improcedência do pedido.

É o relatório.

A parte dispositiva da sentença foi lançada nos seguintes termos:

Isto posto, JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS, narrados às tintas da inicial. Condeno a embargante nas despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da condenação.

Apelação do autor de pasta eletrônica 192 em que reitera, em síntese, os argumentos trazidos na inicial. Requer a reforma da sentença para que seja julgado procedente o pedido de anulação da cobrança do ICMS impugnada nos autos.

Contrarrazões do ente federativo réu de pasta eletrônica 244 pela manutenção da sentença.

**É O RELATÓRIO. PASSO AO VOTO.**

O recurso é tempestivo e estão satisfeitos os demais requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, devendo assim ser conhecido.

Trata-se de ação anulatória de auto de infração nº 03173182-1 oriundo de débito fiscal com pedido subsidiário de afastamento de multa imposta pelo fisco, penalidade lavrada em função de o autor, varejista de combustíveis, haver recebido mercadoria (gasolina) de empresa distribuidora de combustíveis, sem documentação fiscal idônea.

Em defesa, alega o recorrente que: não há na legislação dispositivo legal que obrigue o adquirente a verificar ou exigir qualquer outro documento além das notas fiscais que continham informação do pagamento do ICMS devido; não era do seu conhecimento o impedimento da empresa distribuidora; as mercadorias comercializadas estão sujeitas à substituição tributária, devendo ser recolhido o imposto impugnado pela vendedora (substituta tributária).

As razões expostas não têm o condão de afastar a aplicação do auto de infração e nem da multa impugnada.

Assim é porque as notas fiscais apresentadas pelo recorrente de fls. 36-39 não poderiam ser consideradas como idôneas para comprovar o pagamento do ICMS devido, visto que a empresa emitente estava, na época dos fatos, sob condição cadastral de impedimento, situação que perdurava desde 21/05/2001, conforme decisão exarada no processo E04/318.275/02, publicado no D.O.E. de 08/11/2002. Essa conclusão é extraída na decisão da junta de revisão fiscal de fls. 41-43, não impugnada especificamente pelo recorrente.

Portanto, não cabe ao contribuinte alegar desconhecimento da irregularidade cadastral da sociedade empresária distribuidora, substituta tributária do imposto, pois com a publicação do impedimento da vendedora foi dada a devida publicidade do ato a todos os interessados, sendo que as notas fiscais objeto dos autos foram emitidas em 05/04/04, 23/04/04, 05/05/04 e 20/05/04, portanto, posterior à declaração de impedimento.

A propósito, seguem os seguintes dispositivos legais que regem a questão:

Art. 135. O Impedimento é o ato compulsório da Administração destinado a promover a desabilitação de ofício da inscrição estadual no CAD-ICMS. (Resolução SEF nº 2.861 de 28/10/1997)

Art. 142. A SUACIEF publicará, periodicamente, edital relacionando as inscrições impedidas nos termos dos arts. 139 a 141. (Resolução SEF nº 2.861 de 28/10/1997)

Logo, recebido o produto com documentação inidônea, incide a penalidade aplicada pelo fisco, conforme os artigos 18 e 59 da Lei Estadual 2.657/96, independentemente de eventual alegação de dolo ou culpa, em virtude da natureza objetiva das infrações tributárias (artigo 136 do CTN).

Art. 18 - São responsáveis pelo pagamento do imposto:

(...)

III - o armazém geral e o estabelecimento depositário congênere:

(...)

c) no recebimento para depósito ou na saída de mercadoria sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea;

Art. 59 - Aquele que descumprir obrigação prevista na legislação tributária fica sujeito às seguintes multas:

(...)

IX - de 80 % (oitenta por cento) do valor do imposto devido ou de 40% (quarenta por cento) do que incidiria, se tributada fosse a saída da mercadoria ou a prestação de serviço, nunca inferior a 400 UFIRs, quando:

(...)

c) - receber ou possuir mercadoria sem documentação fiscal ou com documentação inidônea

“Art. 136 do CTN: Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Cumprido destacar que, ainda que o apelante tenha realmente pago o valor do imposto constante nas notas fiscais irregulares, fato é que o montante não reverteu aos cofres públicos, sendo, portanto, descabida a tese de bitributação.

De outro modo, não prospera a alegação de necessidade de edição de lei complementar para estabelecimento da hipótese de solidariedade, uma vez que o autor é o contribuinte de fato do ICMS devido e a vendedora, a responsável

tributária. Por conseguinte, se o autor é o obrigado original, eventual invalidade da regra que prevê a solidariedade a ele não aproveitaria, mas apenas ao substituto.

Nem o fato de a impressão das notas fiscais terem sido supostamente autorizadas não autoriza o acolhimento da pretensão da recorrente, dado que, como dito, a emitente encontrava em situação cadastral de impedimento, não sendo possível assim se ter os aludidos documentos como idôneos.

Frise-se ainda que o autor poderia ter sido mais diligente antes de adquirir a mercadoria objeto de suas atividades para revenda, bastando para tanto ter feito breve consulta da situação cadastral da sociedade empresária vendedora, em que obteria a informação de que ela encontrava-se com a inscrição desativada de ofício a partir de 21/05/2001, de acordo com o que consta na decisão da junta de revisão fiscal de fls. 41-43.

Os arestos de fls. 182/183 que constam na apelação não se aplicam à hipótese, haja vista que apenas reconhecem a validade do pagamento do ICMS quando a nota fiscal é tida por inidônea, quando comprovada a realização da operação comercial, não sendo o caso dos autos, visto que o autor pretende a declaração de anulação do auto de infração e da multa aplicada pelo fisco.

A propósito:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. **AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL (ICMS)**. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. NOTAS FISCAIS EMITIDAS POR EMPRESAS POSTERIORMENTE CONSIDERADAS INIDÔNEAS. DOCUMENTAÇÃO FISCAL IRREGULAR. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS SEM SAÍDA DE MERCADORIA. PROVA EMPRESTADA DA RECEITA FEDERAL. POSSIBILIDADE. LAVRATURA DE 3 AUTOS DE INFRAÇÃO (UM FEDERAL E DOIS ESTADUAIS). DECISÕES ADMINISTRATIVAS NA ESFERA FEDERAL E ESTADUAL CONFLITANTES QUANTO AO CREDITAMENTO INDEVIDO DE IMPOSTO, COM CANCELAMENTO PARCIAL DO AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO EM FACE DA MATRIZ DA EMPRESA RECORRENTE. ART. 112 DO CTN. DÚVIDA QUE DEVE SER INTERPRETADA A FAVOR DO CONTRIBUINTE. RESP. 1.148.444/MG, REL. MIN. LUIZ FUX (DJe 27/04/10). SUBSISTÊNCIA DA MULTA REFERENTE À EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS SEM A DEVIDA SAÍDA DE MERCADORIA. APLICABILIDADE DA TAXA SELIC. PRECEDENTES DO STJ. SÚMULA 83/STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Ao contrário do que afirma a recorrida, não se trata de questão de fato apenas, ou de reexame de provas, mas de possível violação ao art. 112 do CTN, haja vista as provas emprestadas aos autos que lograram êxito na esfera administrativa, havendo de se aferir o real alcance ou interpretação do direito à espécie. 2.

In casu, presente o chamado prequestionamento implícito, uma vez que a discussão gira em torno da subsistência da imputação e infração fiscal apontada, mesmo quando existentes duas decisões administrativas favoráveis à contribuinte, calcadas nos mesmos fatos, inicialmente apurados pela Receita Federal. 3. Todavia, no caso, a oscilação administrativa na conclusão da participação da recorrente em eventual esquema de utilização de notas frias para fins de credenciamento indevido de IPI e ICMS lança dúvida quanto à autoria do fato (art. 112, III do CTN). Com efeito, desde a apuração no âmbito federal, têm assinalado os órgãos de controle superiores que o Fisco não conseguiu demonstrar que a recorrente, participara dos possíveis ilícitos fiscais cometidos na cadeia comercial anterior. 4. Na hipótese, perfeitamente aplicável o entendimento firmado pela Primeira Seção desta Corte, por meio do REsp. 1.148.444/MG, Rel. Min. LUIZ FUX (DJe 27/04/10), submetido à norma do art. 543-C do CPC, de que o comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação. 5. **No tocante à multa por irregularidade na documentação fiscal concernente as saídas de mercadorias para a empresa exportadora, restou comprovado que esta não operava regularmente desde data muito anterior às supostas transações comerciais que teria realizado com a recorrente, não tendo sido desconstituída essa premissa fática no âmbito estadual ou federal, devendo, por isso, subsistir o auto de infração nesse ponto.** 6. Segundo orientação pacífica desta Corte, a partir de 1.1.1996 é devida a Taxa Selic nos cálculos dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública Federal, sem cumulação com qualquer outro índice de atualização. Súmula 83/STJ. 7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido, para o fim de excluir a penalidade pela infração referente ao creditamento do imposto (Item I do Auto de Infração 083647 - fls. 71), remanescendo, todavia, aquela relacionada ao Item II do mesmo Auto (fls. 72). (REsp 1215222/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 11/11/2011) [g.n.]

Do exposto, VOTO no sentido de CONHECER E DESPROVER O RECURSO.

Em atenção ao disposto no artigo 85, § 11, do CPC, majora-se os honorários advocatícios devidos pelo autor para 15% do valor atualizado da causa.

Rio de Janeiro, na data da Sessão de Julgamento.

MURILO KIELING  
Desembargador