



**NONA CÂMARA CÍVEL**

**APELAÇÃO CÍVEL N. 0271165-77.2007.8.19.0001**

**ORIGEM: 11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL**

**APELANTE: ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**APELADO: RIONIL COMPOSTOS VINILICOS LTDA**

**RELATORA: JDS. DES. ANA CÉLIA MONTEMOR SOARES**

Apelação Cível. Direito tributário. Anulação de auto de infração. Venda de mercadoria a título de sucata. Tratamento diferenciado na tributação do ICMS.

O Fisco lavrou dois autos de infração idênticos sobre o mesmo tema (ICMS sobre sucata de aparas de plásticos de sua fabricação). O auto de infração 909.099 lavrado em 23/07/1996 (processo administrativo E-04/069.728/96) e o auto de infração 909.104-2 lavrado em 23/07/1996 (processo administrativo E-04/069.729/96). Desses dois autos de infração, somente o segundo é objeto da presente demanda. O primeiro foi impugnado administrativamente e o Conselho de Contribuintes julgou o recurso administrativo do autor e declarou nulo o auto de infração, sob o fundamento de que *“restado provado nos autos que a exação baseou-se em presunção totalmente dissociada da verdade material e inexistindo elementos suficientes para se determinar a infração, nula é a existência fiscal”*.

O RICMS de 1985 (Decreto Estadual 8.050/1985) vigente à época dos fatos prevê que sucata é *“a mercadoria que se tornar definitiva e totalmente inservível para o uso a que se destinava originalmente, somente se prestando ao emprego, como matéria-prima, na fabricação de outro produto”*. As notas fiscais emitidas pela parte autora apontam na sua descrição que os bens eram sucatas. Já o auto de infração 909.104 aponta como enquadramento legal/relato *“[...] as mercadorias não se enquadram como sucata, segundo a legislação em vigor [...]”*.

A presunção de legitimidade do ato restou afastada pela parte autora ao juntar aos autos as notas fiscais com a descrição de sucata e, mais que isso, a própria



Administração Pública, no processo administrativo E-06/609/728/1996, deu razão ao contribuinte e anulou o auto de infração 909.099.

### **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes Apelação Cível n. **0271165-77.2007.8.19.0001**, em que figura como apelante **ESTADO DO RIO DE JANEIRO** apelado **RIONIL COMPOSTOS VINILICOS LTDA**.

**A C O R D A M** os Desembargadores da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por **unanimidade**, em **NEGAR PROVIMENTO**, nos termos do voto do relator.

Na forma do artigo 92 § 4º do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal, adota-se o relatório do Juízo sentenciante, assim redigido (fls. 190-195 - Indexador 000212):

RIONIL COMPOSTOS VINÍLICOS LTDA. ajuizou AÇÃO ORDINÁRIA com pedido de antecipação de tutela contra o ESTADO DO RIO DE JANEIRO, objetivando a anulação do crédito tributário, constituído pelo auto de infração nº 909104-2, sob o fundamento de que os bens vendidos seriam sucata e o ICMS incidente nesta operação seria diferido. Alegou que, tem por objeto social a fabricação e comercialização de compostos de cloreto de polivinila, podendo exercer a importação de máquinas, materiais, acessórios e produtos químicos em geral, que se relacionem com seu objeto social, conforme seu contrato social. Sustentou que, por essa razão, durante a fabricação de PVC (plástico especial), aparas ou resíduos se perdem no processo industrial e podem ser vendidos como inservíveis (sucata). Desse modo, aduziu que o RICMS define o que é sucata e determina o diferimento do ICMS incidente sobre a sua venda. Afirmou que o Fisco estadual considerou que alguns bens vendidos não se enquadram no conceito de sucata e lavrou o auto de infração cobrando ICMS sobre essa operação. Por fim, asseverou que a única obrigação imposta pela legislação pertinente, que é de incluir as expressões 'amparada por suspensão do tributo e que este será pago pelo destinatário' na nota fiscal, foi cumprida. A inicial de fls. 02/16 veio instruída com os documentos de fls. 17/93. Às fls. 125/126, antecipação de tutela indeferida. Interposto agravo de instrumento desta decisão (fls. 138/151), o qual veio a ter negado provimento pelo E. Tribunal



de Justiça (fls. 171/173). Contestação às fls. 167/172 rejeitando os argumentos autorais sob o fundamento de que os bens vendidos não se enquadram como sucata porque não são 'totalmente e definitivamente inservíveis'. Réplica às fls. 176/181. As partes alegaram não possuírem provas a produzir, conforme fls. 182 e 183. O Ministério Público opinou pela improcedência do pedido autoral, conforme fls. 187/188.

O pedido foi julgado procedentes, nos seguintes termos:

Trata-se de ação ordinária por meio da qual se pretende a anulação do crédito tributário constituído pelo auto de infração 909104-2, sob o fundamento de que os bens vendidos seriam sucata e o ICMS incidente nesta operação seria diferido. A lide em questão gira em torno da classificação ou não dos bens vendidos pela autora, no período de 1991 a 1996, ao conceito de sucata, sobre a qual o RICMS impõe o diferimento do ICMS incidente nesta operação. Da leitura do auto de infração (fls. 29 e seguintes) observa-se que o fiscal atuante lavrou o auto de infração apresentando a seguinte justificativa: 'A empresa a título de 'sucata' de PVC e de composto de PVC fora de especificação emite notas fiscais de venda com suspensão de ICMS. Ocorre que as mercadorias vendidas não se enquadram como sucata, segundo a legislação em vigor'. A legislação a que se faz referência é o Regulamento do ICMS vigente à época, o Decreto 8.050/1985, que estabelecia o seguinte: 'Art. 1.º O pagamento do imposto incidente nas sucessivas saídas, dentro do Estado, de lingotes e tarugos de metais não-ferrosos, de sucata de metal, papel usado ou aparas de papel, cacos de vidro e retalho, fragmento ou resíduo de plástico, tecido, borracha, madeira, couro curtido e de outros materiais similares fica diferido para o momento em que ocorrer: I - saída para outra unidade federada ou para o exterior; II - sua entrada em estabelecimento industrial. (...) § 2.º Considera-se sucata ou resíduo a mercadoria que se tornar definitiva e totalmente inservível para o uso a que se destinava originalmente, somente se prestando ao emprego, como matéria-prima, na fabricação de outro produto. § 3.º Não se considera sucata ou resíduo a mercadoria usada, mesmo a parcialmente danificada, que ainda possa ser utilizada com a destinação originária. § 4.º É irrelevante a destinação específica que venha a ser dada pelo adquirente à mercadoria usada, ficando sua saída sujeita às normas gerais previstas na legislação.' Para se averiguar se as mercadorias vendidas se enquadram ou não ao conceito de sucata, deve-se analisar as notas fiscais acostadas aos autos de modo a concluir pela sua conceituação. Nas notas fiscais constantes de fls. 40 a 50, observa-se que os bens comercializados estão descritos como sucata de PVC. Apesar disso, a ré contesta o fundamento autoral de que esses mesmos bens não se enquadrariam ao conceito estabelecido no dispositivo acima colacionado. Ora, a contestação apenas se resume a refutar o argumento da autora sem dizer qual o fundamento para que os bens não se enquadrassem nesse conceito. A razão disso é porque o auto de infração não apresenta os motivos pelos quais os bens indicados nas notas fiscais apresentadas não se enquadrariam como sucata. Não se olvida que os atos administrativos possuem presunção de veracidade. No entanto, eles também precisam

preencher os requisitos necessários para que possam produzir efeitos. Seriam eles: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. A doutrina costuma indicar que esses elementos estariam dispostos no art. 2 da Lei 4.717/65. Da transcrição do relato do fiscal autuante não há indicação de qualquer motivo para não se enquadrar os bens como sucata. Simplesmente se afirma que não é. Por óbvio que isto não é suficiente para a legalidade do ato. A jurisprudência é farta no sentido de que os atos administrativos necessitam de motivo (até de motivação) para que seja legal. Vejam-se os seguintes arestos nesse sentido: 'O ato administrativo discricionário está sujeito a controle judicial, sobretudo no que se refere à presença de motivação' (RMS n. 406.769/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 7.2.2014) 'ADMINISTRATIVO. MILITARES TEMPORÁRIOS LICENCIADOS UM DIA ANTES DE ADQUIRIREM A ESTABILIDADE. DISPENSA ANTES DO TÉRMINO DO REENGAJAMENTO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO NO CASO CONCRETO. NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO DE DESLIGAMENTO. (...) 3. Em um ato administrativo discricionário, a Administração Pública possui uma certa margem de liberdade para escolher os motivos ou a postura a ser adotada. Todavia, onde houver a necessidade de motivação, não poderá a administração deixar de explicitar quais foram as razões que lhe conduziram a praticar o ato. 4. A necessidade de motivação ocorre em benefício dos destinatários do ato administrativo, em respeito não apenas ao princípio da publicidade e ao direito à informação, mas também para possibilitar que os administrados verifiquem se tais motivos realmente existem. Não é outra a ratio essendi da teoria dos motivos determinantes. 5. A ausência de motivação, in casu, acarreta a nulidade do ato de licenciamento dos agravados e, por consequência, implica a obtenção do direito à estabilidade decenal. Agravo regimental improvido.' (AgRg no AREsp 94480/RR) Tendo em vista que a nulidade do ato administrativo por falta de um de seus elementos possui efeito ex tunc, deve ser reconhecida a nulidade dos créditos tributários discutidos. Contudo, não só pela ausência de motivo no auto de infração discutido que deve ser julgado procedente o pedido autoral, mas também porque a autora trouxe provas (notas fiscais do período da autuação) que indicam que os bens seriam sucata, enquanto a ré simplesmente negou que tivessem essa natureza. Logo, a autora se desincumbiu do ônus probatório; a ré não. Com fundamento nessas razões, deve ser reconhecida a nulidade dos créditos tributários. **Isto posto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO narrado às tintas da inicial.** Condeno nas despesas processuais e em honorárias advocatícias fixados em R\$10.000,00 (dez mil reais). Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório. P.R.I.

A parte ré interpôs recurso de apelação às fls. 196-206 (indexadores 000218 e 000226) sustentando, em síntese, que o fato de o contribuinte declarar na nota fiscal que o bem constitui sucata não o transforma em sucata. Aduz que de nada adianta a declaração específica na nota fiscal, pois ela, por si só, não tem o condão de alterar a natureza do bem. Afirma que o ato administrativo possui presunção de



legalidade, legitimidade e veracidade, o que levaria à parte autora o dever de provar a conduta irregular do auto de infração. Segundo o apelante, a parte autora possui atestado de exclusividade na fabricação de embalagens alimentares no Estado o que leva a concluir que pela sua expertise seria capaz de produzir prova apta a comprovar suas alegações. Alega que a autuação ocorreu por conta da não adequação dos bens ao conceito legal de sucata, na forma do RICMS/85. Por fim, aduz que os honorários fixados estão excessivos.

A parte autora apresentou contrarrazões às fls. 209-227 (indexador 000234) prestigiando a sentença.

### **É O RELATÓRIO.**

Inicialmente, pontue-se que a presente apelação foi interposta com fundamento no Código de Processo Civil de 1973, contra sentença publicada sob a sua égide. Nesse contexto e considerando que o julgamento do recurso ocorre após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, deve ser ressaltada a disposição do art.14 do referido diploma legal, *in verbis*:

*Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.*

A parte autora narra que é empresa atuante no ramo químico e, além de outras atividades constantes no seu objeto social, fabrica embalagens de PVC para alimentos.

No processo de fabricação das embalagens é natural que aparas ou resíduos do material se percam no processo produtivo. Diante disso, essas partes são vendidas como inservíveis – sucata – para outras empresas.

O Fisco lavrou dois autos de infração idênticos sobre o mesmo tema (ICMS sobre sucata de aparas de plásticos de sua fabricação). O auto de infração 909.099 lavrado em 23/07/1996 (fls. 77/77v – indexador 000038) (processo administrativo E-





04/069.728/96) e o auto de infração 909.104-2 lavrado em 23/07/1996 (fl. 29/29v – indexador 000038) (processo administrativo E-04/069.729/96).

Desses dois autos de infração, somente o segundo é objeto da presente demanda. O primeiro foi impugnado administrativamente e o Conselho de Contribuintes julgou o recurso administrativo do autor e declarou nulo o auto de infração, sob o fundamento de que *“restado provado nos autos que a exação baseou-se em presunção totalmente dissociada da verdade material e inexistindo elementos suficientes para se determinar a infração, nula é a existência fiscal”* (fls. 87-92 - indexador 000038).

Já o segundo também foi impugnado administrativamente, mas não teve decisão favorável ao contribuinte, sob o fundamento de que *“se o contribuinte deixa de comprovar, por intermédio de documentação hábil, a destinação dada aos materiais comercializados, torna-se responsável pelo imposto devido”*. (fls. 51-68 – indexador 000038).

O RICMS de 1985 (Decreto Estadual 8.050/1985) vigente à época dos fatos prevê o seguinte:

Art. 1.º O pagamento do imposto incidente nas sucessivas saídas, dentro do Estado, de lingotes e tarugos de metais não-ferrosos, de sucata de metal, papel usado ou aparas de papel, cacos de vidro e retalho, fragmento ou resíduo de plástico, tecido, borracha, madeira, couro curtido e de outros materiais similares fica diferido para o momento em que ocorrer:

I - saída para outra unidade federada ou para o exterior;

II - sua entrada em estabelecimento industrial. (...)

§ 2.º ***Considera-se sucata ou resíduo a mercadoria que se tornar definitiva e totalmente inservível para o uso a que se destinava originalmente, somente se prestando ao emprego, como matéria-prima, na fabricação de outro produto.***

§ 3.º Não se considera sucata ou resíduo a mercadoria usada, mesmo a parcialmente danificada, que ainda possa ser utilizada com a destinação originária.



§ 4.º É irrelevante a destinação específica que venha a ser dada pelo adquirente à mercadoria usada, ficando sua saída sujeita às normas gerais previstas na legislação.

A discussão é simplesmente em estabelecer se as aparas e resíduos de PVC comercializados pela parte autora são caracterizados como sucata, nos termos da legislação.

As notas fiscais emitidas pela parte autora (fls. 40-50 – indexador 000038) apontam na sua descrição que os bens eram sucatas.

Já o auto de infração 909.104 (fl. 29 – indexador 000038) aponta como enquadramento legal/relato “[...] *as mercadorias não se enquadram como sucata, segundo a legislação em vigor* [...]”.

Os elementos do ato administrativo (competência, forma, objeto, finalidade e motivo) constituem os pressupostos necessários para a validade dos atos, isto é, o ato praticado sem observância de quaisquer desses pressupostos estará contaminado de vício de legalidade, fato que o deixará, como regra, sujeito à anulação.

A doutrina utiliza a Lei 4.717/65 para elencar os elementos do ato administrativo:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:





- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

O motivo é um dos elementos do ato administrativo, sem o qual o ato padece de vício de ilegalidade. É a situação de fato ou de direito que gera a vontade do agente quando pratica o ato administrativo<sup>1</sup>.

A Lei Estadual 5.427/09 que rege o processo administrativo no âmbito estadual estabelece no artigo 2º que o processo administrativo obedecerá “*aos princípios da transparência, legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, impessoalidade, eficiência, celeridade, oficialidade, publicidade, participação, proteção da confiança legítima e interesse público.*”

Além disso, o artigo 48 da Lei Estadual 5.427/09 elenca as decisões que exigem motivação por parte da Administração pública e está entre elas os atos administrativos que imponham sanções:

**Art. 48. As decisões proferidas em processo administrativo deverão ser motivadas, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:**

- I. neguem, limitem, modifiquem ou extingam direitos;

<sup>1</sup> Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.



***II. imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;***

III. dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

IV. julguem recursos administrativos;

V. decorram de reexame de ofício;

VI. deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão, ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VII. importem em anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo;

VIII. acatem ou recusem a produção de provas requeridas pelos interessados;

IX. tenham conteúdo decisório relevante;

X. extingam o processo.

§1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato e deverão compor a instrução do processo.

§2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, poderão ser utilizados recursos de tecnologia que reproduzam os fundamentos das decisões, desde que este procedimento não prejudique direito ou garantia dos interessados e individualize o caso que se está decidindo.

§3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões, proferidas oralmente, constará da respectiva ata, de acórdão ou de termo escrito.

Portanto, podemos extrair que além dos motivos, os atos administrativos que imponham sanções – como o auto de infração – precisam de motivação.

A exigência de motivação deriva do princípio da publicidade e da indisponibilidade do interesse público. Outrossim, segundo a teoria dos motivos determinantes, a validade do ato administrativo se vincula aos motivos indicados no seu fundamento. Sendo assim, a validade do ato administrativo se sujeita à veracidade dos motivos alegados.



Não se pode olvidar que os atos da administração pública gozam da presunção de legitimidade e veracidade. Disso decorre que a Administração não tem o ônus de provar que seus atos são legais e a situação que gerou a necessidade de sua prática realmente existiu, cabendo ao destinatário do ato o encargo de provar que o agente administrativo agiu de forma ilegítima. Este atributo está presente em todos os atos administrativos.

Assim, tratando-se de presunção relativa – admitindo prova em contrário –, incumbia à parte autora produzir prova em contrário da natureza do bem objeto do auto de infração – sucata.

2. A jurisprudência desta Corte entende que o auto de infração goza de presunção de legitimidade inerente aos atos administrativos, cabendo à parte o ônus de refutá-lo. Assim, mesmo que produzido no curso de fase pré-processual, por observar o contraditório, ainda que diferido, e a ampla defesa, possui o auto de apreensão natureza de prova, podendo ser utilizado como fundamento para a condenação. (AgRg no REsp 1488692/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 16/08/2017)

Analisando os documentos juntados no processo, em especial o auto de infração e as notas fiscais, verifica-se que o conceito legal de sucata para o RICMS/85 apenas exige que a mercadoria seja definitiva e totalmente inservível para o uso a que se destinava originalmente, somente se prestando ao emprego, como matéria-prima, na fabricação de outro produto. Caso, ainda que parcialmente, possa ser utilizado na destinação originária, não será considerado sucata.

A presunção de legitimidade do ato restou afastada pela parte autora ao juntar aos autos as notas fiscais com a descrição de sucata e, mais que isso, a própria Administração Pública, no processo administrativo E-06/609/728/1996, deu razão ao contribuinte e anulou o auto de infração 909.099.

Como bem observou o magistrado sentenciante:

Da transcrição do relato do fiscal atuante não há indicação de qualquer motivo para não se enquadrar os bens como sucata. Simplesmente se afirma que não é. Por óbvio que isto não é suficiente para a legalidade do ato. [...]. Contudo, não só pela ausência de motivo no auto de infração





discutido que deve ser julgado procedente o pedido autoral, mas também porque a autora trouxe provas (notas fiscais do período da autuação) que indicam que os bens seriam sucata, enquanto a ré simplesmente negou que tivessem essa natureza. Logo, a autora se desincumbiu do ônus probatório; a ré não.

Quanto aos honorários advocatícios fixados no montante de R\$10.000,00 (dez mil reais) estes se mostraram razoáveis e prudentemente fixados. Isso porque o valor da causa é de R\$ 370.310,12 e o percentual de 10% sobre esse valor não tenderia os critérios do artigo 20, § 3º do CPC/73 (vigente à época da sentença).

Por tais razões e fundamentos, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.**

Rio de Janeiro, na data da assinatura digital.

**JDS. DES. ANA CELIA MONTEMOR SOARES**

Relatora