

**TJDFT**Poder Judiciário da União
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS

Órgão 4ª Turma Cível

Processo N. APELAÇÃO 0026206-06.2015.8.07.0018

APELANTE(S) CYRO TORRES JUNIOR - EPP e DISTRITO FEDERAL

APELADO(S) DISTRITO FEDERAL e CYRO TORRES JUNIOR - EPP

Relator Desembargador ARNOLDO CAMANHO

Acórdão N° 1143580

EMENTA

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. ACESSO PELAS AUTORIDADES TRIBUTÁRIAS A DADOS DE MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS DA PESSOA JURÍDICA PROTEGIDOS POR SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR FEDERAL 105/2001 E DA LEI COMPLEMENTAR DISTRITAL 772/2008. OBRIGAÇÃO DAS OPERADORAS DE CRÉDITO ENVIAREM ÀS AUTORIDADES FISCAIS DO DISTRITO FEDERAL, MENSALMENTE, INFORMAÇÕES SOBRE OPERAÇÕES COM CARTÃO DE CRÉDITO DE SEUS CLIENTES. PREVISÃO DO ART. 1º DA LC DISTRITAL 772/2008 COMPATÍVEL COM A NORMA DO ART. 5º, DA LC FEDERAL N.º 105/2001. INSTAURAÇÃO DE INVESTIGAÇÃO COM BASE NESSAS INFORMAÇÕES. LICITUDE. CONSTATAÇÃO DE INFRAÇÕES TRIBUTÁRIAS. LANÇAMENTO DOS TRIBUTOS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA DE DUZENTOS POR CENTO (200%) DO VALOR DO TRIBUTO APURADO. CARÁTER CONFISCATÓRIO. REDUÇÃO PARA CEM POR CENTO (100%) DO VALOR DO TRIBUTO APURADO. AUTALIZAÇÃO DO CRÉDITO POR MEIO DA TAXA SELIC. INOCORRÊNCIA.

1. Não há direitos absolutos no ordenamento jurídico. Todo direito fundamental comporta restrição, que pode ser feita pela própria CRFB/88, de forma direta, ou, de forma indireta, por autorização da Carta Maior.

2. Com base na permissão concedida pelo § 1º art. 145 da CRFB/88, o legislador infraconstitucional, por meio de Lei Complementar Federal n.º 105/2001, regulou o acesso das autoridades e fiscais tributários a dados protegidos por sigilo bancário e fiscal - direitos fundamentais derivados das garantias constitucionais da inviolabilidade da vida privada e da intimidade. Pelos mesmos fundamentos, a Lei Complementar Distrital n.º 772/2008, editada nos limites da competência constitucional concorrente do Distrito Federal para legislar sobre normas gerais de Direito Tributário, também encontra amparo na Carta da República e se mostra compatível com a LC Federal n.º 105/2001.

3. No julgamento do RE 601314/SP, com repercussão geral reconhecida, bem como das ADIs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, o STF reconheceu a constitucionalidade dos arts. 5º e 6º, da LC Federal n.º

105/2001.

4. O art. 1º, da LC Distrital n.º 772/2008, consonante com os arts. 5º e 6º, da LC n.º 105/2001, dispõe que as instituições financeiras administradoras de cartões de crédito, débito ou similar encaminhem, mensalmente, à Subsecretaria da Receita da Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal, mediante arquivo digital, informações pertinentes às operações mercantis e prestações de serviços realizadas por contribuintes inscritos no Cadastro Fiscal do Distrito Federal - CF/DF. Não se afigura ilegal o procedimento de investigação de infrações tributárias instaurado com fundamento nessas informações, tampouco o Auto Infração lavrado em consequência da apuração da efetiva ocorrência de fraude contra a Administração Tributária.

5. Os atos administrativos praticados pelas autoridades fazendárias são dotados de presunção de legitimidade e veracidade. Se o contribuinte alega nulidade do auto de infração, por ofensa ao princípio da não cumulatividade do ICMS, em razão de não ter sido considerados os créditos de ICMS decorrentes de operações anteriores de circulação de mercadorias e prestação de serviço, deve alegar e demonstrar quais foram essas operações e apontar o montante total do crédito que não foi utilizado para abatimento do débito originado das operações posteriores.

6. Consoante a jurisprudência sedimentada do colendo STF, as multas tributárias (tanto moratórias quanto punitivas) sujeitam-se ao princípio da vedação do confisco, evidenciando-se, de plano, o caráter confiscatório da multa punitiva fixada pela lei em patamar superior a cem por cento (100%) do valor do tributo.

7. Em virtude do parcial provimento de seu recurso, o apelante deixou de ser integralmente vencido, passando a existir sucumbência recíproca. Além disso, como o apelante, em virtude da redução da multa, está obtendo proveito econômico, que pode ser mensurado, os honorários advocatícios devem ser fixados com base no art. 85, §2º, do CPC.

8. Apelo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ARNOLDO CAMANHO - Relator, SÉRGIO ROCHA - 1º Vogal e JAMES EDUARDO OLIVEIRA - 2º Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador FERNANDO HABIBE, em proferir a seguinte decisão: DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 12 de Dezembro de 2018

Desembargador ARNOLDO CAMANHO
Relator

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS - Relator

Cuida-se de apelação interposta por Cyro Torres Junior – EPP em face da sentença proferida pelo MM.

Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, que julgou improcedentes os pedidos de anulação de débito fiscal, condenando o apelante ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, este arbitrados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

A apelante alega que o crédito tributário objeto de questionamento no presente processo é nulo, porque decorreu de auto de infração lavrado mediante quebra de seu sigilo bancário, sem autorização judicial. Sustenta que o Distrito Federal constituiu o crédito tributário mediante o cruzamento eletrônico dos valores das saídas declaradas no LFE e os valores das vendas efetuadas com cartão de crédito/débito informados pelas administradoras de cartões. Assevera que o excelso STF, no julgamento das ADIs 2.386, 2.386 e 2.859 e do RE 601.314, reconheceu a constitucionalidade da Lei Complementar n.º 105/2001, que dispõe sobre a obrigação das instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito de informar a administração tributária acerca de operações realizadas relativas a fatos geradores de tributos. Assevera que o excelso Pretório, contudo, quando do julgamento dos processos referidos, condicionou a utilização de dados bancários para a utilização na constituição de créditos tributários, mediante prévia oportunidade ao contribuinte de se contrapor a essa utilização de informações sigilosas, o que não ocorreu na hipótese dos autos. Argumenta que o apelado não observou o princípio da não-cumulatividade, pois deixou de deduzir, do valor do crédito tributário, o valor de ICMS já pago no ato da entrada das mercadorias na empresa, afigurando-se nulo o auto de infração por erro de base de cálculo. Acrescenta que o valor da multa aplicada é confiscatório, pois equivale a mais de duzentos por cento (200%) do imposto devido, não podendo ultrapassar cem por cento (100%). Ao final, pugna pela reforma da sentença para que se reconheça a nulidade do auto de infração, por violação do sigilo bancário, ou por erro de base de cálculo. Sucessivamente, requer a redução da multa aplicada.

Contrarrazões pugnando pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador ARNOLDO CAMANHO - Relator

Como se sabe, não há direitos absolutos no ordenamento jurídico. Todo direito fundamental comporta restrição, que pode ser feita pela própria CRFB/88, de forma direta, ou, de forma indireta, por autorização da Carta Maior.

Com base na permissão concedida pelo § 1º art. 145 da CRFB/88, o legislador infraconstitucional, por meio de Lei Complementar Federal n.º 105/2001, regulou o acesso da administração tributária a dados protegidos por sigilo bancário e fiscal - direitos fundamentais derivados das garantias constitucionais da inviolabilidade da vida privada e da intimidade.

No caso dos autos, como se observa do Termo de Conclusão de Fiscalização (pág. 23 dos autos eletrônicos), as autoridades administrativas instauraram procedimento administrativo para apurar a existência de sonegação fiscal em operações mercantis realizadas pelo recorrido com cartão de crédito/débito.

Vejam-se as justificativas apresentadas pela autoridade tributária para iniciar procedimento de fiscalização de irregularidades fiscal por parte da apelada, *in verbis*:

"A presente ação fiscal foi programada face ao indício de que o contribuinte teria omitido receita tributável, indícios este apurado pela Gerência de Programação Fiscal

(GEPRO/DIFIT), por meio do cruzamento eletrônico dos valores das saídas declaradas no LFE e os valores das vendas efetuadas com cartão de crédito/débito, estes informados pelas respectivas administradoras de cartões.

O Termo de Início de ação fiscal foi instruído com uma tabela contendo os dados informados pelas administradoras de cartão".

As informações que embasaram a instauração do procedimento administrativo foram enviadas por administradoras de cartão de crédito, em decorrência do cumprimento de obrigação legal, prevista no art. 1º, da Lei Complementar n.º 772/2008, que assim dispõe:

"Art. 1º As administradoras de cartões de crédito, de débito ou similares ficam obrigadas a fornecer, mensalmente, à Subsecretaria da Receita da Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal, mediante arquivo digital, informações pertinentes às operações mercantis e prestações de serviços realizadas por contribuintes inscritos no Cadastro Fiscal do Distrito Federal - CF/DF, conforme leiautes, procedimentos e prazos estabelecidos em ato da Secretaria de Estado de Fazenda".

Tal previsão está conforme, e muito se assemelha, ao disposto no art. 5º, § 1º, inciso XIII, da LC Federal n.º 105/2001, *in verbis*:

"Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços. § 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo: (...) XIII - operações com cartão de crédito; (...) § 2º As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados. § 3º Não se incluem entre as informações de que trata este artigo as operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. § 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos. § 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor."

O art. 5º, da LC Federal n.º 105/2001, foi regulamentado pelo Decreto 4.489/2002, que, em seu art. 2º, preceitua, *in verbis*:

"Art. 2º As informações de que trata este Decreto, referentes às operações financeiras descritas no § 1º do art. 5º da Lei Complementar n.º 105, de 2001, serão prestadas, continuamente, em arquivos digitais, de acordo com as especificações definidas pela Secretaria da Receita Federal, e restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e com os montantes globais mensalmente movimentados, relativos a cada usuário, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos efetuados".

Ademais, nos termos do § 3º do art. 1º da LC 105/01, não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º, do mesmo diploma legal.

Em precedentes do colendo STJ (REsp 1134665/SP, representativo de controvérsia, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009) e deste egrégio Tribunal de Justiça (Acórdão n.737883, 20120110548960APC, Relator: WALDIR LEÔNICIO LOPES JÚNIOR, Revisor: J.J. COSTA CARVALHO, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 13/11/2013,

Publicado no DJE: 27/11/2013. Pág.: 84), já se afirmou que não há nada de ilegal ou inconstitucional nessas normas, sendo permitida a instauração de procedimento de investigação de infrações tributárias com fundamento nas informações recebidas em decorrência do disposto no § 1º do art. 5º da LC Federal n.º 105/2001.

Por fim, no julgamento do RE 601314/SP, com repercussão geral reconhecida, bem como das ADIs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, o excelso STF reconheceu a constitucionalidade dos arts. 5º e 6º, da LC 105/2001. Vejam-se as ementas dos julgados referidos, naquilo que importa à presente discussão:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISICÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01. 1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo. 2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira. 3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo. 4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. (...) 6. Fixação de tese em relação ao item ‘a’ do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: ‘O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal’. (...) 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento” (RE 601314, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 15-09-2016 PUBLIC 16-09-2016).

“EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. Normas federais relativas ao sigilo das operações de instituições financeiras. Decreto nº 4.545/2002. Exaurimento da eficácia. Perda parcial do objeto da ação direta nº 2.859. Expressão ‘do inquerito ou’, constante no § 4º do art. 1º, da Lei Complementar nº 105/2001. Acesso ao sigilo bancário nos autos do inquerito policial. Possibilidade. Precedentes. Art. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentadores. Ausência de quebra de sigilo e de ofensa a direito fundamental. Confluência entre os deveres do contribuinte (o dever fundamental de pagar tributos) e os deveres do Fisco (o dever de bem tributar e fiscalizar). Compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em matéria de compartilhamento de informações bancárias. Art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001. Ausência de quebra de sigilo. Art. 3º, § 3º, da LC 105/2001. Informações necessárias à defesa judicial da atuação do Fisco. Constitucionalidade dos preceitos impugnados. ADI nº 2.859. Ação que se conhece em parte e, na parte conhecida, é julgada improcedente. ADI nº 2.390, 2.386, 2.397. Ações conhecidas e julgadas improcedentes. 1. Julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, que têm como núcleo comum de impugnação normas relativas ao

fornecimento, pelas instituições financeiras, de informações bancárias de contribuintes à administração tributária. (...) 4. Os artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentares (Decretos nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e nº 4.489, de 28 de novembro de 2009) consagram, de modo expresse, a permanência do sigilo das informações bancárias obtidas com espreque em seus comandos, não havendo neles autorização para a exposição ou circulação daqueles dados. Trata-se de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo, permanecendo resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, exatamente como determina o art. 145, § 1º, da Constituição Federal. 5. A ordem constitucional instaurada em 1988 estabeleceu, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Para tanto, a Carta foi generosa na previsão de direitos individuais, sociais, econômicos e culturais para o cidadão. Ocorre que, correlatos a esses direitos, existem também deveres, cujo atendimento é, também, condição sine qua non para a realização do projeto de sociedade esculpido na Carta Federal. Dentre esses deveres, consta o dever fundamental de pagar tributos, visto que são eles que, majoritariamente, financiam as ações estatais voltadas à concretização dos direitos do cidadão. Nesse quadro, é preciso que se adotem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal, sendo o instrumento fiscalizatório instituído nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 de extrema significância nessa tarefa. (...) Ações diretas de inconstitucionalidade nº 2390, 2397, e 2386 conhecidas e julgadas improcedentes. Ressalva em relação aos Estados e Municípios, que somente poderão obter as informações de que trata o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 quando a matéria estiver devidamente regulamentada, de maneira análoga ao Decreto federal nº 3.724/2001, de modo a resguardar as garantias processuais do contribuinte, na forma preconizada pela Lei nº 9.784/99, e o sigilo dos seus dados bancários” (ADI 2859, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 20-10-2016 PUBLIC 21-10-2016).

Dessa forma, as informações referentes às operações com cartão de crédito da apelante não foram obtidas pelo apelado por meio ilegal, mas em decorrência de mandamento de lei editada com base e nos estritos limites da autorização constitucional concedida pelo art. 145, § 1º, da CRFB/88. Por conseguinte, não se há de falar na ilicitude da instauração de procedimento investigatório amparado nesses dados e na subsequente lavratura do Auto de Infração n.º 2861/2010-GEAU.

Ressalte-se que, diversamente do alegado pela apelante, as informações são prestadas pelas instituições financeiras operadoras de cartões de crédito e débito de maneira periódica, inexistindo, por condições lógicas, impossibilidade de se ouvir previamente os contribuintes acerca da transmissão desses dados. E o excelso STF não impôs tal condição à validade do procedimento. O que se exige é que, se a partir das informações recebidas das administradoras de cartão de crédito, o fisco concluir pela existência de indícios de violação às normas fiscais e tributárias, é indispensável que se instaure procedimento administrativo com a possibilidade de exercício de contraditório e ampla defesa pelo contribuinte. Tal exigência foi observada no caso concreto, consoante se observa do Termo de Início de Fiscalização (pág. 21 dos autos eletrônicos) e das seguintes informações constantes do Termo de Conclusão de Fiscalização (pág. 23 dos autos eletrônicos), *in verbis*:

“O Termo de Início de ação fiscal foi instruído com uma tabela contendo os dados informados pelas administradoras de cartão. Ainda no Termo de Início, o contribuinte foi notificado a, caso discordasse das informações encaminhadas pelas administradoras, apresentar uma ‘declaração da administradora’, informando os valores corretos e os motivos da incorreção (item ‘a’ do item II da Notificação nº 62/2010). Também foi notificado a caso tivesse deixado de declarar no LFE alguma nota ou cupom fiscal emitidos no ano de 2008, apresentar os citados documentos ao Fisco, bem como urna planilha relacionando-os (item ‘h’ do item II da Notificação nº 62/2010). O contribuinte não apresentou qualquer questionamento quanto às informações constantes da tabela do Termo de Início, nenhum documento que comprovasse ou sequer sugerisse qualquer incorreção nos valores ali lançados. Diante disso, e em conformidade com a observação

colocada na Not. nº 62/2010 como ‘importante’, as diferenças constatadas no levantamento foram consideradas como omissão de receita, e embasaram o demonstrativo de cálculo do imposto devido, o qual foi apurado com alíquota de 17%”.

Em outra vertente, a apelante alega que houve ofensa ao princípio da não-cumulatividade.

A esse respeito, também não lhe assiste razão.

O ICMS (Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) está previsto no art. 155, inciso II, da CRFB/88, que dispõe:

"Art. 155. Compete aos Estados e Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...) II — operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços e transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I — será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;”

Como se observa dos preceitos transcritos, o ICMS é imposto não cumulativo, de modo que o montante cobrado em operação anterior, referente à circulação de mercadorias ou prestação de serviço sujeitos à incidência desse tributo, gera, em favor do contribuinte, crédito para ser abatido nas operações posteriores de circulação de mercadorias ou prestação de serviço.

Na hipótese vertente, consoante asseverado pelo apelado, por ocasião da contestação, o auto de infração foi lavrado em decorrência da ausência de escrituração, em seus livros fiscais, de operações mercantis efetivamente realizadas pela apelante. Afirmou, ainda, que houve a compensação dos créditos decorrentes das operações anteriores de aquisição de mercadoria, considerando-se apenas aquilo que estava escriturado nos livros fiscais. Eventuais operações antecedentes, que poderiam gerar crédito para as operações posteriores, em favor da recorrente, e que não estavam regularmente escrituradas, não foram, com toda razão, consideradas pelos agentes tributários.

Ressalte-se que a apelante aponta nulidade do auto de infração por erro de base de cálculo, em razão de não ter sido realizado o abatimento de créditos decorrentes de operações anteriores, sem ao menos apontar quais seriam essas operações e qual seria o valor total dos supostos créditos aos quais teria direito, ônus que lhe incumbia, especialmente por causa da presunção de veracidade e legitimidade das manifestações das autoridades fazendárias.

Assim, essa alegação da recorrente também não merece guarida.

Por fim, quanto à multa, consoante a jurisprudência sedimentada do colendo STF, as multas tributárias (tanto moratórias quanto punitivas) sujeitam-se ao princípio da vedação do confisco, evidenciando-se, de plano, o caráter confiscatório da multa punitiva fixada pela lei em patamar superior a cem por cento (100%) do valor do tributo. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes arestos do excelso Pretório:

“Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MULTA PUNITIVA DE 120% REDUZIDA AO PATAMAR DE 100% DO VALOR DO TRIBUTO. ADEQUAÇÃO AOS PARÂMETROS DA CORTE. 1. A multa punitiva é aplicada em situações nas quais se verifica o descumprimento voluntário da obrigação tributária prevista na legislação pertinente. É a sanção prevista para coibir a burla à atuação da Administração tributária. Nessas circunstâncias, conferindo especial destaque ao caráter pedagógico da sanção,

deve ser reconhecida a possibilidade de aplicação da multa em percentuais mais rigorosos, respeitados os princípios constitucionais relativos à matéria. 2. A Corte tem firmado entendimento no sentido de que o valor da obrigação principal deve funcionar como limitador da norma sancionatória, de modo que a abusividade revela-se nas multas arbitradas acima do montante de 100%. Entendimento que não se aplica às multas moratórias, que devem ficar circunscritas ao valor de 20%. Precedentes. 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC/1973” (ARE 938538 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 30/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 20-10-2016 PUBLIC 21-10-2016).

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MULTA FISCAL. CARÁTER CONFISCATÓRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 150, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO IMPROVIDO. I – Esta Corte firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido. Precedentes. II – Agravo regimental improvido” (RE 657372 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 07-06-2013 PUBLIC 10-06-2013).

Dessa forma, e tendo em conta a gravidade da infração praticada pela apelada — deixou de recolher montante expressivo de ICMS, em razão de omissão na escrituração de notas fiscais emitidas e de omissão de receitas —, a redução do percentual da multa punitiva para cem por cento (100%) do valor do tributo se mostra proporcional e adequada à finalidade repressiva e pedagógica da medida.

Ressalte-se que a redução do patamar da multa para cem por cento (100%) do valor do tributo devido não traduz declaração de inconstitucionalidade da norma que a institui, mas apenas interpretação da legislação infraconstitucional, de modo que não se faz necessária a instauração de incidente de inconstitucionalidade perante o Conselho Especial deste egrégio Tribunal de Justiça. Nesse sentido, vejamos os seguintes arestos do excelso STF:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. MULTA. VEDAÇÃO DO EFEITO DE CONFISCO. APLICABILIDADE. OFENSA AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 1. Nos termos da jurisprudência da Corte, o princípio da vedação ao efeito de confisco aplica-se às multas. 2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não se aplica a restrição do art. 97 da Constituição Federal quando o acórdão recorrido apenas interpreta legislação infraconstitucional, sem declarar sua inconstitucionalidade. Precedente. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (ARE 851059 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 01/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 15-03-2016 PUBLIC 16-03-2016).

“DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. MULTA. VEDAÇÃO DO EFEITO DE CONFISCO. APLICABILIDADE. OFENSA AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 1. Nos termos da jurisprudência da Corte, o princípio da vedação ao efeito de confisco aplica-se às multas. 2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não se aplica a restrição do art. 97 da Constituição Federal quando o acórdão recorrido apenas interpreta legislação infraconstitucional, sem declarar sua inconstitucionalidade. Precedente. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (ARE 851059 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 01/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 15-03-2016 PUBLIC 16-03-2016).

Em virtude do parcial provimento de seu recurso, a apelante deixou de ser integralmente vencida, passando a existir sucumbência recíproca, na proporção de vinte por cento (20%) para o recorrido e oitenta por cento (80%) para a recorrente. Além disso, como a apelante, em virtude da redução da multa, está obtendo proveito econômico, que pode ser mensurado, os honorários advocatícios devem ser fixados com base no art. 85, § 2º, do CPC.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo para reduzir o patamar da multa para cem por cento (100%) do valor do tributo devido. Em consequência, redistribuo os ônus da sucumbência para a proporção de oitenta por cento (80%) para a apelante e vinte por cento (20%) para o apelado, fixando os honorários advocatícios no percentual de dez por cento (10%) do proveito econômico obtido pela recorrente, com base no art. 85, § 2º, do CPC.

É como voto.

O Senhor Desembargador SÉRGIO ROCHA - 1º Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador JAMES EDUARDO OLIVEIRA - 2º Vogal

Com o relator

DECISÃO

DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME