

**TJDFT**

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

Órgão 5ª Turma Cível

Processo N. APELAÇÃO 0712034-47.2017.8.07.0018

APELANTE(S) BVF ALIMENTOS EIRELI

APELADO(S) DISTRITO FEDERAL

Relator Desembargador ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO

Acórdão N° 1155388

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR EM CARÁTER ANTECEDENTE. SUSPENSÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. INFORMAÇÕES REPASSADAS AO FISCO. VALIDADE. MULTA DE 200%. LEGALIDADE. EFEITO CONFISCATÓRIO. INEXISTÊNCIA. FATOR DE CORREÇÃO. TAXA SELIC. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

1. O envio das informações pelas administradoras de cartão decorre do cumprimento de determinação legal, de forma semelhante ao constante do artigo 5º da Lei Complementar n.º 105/2001, de modo que a obtenção das informações em questão não configura quebra de sigilo, tampouco necessita de prévia requisição judicial, visto não se tratar tal acesso pelo Fisco de quebra de sigilo bancário, mas apenas de transferência de dados sigilosos da esfera bancária para a fiscal, permanecendo resguardada a intimidade e a vida privada do contribuinte.

2. A imposição de multa no patamar de 200% não tem natureza confiscatória. Isso porque, quando constatada a ocorrência de sonegação/fraude/conluio pela autoridade fiscal, é legítima a aplicação da multa de 200% sobre o ICMS, com fundamento no art. 362, § 1º, do Decreto 18.955/97.

3. Revela-se possível a utilização da taxa SELIC como fator de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários em atraso. Precedentes do STF.

4. A utilização da taxa Selic é legítima observando-se a regra isonômica e previsão legal da entidade tributante, não se podendo esquecer que ela não pode ser cumulada com quaisquer outros índices.

5. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO - Relator, ANGELO PASSARELI - 1º Vogal e SEBASTIÃO COELHO - 2º Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador JOSAPHÁ FRANCISCO DOS SANTOS, em proferir a seguinte decisão: CONHECER. DAR PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 27 de Fevereiro de 2019

Desembargador ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação, interposto por BFV ALIMENTOS EIRELI em face da sentença proferida nos autos da Ação de Tutela Cautelar Antecedente, proposta em desfavor do DISTRITO FEDERAL (Processo nº 0712034-47.2017.8.07.0018), que julgou improcedentes os pedidos autorais.

Inicialmente, para que se compreenda o caso, transcrevo o relatório da sentença guerreada (ID Num. 4709275):

“Trata-se de ação de conhecimento, com pedido de tutela provisória, ajuizada por BVF ALIMENTOS EIRELI em desfavor do DISTRITO FEDERAL.

O requerente ingressou com pedido de tutela cautelar antecedente em face do DISTRITO FEDERAL objetivando a suspensão do crédito tributário inscrito na Certidão de Dívida Ativa nº 5016267019, até o julgamento definitivo do pedido principal de declaração de nulidade do lançamento tributário. Relatou que desenvolve atividade empresária no ramo alimentício, tendo sido autuada em razão de supostas irregularidades no recolhimento de ICMS no período de 01/2010 a 12/2010, no montante de R\$ 1.553.886,36 (um milhão quinhentos e cinquenta e três mil oitocentos e oitenta e seis reais e trinta e seis centavos), incluídos atualização monetária até a lavratura do Auto de Infração (21.05.2012), juros moratórios e multa sobre o valor do principal da obrigação. Asseverou que em razão do débito acima mencionado teve seu nome inscrito na dívida ativa, tendo o réu ingressado, posteriormente, com ação de execução fiscal, a qual resultou no bloqueio de mais de R\$ 80.000,00 (Oitenta mil reais). Aduziu que atuação acima referida foi ilegal, tendo em vista que não foi observado o devido processo legal, razão pela qual o crédito cobrado é nulo. Sustentou que a conduta dos prepostos do réu foi ilegal, tendo em vista que utilizou informações conseguidas de forma indevida através das administradoras de cartões de crédito. Informou que entre outros pontos a serem defendidos na ação principal está a exclusão indevida do SIMPLES nacional e a inconstitucionalidade do percentual da multa aplicada, bem como dos juros e demais acréscimos legais. Arrolou razões de direito. Requereu a nulidade do lançamento tributário.

Os autos vieram conclusos.

O pedido de tutela provisória foi indeferido (ID 10772984).

O Distrito Federal ofertou resposta em forma de contestação (ID 12385857). Não suscitou questões preliminares. No mérito, requereu a improcedência do pedido com base, em síntese, nos seguintes

argumentos: a) que as instituições financeiras possuem obrigação legal de prestar informações solicitadas pela Administração Tributária e que tais informações se restringem a transações mercantis; não violado o sigilo bancário; c) que a parte foi previamente notificada para se manifestar sobre as inconsistências verificadas; d) que é lícita a multa de 200% em razão da sonegação fiscal; e) que a decisão acerca da aplicação da SELIC somente passou a produzir efeitos a partir de 14/02/2001.

Houve réplica (ID 10772984).

A seguir, os autos vieram conclusos.”

Em suas razões recursais, a parte apelante relatou que desenvolve atividade empresária no ramo alimentício, tendo sido autuada (em razão de supostas irregularidades no recolhimento de ICMS no período de 01/2010 a 12/2010, no montante de R\$ 1.553.886,36, incluídos atualização monetária até a lavratura do Auto de Infração (21.05.2012), juros moratórios e multa sobre o valor do principal da obrigação. Asseverou que em razão do débito acima mencionado teve seu nome inscrito na dívida ativa do Distrito Federal em 2012, tendo sido ajuizado pela Procuradoria-Geral do Distrito Federal, dando-se início à Ação de Execução Fiscal nº 2014.01.1.000661-5 (IDs 10747172, 10747197 e 10748067), a qual resultou no bloqueio de mais de R\$ 80.000,00. Aduziu que a atuação acima referida foi ilegal, tendo em vista que não foi observado o devido processo legal, razão pela qual o crédito cobrado é nulo. Sustentou as seguintes teses defensivas:

a) que o procedimento fiscal foi iniciado a partir de prova ilícita, já que o acesso sistêmico, periódico e automático de informações fornecidas por instituições financeiras, aqui inclusas as administradoras de cartões de crédito, somente se faz possível em relação à administração tributária da União, conforme entendimento estabelecido no julgamento conjunto das ADI's nº 2386, nº 2390, nº 2397 e nº 2859, ocasião em que o STF deu interpretação conforme à CF ao art. 5º da LC nº 105/01, consignando, contudo, que o artigo somente poderia ser invocado pelo Fisco Federal, que seria, o único autorizado a utilizar as informações bancárias e sigilosas do contribuinte de forma automática;

b) que o auto de infração em questão é nulo, na origem, seja em virtude da inconstitucionalidade da Lei Complementar Distrital nº 772/2008, seja por ter sido lavrado sem que se tenha instaurado processo administrativo prévio e autônomo para aferir a imprescindibilidade das informações sigilosas coletadas, em violação ao art. 6º da Lei Complementar nº 105/01, restando violados os direitos constitucionais do contribuinte à intimidade e à privacidade, assim como ao devido processo legal e demais salvaguardas condicionantes estabelecidas pelo STF (art. 5º, X, XII e LIV, CF/88);

c) que a multa de ofício de 200% é inconstitucional, havendo jurisprudência uníssona da Corte Suprema e precedentes deste TJDF, no sentido de que a multa aplicada não pode exceder o valor do próprio tributo devido em atenção aos princípios (i) do não confisco e (ii) da razoabilidade e proporcionalidade;

d) que a atualização monetária e os juros de mora referentes ao crédito tributário, nos termos da Lei Complementar nº 435/2001, padecem de inconstitucionalidade por ofensa ao art. 24, inc. I e §§ 1º a 4º, da Constituição Federal, conforme decidido pelo Conselho Especial/TJDF (AIL 20160020315553) devendo tais cálculos serem limitados ao índice federal, a taxa Selic.

Requer o conhecimento e o provimento do presente recurso, para declarar: a nulidade do auto de infração, por vício formal, pela ilicitude da prova obtida e pela impossibilidade de autuação com base em informes de terceiros; a inconstitucionalidade da Lei Distrital nº 1.254/96 no que tange à multa de 200% aplicada sobre o valor do tributo devido, visto que ofende diretamente o princípio do não-confisco; a aplicação da decisão do Conselho Especial/TJDF que declarou a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 435/2001 por ofensa ao art. 24, inc. I, e §§ 1º a 4º, da Constituição Federal, para determinar que a atualização monetária e os juros de mora referentes ao crédito tributário sejam limitados ao índice federal da taxa Selic.

Preparo recolhido (ID Num. 4709290 e Num. 4709291).

Contrarrazões apresentadas (ID Num. 4709294), pugnando pelo desprovimento do presente recurso.

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO - Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação, interposto por BFV ALIMENTOS EIRELI em face da sentença proferida nos autos da Ação de Tutela Cautelar Antecedente, proposta em desfavor do DISTRITO FEDERAL (Processo nº 0712034-47.2017.8.07.0018), que julgou improcedentes os pedidos autorais.

A parte apelante alegou que o devido processo legal não foi observado no processo n. 00400001.885/2012 ao argumento de que foram utilizados critérios ilegais para o cálculo do crédito tributário, maculando, por completo, o lançamento efetuado, além de obtenção de prova por meio ilícito (acesso aos dados das administradoras de cartão de crédito em contrariedade ao decidido pelo Supremo Tribunal).

Diz que o crédito tributário foi definitivamente constituído e inscrito em Dívida Ativa do Distrito Federal, tendo sido ajuizado pela Procuradoria-Geral do Distrito Federal, dando-se início à Ação de Execução Fiscal nº 2014.01.1.000661-5.

Argumenta a apelante que o crédito tributário questionado originou-se de informações prestadas por administradoras de cartão de crédito/débito, com amparo na Lei Complementar Distrital n.º 772/2008, sem que fossem observadas as condições estabelecidas nos julgamentos do RE 601.314 e ADIs 2386, 2390, 2397 e 2859 para a aplicação do artigo 6º da Lei Complementar n.º 105/2001 em âmbito distrital, em especial a necessidade de prévio processo administrativo, requisição judicial autorizativa da quebra do sigilo e regulamentação da matéria em nível distrital.

Os artigos 5º e 6º da Lei Complementar n.º 105/2001 dispõem acerca da obtenção e exame de informações prestadas por instituições financeiras, incluído administradoras de cartões de crédito e débito, a agentes fiscais tributários, conforme se vê:

"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."

"Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente".

Quanto ao ponto, destaca-se ter o STF fixado, no julgamento do RE 601.314, tese em repercussão geral (tema 225) no sentido da inexistência de ofensa ao sigilo bancário quanto ao artigo 6º da Lei Complementar n.º 105/2001, dispositivo este declarado constitucional, na mesma ocasião, em julgamento conjunto com as ADIs 2386, 2390, 2397 e 2859. Veja-se:

"(...) 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' (...)

(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)"

Em âmbito distrital, a matéria foi regulamentada pela Lei Complementar n.º 772/2008, em vigor, a qual dispõe expressamente em seu artigo 1º a obrigação das empresas administradoras de cartão de crédito, débito ou similares ao fornecimento mensal à Subsecretaria da Receita de Estado de Fazenda do DF de informações atinentes às operações mercantis e prestações de serviços realizadas por contribuintes inscritos no Cadastro Fiscal do DF, conforme se vê:

"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."

O envio das informações pelas administradoras de cartão, dessa forma, decorre do cumprimento à determinação legal, de forma semelhante ao constante do artigo 5º da Lei Complementar n.º 105/2001.

Cumprido ressaltar que a obtenção das informações em questão não configura quebra de sigilo, tampouco necessita de prévia requisição judicial, visto não se tratar tal acesso pelo Fisco de quebra de sigilo bancário, mas apenas de transferência de dados sigilosos da esfera bancária para a fiscal, permanecendo resguardada a intimidade e a vida privada do contribuinte.

Já no que tange à necessidade de prévio procedimento administrativo, apesar de a apelante sustentar não ter o Fisco do Distrito Federal cumprido com tal obrigação constante do artigo 6º da LC 105/2001, de acordo com os documentos juntados ao feito, não vislumbro a existência das inconstitucionalidades e ilegalidades trazidas pela parte apelante, porquanto o procedimento administrativo consubstanciado observou os princípios do contraditório e da ampla defesa, tanto que a parte autora apresentou defesa no referido procedimento.

Nesse contexto, não se constata qualquer vício de inconstitucionalidade na Lei Complementar Distrital n.º 772/2008, ante a inexistência de violação ao sigilo, configurando-se, de forma equiparada ao regramento federal aplicável, apenas compartilhamento de dados para fins de fiscalização fiscal, sem qualquer ofensa à intimidade e privacidade do contribuinte, observado, ainda, o contraditório mediante regular processo administrativo.

Assim, revela-se válida a constituição do crédito tributário apurado com base nas informações prestadas pelas operadoras de cartão de crédito/débito.

A imposição de multa no patamar de 200% não tem natureza confiscatória. Isso porque, quando constatada a ocorrência de sonegação/fraude/conluio pela autoridade fiscal, é legítima a aplicação da multa de 200% sobre o ICMS, com fundamento no art. 362, § 1º, do Decreto 18.955/97.

Nesse sentido, é o entendimento desta Corte de Justiça:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. NÃO RECOLHIMENTO. SONEGAÇÃO FISCAL. MULTA. 200%. LEGALIDADE. VIOLAÇÃO. PRINCÍPIOS. VEDAÇÃO AO CONFISCO. PROPORCIONALIDADE. NÃO CARACTERIZADA. DOLO. PRESENTE. BIS IN IDEM. AUSENTE.

1. Constatada pela autoridade fazendária a ocorrência de omissão de receita tributável, é legítima a incidência de multa de 200% (duzentos por cento) sobre o ICMS não recolhido, com fundamento no artigo 65, V, da Lei Distrital n.º 1.254/96, combinado com o artigo 362, V, do Decreto Distrital n.º 18.955/97, não havendo se falar em violação dos princípios da vedação ao confisco ou da proporcionalidade.

2. A multa fiscal é instituída com dupla finalidade: preventiva e repressiva. Deve, assim, ser fixada em patamar suficiente a desestimular a prática de condutas ilícitas e de punir exemplarmente os infratores que as praticam por sua conta e risco.

3. Não há se falar em ausência de dolo, quando o contribuinte expressamente admite a prática da infração tributária. Ademais, a mera alegação de que o estabelecimento estaria em processo de instalação de sistema de emissão de nota fiscal eletrônica não tem o condão de autorizar a não emissão do documento fiscal obrigatório nem muito menos de legitimar a sonegação fiscal.

4. Não caracteriza bis in idem a incidência simultânea de uma multa sobre o descumprimento da obrigação principal (sonegação fiscal) e de outra sobre o descumprimento da obrigação acessória (não emissão do documento fiscal).

5. Recurso conhecido e desprovido.” (Acórdão n.1070406, 20160110334124APC, Relator: MARIA DE LOURDES ABREU 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 24/01/2018, Publicado no DJE: 05/02/2018. Pág.: 312/323) (Grifo nosso)

“APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO SIMULTÂNEO. SENTENÇA ÚNICA. MEDIDA CAUTELAR EM CARÁTER ANTECEDENTE. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ICMS. PRELIMINAR AFASTADA. AUSÊNCIA DE DEPÓSITO DO VALOR INTEGRAL. ART. 151, II, DO CTN. SÚMULA Nº 112 DO STJ. NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA REALIZAÇÃO DAS OPERAÇÕES MERCANTIS. BOA-FÉ AFASTADA. ÔNUS DA PROVA DO AUTOR. ART. 373, I, DO CPC. MULTA DE 200%. LEGALIDADE. EFEITO CONFISCATÓRIO. INEXISTÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. § 3º DO ART. 85 DO CPC. PRELIMINAR REJEITADA E, NO MÉRITO, RECURSO DA AUTORA DESPROVIDO E RECURSO DO DISTRITO FEDERAL PROVIDO.

(...)

5. O art. 151, inciso II, do Código Tributário Nacional destaca que a exigibilidade do crédito tributário é suspensa pelo depósito do seu montante integral.

6. *Consoante Súmula nº 509 do STJ: 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.*

7. *A procedência da pretensão da autora depende da demonstração do pressuposto fático do aproveitamento dos créditos, ou seja, a efetiva realização das operações mercantis, o que pode ser feito, por exemplo, com a juntada de cópia das notas fiscais com destaque do imposto, do registro da operação nos livros contábeis e fiscais, do comprovante de entrega de mercadorias e dos documentos bancários comprobatórios do pagamento ao fornecedor pela aquisição das mercadorias.*

8. *Os documentos trazidos aos autos da Ação Anulatória de Débito nº 2016.01.1.107533-0 e nos autos da Medida Cautelar nº 2016.01.1.099128-6, tais como, a cópia do demonstrativo de estorno de créditos elaborados pelo Fisco, o Termo de início de fiscalização, o Parecer do Fisco, o Auto de Infração, a folha de pagamento dos funcionários, não permitem identificar e estabelecer uma relação de causa e efeito entre as notas fiscais declaradas inidôneas, que deram lugar ao aproveitamento do ICMS pela autora.*

9. *A requerente deixou de produzir prova, não se desincumbindo do ônus processual, uma vez que não demonstrou que as operações comerciais de compra e venda de mercadorias ocorreram, de forma que não pode se favorecer com a tese de que agiu de boa-fé, com fundamento no art. 373, I, do CPC.*

10. *A inexistência de comprovação da efetiva realização das operações mercantis impugnadas pelo Fisco afasta a boa-fé da autora, sendo forçoso reconhecer a validade do Auto de Infração nº 7.670/2009 e da multa aplicada pelo Fisco.*

11. A imposição de multa no patamar de 200% não tem natureza confiscatória. Isso porque, quando constatada a ocorrência de sonegação/fraude/conluio pela autoridade fiscal, é legítima a aplicação da multa de 200% sobre o ICMS, com fundamento no art. 362, § 1º, do Decreto 18.955/97.

12. *É inaplicável o disposto no § 8º do art. 85 do CPC, devendo observar os critérios e os limites previstos no §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC.*

13. **PRELIMINAR REJEITADA E, NO MÉRITO, RECURSO DA AUTORA DESPROVIDO E RECURSO DO DISTRITO FEDERAL PROVIDO. Sentença parcialmente reformada.**” (Acórdão n.1089215, 20160110991286APC, Relator: ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 11/04/2018, Publicado no DJE: 19/04/2018. Pág.: 438/444)(grifo nosso)

“APELAÇÃO CIVIL E REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COBRANÇA DE IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISS. PREJUDICIAL DE DECADÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NÃO CONFIGURAÇÃO. IRREGULARIDADES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. NÃO OCORRÊNCIA. EFEITO CONFISCATÓRIO DA MULTA APLICADA PELO FISCO. INEXISTÊNCIA. PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS. SOLIDARIEDADE PASSIVA TRIBUTÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. REMESSA NECESSÁRIA RECEBIDA. SENTENÇA CONFIRMADA.

(...)

10. **Esta Egrégia Casa de Justiça tem firme entendimento no sentido de que o patamar elevado da multa tributária, de 200% (duzentos por cento), prevista na Lei Complementar Distrital nº 04/1994 e no Decreto Distrital nº. 25.508/2005, tem como escopo punir aquele que sonega o imposto e**

desestimular a reiteração da ilicitude, motivos que afastam a alegação de efeito confiscatório da penalidade. Ademais, considerando-se que as normas possuem presunção relativa de constitucionalidade, não há qualquer óbice à aplicação da multa em comento.

(...)

13. Recursos conhecidos e desprovidos. Prejudicial de decadência afastada. Remessa necessária recebida. Sentença confirmada.” (Acórdão n.957140, 20130110487550APO, Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 27/07/2016, Publicado no DJE: 03/08/2016. Pág.: 110-120) (Grifo nosso)

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO. TRANSPORTE DE MERCADORIA PARA DEPÓSITO SEM INSCRIÇÃO NO CADASTRO FISCAL. ILÍCITO TRIBUTÁRIO. ICMS. FATO GERADOR. OCORRÊNCIA. TRIBUTAÇÃO E MULTA PRINCIPAL DEVIDAS. MULTA ACESSÓRIA DEVIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR. APRECIÇÃO EQUITATIVA. MAJORAÇÃO. ARTIGO 20, § 4º, DO CPC/1973. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1 - Nos termos dos artigos 23, inciso II, e 48 da Lei Distrital 1.254/96 e 20, § 1º, do Decreto Distrital n. 18.955/97, cada estabelecimento onde seja exercida a atividade comercial, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, é considerado autônomo e deverá ser previamente inscrito no Cadastro Fiscal. A dispensa de inscrição do estabelecimento no Cadastro Fiscal impõe o cumprimento dos requisitos constantes do § 11 do art. 22 do Decreto Distrital n. 18.955/97, o que não se vislumbra na espécie.

2 - A não observância da obrigação acessória de inscrição do estabelecimento no Cadastro Fiscal constitui ilícito administrativo-tributário que dá ensejo à incidência do ICMS, nos termos do art. 5º, XIII, da Lei n. 1.254/96, e configura a conduta de sonegação fiscal, autorizando a aplicação da multa de 200% sobre o valor das mercadorias, conforme prevê o art. 362, § 1º, do Decreto n. 18.955/97, bem como da multa acessória inserta no art. 372, inciso III, "a", 1, do mesmo diploma normativo.

3 - A ausência de registro do código da atividade econômica no Auto de Infração não constitui situação que acarrete a nulidade do procedimento, porquanto a ausência de tal informação não é apta a influir no julgamento do processo administrativo/tributário ou judicial, incidindo à espécie o art. 145, § 3º do Decreto n. 33.269/2011, sendo certo, aliás, que tal código pode ser facilmente aferível, tanto que indicado pelo próprio Autor/Apelante na exordial e no recurso.

4 - Nas causas em que não houver condenação, os honorários advocatícios serão fixados consoante apreciação equitativa do Juiz, atendidas as normas das alíneas "a", "b" e "c" do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil de 1973. Inteligência do artigo 20, § 4º, do CPC/1973.

5 - O valor fixado a título de honorários advocatícios deve mostrar-se razoável e condigno, e não excessivo ou ínfimo, a remunerar o trabalho técnico-jurídico desenvolvido pelo causídico, impondo-se sua majoração quando fixado em valor não condizente com o que dispõe o artigo 20, § 4º do Código de Processo Civil de 1973.

Apelação Cível da Autora desprovida.

Apelação Cível do Distrito Federal parcialmente provida.” (Acórdão n.1004727, 20100111617538APC, Relator: ANGELO PASSARELI 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 15/03/2017, Publicado no DJE: 28/03/2017. Pág.: 344/348) (Grifo nosso)

Nesse contexto, não caracteriza *bis in idem* a incidência simultânea de uma multa sobre o descumprimento da obrigação principal (sonegação fiscal) e de outra sobre o descumprimento da obrigação acessória (não emissão do documento fiscal).

Alega a apelante que os acréscimos de correção monetária e juros de mora devem observar a taxa SELIC, prevista no art. 13 da Lei nº 9.605/1995 quanto às dívidas tributárias federais, devendo o índice de atualização estadual/distrital ser limitado ao índice federal.

A legitimidade da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora na atualização dos débitos tributários é questão pacífica no âmbito do c. Superior Tribunal de Justiça, que julgou a questão sob o regime dos recursos repetitivos, entretanto, a aplicação da taxa SELIC como fator de correção mostra-se cabível somente quando haja lei local nesse sentido. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. LEGALIDADE. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI ESTADUAL. ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

2. A Taxa SELIC é legítima como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de Lei Estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais. (Precedentes: AgRg no Ag 1103085/SP, Rel. Ministro LUIZ

FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 03/09/2009; REsp 803.059/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 24/06/2009; REsp 1098029/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 29/06/2009; AgRg no Ag 1107556/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 01/07/2009; AgRg no Ag 961.746/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em

19/05/2009, DJe 21/08/2009)

3. Raciocínio diverso importaria tratamento anti-isonômico, porquanto a Fazenda restaria obrigada a reembolsar os contribuintes por esta taxa SELIC, ao passo que, no desembolso, os cidadãos exonerar-se-iam desse critério, gerando desequilíbrio nas receitas fazendárias.

(...)

9. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008." (REsp 879.844/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/11/2009, DJe 25/11/2009)(grifo nosso)

Por outro lado, posteriormente a questão restou enfrentada, sob a sistemática da repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal, sem haver qualquer ressalva acerca da necessidade de previsão legal na legislação local:

"1. Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Taxa Selic. Incidência para atualização de débitos tributários. Legitimidade. Inexistência de violação aos princípios da legalidade e da anterioridade. Necessidade de adoção de critério isonômico. No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Maurício

Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou que a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária. 3. ICMS. Inclusão do montante do tributo em sua própria base de cálculo. Constitucionalidade. Precedentes. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação. A Emenda Constitucional nº 33, de 2001, inseriu a alínea "i" no inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para fazer constar que cabe à lei complementar "fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço". Ora, se o texto dispõe que o ICMS deve ser calculado com o montante do imposto inserido em sua própria base de cálculo também na importação de bens, naturalmente a interpretação que há de ser feita é que o imposto já era calculado dessa forma em relação às operações internas. Com a alteração constitucional a Lei Complementar ficou autorizada a dar tratamento isonômico na determinação da base de cálculo entre as operações ou prestações internas com as importações do exterior, de modo que o ICMS será calculado "por dentro" em ambos os casos. 4. Multa moratória. Patamar de 20%. Razoabilidade. Inexistência de efeito confiscatório. Precedentes. A aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 20% (vinte por cento). 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento." (RE 582461, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-158 DIVULG 17-08-2011 PUBLIC 18-08-2011 EMENT VOL-02568-02 PP-00177)(grifo nosso)

De tal modo, verifica-se que a presente hipótese versa sobre crédito apurado em auto de infração tributária, sendo perfeitamente possível a aplicação da tese firmada no precedente do STF supracitado, para determinar a incidência da taxa SELIC como fator de correção monetária e juros de mora.

Conforme previsão da Súmula nº 523 do STJ, ao se adotar a taxa Selic, com observância da legislação sobre o tema, é vedada a acumulação da mencionada taxa com quaisquer outros índices. Isso se dá, porque a referida taxa já possui juros de mora e correção monetária.

Assim, conclui-se que a correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de indébitos tributários devem ter correspondência com as utilizadas na cobrança de tributo pago em mora. Caso não exista previsão legal específica, os juros de mora devem ser calculados à taxa de 1% ao mês, inteligência do art. 161, §1º do CTN. A utilização da taxa Selic é legítima observando-se a regra isonômica e previsão legal da entidade tributante, não podendo esquecer que ela não pode ser cumulada com quaisquer outros índices.

Diante do exposto, conheço do recurso e **DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, para reformar a sentença e estabelecer que o montante da condenação deverá ser corrigido monetariamente com base na taxa SELIC, por se tratar de dívida de natureza tributária – conforme o entendimento do STJ.

É como voto.

O Senhor Desembargador ANGELO PASSARELI - 1º Vogal
Com o relator

O Senhor Desembargador SEBASTIÃO COELHO - 2º Vogal
Com o relator

DECISÃO

CONHECER. DAR PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME.