

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

Órgão 6ª Turma Cível

Processo N. APELAÇÃO CÍVEL 0706593-17.2019.8.07.0018

APELANTE(S) DISTRITO FEDERAL e COMERCIAL DE ALIMENTOS VALE DO AMANHECER LTDA - ME

APELADO(S) COMERCIAL DE ALIMENTOS VALE DO AMANHECER LTDA - ME e DISTRITO FEDERAL

Relator Desembargador ALFEU MACHADO

Acórdão N° 1254457

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO FISCAL. ICMS. AUTO DE INFRAÇÃO. DADOS FORNECIDOS POR ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO. FATO GERADOR. LEI COMPLEMENTAR DISTRITAL N° 772/2008. MECANISMO FISCALIZATÓRIO. ATO DE LANÇAMENTO. LEGALIDADE. DIREITO DE COMPENSAÇÃO. ESCRITURAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA. MULTA PUNITIVA. 100% DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. PROIBIÇÃO DO NÃO-CONFISCO. FIXAÇÃO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

1.Os atos de lançamento da administração tributária são revestidos pela presunção de legalidade, legitimidade e veracidade. Quando instaurado procedimento fiscal, o Estado garante o contraditório e a ampla defesa, valoriza a verdade e estabiliza o controle de legalidade.

2.Nota-se que a parte autora não se interessou em produzir prova pericial para afastar os cálculos realizados pelo DF consolidando-se os cálculos do Fisco, elaborados para se alcançar o valor de ICMS sonogado. Falha no dever imposto no inciso I do art. 373 do CPC.

3.O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

4.A notificação na forma proposta pela autora (antes do lançamento) não é exigida quando a sonegação é constatada através do acesso aos dados de vendas eletrônica a crédito/débito. Dispensa-se a apresentação das notas fiscais (Lei Complementar do DF 772/2008) e ocorre quando o contribuinte omite aquelas informações. Inclusive, o acesso aos dados de cartão de débito e crédito ocorre sem necessidade de prévia autorização judicial, tudo em consonância com o disposto no art. 197, II, do CTN e no art. 145, §1º, CF. Há unilateralidade neste ato, bastando a notificação, posterior: do lançamento (art. 145 do CTN).

5.O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o princípio da vedação ao confisco deve ser observado não apenas na instituição de tributos, mas também na imposição das multas fiscais. No julgamento do RE 657372, o Supremo Tribunal Federal assinalou que aquela "Corte firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido", devendo a multa ser aplicada em valor razoável e proporcional (ARE 1073192 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/02/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 27-02-2019 PUBLIC 28-02-2019).

6.A multa punitiva no valor de até 100% é proporcional e razoável à gravidade da conduta de sonegação fiscal.

7. Recursos conhecidos e desprovidos.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ALFEU MACHADO - Relator, ARQUIBALDO CARNEIRO - 1º Vogal e JOSÉ DIVINO - 2º Vogal, sob a Presidência da Senhora Desembargadora VERA ANDRIGHI, em proferir a seguinte decisão: CONHECIDOS. DESPROVIDOS. UNÂNIME., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 10 de Junho de 2020

Desembargador ALFEU MACHADO
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de apelações interpostas pelo DISTRITO FEDERAL e por COMERCIAL DE ALIMENTOS VALE DO AMANHECER LTDA em desfavor da sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, na ação anulatória de débito fiscal nº 0706593-17.2019.8.07.0018. Julgou parcialmente procedente os pedidos formulados pela empresa autora, para declarar a abusividade parcial na fixação da multa punitiva e reduzi-la para 100% do valor do tributo devido (art. 487, I, do CPC).

Ante a sucumbência mínima do réu, condenou a autora ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes últimos fixados em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 82, § 2º c/c art. 86, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil.

Sentença proferida em atuação no Núcleo Permanente de Gestão de Metas do Primeiro Grau – NUPMETAS-1.

O Distrito Federal recorre e em suas razões (ID 13963609) explica que não há de se falar em exclusão da multa com base no inciso IV do art. 150 do CF, por ser penalidade administrativa e lá naquele dispositivo se veda o tributo com caráter confiscatório, mas não a multa. Entende que o percentual de 200% não pode ser considerado exorbitante ou confiscatório em casos de sonegação fiscal e que está previsto em lei local e regulamentado pelo Decreto 18.955/1997.

Aduz que as penalidades previstas na legislação tributária do DF (Lei 1.254/1996, art. 65) refletem duas situações específicas: de um lado multas decorrentes do inadimplemento de tributo (5% a 10%), por outro lado, percentuais aplicáveis em razão de sonegação, fraude, conluio (50% a 200%) e estes últimos podem alcançar valores superior ao valor de tributo diante da natureza jurídicas deles.

Cita decisões do TJDFT que concluem pela legalidade e normalidade na aplicação de multa punitiva no valor de até 200% do valor do tributo (que deixou de ser arrecadado).

Por fim, requer o provimento do apelo e a reforma da sentença quanto a este ponto para que sejam julgados improcedentes todos os pedidos da inicial.

Sem preparo, ante a isenção legal.

Contrarrazões da autora sob ID 13963616, onde pede o desprovimento do recurso do DF.

Apelo da autora registrado no ID 13963613, onde pleiteia a procedência do pedido de compensação, tendo em vista a natureza do tributo em voga. Repisa que o ICMS não é cumulativo e compensa-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadores ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou Distrito Federal (art. 155, §2º, I, CF).

Diz que os recibos de processamento do livro fiscal eletrônico comprovam seu direito inequívoco de compensação dos créditos relativos aos anos de 2013 a 2015; de acordo com seus cálculos teria direito a compensar R\$ 395.226,44, quase a totalidade da obrigação principal (R\$ 415.307,32).

Repisa que a notificação foi irregular, pois o demonstrativo elaborado pelo Fisco não relacionou todas as notas fiscais, requisito indispensável para configurar a infração cometida, nem detalhou todos os dados para o auto de infração, restando imperfeita a descrição dos fatos.

Questiona o ato de lançamento e diz que o fato gerador de ICMS não pode se dar por suposição de operações econômicas, imaginadas e engendradas pelo Fisco, com ajuda de ferramenta imprópria à aferição tributária.

Aponta que, ao examinar as informações do Agente Fiscal notou que este resolveu arbitrar o componente lucro/prejuízo, por consequência arbitrou uma base de cálculo de ICMS não prevista na lei como fato gerador de ICMS.

Aduz haver vício insanável na apuração da base de cálculo e do fato gerador (situações não previstas na Lei Complementar nº 87/1996, que prevê a movimentação débito e crédito) e exalta o princípio da tipicidade cerrada, por ser imanente ao Direito Tributário.

Dentre inúmeros questionamentos, pontua que 90% das mercadorias comercializadas estavam sujeitas ao regime de substituição tributária, retenção do ICMS na Origem, devendo ser excluídas do universo econômico.

Questiona a multa fixada no patamar de 100%, por achar que é impagável e completamente confiscatória.

Ao fim, propugna o provimento de seu apelo para reformar a sentença e determinar que o DF compense os créditos de ICMS.

Preparo recolhido (ID 13963614).

Contrarrazões do DF sob o ID 13963620. Afirma que a recorrente narra fatos inexistentes e incongruentes com a verdade, assim como fez na petição inicial e pede o desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador ALFEU MACHADO - Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade, eis que tempestivos, cabíveis, o preparo foi recolhido pela empresa privada e há isenção de recolhimento pelo DF, **conheço conjuntamente dos apelos.**

Sem preliminares ou prejudiciais passo a análise de mérito.

I-DO RECURSO INTERPOSTO PELA AUTORA APELANTE:

Consoante relatado a empresa apelante devolve as seguintes argumentações a esta instância para tentar anular o Auto de Infração nº 4.705/2016 (ID 13963566): **a)** ilegalidade do Procedimento Administrativo, pois o agente não conseguiu identificar, com exatidão, os fatos geradores do eventual imposto distrital; **b)** erro na apuração do fato gerador do ICMS, pois a Fazenda desconsiderou os documentos mercantis (nota fiscal, fatura, pedidos de clientes, cheques de pagamento de mercadorias, comprovante de frete, depósito bancário, entre outros) e valeu-se exclusivamente de relatórios de cartões de crédito/débito; **c)** afronta ao ato de lançamento tributário, porquanto a legislação não permite a utilização de suposições de operações econômicas; **d)** falha na apuração da base de cálculo como elemento do Fato Gerador, já que a montagem da Conta Mercadorias, através da escrituração vem revelar uma inconcebível deficiência técnica do agente fazendário, ao desprezar o componente fiscal, "Lucro"; **e)** ofensa, em suma, ao princípio da Legalidade e a preceitos do CTN e da CF; e **f)** redução da multa fixada na sentença (de 100% do valor do tributo para menos de 25%).

O DF, por sua vez, apela também questionando a parte da sentença que fundamentou a multa punitiva. Mas que seja reconhecida a legalidade da aplicação de multa em percentual de 200% do valor do tributo.

Os atos de lançamento da administração tributária são revestidos, como qualquer ato administrativo, pela presunção de legalidade, legitimidade e veracidade.

Quando instaurado procedimento fiscal, como no caso dos autos, o Estado garante o contraditório e a ampla defesa, valoriza a verdade e estabiliza o controle de legalidade.

Nota-se inicialmente, a parte autora não se interessou em produzir prova pericial para afastar os cálculos realizados pelo DF para se alcançar o valor de ICMS sonegado.

Realmente, o ICMS é tributo de competência dos Estados e do DF sujeito ao princípio da não-cumulatividade. Esta natureza está descrita no inciso I do §2º do art. 155 da Constituição Federal.

Incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias e compensa-se o que for devido em cada operação. Nota-se que a atividade principal da Recorrente é o comércio ou seja a

compra e venda de produtos alimentícios.

Contudo, quem alega que possui direito a compensação e este foi desrespeitado deve comprovar as ilações, tendo em vista que a atuação fiscal está volvida de atributos diferenciadores. Aplicação do artigo 373, incisos I e II do CPC. Há presunção de veracidade e autenticidade de que todos os preceitos foram observados pelo Estado quando este declarou a existência de um crédito tributário de ICMS.

No Distrito Federal, o ICMS foi instituído pela Lei n. 1.254/96, seguindo a normatização da CF e da Lei Complementar nº 87/1996. Estabeleceu que o ICMS incide sobre a operação de circulação de mercadorias e que se considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento da existência de mercadoria em situação irregular (arts. 2º, I, e 5º, XVI).

O Livro Fiscal Eletrônico – LFE é onde está a escrita fiscal da pessoa jurídica contribuinte. Contém informações fornecidas pelo próprio contribuinte, as quais ele tem total acesso.

A autora não escriturou no livro eletrônico as operações tributáveis decorrentes de suas vendas por meio de cartões de crédito/débito, desse modo, o DF constatou prejuízo aos cofres públicos (ID 13963569). Ou seja é dever e obrigação do Contribuinte.

Em relação ao Lançamento, dispõe o Código Tributário Nacional:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Por outro lado, o lançamento do ICMS ocorre por homologação.

Neste sentido, art. 150 do Código Tributário Nacional dispõe: *“lançamento por homologação (...) que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa”*.

Destaco que a autora exerce atividade de comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios e deixou de pagar ICMS relacionado à venda de produtos pagos com cartão de débito e crédito.

No caso, a autora omitiu receitas tributáveis apuradas com base no confronto entre as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, relativas às vendas realizadas, e às saídas declaradas no Livro Fiscal Eletrônico, nos períodos de 08/2013 a 02/2015 e 07/2015 a 12/2015, que culminou no já Auto de Infração nº 4.705/2016.

O arbitramento, como bem posto na sentença, é o meio ou instrumento de aferição do cálculo do tributo, utilizável quando sejam omissos ou não mereçam fé as declarações, os esclarecimentos prestados ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou por terceiro legalmente obrigado para efeito de traduzir o valor tributável.

Tal procedimento será realizado pela Autoridade Fiscal com a expressa identificação dos motivos que levaram ao arbitramento. A técnica encontra-se no art. 148 do CTN:

“Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor

ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.”

A Base de Cálculo do ICMS corresponde ao valor da operação ou da prestação realizada pelo contribuinte. Porém, caso o referido valor, por razão expressamente indicada, não ficar definido ou houver dúvida fundada, a autoridade fiscal poderá agir da forma proposta e apontar um montante, conforme estabelece art. 14 da Lei Distrital nº 1.254/96:

“Art. 14. Quando o cálculo do imposto tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de mercadorias, bens, serviços ou direitos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações, os esclarecimentos prestados ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou por terceiro legalmente obrigado, obedecidos, para fins do arbitramento, os seguintes critérios:

I - apuração de preços médios das mercadorias, no mercado atacadista ou varejista do Distrito Federal;

II - apuração do valor corrente das prestações de serviço, no Distrito Federal;

III - fixação de percentuais de lucro, em razão da mercadoria ou da atividade exercida pelo contribuinte, observado, no que couber, o disposto no § 4º do art. 6º.

Parágrafo único. Entende-se por processo regular os procedimentos relativos ao lançamento do imposto, na forma deste artigo, e sua notificação ao interessado, o qual, se discordar do valor arbitrado, poderá apresentar avaliação contraditória por ocasião da impugnação do lançamento, a ser julgada juntamente com o processo administrativo-fiscal respectivo.”

Como bem lembrado pelo Juízo, o supracitado dispositivo é minudenciado pelo artigo 356 do RICMS/97-DF, Decreto nº 18955/1997, confira-se:

“Art. 356. O valor tributável de determinada operação ou prestação, ou de operações ou prestações realizadas em determinado período, pode ser arbitrado pela autoridade fiscal, nas seguintes circunstâncias: (Decreto nº 34375, da 17/05/2013)

I – não exibição ao agente da Fazenda Pública dos elementos necessários à comprovação do respectivo valor;

II – quando os registros efetuados pelo sujeito passivo não se basearem em documentos idôneos;

III – quando a operação ou a prestação tiver sido realizada sem documentação fiscal.”

A Fazenda, portanto, desconsiderou a escrituração do impetrante e lançou o débito com base em documentos idôneos à disposição de seus agentes, no caso, relatório de operações tributáveis decorrentes de vendas por meio de cartões de crédito/débito. Provou o fato constitutivo do crédito tributário documentalente.

A apuração com base na apuração do tributo devido com base em operações de venda via Cartões de Crédito é prova idônea e robusta a comprovar a circulação das mercadorias num estabelecimento empresarial. Tanto é que também é utilizado na fixação do aluguel mensal com base no faturamento dos Contratos de Locação de Shoppings Centers. Prova documental robusta e idônea comprovando a saída das mercadorias do estabelecimento comercial.

Com a finalidade de se afastar todas as alegações, verifico que a autora viu, ao examinar as informações em que se baseou o agente fiscal, que o mesmo resolveu arbitrar o componente lucro/prejuízo, no que acabou arbitrando, por consequência, a própria base de cálculo do ICMS, sendo que a lei não o define como fato gerador de ICMS.

A autora aduz, ainda, haver vício insanável na apuração da base de cálculo e fato gerador (situações não previstas na Lei Complementar nº 87/1996, destoadas da realidade material). Exalta o princípio da tipicidade cerrada.

Dentre inúmeros questionamentos, pontua que 90% das mercadorias comercializadas estavam sujeitas ao regime de substituição tributária, retenção do ICMS na Origem, devendo serem excluídas do universo econômico.

O problema é que a presunção de legitimidade e veracidade não pode ser afastada por alegações, tendo em vista que o DF aduz em sua defesa que detalhou os valores tributáveis com base nas informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito (Lei Complementar 772/2008).

No âmbito do Distrito Federal, a matéria restou regulamentada pela Lei Complementar nº 772/2008, que, em seu art.1º, dispõe que:

“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.”

Baseou-se nos extratos das administradoras de cartão de crédito e débito, nos quais são discriminadas todas as vendas realizadas, ou seja, todos os créditos que têm a receber em decorrência de operações realizadas no seu estabelecimento.

Além disso, no início da fiscalização a empresa recebeu uma tabela contendo os dados informados pelas administradoras de cartão. Foi notificada a apresentar dados e documentos para demonstrar a incorreção dos valores informados, mas não houve qualquer questionamento quanto às informações prestadas pelas administradoras de cartão.

Desta forma, vale lembrar que a presunção relativa de regularidade dos atos administrativos, decorrem de indevida redução de base de cálculo, por ato omissivo da empresa, no que é lícito ao Fisco Distrital lançar o ICMS pertinente.

Como verifica-se da análise detida dos documentos indicados nos autos, o lançamento fiscal considerou os valores para as vendas, com base no relatório de vendas por crédito/débito, não havendo se fazer outros abatimentos a título de lucro.

Outrossim, falhou a autora em seu dever legal de comprovar suas alegações e nota-se que no processo fiscal foi oferecida oportunidade de defesa.

No mais, noto que a autora traz vários argumentos para tentar fundamentar a ilegalidade ou erronia no lançamento fiscal, contudo, todos foram devidamente afastados pela situação incontroversa de sonegação de dados encontrados com base na consulta das movimentações de cartão de crédito e débito.

Quanto ao suposto direito de compensação, melhor sorte não assiste à empresa recorrente. O art. 23 da Lei Complementar 87/1996 diz que:

“O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido

ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação”.

Portanto, a compensação de créditos tributários depende da prévia escrituração regular dos documentos fiscais, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

Não há de se falar, portanto, em direito à compensação, quando inidônea a documentação oferecida.

No sentido de se declarar válido e legítimo os autos de infração baseados em dados oferecidos pelas administradoras de cartão de crédito, cito os seguintes julgados:

*APELAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO FISCAL. ICMS. AUTO DE INFRAÇÃO. ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO. FATO GERADOR. VIOLAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO. LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001. LEI COMPLEMENTAR DISTRITAL Nº 772/2008. MECANISMO FISCALIZATÓRIO. LEGALIDADE. REPERCUSSÃO GERAL. REDUÇÃO DA MULTA NO PERCENTUAL DE 200% PARA 100% DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. PROIBIÇÃO DO NÃO-CONFISCO. (...) 1. **O Fisco apenas obtém informações superficiais sobre recebimentos de contribuinte de ICMS, que não identificam titulares dos cartões, nem dados pessoais e também não acompanham extratos de gastos. Assim, se a operação envolve informações meramente genéricas, a hipótese não se subsumi à regra prevista no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e no respectivo decreto regulamentador (Lei Complementar Distrital n.º 772/2008), invocados pela parte Autora, caso em que exigiriam prévio procedimento administrativo.** 2. Em sede de repercussão geral, firmada no RE 601.314/SP, Rel. Min. Edson Fachin, o STF assentou a tese de que (Tema 225): "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". (...) 4. A partir da Lei Complementar nº 105/2001, especificamente o art. 1º, § 3º, inc. VI, a utilização de informações existentes nos bancos de dados das instituições financeiras (ou equiparadas) **pelo fisco passou a ser admitida sem a necessidade de prévia autorização judicial, inclusive em consonância com o disposto no art. 197, inc. II do CTN e no art. 145, § 1º, da CF.** 5. De acordo com a doutrina, em sintonia com o entendimento jurisprudencial, há que se levar em consideração que o lançamento se mostra como ato administrativo, ou ainda como um conjunto de atos preparatórios (procedimento) do ato administrativo, dotado da manifestação unilateral da Administração, visando assegurar os direitos do Fisco de exigir o tributo devido, cuja observância do contraditório se faz com a simples notificação do lançamento, nos termos do Art. 145 do CTN, o que fora realizado. **Não há que se falar em procedimento administrativo prévio para realização do lançamento.** (...) 8. Apelações desprovidas. Sem majoração de honorários advocatícios em razão da sucumbência recursal recíproca.*

(Acórdão 1181459, 07083334420188070018, Relator: ROBERTO FREITAS, 1ª Turma Cível, data de julgamento: 26/6/2019, publicado no DJE: 17/7/2019. Negrito nosso).

*APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ICMS. AUTO DE INFRAÇÃO. ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO. LANÇAMENTO. FATO GERADOR. MULTA NO PERCENTUAL DE 100% DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. RAZOABILIDADE. UTILIZAÇÃO DO INPC. LC DISTRITAL 435/01. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO PELA TAXA SELIC. I - **O auto de infração é válido porque a atividade fiscalizatória dos agentes fazendários de requisitar dados das administradoras de cartão de crédito e débito não constituiu indevida violação da privacidade ou do sigilo de dados. Ausente nulidade.** II - O Supremo Tribunal Federal firmou a tese no sentido de que o princípio da vedação ao confisco deve ser observado não apenas na instituição de tributos, mas também na imposição das multas fiscais, o que implica a redução da multa punitiva ao patamar de 100% do valor do crédito tributário, de forma razoável e proporcional. Precedentes do e. TJDF. (...) V - Apelação provida parcialmente.*

(Acórdão 1161099, 07024250620188070018, Relator: VERA ANDRIGHI, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 27/3/2019, publicado no DJE: 5/4/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada, negrito nosso)

*PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO DE DÉBITO FISCAL. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS. OBTENÇÃO DE INFORMAÇÕES DAS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO. NÃO VIOLAÇÃO AO SIGILO. LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001. CONSTITUCIONALIDADE. RESSALVA AOS ESTADOS E MUNICÍPIOS. REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA PELA LEI COMPLEMENTAR DISTRITAL Nº 772/2008. ATO ADMINISTRATIVO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. (...) 4. No âmbito do Distrito Federal, a matéria restou regulamentada pela Lei Complementar nº 772/2008, que, em seu art.1º, dispõe que "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." 5. **Uma das características do ato administrativo consiste na presunção de legitimidade, que decorre do princípio da legalidade, norteador de toda atividade da Administração Pública. Em tese, todo ato administrativo passou por procedimento prévio, no qual as formalidades pertinentes à sua edição restaram observadas; a autoridade que o praticou era a competente para tanto; e o ato sujeitou-se a rigoroso controle.** Todavia, embora possua tal atributo, trata-se de presunção iuris tantum. Para afastar tal presunção, cabe à parte demonstrar de forma efetiva a ocorrência de hipótese que elida a presunção de legitimidade do ato administrativo. 6. O art.373, do Código de Processo Civil, estabelece a quem compete a produção das provas. Em regra, compete ao Autor provar os fatos constitutivos de seu direito, e ao Réu incumbe provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.(...)*

(Acórdão 1133158, 07020969120188070018, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 24/10/2018, publicado no DJE: 30/10/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Quanto a suposta nulidade de notificação, ressalta-se que esta é desnecessária na forma proposta pelo apelante. O lançamento realizado com base em relatório de vendas eletrônica a crédito/débito dispensa a apresentação das notas fiscais de entrada na autuação.

A atuação dos agentes fiscais foi acionada quando se comparou as informações obtidas pelas administradoras de cartões, confrontando-se com a não escrituração contábil regular, por parte do contribuinte (Lei Complementar nº 772/2008), inclusive sem prévia a autorização judicial e em consonância com o disposto no art. 197, II, do CTN e no art. 145, §1º, CF.

Há unilateralidade neste ato de lançamento, bastando a notificação do lançamento (art. 145 do CTN).

II-DO RECURSO DO DF:

Quanto ao recurso do Distrito Federal, que visa a manutenção da multa aplicada em 200%, entendo, antes de mais nada, correto citar a conceituação do ministro Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 727.872/RS.

Aquele julgador definiu as espécies de multas tributárias existentes no direito brasileiro, senão vejamos:

(...) "No direito tributário, existem basicamente três tipos de multas: as moratórias, as punitivas isoladas e as punitivas acompanhadas do lançamento de ofício. As multas moratórias são devidas em decorrência da impontualidade injustificada no adimplemento da obrigação tributária. As multas punitivas visam coibir o descumprimento às previsões da legislação tributária. Se o ilícito é relativo a um dever instrumental, sem que ocorra repercussão no montante do tributo devido, diz-se isolada a multa. No caso dos tributos sujeitos a homologação, a constatação de uma violação geralmente vem acompanhada da supressão de pelo menos uma parcela do tributo devido. Nesse caso, aplica-se a multa e promove-se o lançamento do valor devido de ofício. Esta é a multa mais comum, aplicada nos casos de sonegação." (...)"

Portanto, 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.

Há algum tempo o STF tem manifestado que “surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão” (RE 833106 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 25/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 11-12-2014 PUBLIC 12-12-2014)

Ressalta-se que foi reconhecida a repercussão geral no RE 736090 (Tema 863, em 29/10/2015) sobre o tema “*Limites da multa fiscal qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio, tendo em vista a vedação constitucional ao efeito confiscatório*”. Este ainda não foi julgado e não foi determinada a suspensão dos processos relacionados ao tema.

Desta forma, deve-se apreciar como o STF vem decidindo em suas Turmas sobre o tema. Verifica-se que a Corte pontua que a multa fixada em até 100% do valor do tributo é válida e não possui caráter confiscatório.

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Tributário e Processual Civil. 3. Procedimento administrativo fiscal. Alegada existência de nulidade. 4. Matéria infraconstitucional. Ofensa reflexa à Constituição Federal. Necessidade de reexame do acervo probatório. Súmula 279 do STF. Precedentes. 5. Multa fixada em 100% do valor do tributo. Ausência de caráter confiscatório. Precedentes. 6. Inovação recursal no agravo regimental. Impossibilidade. Precedentes. 7. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 8. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 1073192 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, **Segunda Turma**, julgado em 22/02/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 27-02-2019 PUBLIC 28-02-2019)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. ICMS. ESTADO DA PARAÍBA. OPERAÇÃO REALIZADA COM ÁLCOOL ANIDRO. BENEFÍCIO FISCAL. SUBSÍDIO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. ISENÇÃO PARCIAL. ESTORNO PROPORCIONAL. MULTA FISCAL FIXADA EM 100% DO VALOR DO TRIBUTO. CARÁTER CONFISCATÓRIO. AUSÊNCIA. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I – A redução da base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS corresponde à isenção parcial, possibilitando o estorno do crédito proporcional ou parcial relativo às operações anteriores. II – Multa fixada em 100% do valor do tributo. Ausência de caráter confiscatório. Precedentes. III – Majorada a verba honorária fixada anteriormente, nos termos do art. 85, § 11, do CPC. IV – Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC.

(ARE 1126367 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, **Segunda Turma**, julgado em 25/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-242 DIVULG 05-11-2019 PUBLIC 06-11-2019)

Por outro lado, o RE 754.554 GO não se aplica ao caso, pois a multa de 25% daqueles autos é moratória e não punitiva.

Note-se que a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal tem se manifestado no sentido de considerar confiscatória toda a multa fixada em percentual superior à 100% do valor do tributo, senão vejamos:

Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. SEGUNDO AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ALEGADA SEMELHANÇA COM A MATÉRIA

*DISCUTIDA NO RE 736.090. INOCORRÊNCIA. MULTA PUNITIVA. PERCENTUAL DE 25% SOBRE O VALOR DA OPERAÇÃO. CARÁTER CONFISCATÓRIO. REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO ATUAR COMO LEGISLADOR POSITIVO. 1. O paradigma de repercussão geral (Tema 863 da RG) aplica-se exclusivamente para a fixação do limite máximo da multa fiscal qualificada prevista no art. 44, I, §1º, da Lei nº 9.430/1996. 2. **Em relação ao valor máximo das multas punitivas, esta Corte tem entendido que são confiscatórias aquelas que ultrapassam o percentual de 100% (cem por cento) do valor do tributo devido. Precedentes.** 3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de não competir ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo para estabelecer isenções tributárias ou redução de impostos. Precedentes. 4. Agravo interno a que se nega provimento.*

(ARE 905685 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, **Primeira Turma**, julgado em 26/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 07-11-2018 PUBLIC 08-11-2018, negrito nosso)

Pondera-se que no TJDFT há entendimentos variados sobre a legitimidade da multa de 200%, ora a convalidando para os casos de sonegação, conluio e fraude, ora a reduzindo para um valor máximo de 100% do valor do tributo, mesmo nos casos de sonegação.

Contudo, esta 6ª Turma Cível adota o entendimento de que é razoável e proporcional uma multa punitiva aplicada até o percentual máximo de 100% do valor do tributo, confira-se:

*APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ICMS. AUTO DE INFRAÇÃO. ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO. LANÇAMENTO. FATO GERADOR. MULTA NO PERCENTUAL DE 100% DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. RAZOABILIDADE. UTILIZAÇÃO DO INPC. LC DISTRITAL 435/01. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO PELA TAXA SELIC. (...). II - **O Supremo Tribunal Federal firmou a tese no sentido de que o princípio da vedação ao confisco deve ser observado não apenas na instituição de tributos, mas também na imposição das multas fiscais, o que implica a redução da multa punitiva ao patamar de 100% do valor do crédito tributário, de forma razoável e proporcional. Precedentes do e. TJDFT.** III - A LC Distrital 435/01 estabelece que sobre eventuais atrasos no recolhimento de débitos tributários deve incidir o INPC como índice de correção monetária em substituição à taxa SELIC. IV - Com o julgamento da AIL nº 2016.00.2.031555-3, declarou-se o art. 2º da LC 435/01 incompatível com a CF, sempre que os fatores de atualização monetária nele adotados excedessem o valor do índice de correção dos tributos federais, modulando os efeitos da arguição a partir da data do julgamento em 14/02/17. A modulação temporal se deu em razão dos reflexos sobre os créditos fiscais constituídos e cobrados pelo DF ao longo dos anos de vigência da LC 435/01, não apenas em virtude da repetição de indébitos. V - **Apelação provida parcialmente.***

(Acórdão 1161099, 07024250620188070018, Relator: VERA ANDRIGHI, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 27/3/2019, publicado no DJE: 5/4/2019, negrito nosso)

*PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO DE DÉBITO FISCAL. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS. OBTENÇÃO DE INFORMAÇÕES DAS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO. NÃO VIOLAÇÃO AO SIGILO. LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001. CONSTITUCIONALIDADE. RESSALVA AOS ESTADOS E MUNICÍPIOS. REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA PELA LEI COMPLEMENTAR DISTRITAL Nº 772/2008. ATO ADMINISTRATIVO. **PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.** (...)*

*(...)**10. No julgamento do RE 657372, o Supremo Tribunal Federal assinalou que "Esta Corte firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias as multas fixadas em***

100% ou mais do valor do tributo devido." (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).

11. O c. STF firmou tese no sentido de que "É admissível a redução da multa tributária para mantê-la abaixo do valor do tributo, à luz do princípio do não confisco." (ARE 776273 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 15/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 29-09-2015 PUBLIC 30-09-2015).

13. (...)

(Acórdão 1133158, 07020969120188070018, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 24/10/2018, publicado no DJE: 30/10/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Quanto ao RE 882.461, tema 816, ponto que trata de ISSQN e de multa moratória e não multa punitiva. Por este fato, inexistindo correlação e não havendo determinação para sobrestamento dos processos, no Tema 863 (RE 736090 – multa punitiva) esta demanda deve ser julgada de acordo com o que vem decidindo o STF em suas Turmas.

Conclui-se que a sentença está condizente com a jurisprudência dos tribunais superiores e apresenta fundamentação adequada para a solução do litígio. A empresa contribuinte descumpriu o dever legal de escriturar seus livros fiscais com os valores devidos de ICMS. Autorizando que os agentes fazendários arbitrem o crédito com base nos dados das administradoras de cartão de crédito operações realizadas pelo contribuinte, omitida no livro obrigatório.

Diante do exposto, **nego provimento aos recursos.**

Fixo os honorários advocatícios recursais, na forma do art. 85, § 11, do CPC, majorando de 10% (dez por cento) para 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa.

É como voto.

O Senhor Desembargador ARQUIBALDO CARNEIRO - 1º Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador JOSÉ DIVINO - 2º Vogal

Com o relator

DECISÃO

CONHECIDOS. DESPROVIDOS. UNÂNIME.