

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

Órgão 5ª Turma Cível

Processo N. APELAÇÃO CÍVEL 0713474-78.2017.8.07.0018

APELANTE(S) DISTRITO FEDERAL

APELADO(S) TERRA ATACADO DISTRIBUIDOR LTDA

Relator Desembargador ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO

Acórdão N° 1167649

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. ICMS. RECOLHIMENTO A MENOR. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO SUPERIOR À 5 (CINCO) ANOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INAPLICÁVEL. INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR REGULANDO PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE EM PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ART. 146, III, “B”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MULTA TRIBUTÁRIA PUNITIVA. PERCENTUAL DE ATÉ 100% DO TRIBUTO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE EFEITO CONFISCATÓRIO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Não há prescrição intercorrente de crédito tributário discutido em processo administrativo fiscal tendo em vista as hipóteses de prescrição estarem restritas à lei complementar em atendimento ao art. 146, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal.
2. A multa tributária punitiva é aplicada em situações nas quais se verifica o descumprimento da obrigação tributária prevista na legislação pertinente, com a finalidade de coibir a burla à atuação da administração tributária, possuindo verdadeiro papel repressor e pedagógico.
3. O art. 65, inciso IV, da Lei Distrital n.º 1.254/1996 prevê a aplicação de multa no percentual de 100% (cem por cento) sobre o valor do imposto não recolhido na hipótese de recolhimento do ICMS em valor inferior ao devido.
4. O Supremo Tribunal Federal possui entendimento no sentido de que a estipulação de penalidade em percentual que implique em montante superior ao valor do tributo devido acarreta em violação ao princípio do não confisco (art. 150, inciso IV, da Constituição Federal). Assim, a penalidade arbitrada no montante de 100% (cem por cento) sobre o tributo recolhido a menor pelo contribuinte, em razão de infração à legislação tributária, não possui caráter confiscatório.
5. **RECURSO CONHECIDO E PROVIDO**, para afastar a prejudicial de mérito de prescrição e, avançando no mérito, com base no art. 1.013, §4º, do CPC (teoria da causa madura), julgar improcedentes os pedidos da inicial.

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 PROVIMENTO. UNÂNIME., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 24 de Abril de 2019

Desembargador ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo DISTRITO FEDERAL, no IDN. 5858657, contra a sentença de IDN.5858655, que, nos autos a ação declaratória, julgou procedente o pedido da inicial.

A fim de esclarecer o litígio, peço vênias à D. Magistrada de primeiro grau e transcrevo o relatório da sentença, *in verbis*:

“TERRA ATACADO DISTRIBUIDOR LTDA. ajuizou ação declaratória em desfavor do DISTRITO FEDERAL, partes qualificadas nos autos, alegando, em síntese, que foi autuada em 11/1/2010 por suposta infração, tendo apresentado defesa em 5/2/2010 e em 16/6/2015 (mais de cinco após o protocolo da impugnação) foi assinado o parecer de julgamento em primeira instância, sendo que em 22/6/2015 foi assinada a decisão que adotou o parecer, julgando improcedente a impugnação, mas reduziu os percentuais das multas; que após o protocolo da impugnação (5/2/2010) o processo ficou aguardando distribuição por 896 (oitocentos e noventa e seis) dias, ficando 933 (novecentos e trinta e três) dias sem movimentação e apenas em 4/3/2015 houve movimentação do processo, portanto, entre 9/2/2010 a 3/3/2015, não foi proferido nenhum despacho ou decisão, tendo ocorrido prescrição intercorrente, pois não havia nenhuma pendência que impedisse o andamento do processo; que a mudança dos percentuais das multas demonstra existência de dúvida e equívoco da autoridade; que não há prova de sonegação de imposto, mas apenas meras suposições; que não houve fraude de documentos fiscais ou de declarações ou mesmo conluio para causar prejuízo ao réu; que apesar da redução a multa de 100% (cem por cento) continua sendo abusiva e exorbitante.

Ao final requer a citação e a procedência do pedido para reconhecer a prescrição intercorrente ou reduzir a multa de 1000% (sic) (cem por cento) para 15% (quinze por cento) e considerar a multa de 20% (sic) (duzentos por cento) confiscatória.

A petição inicial veio acompanhada de documentos.

A autora apresentou petição requerendo a concessão de tutela de urgência para suspensão da

exigibilidade do crédito tributário referente às CDA nº 20188008330 e 50188008322 (ID 12965227).

Considerou-se o pedido como de emenda e determinou-se a oitiva do réu sobre esse pedido (ID 13167551), mas esse manifestou-se contrário ao pedido (ID 13698640), cujo pedido foi indeferido (ID 14550541).

O réu ofereceu contestação (ID 13989428) alegando, em resumo, que não ocorreu prescrição intercorrente, pois a Lei 9.873/99 é da União e não se aplica ao Distrito Federal; que não se trata de poder de polícia, mas sim de exercício de competência tributária; que a defesa foi apresentada em 5/2/2010 e admitida em 6/8/2012, houve determinação de cumprimento de diligência em maio de 2015 e recebeu parecer em 16/6/2015; que a autora não nega os fatos que lhe são imputados na autuação, mas questiona apenas o percentual da multa; que a Constituição Federal veda a cobrança que absorve de modo imoderado o patrimônio do contribuinte, mas não se refere a penalidades; que o Tribunal Federal condena multa em percentual exagerado quando esse extrapola os limites do razoável, o que não ocorre neste caso.

Réplica, conforme ID 15360880.

Foi oportunizada a especificação de provas (ID 15967614), mas as partes não se manifestaram, conforme certidão de ID 19772886.

É o relatório.”

A juíza de direito julgou procedente o pedido inicial para declarar a prescrição intercorrente do processo administrativo fiscal, declarando, conseqüentemente, a nulidade da Certidão da Dívida Ativa dele decorrente.

Inconformado, o Distrito Federal apela. Alega que é necessária lei complementar específica para regular prescrição em matéria tributária, conforme o art. 146, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal, o que não existe para o processo administrativo fiscal. Acrescenta que existem precedentes do c. Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Argumenta que a vedação de confisco se aplica aos tributos, não às penalidades aplicadas à contribuinte. Rejeita a possibilidade de aplicar percentual inferior das multas aplicadas tendo em vista o caráter vinculante da atuação administrativa fiscal. Por fim, requer o provimento do apelo para julgar improcedentes os pedidos da inicial.

Sem recolhimento de preparo ante a gratuidade de justiça legal ao Distrito Federal.

Contrarrazões (IDN.5858660).

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO - Relator

Conheço do recurso pois presentes estão os seus pressupostos processuais.

1. DA INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

O apelante refuta a prescrição intercorrente de crédito tributário questionado em processo administrativo fiscal reconhecido pelo juízo de primeiro grau.

Com razão.

Não há prescrição intercorrente de crédito tributário discutido em processo administrativo fiscal tendo em vista as hipóteses de prescrição estarem restritas à lei complementar (art. 146, III, “b”, Constituição Federal).

Como bem pontuou o apelante, o crédito tributário discutido em processo administrativo fiscal não é passível de prescrição intercorrente, pois não há qualquer previsão em lei complementar como exige o art. 146, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

III - estabelecer *normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:*

[...]

b) obrigação, lançamento, crédito, **prescrição** e decadência **tributários;**” (grifo nosso)

O próprio juízo *a quo* reconhece que não há previsão legal para a prescrição intercorrente de processo administrativo fiscal. Contudo aplicou o prazo quinquenal de prescrição do Decreto 20.910/1932.

Equivocou-se a nobre Magistrada singular, pois a prescrição tributária é de legalidade restrita de acordo com o art. 146, inciso III, alínea “b”, da Carta Constitucional.

Segue precedente recente do c. Superior Tribunal de Justiça neste sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. DEPÓSITO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. No julgamento do Recurso Especial n. 1.113.959/RJ, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, sob a relatoria do Exmo. Ministro Luiz Fux, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que: “[...] o recurso administrativo suspende a exigibilidade do crédito tributário, enquanto perdurar o contencioso administrativo, nos termos do art. 151, III do CTN, desde o lançamento (efetuado concomitantemente com auto de infração), sendo

certo que somente a partir da notificação do resultado do recurso ou da sua revisão, tem início a contagem do prazo prescricional, afastando-se a incidência da prescrição intercorrente em sede de processo administrativo fiscal, pela ausência de previsão normativa específica."

2. Mesmo tendo sido constituído o crédito tributário pelo depósito, a existência do contencioso administrativo suspendeu a exigibilidade do crédito até sua decisão final, que ocorreu em 19/7/2004, conforme consignado no acórdão recorrido, não havendo que se falar em prescrição da execução ajuizada em 2008, dentro do lapso do art. 174 do CTN.

3. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1304866/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2018, DJe 30/10/2018) (grifo nosso)

Neste ponto, **dou provimento ao apelo para não reconhecer a prescrição intercorrente do crédito tributário discutido por mais de 5 (cinco) anos em processo administrativo fiscal.**

O art. 1.013, §4º, do CPC, § 4º dispõe que quando “reformular sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau”. Dessa feita, com base no referido artigo, prossigo no julgamento do mérito.

2. DA CONSTITUCIONALIDADE DA MULTA APLICADA PELO FISCO

O Distrito Federal alega que as multas aplicadas contra a apelada são devidas e que existe vedação para o efeito confiscatório em tributos, não para aplicação de multas.

Com razão, por outros fundamentos.

A apelada questionou a constitucionalidade da multa aplicada no percentual de 100% (cem por cento) sobre o tributo recolhido a menor pelo contribuinte, por entender que tal penalidade possui caráter confiscatório, estando em dissonância com art. 150, inciso IV, da Constituição Federal.

No entanto, a multa correspondente ao percentual de 100% (cem por cento) do tributo inicialmente devido não possui finalidade de arrecadação, mas sim de penalidade pela conduta ilícita da contribuinte, ora apelada.

Faz-se necessário registrar que a Lei Distrital n.º 1.254/1996, que dispõe sobre o ICMS, estabelece, em seu art. 61, que “*constitui infração a ação ou omissão, voluntária ou não, que importe a inobservância, por parte do contribuinte ou do responsável, de normas previstas na legislação tributária*”. As infrações, nos termos do art. 62 da referida lei, estão sujeitas a penalidades, dentre as quais a multa, nos seguintes termos:

“Art. 62. As infrações serão punidas com as seguintes penalidades:

I - multa;

(...)

§ 1º A imposição de multa não exclui:

I – o pagamento do imposto e demais acréscimos legais;

II – a aplicação de outras penalidades previstas neste artigo;

III – o cumprimento da obrigação acessória correspondente.”

A multa tributária punitiva é aplicada em situações nas quais se verifica o descumprimento da obrigação tributária prevista na legislação pertinente, com a finalidade de coibir a burla à atuação da administração tributária, possuindo verdadeiro papel repressor e pedagógico. Por essa razão, as multas punitivas são fixadas em patamares mais elevados nas legislações fiscais, não devendo-se aplicar o mesmo juízo de proporcionalidade das multas moratórias.

O art. 65, inciso IV, da Lei Distrital n.º 1.254/1996 prevê a aplicação de multa no percentual de 100% (cem por cento) sobre o valor do imposto não recolhido nas seguintes hipóteses:

“Art. 65. Sobre o valor do imposto não recolhido, no todo ou em parte, aplica-se, após o prazo-limite para pagamento, multa nos seguintes percentuais:

(...)

IV – 100% nas seguintes hipóteses:

a) não escrituração de documento fiscal relativo às operações de saída de mercadoria ou à prestação de serviços;

b) escrituração ou apuração de débito do imposto ou de imposto a recolher em valor inferior ao constante dos documentos fiscais;

c) escrituração de crédito fiscal:

1) superior àquele previsto na legislação para a respectiva operação ou prestação;

2) efetuada em momento anterior ao previsto na legislação do imposto;

3) referente a operação ou a prestação isenta ou não tributada ou nos casos em que não haja previsão legal para o aproveitamento do crédito;

4) referente a produtos sujeitos a substituição tributária, pelo contribuinte substituído;

5) mais de uma vez referente ao mesmo documento fiscal;

d) aproveitamento de crédito do imposto que deveria ter sido estornado, nos termos da legislação;

e) emissão de documento fiscal com indicação indevida de não incidência, de benefício ou de incentivo fiscal;

f) emissão de documento fiscal com indicação de alíquota inferior à aplicável, implicando destaque a menor do imposto;

g) emissão de documento fiscal sem destaque do imposto devido;”

Tal penalidade também restou prevista no regulamento distrital do ICMS (Decreto Distrital n.º 18.955/97), em seu art. 362, inciso IV.

Embora haja previsão de incidência de multa no patamar de 100% (cem por cento) sobre o valor do imposto não recolhido para as hipóteses de recolhimento em valor inferior ao devido, deve-se adequar o referido percentual à previsão constitucional de vedação ao confisco, prevista no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;”

Assim, não obstante o texto literal do art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, indicar o não confisco como princípio aplicável aos tributos, a referida vedação também se aplica às multas tributárias, de modo a limitar, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o poder estatal na instituição e cobrança de penalidades. Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO. APLICABILIDADE ÀS MULTAS TRIBUTÁRIAS. INOVAÇÃO DE MATÉRIA EM AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A vedação à utilização de tributos com efeito de confisco (art. 150, IV, da Constituição) deve ser observada pelo Estado tanto na instituição de tributos quanto na imposição das multas tributárias.

(...)”

(RE 632315 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 14/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-181 DIVULG 13-09-2012 PUBLIC 14-09-2012, grifo nosso).

Além do mais, a questão ora em debate é objeto de repercussão geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal, sob o tema n.º 863 (limites da multa fiscal qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio, tendo em vista a vedação constitucional ao efeito confiscatório), atrelado ao RE 736090 RG/SC, não havendo determinação de sobrestamento das demais causas idênticas nas instâncias inferiores.

A despeito da questão que está submetida à repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência no sentido de que a estipulação de penalidade em percentual que implique em montante superior ao valor do tributo devido acarreta em violação ao princípio do não confisco.

De tal modo, entende-se que é confiscatória a multa punitiva que ultrapasse o valor da própria obrigação tributária, ou seja, a penalidade arbitrada acima do montante de 100% (cem por cento) do valor do tributo, conforme se vê:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ISS. ENQUADRAMENTO DA ATIVIDADE. DESCUMPRIMENTO DO ÔNUS PROBATÓRIO. CARÁTER INFRACONSTITUCIONAL DA CONTROVÉRSIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. OFENSA REFLEXA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279/STF. MULTA PUNITIVA. PATAMAR DE 100% DO TRIBUTO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO CONFISCO. PRECEDENTES.

(...)

3. Quanto 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.

(...)

5. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015.”

(ARE 1058987 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 01/12/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-289 DIVULG 14-12-2017 PUBLIC 15-12-2017, grifo nosso).

“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, grifo nosso).

Nesse sentido, seguem os arestos desta Corte:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. AUTO DE INFRAÇÃO. ICMS. PARCELAMENTO. REFIS. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA. MULTA. VEDAÇÃO DE CONFISCO. DESCONTO. PAGAMENTO À VISTA. PARCELAMENTO. ILEGALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO.

(...)

4. A tese de que a multa punitiva imposta no percentual de 200% revela caráter confiscatório encontra respaldo na jurisprudência do STF, assim como em julgados deste Tribunal. Aquela Corte tem entendido pela limitação da multa punitiva a 100% do valor do tributo exigido. Precedentes.

(...)

6. Recurso conhecido e parcialmente provido.”

(Acórdão n.1016246, 07004841220178070000, Relator: CESAR LOYOLA 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 11/05/2017, Publicado no PJe: 19/05/2017. Pág.: Sem Página Cadastrada, grifo nosso).

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. (...) 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.

(...)

4. 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 confiscatória da multa punitiva fixada pela lei em patamar superior a cem por cento (100%) do valor do tributo.

(...)

6. Remessa oficial e apelo providos. Apreciação, com fundamento no art. 515, § 3º, do CPC, dos pedidos sucessivos não analisados na sentença, prejudicados por causa do acolhimento do pleito principal. Pedidos da autora julgados parcialmente procedentes.”

(Acórdão n.904020, 20140110235043APO, Relator: ARNOLDO CAMANHO, Revisor: SÉRGIO ROCHA, 4ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 28/10/2015, Publicado no DJE: 09/11/2015. Pág.: 302, grifo nosso).

Contudo, de acordo com ambas as partes, a multa moratória mais elevada após a apreciação de recurso em processo administrativo fiscal foi de 100% sobre o tributo no recolhido, o que é totalmente razoável.

Diante do exposto, **CONHEÇO do recurso e DOU-LHE PROVIMENTO**, para afastar a prejudicial de mérito de prescrição e, avançando no mérito, com base no art. 1.013, §4º, do CPC (teoria da causa madura), julgar improcedentes os pedidos da inicial.

Ante a sucumbência, condeno a parte autora, ora apelada, a pagar as custas processuais e os honorários advocatícios ao apelante que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, conforme o art. 85, §2º, do Código de Processo Civil.

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 PROVIMENTO. UNÂNIME.