

A. I. Nº - 281071.0034/20-1
AUTUADO - EXPRESSA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RAMOS DE MIRANDA FILHO
ORIGEM - DAT/METRO IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12/07/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0105-02/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. REPARTIÇÃO DE RECEITA. VENDAS A NÃO CONTRIBUINTE DE OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR. Ajustes feitos pelo autuante em sede de informação fiscal, acolhem os argumentos defensivos, reduzindo o valor da exação. Negado o pleito de afastamento ou redução da multa, por impossibilidade legal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 30 de setembro de 2020 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$38.043,40, além de multa de 60% pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **03.02.15.** O remetente e/ou prestador localizado em outra unidade da Federação recolheu a menor o ICMS devido ao estado da Bahia em função da EC n.º 87/15, em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final não contribuinte localizado neste Estado, nos meses de fevereiro de 2016, fevereiro de 2017, julho de 2018, julho a outubro de 2019.

Informa o autuante: *“A auditoria foi realizada com base nas informações contidas nas Notas Fiscais Eletrônicas referentes às vendas interestaduais de mercadorias efetuadas pela Autuada com destino a consumidores finais não contribuintes situados no Estado da Bahia, bem como informações registradas nos arquivos GIA-ST, DAEs e outras constantes nas bases de dados da SEFAZ-BA, além de memórias de cálculo fornecidas pela empresa. Para o período de 10/2017 a 12/2019 há valores retidos e não recolhidos, já cobrados por Débito Declarado, processos 8500001182183, 8500008617193 e 8500004068209. Para este período foram lançadas neste Auto de Infração as diferenças de cálculo apuradas nos demonstrativos I e II anexos ao mesmo”.*

Tempestivamente, o autuado, por seu advogado, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 55 a 67, onde, após resumir os fatos, diz ter encontrado diversas inconsistências na autuação.

Antes de entrar na especificidade de cada competência, destaca ter o autuante lançado apenas nas operações tidas como tendo havido recolhimento a menor do tributo, tendo feito comparativo entre o que foi declarado e o recolhido pela empresa, e o que a fiscalização apurou, na forma da tabela apresentada.

Passa a descrever, por mês de autuação, as incorreções que entende terem havido na mesma, iniciando pelo mês de fevereiro de 2017, em relação ao qual indica que para calcular o diferencial de alíquotas, se considerou para a nota fiscal 604.575, base de cálculo do ICMS no valor de R\$ 218.468,88, quando, em verdade, o valor correto seria R\$ 109.234,44, na forma do Doc. 01, plotando reprodução do mencionado documento fiscal.

Mostra se tratar de flagrante erro de cálculo que acaba lhe impondo a exigência totalmente descabida do diferencial de alíquota, sendo imprescindível que este órgão repare tal equívoco, cancelando a cobrança desse item da autuação, reconhecendo como correto o valor já recolhido.

Na competência de julho de 2018, aduz que pela regra do artigo 155, § 2º, inciso VIII, da Constituição Federal, incluída pela Emenda constitucional 87/2015, o diferencial de alíquota do ICMS será devido em operações interestaduais quando o destinatário das mercadorias se encontrar na qualidade de consumidor final, sendo que, fora desta condição, nas operações em questão, o DIFAL do ICMS não será devido.

Referente às Notas Fiscais 757.090 e 761.545, que corresponderiam a operações com destinatários revendedores de produtos, ou seja, não consumidores finais (DOC. 2) e que, portanto, deveriam ser excluídas do levantamento elaborado pela fiscalização, reconhecendo como devidas apenas as Notas Fiscais de número 758.172 e 759.058.

Ressalta a confusão e equívoco do autuante, que lhe valeu exigência tanto em operações destinadas a consumidores, quanto em operações destinadas a contribuintes do imposto, desconsiderando, inclusive, o tributo recolhido corretamente, situação que merece ser reparada.

Já para outubro de 2019, utiliza o mesmo argumento anteriormente colocado, uma vez que para as Notas Fiscais 943.892, 944.868 e 952.248, as declara serem também referentes a operações com destinatários revendedores de produtos, isto é, não consumidores finais (DOC. 6).

Assim, do mesmo modo que no item anterior, estas notas fiscais também devem ser excluídas dos cálculos que fundamentaram a autuação, uma vez que apenas a Nota Fiscal 950.254 tem o imposto devido, por se destinar efetivamente a consumidor final, não contribuinte do imposto, entende.

Em agosto de 2019, argui erro na classificação fiscal da mercadoria “DIPRIVAN FPS 1 50 ML SERINGA PREENCHIDA”, fornecida pela empresa Aspen Pharma Indústria Farmacêutica Ltda., e classificado como produto importado, sujeito à alíquota de 4% do ICMS nas operações interestaduais, conforme Resolução 13/2012 do Senado Federal.

Afirma que houve um erro, por parte do fornecedor, que classificou o produto como importado, mas que, no curso do mês 08/2019, retificou a informação e passou a classificar a mercadoria como sendo de origem nacional, portanto sujeita à alíquota de 12% (DOC. 3). Tal ajuste implicaria na mudança do percentual a ser recolhido ao Estado da Bahia, de 14% para 6%. Cita a emissão de notas fiscais complementares (DOC. 4) para reajustar o valor do DIFAL do ICMS recolhido a maior para o Estado da Bahia.

Conclui garantindo que o recolhimento feito pela empresa, considerando o produto como nacional (DIFAL de 6%) na competência de 08/2019 teria sido legitimado com a informação prestada pelo seu fornecedor (conforme DOC. 4), e a posterior retificação, mediante notas fiscais complementares (DOC. 5), tornando assim indevido o valor apurado pela fiscalização, a qual teria considerado o produto como importado.

Por tais razões, tem como indevida a parcela do Auto de Infração em tela, pela inexistência de débito para com a Fazenda Pública.

Na ocorrência arrolada para setembro de 2019, assevera ter sido lançada operação com produto isento do ICMS (ACLASTA), e em referência às Notas Fiscais 927.187 e 934.058, as quais contém tal produto (NCM/SH 3004.90.69 – ácido zoledrônico), o qual seria isento do ICMS, de acordo com a cláusula primeira, inciso IX, do Convênio ICMS 140/2001, razão pela qual pleiteia a exclusão dos valores relativos ao mesmo.

Anota somente ter sido apurada diferença no período, diante do fato de ter sido considerada na Nota Fiscal 927.187, R\$55.888,82, ao invés de R\$1.196,22, valor correto, e na Nota Fiscal 934.058 considerou erroneamente R\$23.875,62, ao invés do correto valor de R\$1.196,22.

Aduz que, acaso excluídos da composição da base de cálculo do ICMS os valores considerados ao que se refere ao produto isento, o resultado seria DIFAL recolhido pela empresa somente em relação aos demais produtos constantes na nota fiscal que não são alcançados pela isenção do imposto.

Em conclusão, requer o reconhecimento das situações apontadas, o que implicaria a redução do valor do Auto de Infração, de um total de R\$63.523,39 (valor corrigido) para o total de R\$5.973,96, uma redução de cerca de 90%, na forma da tabela apresentada.

Aborda, a seguir, o entendimento de ser a multa imposta notoriamente confiscatória, abusiva e ilegal, pois representa 60% do valor do imposto, na forma do artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96, reproduzido.

Traz entendimento do STF, que vislumbra amparar seu posicionamento, representado por trechos do julgamento do RE 754.554/GO e ADI 551/RJ.

Argumenta no que se refere às situações em que ocorre mera ausência de recolhimento do tributo, sem ocorrência de conduta dolosa, como é o caso em questão, o STF teve a oportunidade de proferir decisões que determinam a redução das multas abusivas, para o percentual de 30%, sob pena de afronta ao princípio do não confisco, como nos RE 81.550 e 91.707.

Tem como inequívoco o descabimento da multa de 60% do valor do imposto devido, ainda que passível de correção monetária, tendo em vista que tal percentual viola todos os princípios constitucionais já elencados, quais sejam, razoabilidade, proporcionalidade e não confisco, bem como a própria jurisprudência do STF.

Assim requer o cancelamento ou a redução da multa aplicada, em virtude de seu nítido caráter confiscatório, e pela ausência de proporcionalidade entre o seu valor e a gravidade da infração cometida, sob pena de ofensa ao artigo 150, inciso IV, (princípio do não confisco) e ao artigo 5º, inciso LIV (princípio da proporcionalidade), ambos da Constituição Federal.

Finaliza, requerendo:

- O cancelamento dos itens 02, 03, 05, 06 e 07 do Auto de Infração pelas razões expostas, e nos moldes do cálculo apresentado;
- O cancelamento ou redução da multa aplicada aos itens 01 e 04, em razão de seu viés claramente confiscatório e contrário à Constituição Federal, conforme exposto;
- Caso entenda pela improcedência dos pedidos, o que admite apenas como uma hipótese remota, determine que a Fazenda cancele a multa aplicada, em razão de seu viés confiscatório e contrário à Constituição Federal, como demonstrado.

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 127 a 130, após transcrever a acusação e reproduzir as considerações defensivas, comenta as alegações da defesa, para cada um dos itens apresentados, iniciando pela ocorrência de fevereiro de 2017, onde teria ocorrido equívoco na base de cálculo do ICMS da nota fiscal 604.575, firma assistir razão ao contribuinte em seu argumento, quanto à referida nota fiscal.

Confirma ter havido equívoco seu ao considerar como base de cálculo total da referida nota o valor de R\$ 218.468,88. Isto se deu por conta do produto “ADEMPAS 1,5 MG 84 CPRS”, para o qual o sistema contabilizou indevidamente no campo “base de cálculo” do item o valor da base de cálculo total da nota (vide Demonstrativo II – Valor ICMS devido à UF destino/Apuração Fisco (Coluna “g” de Demonstrativo I), à fl. 43, tendo corrigido o levantamento e constatado não mais existir débito relativo ao período de competência 02/2017.

Em relação a competência 07/2018, mercadorias destinadas a revendedores (contribuintes do ICMS), constatou que a nota fiscal 757.090 foi emitida em favor da empresa MENTALPHARMA LTDA., inscrita no Cadastro de Contribuintes da SEFAZ/BA em 13/09/2017 sob a Inscrição Estadual 143.330.853, tendo como a atividade econômica principal “4771701 - Comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas” (fl. 124).

Por sua vez, indica ser a nota fiscal 761.545 referente a venda para a empresa SPECIAL PHARMUS COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA., inscrita no Cadastro de Contribuintes da SEFAZ/BA em 31/08/2009 sob a Inscrição Estadual 083.979.194, também com a Atividade Econômica Principal

“4771701 - Comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas” (fl. 125).

Sendo assim, os destinatários das notas fiscais 757.090 e 761.545 não se enquadram na situação de “consumidor final não contribuinte”, em razão pela qual acompanha o entendimento contido nas alegações da impugnante e excluiu os valores correspondentes a estas duas notas fiscais no demonstrativo relativo ao mês de competência 07/2018, eliminando assim o débito anteriormente apurado neste período.

Para a ocorrência do mês 10/2019 – Mercadorias Destinadas a Revendedores (Contribuintes do ICMS), argumenta que constatou que as notas fiscais 943.892, 944.868 e 952.248 foram emitidas em favor da empresa OITO PHARMA MEDICAMENTOS E PRODUTOS PARA SAÚDE LTDA., inscrita no Cadastro de Contribuintes da SEFAZ/BA em 19/12/2017 sob a Inscrição Estadual 145.480.512 com a atividade econômica principal “4771701 - Comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas” (fl. 126).

Assim, do mesmo modo que no item anterior, estas notas fiscais também foram excluídas dos cálculos que fundamentaram a autuação, de modo que o débito referente ao mês 10/2019 teve seu valor histórico reduzido de R\$ 8.929,67 para R\$ 75,90.

Quanto a competência 08/2019, de erro na classificação fiscal da mercadoria DIPRIVAN (Importada X Nacional), aponta que analisando as notas fiscais complementares apresentadas às fls. 97 a 100, procedeu ao ajuste do demonstrativo II referente ao período, na forma da tabela apresentada.

Sendo assim, acolhe as alegações postas, a partir das justificativas e documentos trazidos pela mesma, e, portanto, o débito referente ao mês 08/2019 deve ser reduzido em R\$2.757,64, isto é, passando de R\$8.044,30 para R\$5.286,55.

Para a competência 09/2019, relativo ao Operação com Produto Isento do ICMS (ACLASTA), acata as alegações defensivas quanto a este item, visto que o medicamento Aclasta corresponde de fato à substância “Ácido Zoledrônico”, o qual é isento do ICMS, conforme cláusula primeira, inciso IX, do Convênio ICMS 140/2001. Sendo assim, excluiu da autuação os valores correspondentes ao produto.

Considerando os ajustes efetuados, o demonstrativo de débito do presente Auto de Infração foi modificado como apresentado em tabela.

Cientificado o contribuinte, através de transmissão de mensagem através DTE em 12/02/2021 (fls. 151 e 152), com abertura de prazo para manifestação de dez dias, o mesmo não se manifestou.

Foram os autos encaminhados para julgamento em 03/03/2021, recebidos no CONSEF em 08/03/2021, e distribuídos a este Relator em 14/04/2021.

VOTO

O presente lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte do autuado.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através da transmissão pelo DTE, mensagem 166.084, de Cientificação de Início de Ação Fiscal em 13/07/2020, lida e cientificada em 15/07/2020 (fl. 10).

A memória de cálculo da autuação se encontra às fls. 37 a 47, impressa, e em formato digital na mídia de fl. 48.

A ciência da autuação se deu por meio de Aviso de Recebimento dos Correios, em 12/11/2020, conforme documentos de fls. 51 e 52.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, e tida como contrária à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de

redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Por outro lado, o contribuinte compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos da infração que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma de robusta e precisa peça de impugnação, e documentação complementar (fls. 80 a 120).

Não existem questões preliminares a serem apreciadas, motivo pelo qual adentro na análise do mérito.

O contribuinte autuado se encontra inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, na condição de substituto tributário, exercendo a atividade de “*comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano*”, conforme documento de fl. 06, estabelecido em Brasília, Distrito Federal.

Quanto ao mérito da infração autuada, a análise da matéria, depende, exclusivamente da avaliação dos elementos de prova colacionados aos autos pelo contribuinte autuado, bem como de seus argumentos trazidos, uma vez que se encontram arraigados ao processo administrativo vários princípios constitucionais dentre eles o da ampla defesa, do devido processo legal, estes já devidamente obedecidos como firmado anteriormente, além dos princípios processuais específicos, quais sejam: oficialidade; formalismo moderado; pluralismo de instâncias e o da verdade material.

Este último, de importância vital, tem a sua gênese no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, o qual traz a seguinte previsão: “*LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

A doutrina, aqui representada por Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 39ª Ed., 2013) esclarece: “*O conceito de processo administrativo tributário compreende todos os procedimentos fiscais próprios, ou seja, a atividade de controle (processo de lançamento e de consulta), de outorga (processo de isenção) e de punição (processos por infração fiscal), além dos processos impróprios, que são as simples autuações de expedientes que tramitam pelos órgãos tributantes e repartições arrecadadoras para notificação do contribuinte, cadastramento e outros atos complementares de interesse do Fisco*”.

A autoridade julgadora tem o dever de analisar as provas apresentadas pelo contribuinte quando da apresentação da defesa. Deixar de lado provas lícitas no momento da decisão é deixar de lado as garantias de defesa, se tornando o Processo Fiscal em um verdadeiro processo inquisitorial, pois concretamente estará nas mãos da autoridade julgadora, simultaneamente, as funções de acusador e defensor, tendo em vista que de nada adiantará o sujeito passivo apresentar provas que não serão levadas em conta no processo.

O que se busca no Processo Administrativo Fiscal é a verdade material, devendo, pois, ser analisadas todas as provas e fatos trazidos pelo sujeito passivo, ainda que desfavoráveis à Fazenda Pública, desde que sejam provas lícitas. O princípio da livre convicção do julgador está previsto no ordenamento jurídico-tributário, e por ele a valoração dos fatos e circunstâncias constantes dos autos é feita livremente, pelo julgador, não havendo vinculação a critérios prefixados de hierarquia de provas, ou seja, não há preceito legal que determine quais as provas devem ter maior ou menor peso no julgamento.

Importante associar-se o livre convencimento do julgador e as regras probatórias, sendo a regra básica de que todos os tipos de provas são permitidos e praticados desde que admitidos em lei e moralmente legítimos.

A prova no direito brasileiro, e no ordenamento tributário, é aberta, desde que válida diante do fato de que no processo existirão sempre três verdades: a descrita no lançamento pela autoridade fiscal; a verdade descrita na impugnação do contribuinte; e a verdade do julgador, a qual há de prevalecer e para quem as provas terão papel fundamental na formação da sua convicção. A essa autoridade incumbe determinar ou não a realização das diligências, inclusive perícias, podendo indeferi-las se as tiver por prescindíveis ou impraticáveis. Não se trata da hipótese presente.

Assim, diante das provas produzidas e trazidas eventualmente ao feito pela autuante e autuado, cabe a análise das mesmas pelo julgador, sendo tal direito garantido ao contribuinte, tanto que este foi devidamente comunicado do lançamento, com todos os seus elementos, compareceu ao feito, apresentou as suas alegações defensivas sem qualquer restrição para a infração lançada, evidentemente após o exame dos elementos do feito, desfiou os argumentos a seu favor, ou seja, exerceu tal direito sem qualquer limite ou restrição.

A autuada, quando da apresentação da peça impugnatória, trouxe fortes e comprovados argumentos defensivos, que, devidamente analisados pelo autuante, foram acolhidos em sede de informação fiscal, reduzindo o valor lançado, através da elaboração de novo demonstrativo, e tendo sido cientificada dos novos valores apurados, se manteve silente, o que pode ser entendido como concordância tácita, e em favor do autuante quanto aos novos valores e parcelas excluídas.

Analisando os argumentos defensivos, em seus pontos apresentados (vendas de mercadorias isentas, vendas a contribuintes, operações tidas como relativas a produtos importados, mas em verdade, nacionais e operações destinadas a contribuintes do imposto), constato que os mesmos, diante de documentos colacionados ao feito, possuem pertinência, razão, inclusive, para a concordância do autuante quanto a eles, com a exclusão dos valores correspondentes do lançamento, com os quais concordo, acompanhando posicionamento pela parcial subsistência da autuação.

No que diz respeito ao caráter considerado pela defesa como confiscatório da multa sugerida na autuação (60%), observo que dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, de maior importância é o da legalidade, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*. Esse princípio tem forte ligação com o próprio Estado de Direito, uma vez que nele é assegurado o *“império da lei”* ou *“jus imperium”*.

No campo tributário, como já visto anteriormente, este princípio encontra-se devidamente explícito no artigo 150, inciso I da Carta Magna, ao dispor que *“nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que seja por lei”*. Desse comando, depreende-se que aos Estados, compete instituir e normatizar os tributos estaduais. Dessa forma, somente a lei poderá diminuir e isentar tributos, parcelar e perdoar débitos tributários, criar obrigações acessórias, sendo necessário que haja competência do ente para que seja válida sua criação, competência descrita no próprio corpo do texto constitucional.

O professor Roque Antônio Carrazza em seu livro *Princípios Constitucionais Tributários*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, ensina que *“O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição proteger a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II) se inexistisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei”*.

E por tais razões, cabe a todos a estrita obediência à norma legal, dentro dos parâmetros e limites estabelecidos na Constituição Federal, a qual, inclusive, determina que os conflitos sejam mediados e decididos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, existe todo um conjunto legal, o qual segue regramento específico para a edição e cumprimento das normas, as quais se aplicam indiferentemente a todos independente de qualquer critério. Assim, dentro de cada competência, os entes federativos constroem as normas que hão de vigorar relativamente àqueles tributos que lhes cabem. E assim o fez o Estado da Bahia, ao

promulgar a Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia) a qual disciplinou nos artigos 46 e 47, as penalidades à infração da legislação do ICMS.

Com a edição da Lei nº 7.014/96, a qual adequou a legislação estadual aos ditames da Lei Complementar 87/96, no seu artigo 40 e seguintes, conceitua, tipifica e determina as regras e percentuais de penalidades a serem aplicadas diante da constatação de descumprimento de obrigação tributária, bem como os percentuais de redução das mesmas, e as condições necessárias para tal.

A Agente fiscal, no momento do lançamento tributário, deve, pois, em atenção às normas legais vigentes, aplicar os percentuais previstos para as infrações verificadas, em nome não somente do princípio da legalidade, como, igualmente, do princípio da segurança jurídica, não estando a sua aplicação sujeita à discricionariedade, senão da Lei.

Assim, não se pode arguir, como feito, qualquer natureza confiscatória da multa, diante do seu caráter legal e cuja aplicação é obrigatória, nos termos da legislação, não estando ao talante de quem quer que seja.

Por fim, para sepultar qualquer discussão a respeito, frente às colocações defensivas, menciono duas decisões do STF, se posicionando quanto ao tema:

A primeira, através da sua 1ª Turma, ao analisar o AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 833.106 GOIÁS, assim decidiu:

“TRIBUTÁRIO – MULTA – VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTO – CONFISCO – ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA.

Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão – e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP – Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral”.

Em tal decisão, o Relator, Ministro Marco Aurélio Melo, assim se manifestou:

“A decisão impugnada está em desarmonia com a jurisprudência do Supremo. O entendimento do Tribunal é no sentido da invalidade da imposição de multa que ultrapasse o valor do próprio tributo – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ, relator ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 14 de fevereiro de 2003, e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, relator ministro Gilmar Mendes, julgado sob o ângulo da repercussão geral em 18 de maio de 2011, Diário da Justiça de 18 de agosto de 2011.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, assentar a inconstitucionalidade da cobrança de multa tributária em percentual superior a 100%, devendo ser refeitos os cálculos, com a exclusão da penalidade excedente, a fim de dar sequência às execuções fiscais”.

Na segunda, o Ministro Luís Roberto Barroso, ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.092.673/GO, julgado pela 2ª Turma do STF, em 26/10/2018:

“...O Ministro Luiz Fux, Relator do RE 736.090-RG, em sua manifestação no Plenário Virtual, consignou o seguinte:

‘[...] Discute-se, na espécie, a razoabilidade da multa fiscal qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio, no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou diferença do imposto ou contribuição não paga, não recolhida, não declarada ou declarada de forma inexata (atual §1º c/c o inciso I do caput do artigo 44 da Lei federal nº 9.430/1996), tendo em vista a vedação constitucional ao efeito confiscatório na seara tributária’.

7. Quanto ao mérito, a pretensão recursal não merece prosperar. Tal como constatou a decisão agravada, em relação ao valor máximo das multas punitivas, esta Corte tem entendido que são confiscatórias aquelas multas que ultrapassam o percentual de 100% (cem por cento) do valor do tributo devido.

8. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio, ‘embora haja dificuldade, como ressaltado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, para se fixar o que se entende como multa abusiva, constatamos que as multas são acessórias e não podem, como tal, ultrapassar o valor do principal’ (ADI 551, Rel. Min. Ilmar Galvão). Nesse sentido, confirmam-se os julgados:

‘TRIBUTÁRIO – MULTA – VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTO – CONFISCO – ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA. Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão – e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP – Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral”. (RE 833.106- AgR, Rel. Min. Marco Aurélio).

‘AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. MULTA FISCAL. PERCENTUAL SUPERIOR A 100%. CARÁTER CONFISCATÓRIO. ALEGADA OFENSA AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. 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.

II A obediência à cláusula de reserva de plenário não se faz necessária quando houver jurisprudência consolidada do STF sobre a questão constitucional discutida.

III Agravo regimental improvido’. (RE 748.257-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski)”.
Esclareço que a multa aplicada na presente autuação foi de 60%, ou seja, não houve penalidade em valor maior do que o devido a título de imposto.

Da mesma forma, por se tratar de descumprimento de obrigação principal, não cabe qualquer afastamento ou redução do percentual aplicado, conforme solicitado, nos termos do artigo 42, § 8º da Lei 7.014/96 devidamente já revogado daquele diploma legal, através da Lei 12.605, de 14/12/12, DOE de 15 e 16/12/12, efeitos a partir de 15/12/12.

Como sabido, o processo administrativo fiscal tem como objetivo maior, a busca da verdade material. Em sua objetiva impugnação, o sujeito passivo argumenta em contrário ao lançamento, conseguindo carrear aos autos argumentos a seu favor, tanto que reconhecidos pelo autuante em sede de informação fiscal, o que acarretou substancial redução da infração, o que me inclina a acompanhar o posicionamento do mesmo e ter o lançamento, como parcialmente subsistente em R\$ 9.143,52, de acordo com o seguinte demonstrativo, cópia daquele acostado à fl. 150 dos autos:

2016

Fevereiro R\$ 447,40

2017

Fevereiro R\$ 0,00

2018

Julho R\$ 312,28

2019

Julho R\$ 3.021,28

Agosto R\$ 5.286,66

Setembro R\$ 0,00

Outubro R\$ 75,90

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281071.0034/20-1**, lavrado contra **EXPRESSA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado,

para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.143,52**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões virtual do CONSEF, 01 de junho de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR