



Número: **0802802-10.2019.8.14.0000**

Classe: **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

Órgão julgador colegiado: **2ª Turma de Direito Público**

Órgão julgador: **Desembargadora LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO**

Última distribuição : **17/04/2019**

Valor da causa: **R\$ 0,00**

Processo referência: **00042525920178140301**

Assuntos: **CNPJ/Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
ASPEN PHARMA INDUSTRIA FARMACEUTICA LTDA (AGRAVANTE)	RICARDO FERNANDES MAGALHAES DA SILVEIRA (ADVOGADO)
Estado do Pará (AGRAVADO)	
ESTADO DO PARA (AGRAVADO)	
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ (AUTORIDADE)	NELSON PEREIRA MEDRADO (PROCURADOR)

Documentos			
Id.	Data	Documento	Tipo
10562266	09/08/2022 14:35	Acórdão	Acórdão
10062259	09/08/2022 14:35	Relatório	Relatório
10062257	09/08/2022 14:35	Voto do Magistrado	Voto
10062255	09/08/2022 14:35	Ementa	Ementa



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) - 0802802-10.2019.8.14.0000

AGRAVANTE: ASPEN PHARMA INDUSTRIA FARMACEUTICA LTDA

AGRAVADO: ESTADO DO PARÁ, ESTADO DO PARA

RELATOR(A): Desembargadora LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO

EMENTA

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. AUTUAÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MULTA NO PERCENTUAL DE 250% (DUZENTOS E CINQUENTA POR CENTO) DO VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO. CARÁTER CONFISCATÓRIO. CARACTERIZADO. PRECEDENTES DO STF. AGRAVO INTERNO. PREJUDICADO. *In casu* resta caracterizado o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* necessários a concessão da liminar pleiteada relativa a suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorrente do AINF n.º 172013510000265-6, face a probabilidade do direito decorrente da existência de precedentes do Supremo Tribunal Federal consignando o caráter confiscatório da multa acima de 100% (cem por cento) do valor do Crédito tributário, e a existência de execução fiscal já ajuizada pelo poder público competente, que pode levar a constrição de bens da executada, ora agravante, deixando evidente o risco de dano injustificado ao contribuinte, o que recomenda a suspensão dos efeitos prejudiciais que podem advir da constrição judicial em cada caso concreto, quando há possibilidade do caráter confiscatório da imposição de multa, como no caso presente no percentual de 250% (duzentos e cinquenta por cento) do valor do crédito tributário, inobstante a matéria ainda se encontrar pendente de definição em sede de repercussão geral (RE n.º 736.090/SC e do RE 882.461/MG). Ficando prejudicado o



juízoamento do agravo interno interposto face o presente juízoamento. Agravo de instrumento conhecido e provido.

Vistos, etc.

Acordam os Excelentíssimos Desembargadores componentes da 2.^a Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará: José Maria Teixeira do Rosário (Presidente), Luzia Nadja Guimarães Nascimento (Relatora) e Luiz Gonzaga da Costa Neto, em conhecer do Agravo de Instrumento e dar-lhe provimento, nos termos da Voto da digna Relatora.

Belém/PA, 08 de agosto de 2022.

Desa. Luiza Nadja Guimarães Nascimento

Relatora

RELATÓRIO

RELATÓRIO

Trata-se de AGRAVO DE INSTRUMENTO interposta por ASPEN PHARMA INDÚSTRIA FARMACEUTICA LTDA contra a decisão interlocutória proferida nos autos da ação de anulação de autuação fiscal ajuizada pela agravante em desfavor do ESTADO DO PARÁ, ora agravado, que indeferiu o pedido de tutela provisório de urgência, por entender que não se encontram presentes os requisitos necessários para a concessão de medida requerida de suspensão da exigibilidade do crédito tributário oriundo da autuação fiscal do AINF n.º 172013510000265-6.

A agravante alega que a decisão merece reforma sob os seguintes fundamentos:

Aduz que o valor a utilização [do preço máximo ao consumidor, na forma sugerida para o cálculo de ICMS-ST, é muito mais elevado que o valor praticado no mercado nas operações com medicamentos](#) e revela tributação inconstitucional, para apuração da base de cálculo presumida,



pois teria considerado o preço médio do varejo para não haver excessos.

Defende que a aplicação do preço máximo somente poderia ocorrer por exceção, invocando em seu favor o disposto no art. 8.º, inciso II, letras “a” até “c”, da Lei Complementar n.º 87/96, que teria sido violado com a adoção do valor máximo, extrapolando os limites estabelecidos no art. 150, §7.º, da CF.

Diz que seguido este entendimento, teria ocorrido violação ao disposto no art. 146, inciso III, letra “a”, da CF, face a criação de base de cálculo não definida na norma geral (Lei Complementar n.º 87/96), invocando julgados do STJ e TJE/PA, que afirma serem aplicáveis a espécie, e que a prática seria contrária ao interesse social por elevar a carga tributária demasiadamente sobre bens de consumo essenciais.

Argui ainda que a multa imposta no percentual de 210% (duzentos e dez por cento), na forma do art. 78, inciso I, alínea “i”, da Lei n.º 5.530/89, ofende ao princípio da vedação de confisco estabelecido no texto constitucional, pois sustenta que o valor original do ICMS-ST lançado seria na importância de R\$ 1.229.049,42, mas a multa alcançaria a importância original de R\$ 2.581.003,94, transcrevendo jurisprudência do STF sobre a matéria;

Sustenta ainda que se encontram presentes os pressupostos necessários para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela recursal;

Requer assim seja concedida a antecipação da tutela recursal, nos termos do art. 1.019, inciso I, do CPC, para que seja determinada a suspensão da exigibilidade do crédito constituído no AINF n.º 172013510000265-6.

Em decisão monocrática proferida no ID-1682962 - Pág. 01/07, foi deferido o pedido de tutela antecipada recursal, na forma do art. 1.019, inciso I, do CPC, e determinei a suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorrente da autuação fiscal n.º 172013510000265-6 até o julgamento do agravo de instrumento.

O agravado apresentou contrarrazões aduzindo:

- A correção do Indeferimento da tutela antecipada recursal pelo 1.º grau;
- A impossibilidade de suspensão de todo o crédito tributário, pois sustenta que o Judiciário não pode substituir alíquotas, mas poderia determinar a suspensão da multa e autorizar a cobrança dos demais componentes do crédito tributário, inclusive com a substituição da CDA;
- Defendeu ainda a ausência de elementos autorizadores da concessão da tutela antecipada, tendo em vista a legalidade da base de cálculo utilizada pelo exequente, que encontra respaldo na Lei Federal n.º 10.742/2003, que criou a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, regulada no Decreto Federal n.º 4.766/2003, e determina as regras sobre os preços dos medicamentos para os estabelecimentos industriais, que devem ser publicados em empresas especializadas e devem ser disponíveis a consulta de consumidores, além da base de cálculo estabelecida no art. 8.º, §2.º, da lei complementar 87/96, portanto os



preços seria fixados pela CMED, e não poderiam ser objeto de pesquisa apenas as notas fiscais apresentadas, invocando em seu favor ainda o disposto na cláusula quarta, inciso V, do Convênio CONFAZ ICMS n.º 70/97, e a cláusula segunda e §5.º do Convênio CONFAZ ICMS n.º 76/94, além do art.37 e 709 do Decreto Estadual n.º4.676/2001.

- A pretensão seria contrária ao texto constitucional, face a constitucionalidade da substituição tributária julgada constitucional pelo STF ao julgar constitucional o disposto no art. 150, §7.º, da CF, além de transcrever precedentes do STJ julgando a legalidade da utilização da base de cálculo prevista no art. 8.º, §2.º, da Lei Complementar n.º 87/96.

- Das razões que impedem a sindicalização da dosimetria fixada pelo legislador por existência do estrito cumprimento do dever legal; juízo de proporcionalidade da multa pelo legislador e não pelo Judiciário; a reserva da lei sancionatória ao Legislativo, pois caberia prioritariamente ao legislador avaliar o dano social causado pela conduta e as medidas punitivas que devem ser adotadas pelo Estado;

- A separação entre os poderes que obstaría a intervenção do Judiciário, sob pena de invadir a esfera do Poder Legislativo, que ensejaria a inexistência de sancionamento na espécie pelo descumprimento da norma, mas que a sociedade teria direito a aplicação de sanções tributárias que desestimular à fraude, à elisão e o não pagamento de tributo; e ausência de especificação das razões que tornam a multa desproporcional a gravidade da conduta do contribuinte.

- A presunção de legalidade dos atos do Poder Público e o fundado receio de dano irreparável;

Requer assim a reforma da decisão monocrática agravada, para que seja suspensa somente a multa aplicada, autorizando o prosseguimento da execução em relação aos demais componentes do crédito tributário, inclusive eventual substituição da CDA.

O Estado do Pará interpôs ainda agravo interno contra a decisão monocrática proferida por esta Relatora, conforme consta dos fundamentos do ID- 1823884 - Pág. 01/14.

O Ministério Público apresentou parecer da lavra do Procurador de Justiça Nelson Pereira Medrado opinando pelo conhecimento do agravo de instrumento, mas pelo seu desprovimento, na forma da decisão monocrática proferida que determinou a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em questão fundado no AINF n.º 172013510000265-6.

É o relatório com pedido de inclusão em pauta de julgamento em plenário por vídeo conferência.

Belém/PA, 08 de agosto de 2022.

DESA. LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO

RELATORA



VOTO

VOTO

O agravo de instrumento satisfaz os pressupostos de admissibilidade recursal e deve ser conhecido.

No mérito, entendo que em parte a insurgência recursal deve prosperar. Vejamos:

A controvérsia diz respeito a autuação fiscal por retenção e recolhimento a menor de ICMS pela agravante, na qualidade de substituta tributária, nas operações com medicamentos sujeitos ao regime de substituição tributária, posto que no período de 15.01.2009 a 21.12.2012, não teria utilizado como base de cálculo o preço máximo sugerido como base de cálculo do ICMS-ST, na forma do art. 37, inciso I, do RICMS/PA.

Tal fato ensejou a aplicação da multa no patamar de 210% (duzentos e dez por cento) [sobre o valor do imposto](#), além dos demais encargos legais, que atualizados somariam a importância de R\$ 7.381.975,18 (sete milhões trezentos e oitenta e hum mil e novecentos e setenta e cinco reais e dezoito centavos).

Neste sentido, verifico que a liminar requerida nos autos da ação anulatória ajuizada pela agravante foi no sentido de suspender a exigibilidade dos créditos tributários decorrente do AINF n.º 172013510000265-6, nos termos do art. 151, inciso V, do CTN, e o Juízo *a quo* indeferiu o pedido, ensejando a insurgência recursal do presente agravo de instrumento.

Em relação a alegação de que o preço máximo ao consumidor é muito mais elevado que o valor efetivamente praticado no mercado nas operações com medicamentos, verifiquei que as provas apresentadas não são hábeis *a priori* a demonstrar tal assertiva, para a finalidade de deferimento da liminar requerida. Vejamos:

O agravante carrou aos autos apenas lista da Câmara Reguladora do Mercado de Medicamentos – CMED e apenas 02 notas fiscais de compra e venda efetiva de medicamentos (ID 1634284 e 9686118).

Importa salientar que as lista de preços de medicamentos ao fabricante indica o preço máximo pelo qual o laboratório ou distribuidor pode comercializar o medicamento no mercado brasileiro, sem incidência de impostos, e a lista de preço máximo permitido as farmácias e drogarias, contemplando ainda a margem de lucro e dos impostos.

Assim, não houve estudo considerando [in concreto o preço médio de mercado efetivado](#) no período da atuação fiscal impugnada, para constatação da diferença elevada dos preços



praticados nas operações de ICMS, em relação ao limite máximo de preço dos produtos.

É que as listas de preços foram elaboradas apenas diferenciando o preço máximo presumido que pode ser aplicado conforme a situação distinta da posição de contribuinte (drogarias e farmácias) ou substituto tributário (fabricante, importador ou distribuidor), mas não considerou o preço médio de mercado efetivado *in concreto*.

Neste sentido, utilizo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça transcrita pelo próprio agravante (REsp. n.º 1519034/RS), indicando a possibilidade, em princípio, da utilização dos critérios adotados pela Câmara Reguladora do Mercado de Medicamentos – CMED para a obtenção do preço máximo ao consumidor, como base de cálculo de ICMS, para fins de substituição tributária, consoante fixado no julgamento do RMS 20.381/SE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, **quando não há prova produzida pelo contribuinte da discrepância entre a base de cálculo presumida e a efetivada *in concreto* no mercado varejista, como preço final ao consumidor**, como ocorrido na espécie, onde o agravante não logrou êxito em comprovar a discrepância para a obtenção da liminar pleiteada.

Inclusive, no referido julgamento foi levado em consideração o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 593849/MG, sob o regime de repercussão geral, que consignou o direito à restituição do excesso cobrado a título de substituição entre o valor presumido e o real praticado, mas sem afetar o próprio regime de presunção da sistemática de substituição tributária.

Daí porque, não se cogita de aplicação do no art. 8.º, inciso II, letras “c”, da Lei Complementar n.º 87/96, que exige a presença de dados concretos de cada caso, para fins de fixação da base de cálculo de ICMS efetiva, na forma consignada no julgado apontado como paradigmático (REsp. n.º 1519034/RS), assim como não restou caracterizada a extrapolação da previsão do art. 150, §7.º, da CF, para finalidade de probabilidade do direito pleiteado (*fumus boni juris*) neste particular.

No entanto, verifico que realmente deve ser acolhida a alegação de efeito confiscatório da multa aplicada no percentual de 210% (duzentos e dez por cento) sobre o valor do imposto, com base no art. 78, I, “k”, da Lei n.º 5.530/89, pois o Supremo Tribunal Federal tem vários julgados consignando o caráter confiscatório da multa punitiva superior ao percentual de 100% (cem por cento) do valor do imposto, e que o disposto no art. 150, inciso IV, da CF, também é aplicado as multas punitivas decorrentes de autuações fiscais, consoante os seguintes precedentes paradigmáticos:

“Ementa: 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. 1. A resolução da controvérsia demandaria o reexame dos fatos e do material probatório constantes nos autos, o que é vedado em recurso extraordinário. Incidência da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. O Tribunal de origem solucionou a controvérsia com fundamento na legislação infraconstitucional e no conjunto fático e probatório, o que é inviável em sede de recurso extraordinário. 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.** 4. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015. 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)

“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 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)

“Ementa: 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 748257 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 06/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 19-08-2013 PUBLIC 20-08-2013)

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. §§ 2.º E 3.º DO ART. 57 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. FIXAÇÃO DE VALORES MÍNIMOS PARA MULTAS PELO NÃO-RECOLHIMENTO E SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS. VIOLAÇÃO AO INCISO IV DO ART. 150 DA CARTA DA REPÚBLICA. A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal. Ação julgada procedente.”



(ADI 551, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 24/10/2002, DJ 14-02-2003 PP-00058 EMENT VOL-02098-01 PP-00039)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI Nº 8.846/94 EDITADA PELA UNIÃO FEDERAL - ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA FEDERAÇÃO E DA SEPARAÇÃO DE PODERES - INOCORRÊNCIA - EXERCÍCIO, PELA UNIÃO FEDERAL, DE SUA COMPETÊNCIA IMPOSITIVA, COM ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS LIMITES QUE DEFINEM ESSA ATRIBUIÇÃO NORMATIVA - DIPLOMA LEGISLATIVO QUE NÃO USURPA A ESFERA DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DOS ESTADOS-MEMBROS E DOS MUNICÍPIOS - LEGITIMIDADE DO PODER REGULAMENTAR DEFERIDO AOS MINISTROS DE ESTADO - ATRIBUIÇÃO REGULAMENTAR DE SEGUNDO GRAU QUE POSSUI EXTRAÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 87, PARÁGRAFO ÚNICO, II) - INOCORRÊNCIA DE OUTORGA, PELA LEI Nº 8.846/94, DE DELEGAÇÃO LEGISLATIVA AO MINISTRO DA FAZENDA - PODER REGULAMENTAR SECUNDÁRIO DESVESTIDO DE CONTEÚDO NORMATIVO PRIMÁRIO - TRANSGRESSÃO, NO ENTANTO, PELA LEI Nº 8.846/94 (ART. 3º E SEU PARÁGRAFO ÚNICO), AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO--CONFISCATORIEDADE TRIBUTÁRIA - SUSPENSÃO CAUTELAR DA EFICÁCIA DE TAL PRECEITO LEGAL - **MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA, EM PARTE. A TRIBUTAÇÃO CONFISCATÓRIA É VEDADA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - É cabível, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal examinar se determinado tributo ofende, ou não, o princípio constitucional da não-confiscatoriedade consagrado no art. 150, IV, da Constituição da República. Hipótese que versa o exame de diploma legislativo (Lei 8.846/94, art. 3º e seu parágrafo único) que instituiu multa fiscal de 300% (trezentos por cento). - A proibição constitucional do confisco em matéria tributária - ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento, pelo contribuinte, de suas obrigações tributárias - nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas. - O Poder Público, especialmente em sede de tributação (mesmo tratando-se da definição do "quantum" pertinente ao valor das multas fiscais), não pode agir imoderadamente, pois a atividade governamental acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade que se qualifica como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. O PODER REGULAMENTAR DEFERIDO AOS MINISTROS DE ESTADO, EMBORA DE EXTRAÇÃO CONSTITUCIONAL, NÃO LEGITIMA A EDIÇÃO DE ATOS NORMATIVOS DE CARÁTER PRIMÁRIO, ESTANDO NECESSARIAMENTE SUBORDINADO, NO QUE CONCERNE AO SEU EXERCÍCIO, CONTEÚDO E LIMITES, AO QUE PRESCREVEM AS LEIS E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - A competência regulamentar deferida aos Ministros de Estado, mesmo sendo de segundo grau, possui inquestionável extração constitucional (CF, art.**



87, parágrafo único, II), de tal modo que o poder jurídico de expedir instruções para a fiel execução das leis compõe, no quadro do sistema normativo vigente no Brasil, uma prerrogativa que também assiste, "ope constitutionis", a esses qualificados agentes auxiliares do Chefe do Poder Executivo da União. - As instruções regulamentares, quando emanarem de Ministro de Estado, qualificar-se-ão como regulamentos executivos, necessariamente subordinados aos limites jurídicos definidos na regra legal a cuja implementação elas se destinam, pois o exercício ministerial do poder regulamentar não pode transgredir a lei, seja para exigir o que esta não exigiu, seja para estabelecer distinções onde a própria lei não distinguiu, notadamente em tema de direito tributário. Doutrina. Jurisprudência. - Poder regulamentar e delegação legislativa: institutos de direito público que não se confundem. Inocorrência, no caso, de outorga, ao Ministro da Fazenda, de delegação legislativa. Reconhecimento de que lhe assiste a possibilidade de exercer competência regulamentar de caráter meramente secundário.”
(ADI 1075 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1998, DJ 24-11-2006 PP-00059 EMENT VOL-02257-01 PP-00156 RTJ VOL-00200-02 PP-00647 RDDT n. 139, 2007, p. 199-211 RDDT n. 137, 2007, p. 236-237)

Assim, entendo configurada a presença do *fumus boni juris*, face a probabilidade do direito requerido no caso concreto, pois não pode ser desconsiderada a jurisprudência hoje predominante no Supremo Tribunal Federal.

Ademais, há evidente risco de prejuízo ao contribuinte (*periculum in mora*), face a discussão envolver punição decorrente de atuação fiscal, na qualidade de substituto tributário, no percentual nada insignificante de 210% (duzentos e dez por cento) sobre o valor do imposto, sem qualquer relação com a cobrança do tributo, e considerando ainda a existência de execução fiscal já ajuizada pelo poder público competente, que pode levar a constrição de bens da executada, ora agravante, o que deixa evidente o risco de dano injustificado ao contribuinte e recomenda a suspensão dos efeitos prejudiciais que podem advir da constrição judicial em cada caso concreto, quando evidente o caráter confiscatório da imposição.

Corroborando este entendimento a existência de julgado recente da Supremo Tribunal Federal consignando a impossibilidade do Poder Judiciário, que não tem função legislativa, atuar como legislador positivo nestes casos para ajustar o gravame tributário em patamar razoável, adentrando no critério quantitativo da penalidade pecuniária, sem expressa previsão legal e substituindo-se ao Poder Legislativo, para estabelecer o percentual da multa, em afronta a separação entre os poderes, *in verbis*:

“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)

Além do que, conforme já manifestado na decisão monocrática de deferimento da tutela antecipada recursal, não se ignora que a matéria objeto da discussão encontra-se afetada pelo regime de repercussão geral (RE n.º 736.090/SC e do RE 882.461/MG) e ainda não foi definida pelo Supremo Tribunal Federal, mas foi negado o pedido de sobrestamento dos casos idênticos pelo Relator Ministro Luiz Fux e isto transfere ao Juiz do feito a responsabilidade de apreciar, em caso concreto, a necessidade de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Importa salientar que a presente decisão encontra-se restrita a suspensão da exigibilidade do crédito tributários decorrente do AINF n.º 172013510000265-6, pois somente esta matéria foi objeto do pedido formulado no agravo de instrumento interposto.

Por final, julgo prejudicado o agravo interno interposto contra a decisão monocrática proferida por esta Relatora, face a perda de objeto superveniente em decorrência do julgamento do próprio mérito do agravo de instrumento, em prestígio aos princípios da celeridade e economia processual, posto que já se encontrava apto para o Julgamento, inclusive com parecer do Ministério Público sobre o mérito, ensejando a sua apreciação de forma prioritária, para evitar atos processuais desnecessários.

Por tais razões, conheço do agravo de instrumento e dou-lhe provimento, ratificando a tutela antecipada recursal deferida, pois entendo caracterizados os requisitos necessários para o deferimento da liminar requerida junto ao 1.º grau no sentido de suspensão da exigibilidade do crédito tributários decorrente do AINF n.º 172013510000265-6, até a apreciação do mérito da ação anulatória pelo Juízo *a quo*, nos termos da fundamentação.

É como Voto.

Belém/PA, 08 de agosto de 2022.

DESA. LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO

RELATORA



Belém, 08/08/2022



Assinado eletronicamente por: LUZIA NADJA GUIMARAES NASCIMENTO - 09/08/2022 14:35:12

<https://pje-consultas.tjpa.jus.br/pje-1g-consultas/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=22080914351248500000010275076>

Número do documento: 22080914351248500000010275076

RELATÓRIO

Trata-se de AGRAVO DE INSTRUMENTO interposta por ASPEN PHARMA INDÚSTRIA FARMACEUTICA LTDA contra a decisão interlocutória proferida nos autos da ação de anulação de autuação fiscal ajuizada pela agravante em desfavor do ESTADO DO PARÁ, ora agravado, que indeferiu o pedido de tutela provisória de urgência, por entender que não se encontram presentes os requisitos necessários para a concessão de medida requerida de suspensão da exigibilidade do crédito tributário oriundo da autuação fiscal do AINF n.º 172013510000265-6.

A agravante alega que a decisão merece reforma sob os seguintes fundamentos:

Aduz que o valor a utilização [do preço máximo ao consumidor, na forma sugerida para o cálculo de ICMS-ST, é muito mais elevado que o valor praticado no mercado nas operações com medicamentos](#) e revela tributação inconstitucional, para apuração da base de cálculo presumida, pois teria considerado o preço médio do varejo para não haver excessos.

Defende que a aplicação do preço máximo somente poderia ocorrer por exceção, invocando em seu favor o disposto no art. 8.º, inciso II, letras “a” até “c”, da Lei Complementar n.º 87/96, que teria sido violado com a adoção do valor máximo, extrapolando os limites estabelecidos no art. 150, §7.º, da CF.

Diz que seguido este entendimento, teria ocorrido violação ao disposto no art. 146, inciso III, letra “a”, da CF, face a criação de base de cálculo não definida na norma geral (Lei Complementar n.º 87/96), invocando julgados do STJ e TJE/PA, que afirma serem aplicáveis a espécie, e que a prática seria contrária ao interesse social por elevar a carga tributária demasiadamente sobre bens de consumo essenciais.

Argui ainda que a multa imposta no percentual de 210% (duzentos e dez por cento), na forma do art. 78, inciso I, alínea “i”, da Lei n.º 5.530/89, ofende ao princípio da vedação de confisco estabelecido no texto constitucional, pois sustenta que o valor original do ICMS-ST lançado seria na importância de R\$ 1.229.049,42, mas a multa alcançaria a importância original de R\$ 2.581.003,94, transcrevendo jurisprudência do STF sobre a matéria;

Sustenta ainda que se encontram presentes os pressupostos necessários para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela recursal;

Requer assim seja concedida a antecipação da tutela recursal, nos termos do art. 1.019, inciso I, do CPC, para que seja determinada a suspensão da exigibilidade do crédito constituído no AINF n.º 172013510000265-6.

Em decisão monocrática proferida no ID-1682962 - Pág. 01/07, foi deferido o pedido de tutela antecipada recursal, na forma do art. 1.019, inciso I, do CPC, e determinei a suspensão da



exigibilidade do crédito tributário decorrente da autuação fiscal n.º 172013510000265-6 até o julgamento do agravo de instrumento.

O agravado apresentou contrarrazões aduzindo:

- A correção do Indeferimento da tutela antecipada recursal pelo 1.º grau;

- A impossibilidade de suspensão de todo o crédito tributário, pois sustenta que o Judiciário não pode substituir alíquotas, mas poderia determinar a suspensão da multa e autorizar a cobrança dos demais componentes do crédito tributário, inclusive com a substituição da CDA;

- Defendeu ainda a ausência de elementos autorizadores da concessão da tutela antecipada, tendo em vista a legalidade da base de cálculo utilizada pelo exequente, que encontra respaldo na Lei Federal n.º 10.742/2003, que criou a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, regulada no Decreto Federal n.º 4.766/2003, e determina as regras sobre os preços do medicamentos para os estabelecimentos industriais, que devem ser publicados em empresas especializadas e devem ser disponíveis a consulta de consumidores, além da base de cálculo estabelecida no art. 8.º, §2.º, da lei complementar 87/96, portanto os preços seria fixados pela CMED, e não poderiam ser objeto de pesquisa apenas as notas fiscais apresentadas, invocando em seu favor ainda o disposto na cláusula quarta, inciso V, do Convênio CONFAZ ICMS n.º 70/97, e a cláusula segunda e §5.º do Convênio CONFAZ ICMS n.º 76/94, além do art.37 e 709 do Decreto Estadual n.º4.676/2001.

- A pretensão seria contrária ao texto constitucional, face a constitucionalidade da substituição tributária julgada constitucional pelo STF ao julgar constitucional o disposto no art. 150, §7.º, da CF, além de transcrever precedentes do STJ julgando a legalidade da utilização da base de cálculo prevista no art. 8.º, §2.º, da Lei Complementar n.º 87/96.

- Das razões que impedem a sindicalização da dosimetria fixada pelo legislador por existência do estrito cumprimento do dever legal; juízo de proporcionalidade da multa pelo legislador e não pelo Judiciário; a reserva da lei sancionatória ao Legislativo, pois caberia prioritariamente ao legislador avaliar o dano social causado pela conduta e as medidas punitivas que devem ser adotadas pelo Estado;

- A separação entre os poderes que obstaria a intervenção do Judiciário, sob pena de invadir a esfera do Poder Legislativo, que ensejaria a inexistência de sancionamento na espécie pelo descumprimento da norma, mas que a sociedade teria direito a aplicação de sanções tributárias que desestimular à fraude, à elisão e o não pagamento de tributo; e ausência de especificação das razões que tornam a multa desproporcional a gravidade da conduta do contribuinte.

- A presunção de legalidade dos atos do Poder Público e o fundado receio de dano irreparável;

Requer assim a reforma da decisão monocrática agravada, para que seja suspensa somente a multa aplicada, autorizando o prosseguimento da execução em relação aos demais componentes



do crédito tributário, inclusive eventual substituição da CDA.

O Estado do Pará interpôs ainda agravo interno contra a decisão monocrática proferida por esta Relatora, conforme consta dos fundamentos do ID- 1823884 - Pág. 01/14.

O Ministério Público apresentou parecer da lavra do Procurador de Justiça Nelson Pereira Medrado opinando pelo conhecimento do agravo de instrumento, mas pelo seu desprovimento, na forma da decisão monocrática proferida que determinou a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em questão fundado no AINF n.º 172013510000265-6.

É o relatório com pedido de inclusão em pauta de julgamento em plenário por vídeo conferência.

Belém/PA, 08 de agosto de 2022.

DESA. LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO

RELATORA



VOTO

O agravo de instrumento satisfaz os pressupostos de admissibilidade recursal e deve ser conhecido.

No mérito, entendo que em parte a insurgência recursal deve prosperar. Vejamos:

A controvérsia diz respeito a autuação fiscal por retenção e recolhimento a menor de ICMS pela agravante, na qualidade de substituta tributária, nas operações com medicamentos sujeitos ao regime de substituição tributária, posto que no período de 15.01.2009 a 21.12.2012, não teria utilizado como base de cálculo o preço máximo sugerido como base de cálculo do ICMS-ST, na forma do art. 37, inciso I, do RICMS/PA.

Tal fato ensejou a aplicação da multa no patamar de 210% (duzentos e dez por cento) [sobre o valor do imposto](#), além dos demais encargos legais, que atualizados somariam a importância de R\$ 7.381.975,18 (sete milhões trezentos e oitenta e hum mil e novecentos e setenta e cinco reais e dezoito centavos).

Neste sentido, verifico que a liminar requerida nos autos da ação anulatória ajuizada pela agravante foi no sentido de suspender a exigibilidade dos créditos tributários decorrente do AINF n.º 172013510000265-6, nos termos do art. 151, inciso V, do CTN, e o Juízo *a quo* indeferiu o pedido, ensejando a insurgência recursal do presente agravo de instrumento.

Em relação a alegação de que o preço máximo ao consumidor é muito mais elevado que o valor efetivamente praticado no mercado nas operações com medicamentos, verifiquei que as provas apresentadas não são hábeis *a priori* a demonstrar tal assertiva, para a finalidade de deferimento da liminar requerida. Vejamos:

O agravante carregou aos autos apenas lista da Câmara Reguladora do Mercado de Medicamentos – CMED e apenas 02 notas fiscais de compra e venda efetiva de medicamentos (ID 1634284 e 9686118).

Importa salientar que as lista de preços de medicamentos ao fabricante indica o preço máximo pelo qual o laboratório ou distribuidor pode comercializar o medicamento no mercado brasileiro, sem incidência de impostos, e a lista de preço máximo permitido as farmácias e drogarias, contemplando ainda a margem de lucro e dos impostos.

Assim, não houve estudo considerando [in concreto o preço médio de mercado efetivado](#) no período da atuação fiscal impugnada, para constatação da diferença elevada dos preços praticados nas operações de ICMS, em relação ao limite máximo de preço dos produtos.

É que as listas de preços foram elaboradas apenas diferenciando o preço máximo presumido que pode ser aplicado conforme a situação distinta da posição de contribuinte (drogarias e farmácias) ou substituto tributário (fabricante, importador ou distribuidor), mas não considerou o preço médio de mercado efetivado *in concreto*.



Neste sentido, utilizo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça transcrita pelo próprio agravante (REsp. n.º 1519034/RS), indicando a possibilidade, em princípio, da utilização dos critérios adotados pela Câmara Reguladora do Mercado de Medicamentos – CMED para a obtenção do preço máximo ao consumidor, como base de cálculo de ICMS, para fins de substituição tributária, consoante fixado no julgamento do RMS 20.381/SE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, **quando não há prova produzida pelo contribuinte da discrepância entre a base de cálculo presumida e a efetivada *in concreto* no mercado varejista, como preço final ao consumidor**, como ocorrido na espécie, onde o agravante não logrou êxito em comprovar a discrepância para a obtenção da liminar pleiteada.

Inclusive, no referido julgamento foi levado em consideração o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 593849/MG, sob o regime de repercussão geral, que consignou o direito à restituição do excesso cobrado a título de substituição entre o valor presumido e o real praticado, mas sem afetar o próprio regime de presunção da sistemática de substituição tributária.

Daí porque, não se cogita de aplicação do no art. 8.º, inciso II, letras “c”, da Lei Complementar n.º 87/96, que exige a presença de dados concretos de cada caso, para fins de fixação da base de cálculo de ICMS efetiva, na forma consignada no julgado apontado como paradigmático (REsp. n.º 1519034/RS), assim como não restou caracterizada a extrapolação da previsão do art. 150, §7.º, da CF, para finalidade de probabilidade do direito pleiteado (*fumus boni juris*) neste particular.

No entanto, verifico que realmente deve ser acolhida a alegação de efeito confiscatório da multa aplicada no percentual de 210% (duzentos e dez por cento) sobre o valor do imposto, com base no art. 78, I, “k”, da Lei n.º 5.530/89, pois o Supremo Tribunal Federal tem vários julgados consignando o caráter confiscatório da multa punitiva superior ao percentual de 100% (cem por cento) do valor do imposto, e que o disposto no art. 150, inciso IV, da CF, também é aplicado as multas punitivas decorrentes de autuações fiscais, consoante os seguintes precedentes paradigmáticos:

*“Ementa: 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. 1. A resolução da controvérsia demandaria o reexame dos fatos e do material probatório constantes nos autos, o que é vedado em recurso extraordinário. Incidência da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. O Tribunal de origem solucionou a controvérsia com fundamento na legislação infraconstitucional e no conjunto fático e probatório, o que é inviável em sede de recurso extraordinário. 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. 4. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015. 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)

“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 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)

“Ementa: 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 748257 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 06/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 19-08-2013 PUBLIC 20-08-2013)

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. §§ 2.º E 3.º DO ART. 57 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. FIXAÇÃO DE VALORES MÍNIMOS PARA MULTAS PELO NÃO-RECOLHIMENTO E SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS. VIOLAÇÃO AO INCISO IV DO ART. 150 DA CARTA DA REPÚBLICA. A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal. Ação julgada procedente.”

(ADI 551, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 24/10/2002, DJ 14-02-2003 PP-00058 EMENT VOL-02098-01 PP-00039)

“E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI Nº 8.846/94 EDITADA PELA UNIÃO FEDERAL - ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA FEDERAÇÃO E DA SEPARAÇÃO DE PODERES - INOCORRÊNCIA - EXERCÍCIO, PELA UNIÃO FEDERAL, DE SUA COMPETÊNCIA IMPOSITIVA, COM ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS



LIMITES QUE DEFINEM ESSA ATRIBUIÇÃO NORMATIVA - DIPLOMA LEGISLATIVO QUE NÃO USURPA A ESFERA DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DOS ESTADOS-MEMBROS E DOS MUNICÍPIOS - LEGITIMIDADE DO PODER REGULAMENTAR DEFERIDO AOS MINISTROS DE ESTADO - ATRIBUIÇÃO REGULAMENTAR DE SEGUNDO GRAU QUE POSSUI EXTRAÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 87, PARÁGRAFO ÚNICO, II) - INOCORRÊNCIA DE OUTORGA, PELA LEI Nº 8.846/94, DE DELEGAÇÃO LEGISLATIVA AO MINISTRO DA FAZENDA - PODER REGULAMENTAR SECUNDÁRIO DESVESTIDO DE CONTEÚDO NORMATIVO PRIMÁRIO - TRANSGRESSÃO, NO ENTANTO, PELA LEI Nº 8.846/94 (ART. 3º E SEU PARÁGRAFO ÚNICO), AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO--CONFISCATORIEDADE TRIBUTÁRIA - SUSPENSÃO CAUTELAR DA EFICÁCIA DE TAL PRECEITO LEGAL - **MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA, EM PARTE. A TRIBUTAÇÃO CONFISCATÓRIA É VEDADA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - É cabível, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal examinar se determinado tributo ofende, ou não, o princípio constitucional da não-confiscatoriedade consagrado no art. 150, IV, da Constituição da República. Hipótese que versa o exame de diploma legislativo (Lei 8.846/94, art. 3º e seu parágrafo único) que instituiu multa fiscal de 300% (trezentos por cento). - A proibição constitucional do confisco em matéria tributária - ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento, pelo contribuinte, de suas obrigações tributárias - nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas. - O Poder Público, especialmente em sede de tributação (mesmo tratando-se da definição do "quantum" pertinente ao valor das multas fiscais), não pode agir imoderadamente, pois a atividade governamental acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade que se qualifica como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. O PODER REGULAMENTAR DEFERIDO AOS MINISTROS DE ESTADO, EMBORA DE EXTRAÇÃO CONSTITUCIONAL, NÃO LEGITIMA A EDIÇÃO DE ATOS NORMATIVOS DE CARÁTER PRIMÁRIO, ESTANDO NECESSARIAMENTE SUBORDINADO, NO QUE CONCERNE AO SEU EXERCÍCIO, CONTEÚDO E LIMITES, AO QUE PRESCREVEM AS LEIS E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - A competência regulamentar deferida aos Ministros de Estado, mesmo sendo de segundo grau, possui inquestionável extração constitucional (CF, art. 87, parágrafo único, II), de tal modo que o poder jurídico de expedir instruções para a fiel execução das leis compõe, no quadro do sistema normativo vigente no Brasil, uma prerrogativa que também assiste, "ope constitutionis", a esses qualificados agentes auxiliares do Chefe do Poder Executivo da União. - As instruções regulamentares, quando emanarem de Ministro de Estado, qualificar-se-ão como regulamentos executivos, necessariamente subordinados aos limites jurídicos definidos na regra legal a cuja implementação elas se destinam, pois o exercício ministerial do poder regulamentar não pode transgredir a lei, seja para exigir o que esta não**



exigiu, seja para estabelecer distinções onde a própria lei não distinguiu, notadamente em tema de direito tributário. Doutrina. Jurisprudência. - Poder regulamentar e delegação legislativa: institutos de direito público que não se confundem. Inocorrência, no caso, de outorga, ao Ministro da Fazenda, de delegação legislativa. Reconhecimento de que lhe assiste a possibilidade de exercer competência regulamentar de caráter meramente secundário.”

(ADI 1075 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1998, DJ 24-11-2006 PP-00059 EMENT VOL-02257-01 PP-00156 RTJ VOL-00200-02 PP-00647 RDDT n. 139, 2007, p. 199-211 RDDT n. 137, 2007, p. 236-237)

Assim, entendo configurada a presença do *fumus boni juris*, face a probabilidade do direito requerido no caso concreto, pois não pode ser desconsiderada a jurisprudência hoje predominante no Supremo Tribunal Federal.

Ademais, há evidente risco de prejuízo ao contribuinte (*periculum in mora*), face a discussão envolver punição decorrente de atuação fiscal, na qualidade de substituto tributário, no percentual nada insignificante de 210% (duzentos e dez por cento) sobre o valor do imposto, sem qualquer relação com a cobrança do tributo, e considerando ainda a existência de execução fiscal já ajuizada pelo poder público competente, que pode levar a constrição de bens da executada, ora agravante, o que deixa evidente o risco de dano injustificado ao contribuinte e recomenda a suspensão dos efeitos prejudiciais que podem advir da constrição judicial em cada caso concreto, quando evidente o caráter confiscatório da imposição.

Corroborando este entendimento a existência de julgado recente da Supremo Tribunal Federal consignando a impossibilidade do Poder Judiciário, que não tem função legislativa, atuar como legislador positivo nestes casos para ajustar o gravame tributário em patamar razoável, adentrando no critério quantitativo da penalidade pecuniária, sem expressa previsão legal e substituindo-se ao Poder Legislativo, para estabelecer o percentual da multa, em afronta a separação entre os poderes, *in verbis*:

*“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)

Além do que, conforme já manifestado na decisão monocrática de deferimento da tutela antecipada recursal, não se ignora que a matéria objeto da discussão encontra-se afetada pelo regime de repercussão geral (RE n.º 736.090/SC e do RE 882.461/MG) e ainda não foi definida pelo Supremo Tribunal Federal, mas foi negado o pedido de sobrestamento dos casos idênticos pelo Relator Ministro Luiz Fux e isto transfere ao Juiz do feito a responsabilidade de apreciar, em caso concreto, a necessidade de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Importa salientar que a presente decisão encontra-se restrita a suspensão da exigibilidade do crédito tributários decorrente do AINF n.º 172013510000265-6, pois somente esta matéria foi objeto do pedido formulado no agravo de instrumento interposto.

Por final, julgo prejudicado o agravo interno interposto contra a decisão monocrática proferida por esta Relatora, face a perda de objeto superveniente em decorrência do julgamento do próprio mérito do agravo de instrumento, em prestígio aos princípios da celeridade e economia processual, posto que já se encontrava apto para o Julgamento, inclusive com parecer do Ministério Público sobre o mérito, ensejando a sua apreciação de forma prioritária, para evitar atos processuais desnecessários.

Por tais razões, conheço do agravo de instrumento e dou-lhe provimento, ratificando a tutela antecipada recursal deferida, pois entendo caracterizados os requisitos necessários para o deferimento da liminar requerida junto ao 1.º grau no sentido de suspensão da exigibilidade do crédito tributários decorrente do AINF n.º 172013510000265-6, até a apreciação do mérito da ação anulatória pelo Juízo *a quo*, nos termos da fundamentação.

É como Voto.

Belém/PA, 08 de agosto de 2022.

DESA. LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO

RELATORA



“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. AUTUAÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MULTA NO PERCENTUAL DE 250% (DUZENTOS E CINQUENTA POR CENTO) DO VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO. CARÁTER CONFISCATÓRIO. CARACTERIZADO. PRECEDENTES DO STF. AGRAVO INTERNO. PREJUDICADO. *In casu* resta caracterizado o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* necessários a concessão da liminar pleiteada relativa a suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorrente do AINF n.º 172013510000265-6, face a probabilidade do direito decorrente da existência de precedentes do Supremo Tribunal Federal consignando o caráter confiscatório da multa acima de 100% (cem por cento) do valor do Crédito tributário, e a existência de execução fiscal já ajuizada pelo poder público competente, que pode levar a constrição de bens da executada, ora agravante, deixando evidente o risco de dano injustificado ao contribuinte, o que recomenda a suspensão dos efeitos prejudiciais que podem advir da constrição judicial em cada caso concreto, quando há possibilidade do caráter confiscatório da imposição de multa, como no caso presente no percentual de 250% (duzentos e cinquenta por cento) do valor do crédito tributário, inobstante a matéria ainda se encontrar pendente de definição em sede de repercussão geral (RE n.º 736.090/SC e do RE 882.461/MG). Ficando prejudicado o julgamento do agravo interno interposto face o presente julgamento. Agravo de instrumento conhecido e provido.

Vistos, etc.

Acordam os Excelentíssimos Desembargadores componentes da 2.ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará: José Maria Teixeira do Rosário (Presidente), Luzia Nadja Guimarães Nascimento (Relatora) e Luiz Gonzaga da Costa Neto, em conhecer do Agravo de Instrumento e dar-lhe provimento, nos termos da Voto da digna Relatora.

Belém/PA, 08 de agosto de 2022.

Desa. Luiza Nadja Guimarães Nascimento

Relatora

