

PROCESSO	- A. I. N° 279691.0026/22-0
RECORRENTE	- CERVEJARIA PETRÓPOLIS DA BAHIA LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0302-06/22-VD
ORIGEM	- DAT NORTE / IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 18.07.2024

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0158-11/24-VD

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES OCORRIDAS NESTE ESTADO. Havendo decisão judicial eficaz vedando expressamente a lavratura do Auto de Infração, este não deve ser lavrado, sob pena de nulidade. Parecer da PGE/PROFIS nos autos sinalizando a necessidade de cumprimento da determinação judicial. Hipótese de “suspensão fática da decadência” pelo impedimento jurisdicional à prática do ato administrativo vinculado do lançamento, conforme jurisprudência do STJ. Preliminar acolhida. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Nulo**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão nº 0302-06/22-VD proferido pela 6ª JJF deste CONSEF, julgando Prejudicada a impugnação ao Auto de Infração lavrado em 30/06/2022 no valor histórico de R\$ 78.302.022,74, abordando a seguinte infração:

**Infração 01 – 007.002.002** – *Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.*

*Esta infração refere-se a utilização da MVA de 100% ao invés de 140% quando do cálculo do ICMS ST das cervejas em lata. Segue no anexo do presente auto, CD MIDIA, contendo o cálculo analítico da apuração do ICMS ST pago a menor.*

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

### VOTO

*Conforme se expôs no Relatório supra, a matéria em lide encontra-se sob a apreciação do Poder Judiciário, no mandado de segurança nº 0501506-72.2019.8.05.0001, que tramita perante a 3ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca.*

*A respeito de tal situação, a legislação estadual, especialmente o artigo 125, inciso II do COTEB (Lei 3.956/81), assim dispõe:*

*“Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:*

*(...)*

*II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida”.*

*No mesmo rumo, o artigo 117 do RPAF/99:*

*“Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto”.*

*Em complemento, o artigo 122, inciso IV do mesmo Regulamento prevê a extinção do PAF, com a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo, relativamente à matéria objeto da lide, antes de proferida ou de tornada irrecorribel a decisão administrativa.*

*Diante de tal situação, caberá ao Poder Judiciário decidir sobre a questão, ficando, desta maneira, suspensa a exigibilidade do crédito tributário, até que a lide seja definitivamente resolvida, observando que a lavratura do*

*Auto de Infração tem o condão de evitar os efeitos da decadência, devendo os autos, após as medidas de praxe, serem encaminhados para a Procuradoria Geral do Estado, a fim de que se adotem as devidas e necessárias providências.*

*Frente aos expostos motivos, julgo a Defesa PREJUDICADA.*

O(a) contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Preliminamente, afirma que não é o caso de envio dos autos à PGE porque a lavratura do Auto de Infração se encontra suspensa por decisão judicial no Processo Judicial nº 0501506-72.2019.8.05.0001, motivo pelo qual o presente PAF deve ser julgado nulo, uma vez que afrontou claramente ordem judicial que vedou a lavratura de Autos de Infração contra as associadas da CervBrasil.

Afirma que a decisão judicial estabeleceu obrigação não fazer que foi descumprida, sendo necessário que seja desfeita, sob pena de descumprimento de ordem judicial, relatando que a associação que congrega as empresas do ramo de produção de cerveja impetrhou o mandado de segurança referido pedindo que suas associadas fossem autorizadas a realizar a apuração e recolhimento do ICMS/ST referente às cervejas em lata utilizando o MVA de 100%, o que foi deferido, em sede de liminar, pela 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador.

Pontua que, ainda assim foi surpreendida com a lavratura da autuação, que exige exatamente a diferença entre a MVA que está sendo aplicada por força da liminar e aquela prevista no Decreto Estadual, observando ainda que a autuação foi encaminhada via DTE três anos após ser proferida a decisão judicial, não havendo como alegar seu desconhecimento, caracterizando a nulidade.

Sustenta que não é o caso de aplicar o art. 117 do RPAF/BA, destacando que, ao contrário do que constou no acórdão recorrido, não há demanda judicial proposta pela recorrente, pois o mandado de segurança coletivo foi impetrado pela associação da qual a recorrente é filiada, não podendo ter suas personalidades jurídicas confundidas.

Diz que há jurisprudência pacífica no sentido de que a existência de processo coletivo não pode ser deduzida em desfavor do contribuinte no processo administrativo, reproduzindo ementa de decisão do STJ e do TJ/BA, segundo a qual “[...] o mandado de segurança coletivo não é obstáculo ao ajuizamento de ações individuais com o mesmo objeto [...]”.

Traz ainda ementa de julgados do CARF no mesmo sentido, indicando que a proposição de ação judicial por sindicato da categoria não constitui hipótese de renúncia à esfera administrativa, não cabendo falar em concomitância o que, portanto, significa que não há possibilidade de lavratura da autuação por força da decisão judicial e, ao mesmo tempo, não há renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa.

Defende a nulidade por se tratar de crédito fiscal com exigibilidade suspensa, invocando o Recurso Repetitivo 1.140.956/SP, para defender que o fisco fica impedido de realizar qualquer ação coercitiva para cobrança do crédito tributário com exigibilidade suspensa.

Reclama ainda de nulidade por ofensa ao princípio da legalidade apontando que o Auto de Infração não é claro ao indicar onde, no dispositivo apontado como infringido pela recorrente, há menção ao recolhimento a menor do ICMS-ST, conforme acusação fiscal, questionando qual dispositivo legal teria sido desrespeitado.

No mérito, defende a ilegalidade do Decreto nº 18.406/2018, por inobservância à Lei Estadual nº 7.014/96 e a constitucionalidade da majoração da MVA por violação ao princípio da legalidade.

Conclui pedindo a procedência do Recurso Voluntário para julgar nulo o Auto de Infração ou improcedente.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

Observando que o Auto de Infração foi lavrado após à ciência da decisão do Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública determinando ao Estado que não lavrasse Autos de Infração sobre a matéria, os

membros da 1ª CJF deliberaram pela conversão do feito à PGE para emissão de opinativo.

No Parecer PGE/PROFIS de fls. 179-180, ratificado pela Procuradora Assistente (fl. 181), o Exmo. Procurador José Augusto Martins Junior conclui que a decisão judicial, ainda que possa ser considerada teratológica do ponto de vista da técnica jurídica, foi expressa e deve, portanto, ser cumprida, opinando pela declaração de nulidade da autuação por vício formal.

A reclamada se manifestou concordando com a conclusão do parecer da PGE (fls. 189-191) e os autos retornaram para apreciação.

Posteriormente, o processo foi pautado para a sessão de julgamento do dia 31/05/2024 e adiado para o dia 17/06/2024. Compareceu(ram) o(as) autuante(s) e o(as) representante(s) legal(is) da recorrente, Dra. Yanca Carolina Quicoli Theodoro, OAB/SP 424.173.

## VOTO

A primeira preliminar arguida no Recurso Voluntário engloba a discussão sobre a impossibilidade de lavratura do Auto de Infração por determinação judicial e a inaplicabilidade do art. 117 do RPAF/BA pela decisão recorrida, que reconheceu a prejudicialidade da matéria discutida concomitantemente na esfera judicial e administrativa. Inicialmente, enfrente a discussão sobre a inaplicabilidade do art. 117 do RPAF/BA.

Em relação à questão da concomitância entre medida judicial e defesa administrativa, assim me manifestei, no Acórdão CJF nº 0099-11/22-VD:

*[...] De fato, a legislação baiana contém diversos dispositivos prevendo o prejuízo da defesa ou do recurso, quando o contribuinte escolhe a via judicial, como os seguintes dispositivos do COTEB:*

*Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.*

...

*Art. 127-C. Encerra-se o processo administrativo fiscal, contencioso ou não, com:*

...

*IV - a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência da escolha da via judicial.*

*Na mesma linha, dispõe o RPAF:*

*Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.*

*§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:*

*I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;*

*II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo.*

*A questão que a recorrente invoca em seu favor é o momento da propositura da ação, o que, no seu entendimento, afetaria a percepção de renúncia ou não da esfera administrativa. E, realmente, não há como ignorar que seria aparentemente ilógico pensar que o contribuinte estaria renunciando, ainda que tacitamente, ao direito que sequer existe para o mundo jurídico, haja vista que a sua prerrogativa de impugnar e instaurar o contencioso administrativo, somente surgiria com a lavratura do Auto de Infração, o que, no caso presente, ocorreu anos após o ajuizamento da demanda.*

*Entretanto, a noção de que a escolha da via judicial implicaria em renúncia da administrativa, não está vinculada à concomitância entre os procedimentos, situação que normalmente reclama manifestação sobre o tema, mas à ideia de prevalência da decisão judicial sobre a administrativa, pois o processo administrativo fiscal jamais poderia contrariar a conclusão que a ação judicial atingisse sobre o mesmo tema.*

*Por este motivo, pouco importa se a ação foi proposta antes ou depois de iniciado o procedimento administrativo, como fixou o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Economia em sua Súmula nº 1, à qual foi atribuído efeito vinculante:*

**Súmula CARF nº 1****Aprovada pelo Pleno em 2006**

*Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial. (Vinculante, conforme Portaria ME no 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).*

*Todavia, não se pode perder de vista que não é toda e qualquer situação que atrairá este entendimento, haja vista que não há sentido em considerar que a parte renunciou à discussão sobre matéria que não é objeto da medida judicial, ou seja, a renúncia somente se refere “à matéria questionada judicialmente, a ser deslindada pelo dispositivo da sentença, e não a todo e qualquer aspecto relacionado ao ato impugnado”, como ensina Hugo de Brito Machado Segundo (Processo tributário, 12a ed., São Paulo: Atlas, 2020, p. 123).*

*Esta ressalva é necessária porque o caso em discussão reflete uma hipótese peculiar, pois diante da expressa proibição deste conselho em declarar inconstitucionalidade ou negar aplicação a ato normativo emanado por autoridade superior (incisos I e III do art. 167 do RPAF/BA), não há sentido em considerar ter ocorrido renúncia à sua discussão ou escolha da via judicial.*

*As matérias que constituem objeto da ação declaratória (inconstitucionalidade e ilegalidade), já se encontram excluídas da apreciação deste Conselho por disposição expressa do regulamento, ou seja, o “direito de escolha” sequer existe, somente cabendo ao Poder Judiciário sua apreciação.*

*Tampouco foram arguidas como fundamento na impugnação ou no recurso voluntário. Logo, não vejo como considerar que houve renúncia à instância administrativa.*

*Por outro lado, não há dúvidas de que a discussão judicial possui uma inegável relação de prejudicialidade com este procedimento, a despeito de inexistir total identidade de objeto, pois, eventual procedência daquela ação afetará a base de cálculo do tributo exigido nestes autos. Parece-me assim, que o sobrerestamento seria a medida mais adequada.*

...

*Pessoalmente, havendo identidade de objeto, entendo que o mais adequado seria o sobrerestamento do processo administrativo logo após a intimação do contribuinte, resguardando-se o prazo para apresentação de defesa em momento posterior à conclusão da decisão judicial, ou, se não fosse possível, após o protocolo da impugnação, dada a possibilidade de persistirem matérias passíveis de discussão administrativa após apreciação judicial da ação proposta.*

*Ora, o contribuinte pode ajuizar ação para questionar a constitucionalidade da exigência do tributo, e obtendo julgamento desfavorável, ainda persistir interesse em impugnar o lançamento para comprovar a inexistência de débito em função de recolhimento realizado por substituto tributário ou erro na determinação da base de cálculo, por divergência no fator de conversão considerado, dentre outras hipóteses.*

*Mas não ignoro que a solução comumente adotada no CONSEF, à míngua de regulamentação expressa neste sentido, é julgar o recurso prejudicado e o Auto de Infração procedente, constando expressamente a indicação de suspensão da exigibilidade do crédito até a conclusão da discussão judicial, apenas como alerta, uma vez que o conselho não detém competência para suspender ou determinar a suspensão da exigibilidade de crédito tributário. [...]*

Entretanto, naquele PAF a medida judicial era individual, ao contrário destes autos, nos quais devem ser observadas as peculiaridades pertinentes às ações coletivas, notadamente quanto aos efeitos das decisões judiciais de acordo com a espécie de representação.

Sobre este outro tema, escrevi no Acórdão CJF nº 0126-11/22-VD:

*“[...] Outrossim, cabe ainda tecer algumas considerações sobre os efeitos da decisão obtida pela entidade sindical, sob a ótica do Direito Sindical, que possui certas peculiaridades, inclusive em relação às normas que regulam os processos coletivos. A representação sindical, conforme já decidido pelo STF, é ampla e irrestrita da categoria econômica ou profissional, ou seja, decorre diretamente do art. 8º da CF/88, independente de previsão legal, e não se limita apenas aos integrantes que optam por se associar/filiar à entidade, ato que deriva da autonomia da vontade individual e observa as disposições do estatuto da entidade.*

*A distinção é relevante porque as entidades sindicais, a rigor, são associações civis sem fins lucrativos, que embora possuam personalidade jurídica desde o registro perante o Ofício de Registro de Títulos e Documentos e Civil da Pessoa Jurídica, somente adquirem as prerrogativas sindicais a partir do momento em que passam a contar com a personalidade sindical, que depende do ato vinculado de registro perante o órgão administrativo competente, sem que isso configure qualquer violação à liberdade sindical, conforme já reconheceu o STF na*

*ADI 1121 MC (Rel. Min. Celso de Mello, DJ 06/10/1995), e da pacífica jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.*

*Ocorre que a legitimidade processual das associações, é aferida de acordo com a sua atuação processual, que pode ser ordinária, como representante processual, ou extraordinária, como substituta processual, de modo que nas ações coletivas, de acordo com as teses de repercussão geral estabelecidas pelo STF, dependem de autorização e filiação prévia daqueles que integram a relação que deve acompanhar a inicial, para que possam gozar dos efeitos da coisa julgada, condições dispensadas nos mandados de segurança coletivos, conforme se verifica abaixo:*

**Tema 82**

*I – A previsão estatutária genérica não é suficiente para legitimar a atuação, em Juízo, de associações na defesa de direitos dos filiados, sendo indispensável autorização expressa, ainda que deliberada em assembleia, nos termos do artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal;*

*II – As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, são definidas pela representação no processo de conhecimento, limitada a execução aos associados apontados na inicial.*

**Tema 499**

*A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento.*

**Tema 1119**

*É desnecessária a autorização expressa dos associados, a relação nominal destes, bem como a comprovação de filiação prévia, para a cobrança de valores pretéritos de título judicial decorrente de mandado de segurança coletivo impetrado por entidade associativa de caráter civil.*

*As entidades sindicais, por sua vez, atuam sempre sob legitimidade extraordinária, ou seja, substituição processual, que lhes garante a representação de toda a categoria, independentemente de autorização, da espécie da medida judicial e até mesmo de lista, conforme se observa:*

**Tema 823**

*Os sindicatos possuem ampla legitimidade extraordinária para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, inclusive nas liquidações e execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos.*

*Logo, a extensão dos efeitos das decisões proferidas em demandas coletivas, depende da forma como foram propostas, sem prejuízo do modo como os pedidos foram formulados e/ou acatados pelo Poder Judiciário. [...]"*

Naquela oportunidade (Acórdão CJF nº 0126-11/22-VD), por exemplo, a decisão liminar obtida na demanda coletiva fazia expressa menção de que só alcançava os filiados à entidade, posição jurídica que não corresponde ao simples fato de pertencer a uma categoria profissional ou econômica, ou seja, depende de manifestação de vontade expressa do interessado, e, por este motivo, não beneficiaria o sujeito passivo pela falta de comprovação de sua filiação anterior à decisão.

Acrescento agora que, recentemente, o STF avançou na discussão e esclareceu que a tese do Tema 1119 não se aplica às associações genéricas, que não representam uma categoria econômica ou profissional específica devido à possibilidade de prejudicar interesse dos beneficiários supostamente defendidos (ARE 1.339.496 AgR/RJ).

Realmente, quando a ação coletiva depende de autorização dos filiados, os seus efeitos não podem alcançar aqueles que não conferiram esta chancela, a princípio, haja vista que a representação processual ordinária pode ser exercida até mesmo sem o conhecimento prévio dos representados. Por outro lado, a representação extraordinária pressupõe a autorização dos substituídos, salvo quando proposta por entidades sindicais, uma vez que estas possuem legitimidade extraordinária inerente à sua personalidade sindical.

Partindo dessas premissas, ao menos em tese, no que diz respeito às associações, seria viável sustentar que, quando a medida judicial é proposta com autorização dos filiados, a concomitância com processo administrativo seria impossível, resultando no prejuízo da defesa e recurso.

O Código de Processo Civil apenas regula as ações individuais. As ações coletivas possuem disposições pulverizadas naquilo que se convencionou denominar de “Microssistema da Tutela Coletiva” e que compreende dispositivos da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), assim como dispositivos de outras normas como a própria Lei nº 12.016/09, que regula o mandado de segurança.

Nesta linha, o STJ reconhece um “Microssistema de Tutela dos Interesses Transindividuais”, contando ainda com a Lei de Improbidade Administrativa, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso, além das normas já mencionadas:

*PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DEFERIMENTO DE LIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. SÚMULA 07/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF. UTILIZAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA ATO DE IMPROBIDADE. CABIMENTO.*

...  
*8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.*

...  
(*REsp n. 1.085.218/RS, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15/10/2009, DJe de 6/11/2009.*)

De acordo com esse microssistema, não há litispendência entre as ações coletivas e as ações individuais, mas os efeitos da sentença em ação coletiva somente alcançam quem desistir da medida individual em 30 dias (art. 22, § 1º da Lei do Mandado de Segurança), mas apenas na hipótese de procedência (art. 103, I e §§ 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor).

Sendo julgada improcedente a ação coletiva, o direito individual somente é afetado quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos e os interessados tenham atuado como litisconsortes na demanda, conforme art. 81, III e art. 103, § 2º do CDC. Logo, em se tratando de medida judicial coletiva, as pretensões individuais, a rigor, não são afetadas.

Aliás, o art. 104, Código de Defesa do Consumidor possibilita ao autor de ação individual que requeira a suspensão desta medida, em 30 dias da ciência do ajuizamento da ação coletiva, para que possa usufruir dos seus efeitos em caso de procedência, resguardando o seu direito de prosseguir individualmente em momento oportuno, podendo obter resultado individual diferente, caso a demanda coletiva não obtenha procedência.

Em linha com essas disposições, em algumas oportunidades, a jurisprudência administrativa tem admitido o entendimento de que não há litispendência entre mandado de segurança coletivo e o contencioso administrativo individual, ainda que sobre a mesma matéria, cabendo o enfrentamento da impugnação administrativa, sob pena de nulidade por cerceamento de defesa, como sustentado no Recurso Voluntário.

Por exemplo, confira-se algumas decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF):

*PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. Não se conhece de Recurso Especial de Divergência quando não restar demonstrado o alegado dissídio jurisprudencial, tendo em vista a ausência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigma. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. CONCOMITÂNCIA. INEXISTÊNCIA. A impetração de mandado de segurança coletivo, por substituto processual não fundamenta renúncia ao direito subjetivo do contribuinte pleitear individualmente a mesma prestação jurisdicional por meio de defesa apresentada em sede de processo administrativo fiscal. (Acórdão 9202-010.087, Cons. Rel. Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, 2ª Turma, Câmara Superior de Recursos Fiscais, publicado 18/01/2022)*

*MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ASSOCIAÇÃO. CONCOMITÂNCIA. RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA DE JURISDIÇÃO. INOCORRÊNCIA. A impetração de Mandado de Segurança Coletivo por*

*Associação de Classe, Sindicato ou qualquer figura hábil de representação não induz litispendência e não configura a perquirição de jurisdição concomitante nas esferas judicial e administrativa. Não havendo ato volitivo ou ação direta e própria do contribuinte na provocação do Poder Judiciário para a resolução da questão jurídico-tributária, resta afastada a ocorrência da hipótese tratada no art. 38 da Lei nº 6.830/80, raiz legislativa da vedação à dupla perquirição e da renúncia tratada na Súmula CARF nº 1. AFASTAMENTO DA CONCOMITÂNCIA. RETORNO DOS AUTOS À DRJ PARA NOVO ACÓRDÃO. NECESSIDADE DE APRECIAÇÃO DE TODAS MATÉRIAS DE IMPUGNAÇÃO. Tendo o reconhecimento indevido de concomitância permeado todas as decisões do processo administrativo tributário, a defesa regular do contribuinte resta, certamente, afetada por tal ocorrência. Sob pena de anacronismo processual e lógico no contencioso, bem como de tumulto no deslinde recursal da demanda administrativa, a nova decisão deverá abranger todos os temas aduzidos na Impugnação, estando sujeita aos eventuais recursos cabíveis. (Acórdão 9101-005.780, Cons. Rel. Andrea Duek Simantob, 1ª Turma, Câmara Superior de Recursos Fiscais, publicado 31/12/2021)*

*PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. CONCOMITÂNCIA. INEXISTÊNCIA. A impetração de mandado de segurança coletivo, por substituto processual, não se configura hipótese em que se deva declarar a renúncia à esfera administrativa. (Acórdão 9303-006.525, Cons. Rel. Rodrigo da Costa Possas, 3ª Turma, Câmara Superior de Recursos Fiscais, publicado 21/06/2018)*

Mas é preciso pontuar também a existência de precedentes em sentido contrário:

*PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. CONCOMITÂNCIA COM A DEMANDA ADMINISTRATIVA. RENÚNCIA TÁCITA. SUMULA CARF N° 1. A propositura de ação judicial, com o mesmo objeto da demanda administrativa, por associação coletiva da qual o sujeito passivo é filiado, importa renúncia às instâncias administrativas, quando o objetivo é valer-se do provimento do Judiciário para que seja declarada a improcedência do lançamento. (Acórdão 9202-009.640, Cons. Rel. Maria Helena Cotta Cardozo, 2ª Turma, Câmara Superior de Recursos Fiscais publicado 09/08/2021)*

*PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Data do fato gerador: 27/01/2014 PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. AÇÃO COLETIVA. CONCOMITÂNCIA. Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, aplicando o teor da Súmula CARF nº 1. (Acórdão 9303-011.489, Cons. Rel. Rodrigo Mineiro Fernandes, 3ª Turma, Câmara Superior de Recursos Fiscais, publicado 09/07/2021)*

É possível encontrar diversas decisões no mesmo sentido e o que se observa é que a tese da inexistência da concomitância, em grande parte, busca fundamento no art. 337, § 2º do CPC, segundo o qual a litispendência ocorreria em ações com as mesmas partes, causa de pedir e pedido. Nesta linha, como a ação coletiva é proposta pelo substituto do contribuinte, inexistiria identidade de um dos requisitos.

Entretanto, penso que a questão da *concomitância* não pode ser confundida com a *litispendência*, notadamente em todos os seus aspectos. Observe-se, por exemplo, que é possível a concomitância entre ação coletiva e individual, caso o interessado não requeira a suspensão ou desistência nos prazos indicados no CDC e na Lei do Mandado de Segurança.

Mas, prosseguindo as ações judiciais concomitantemente, somente aproveitará os efeitos da medida individual, independentemente do seu resultado e daquele obtido no feito coletivo. A ideia é apenas evitar decisões conflitantes, mas que não se sobrepõem em razão da competência funcional. Por outro lado, a concomitância entre ações judiciais e processos administrativos esbarra em outra situação que é a competência jurisdicional exclusiva do Poder Judiciário que impõe a prevalência das suas decisões.

Assim, sempre deverá prevalecer o entendimento final do Poder Judiciário, de modo que, em nome do princípio da eficiência, não é razoável a Administração Tributária desperdiçar recursos humanos e materiais na continuidade de um processo administrativo cuja decisão jamais sobreporá eventual pronunciamento judicial concomitante, independente de quem dele se favoreça.

Diante desta realidade, entendo que o mais adequado é observar se o *objeto* da medida judicial, seja ela individual ou coletiva, coincide com o do processo administrativo de modo a seu resultado repercutir neste de alguma forma, o que invariavelmente acontece em casos como o que está em discussão neste PAF; afinal, caso seja julgado procedente o mandado de segurança

coletivo, a recorrente se beneficiará do mesmo, fulminando a pretensão fiscal, ainda que não figure como parte ou litisconsorte para efeitos de litispendência.

E não é diferente no sentido contrário, diante do princípio constitucional da unidade da jurisdição, extraído do inciso XXXV, do art. 5º da CF/88, qual seria a norma capaz de fundamentar uma decisão administrativa posterior à denegação do mandado de segurança coletivo sobre a matéria? Se o Judiciário diz que os substituídos não possuem o direito líquido e certo pleiteado pela associação, não cabe à Administração Tributária decidir o contrário.

A possibilidade de prosseguimento da defesa administrativa, assim, deve ser analisada com cautela, apenas para garantir o pleno exercício do direito de defesa em relação ao que ainda pode ser objeto de apreciação administrativa. Neste sentido, a ementa do Parecer Normativo COSIT nº 7/2014, da Secretaria da Receita Federal do Brasil parece sintetizar adequadamente a atuação administrativa remanescente nestes casos e o que penso sobre a matéria:

*Ementa: CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL E PROCESSO JUDICIAL COM O MESMO OBJETO. PREVALÊNCIA DO PROCESSO JUDICIAL. RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. DESISTÊNCIA DO RECURSO ACASO INTERPOSTO.*

*A propositura pelo contribuinte de ação judicial de qualquer espécie contra a Fazenda Pública com o mesmo objeto do processo administrativo fiscal implica renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso de qualquer espécie interposto.*

*Quando contenha objeto mais abrangente do que o judicial, o processo administrativo fiscal deve ter seguimento em relação à parte que não esteja sendo discutida judicialmente. A decisão judicial transitada em julgado, ainda que posterior ao término do contencioso administrativo, prevalece sobre a decisão administrativa, mesmo quando aquela tenha sido desfavorável ao contribuinte e esta lhe tenha sido favorável.*

*A renúncia tácita às instâncias administrativas não impede que a Fazenda Pública dê prosseguimento normal a seus procedimentos, devendo proferir decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida.*

*É irrelevante que o processo judicial tenha sido extinto sem resolução de mérito, na forma do art. 267 do CPC, pois a renúncia às instâncias administrativas, em decorrência da opção pela via judicial, é insusceptível de retratação.*

*A definitividade da renúncia às instâncias administrativas independe de o recurso administrativo ter sido interposto antes ou após o ajuizamento da ação.*

*Dispositivos Legais: Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN), art. 145, c/c art. 149, art. 151, incisos II, IV e V; Decreto-lei nº 147, de 3 de fevereiro de 1967, art. 20, § 3º; Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, arts. 16, 28 e 62; Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC), arts. 219, 267, 268, 269 e 301, § 2º; Decreto-lei nº 1.737, de 20 de dezembro de 1979, art. 1º; Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, art. 38; Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV; Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 53; Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, art. 22; Portaria CARF nº 52, de 21 de dezembro de 2010; Portaria MF nº 341, de 12 de julho de 2011, art. 26; art. 77 da IN RFB nº 1.300, de 20 de novembro de 2012. e-processo nº 10166.721006/2013-16*

Diante do exposto, entendo que a prejudicialidade é inafastável, mesmo que as ações coletivas não sejam titularizadas pelo sujeito passivo e nem este ingresse como litisconsorte nos autos, não por ocorrer a litispendência, na forma do processo civil, mas pelos efeitos intrínsecos da decisão judicial sobre a esfera administrativa, à luz do princípio constitucional da unidade da jurisdição.

**A situação é diferente, no entanto, se for uma ação proposta por uma entidade sindical, em favor apenas dos seus filiados, e/ou com esta ressalva ou limitação for proferida a decisão** (como aconteceu na hipótese do Acórdão CJF nº 0126-11/22-VD). Neste caso, somente os filiados aproveitam a decisão, de modo que um contribuinte que seja representado pela mesma entidade sindical, **mas não for a ela filiado**, não estará coberto pelos efeitos do pronunciamento jurisdicional e, por este motivo, não pode ser prejudicado.

Para as demais hipóteses, **que devem ser apreciadas caso-a-caso**, para considerar possíveis fatores distintivos não imaginados por este relator ao redigir este voto, penso ser relevante examinar se o sujeito passivo era filiado ao tempo propositura da medida e/ou da obtenção do provimento jurisdicional, uma vez que, a rigor, aqueles que somente se filiaram em momento posterior, não podem obter uma espécie de “representação associativa retroativa”, salvo melhor

juízo.

No presente caso, embora este relator não tenha conseguido abrir a mídia de fl. 44, em diligência pessoal consultou os autos do Mandado de Segurança nº 0501506-72.2019.8.05.0001, no qual constam documentos capazes de confirmar que a recorrente integrava o rol de Associados Titulares da associação impetrante do remédio constitucional em momento anterior à sua apresentação, de maneira que também se beneficia dos efeitos da decisão liminar proferida na demanda coletiva.

Por outro lado, quanto à nulidade da autuação, penso que deve ser acolhida, conforme parecer da PGE/PROFIS.

Recentemente, proferi voto em separado no PAF pertinente ao Auto de Infração nº 298633.0010/22-6 (acórdão ainda pendente de revisão para publicação), no qual o sujeito passivo defendia que a lavratura do Auto de Infração seria um ato nulo, em atenção ao Tema Repetitivo 271 do STJ, porque o montante se encontrava totalmente depositado no âmbito de uma ação judicial, e externei posição convergente com o mencionado opinativo.

Como o mesmo precedente que sustenta a tese (REsp 1.140.956/SP) também foi apontado pela recorrente na outra preliminar de nulidade, peço licença, mais uma vez, para transcrever o que escrevi naquela oportunidade:

*“[...] Penso ser importante afastar qualquer possibilidade da presente decisão ser compreendida como desrespeito a um precedente vinculante, porque não é o caso.*

*Ademais, o próprio CPC exige que a invocação de um precedente ou enunciado de súmula venha acompanhada da identificação dos seus fundamentos determinantes ou da demonstração de que o caso sob julgamento se ajusta à hipótese (art. 489, § 1º, V, do CPC), o que não pode ser ignorado ao observar o que dispõe o art. 927 do CPC.*

*Realmente, a leitura da Tese Firmada pelo STJ, especialmente em sua redação final, pode conduzir à interpretação defendida pela recorrente nestes autos, conforme destacamos abaixo:*

#### *Tema Repetitivo 271*

*Os efeitos da suspensão da exigibilidade pela realização do depósito integral do crédito exequendo, quer no bojo de ação anulatória, quer no de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária, ou mesmo no de mandado de segurança, desde que ajuizados anteriormente à execução fiscal, têm o condão de impedir a lavratura do auto de infração, assim como de coibir o ato de inscrição em dívida ativa e o ajuizamento da execução fiscal, a qual, acaso proposta, deverá ser extinta.*

*Entretanto, o exame da sua ementa reflete com maior clareza o que também pode ser verificado no seu inteiro teor, sinalizando que sua aplicação não pode ocorrer sem uma análise do caso concreto, especialmente quando se confronta o texto dos seus itens 2 e 3, abaixo destacados:*

**PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. AÇÃO ANTIEXACIONAL ANTERIOR À EXECUÇÃO FISCAL. DEPÓSITO INTEGRAL DO DÉBITO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO (ART. 151, II, DO CTN). ÓBICE À PROPOSITURA DA EXECUÇÃO FISCAL, QUE, ACASO AJUZADA, DEVERÁ SER EXTINTA.**

*1. O depósito do montante integral do débito, nos termos do artigo 151, inciso II, do CTN, suspende a exigibilidade do crédito tributário, impedindo o ajuizamento da execução fiscal por parte da Fazenda Pública.*

*...  
2. É que as causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário (art. 151 do CTN) impedem a realização, pelo Fisco, de atos de cobrança, os quais têm início em momento posterior ao lançamento, com a lavratura do auto de infração.*

*3. O processo de cobrança do crédito tributário encarta as seguintes etapas, visando ao efetivo recebimento do referido crédito: a) a cobrança administrativa, que ocorrerá mediante a lavratura do auto de infração e aplicação de multa: exigibilidade-autuaçao; b) a inscrição em dívida ativa: exigibilidade-inscrição; c) a cobrança judicial, via execução fiscal: exigibilidade-execução.*

*4. Os efeitos da suspensão da exigibilidade pela realização do depósito integral do crédito exequendo, quer no bojo de ação anulatória, quer no de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária, ou*

mesmo no de mandado de segurança, desde que ajuizados anteriormente à execução fiscal, têm o condão de impedir a lavratura do auto de infração, assim como de coibir o ato de inscrição em dívida ativa e o ajuizamento da execução fiscal, a qual, acaso proposta, deverá ser extinta.

...  
(*REsp n. 1.140.956/SP, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 24/11/2010, DJe de 3/12/2010.*)

Como se pode notar, a redação final da tese não consegue sintetizar todos os detalhes do julgamento. Observe-se nos destaques que, no mesmo ponto onde indica que a suspensão da exigibilidade afeta os “[...] atos de cobrança, os quais têm início em momento posterior ao lançamento [...]”, afirma que a Administração Tributária está impedida de lavrar auto de infração, considerando-o como um ato posterior.

Porém, este raciocínio somente é compatível com os tributos sujeitos a lançamento de ofício, a princípio, principalmente, porque, neste caso, tanto o eventual depósito integral como a lavratura do auto de infração somente ocorreriam após o exercício da atividade administrativa plenamente vinculada a que se refere o art. 142 do CTN.

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o próprio STJ reconhece que o lançamento apenas com a notificação do sujeito passivo da lavratura do auto de infração, conforme aresto que transcrevo abaixo:

**PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SÚMULA VINCULANTE N. 24. DECADÊNCIA DO DIREITO DE A FAZENDA PÚBLICA CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA O INÍCIO DA PERSECUÇÃO PENAL. INOCORRÊNCIA. CONSUMA-SE O LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO MEDIANTE A NOTIFICAÇÃO DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IRRELEVÂNCIA PARA EFEITO DE DECADÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o prazo decadencial quinquenal para constituição do crédito tributário inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado, caso não ocorra o pagamento antecipado da exação, inexistindo declaração prévia do débito - hipótese dos autos.

2. Ainda de acordo com a jurisprudência desta Corte, considera-se lançado o tributo e, portanto, devidamente constituído o crédito tributário, com a notificação do sujeito passivo da lavratura do auto de infração, momento a partir do qual não mais há se falar em decadência.

3. No caso concreto, observa-se que não transcorreu o lapso decadencial quinquenal.

4. Ressalte-se, ainda, que o Verbete n. 24 da Súmula Vinculante tem por escopo evitar que as decisões do processo penal venham a conflitar com as decisões do processo administrativo fiscal, não tendo, por óbvio, o condão de modificar o regramento atinente ao Direito Tributário, transferindo o marco final da decadência para a data do lançamento definitivo do crédito tributário.

5. Não obstante toda a discussão trazida nas razões do agravo regimental, o dies a quo do prazo decadencial pouco importa na hipótese dos autos, porquanto mesmo que se aplique o parágrafo único do art. 173 do CTN - como pretendido pelo agravante - , ainda assim não haveria decadência, pois, como dito, a contagem do prazo decadencial encerra-se na data da notificação da lavratura do auto de infração.

6. E diga-se, por oportuno, que a lavratura do auto de infração corresponde ao lançamento de ofício efetuado pela autoridade fiscal, significa dizer: o crédito tributário já está devidamente constituído, ainda que carente de definitividade, pois sujeito à impugnação administrativa. Portanto, o auto de infração não se confunde com o início da constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

7. Agravo regimental desprovido.

(*AgRg no REsp n. 1.695.765/RN, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 27/2/2018, DJe de 9/3/2018.*) (grifamos)

Logo, se o Tema 271 se refere à atuação administrativa posterior ao tributo lançado, por decorrência lógica não constitui obstáculo ao ato que lhe permite atingir esta posição jurídica.

A tese em discussão foi firmada em um Recurso Especial oriundo de São Paulo e que se refere, na origem, a uma execução fiscal de IPTU, na pendência de mandado de segurança impetrado para discutir a constitucionalidade da cobrança do IPTU progressivo e no qual se efetivou o depósito para fins de suspensão da exigibilidade.

O IPTU é tributo sujeito a lançamento de ofício. De acordo com a Súmula 397 do STJ, “O contribuinte do IPTU é notificado do lançamento pelo envio do carnê ao seu endereço”.

Assim, entendo que a tese firmada afasta apenas atos de cobrança decorrentes do lançamento, quando este já ocorreu, mas não a sua prática, especialmente nas hipóteses que se confunde com a lavratura de auto de infração, até mesmo porque o mesmo Tribunal possui jurisprudência consolidada admitindo a sua realização para prevenção da decadência, como já mencionado.

Por este caminho, concordo com o entendimento da PGE/PROFIS quanto à problemática de reconhecer que a suspensão da exigibilidade do tributo representa vedação à prática do ato administrativo. Embora possa ser considerado desnecessário o lançamento, nestes casos, não se trata de uma conduta vedada à Administração até por se tratar de ato vinculado e obrigatório, sob pena de responsabilidade funcional, conforme parágrafo único do art. 142 do CTN.

Pensamento contrário possibilitaria admitir que o contribuinte, por ato unilateral e voluntário (depósito judicial independente de autorização judicial), poderia afastar dever funcional previsto no parágrafo único do art. 142 do CTN, o que não me parece razável e nem compatível com o princípio da legalidade no Direito Administrativo.

Também não se pode perder de vista que, mesmo nessa hipótese, pode existir outra conduta irregular em relação à qual seja cabível a autuação. Sobre este tema, aliás, a Secretaria da Receita Federal do Brasil possui a Solução de Consulta COSIT nº 03 de março de 2016, cuja ementa transcrevemos:

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO DEPÓSITO EM MONTANTE INTEGRAL. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LEVANTAMENTO DOS VALORES.**

*O depósito constitui o crédito tributário, conforme art. 150 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN), sendo desnecessário o lançamento de ofício para tanto.*

*O levantamento de (valores do) depósito não desconstitui o crédito tributário correspondente, sendo descabida a formalização de lançamento pelo Fisco, visto ser desnecessário, em atenção ao princípio da eficiência.*

#### **OUTRAS CONDUTAS IRREGULARES. LANÇAMENTO.**

*Para a hipótese de outra conduta irregular, é cabível a autuação fiscal, a fim de deixar caracterizada, na constituição do crédito tributário, dentre outros requisitos, a descrição do fato e a disposição legal infringida.*

*Dispositivos Legais: arts. 108 e 111 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN); art. 10 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.*

Registro, no entanto, que essa hipótese não se confunde com aquelas onde a decisão judicial expressamente determina à Administração Tributária que se abstenha de lançar o tributo e/ou lavrar autos de infração.

*Nestes outros casos, por mais que seja uma postura criticável do Judiciário, que arrisca desaguar em uma indevida violação da independência do Executivo, entendo que o ato administrativo não pode ser praticado, ainda que para prevenir a decadência, sob pena de nulidade, além das consequências decorrentes do descumprimento de ordem judicial.*

*Ainda assim, para esses casos excepcionalíssimos, o próprio STJ reconhece que não há risco de decadência, admitindo o fenômeno reconhecido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, no Parecer PGFN/CAT nº 688/2015, como suspensão fática da decadência. [...]*

Até mesmo por um *dever de coerência*, que me é caro, não poderia me manifestar de forma diferente nestes autos, exceto se existissem razões para fundamentar a mudança de posicionamento, o que não é o caso.

De fato, em regra, a concessão de liminar não impede o lançamento para prevenção da decadência. Todavia, quando este pronunciamento judicial expressamente impõe este obstáculo, a Administração deve respeitá-lo, resguardando-se seu direito de lançar o tributo ao final da ação, caso sua conclusão seja em favor da fazenda pública, conforme jurisprudência do STJ, com nossos destaques:

**PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO DE RENDA SOBRE JUROS DE MORA. VERBAS RECEBIDAS EXTEMPORANEAMENTE. INOBSERVÂNCIA DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. RECURSO ESPECIAL. NÃO OCORRÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DEFINIÇÃO RECURSAL. ÓBICES DE ADMISSIBILIDADE. SÚMULAS N. 283 E 284 DO STF. AGRAVO INTERNO. DECISÃO MANTIDA.**

...  
**IV - Conforme o acórdão recorrido (fl. 359), é certo que a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que**

*a concessão de liminar não impossibilita o fisco de proceder ao lançamento com o desiderato de evitar a decadência. Nesse sentido: AgRg no AREsp n. 356.479/SP, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Julgado em 5/4/2016, DJe 8/4/2016; REsp n. 1.475.188/RJ, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 17/9/2015, DJe 2/10/2015; AgRg no REsp n. 946.083/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 3/2/2009, DJe 19/3/2009.*

*V - Todavia, no caso, o acórdão determinou expressamente que a autoridade impetrada deve “se abster de lançar o tributo em questão”. Não há como ignorar os termos do acórdão, contra o qual foi interposto recurso sem efeito suspensivo. Ressalte-se que, caso a demanda venha a ser julgada favoravelmente à Fazenda Pública, esta poderá efetuar o lançamento, porquanto ficará afastada a situação jurídica que impede a constituição do crédito tributário neste momento. Desse modo, deve ser reformada a sentença recorrida para conceder a segurança, tendo em vista que a autoridade impetrada, ao proceder ao lançamento do débito tributário, desrespeitou o comando expresso constante no acórdão proferido no Mandado de Segurança Coletivo n. 5013649-72.2013.4.04.7200.*

...  
(AgInt no REsp n. 1.754.131/SC, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 11/4/2022, DJe de 18/4/2022.)

Assim, de todo o exposto, acolho a preliminar de NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO, considerando que, conforme exposto no parecer da PGE/PROFIS, ainda que a vedação, por decisão judicial, da lavratura de Auto de Infração reflita medida que não reflete a melhor técnica jurídica, tampouco possua fundamento legal, não cabe à Administração Tributária desafiar ou ignorar a autoridade de decisão emanada pelo Poder Judiciário.

Portanto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado e tornar o Auto de Infração NULO.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar NULO o Auto de Infração nº 279691.0026/22-0, lavrado contra **CERVEJARIA PETRÓPOLIS DA BAHIA LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de julho de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS