

PROCESSO Nº 1652462016-0

ACÓRDÃO Nº 0681/2021

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: TOTAL DISTRIBUIDORA S/A (TDC DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS S/A).

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - CABEDELO

Autuante: JOACIR URBANO PEREIRA

Relator: Consº. PETRONIO RODRIGUES LIMA.

PRELIMINAR. NULDADE. REJEITADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. SAÍDAS INTERESTEDUAIS GASOLINA "C". FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL DO AEAC. AÇÃO NA VIA JUDICIAL CONCOMITANTE COM O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO EM FOCO. IDÊNTICA MATÉRIA. ANÁLISE DE MÉRITO PREJUDICADA NA VIA ADMINISTRATIVA. MULTA EXCLUÍDA. DESCABIDA A IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE POR INFRAÇÃO. REFORMADA, DE OFÍCIO, DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- *Preliminar de nulidade rejeitada. O lançamento de ofício foi constituído de forma legítima, pois se reportou a norma vigente à época dos fatos geradores.*

- *Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, relativamente ao mesmo objeto do processo administrativo. No caso em questão, a ação de Mandado de Segurança com os mesmos propósitos da discussão administrativa, afasta a análise de mérito do recurso voluntário apresentado, pela patente renúncia tácita por esta via recursal.*

- *Autuação realizada com o fito de constituição do crédito tributário para prevenir a ocorrência de decadência, após suspensão dos atos executórios, em observância ao artigo 54-A da Lei nº 10.094/13.*

- *Descabida a aplicação de multa por infração aos casos em que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento fiscal a ele relativo.*

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, reformando, de ofício, a decisão monocrática, e julgar *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002451/2016-94, lavrado em 29 de novembro de 2016, contra a empresa TOTAL DISTRIBUIDORA S/A.

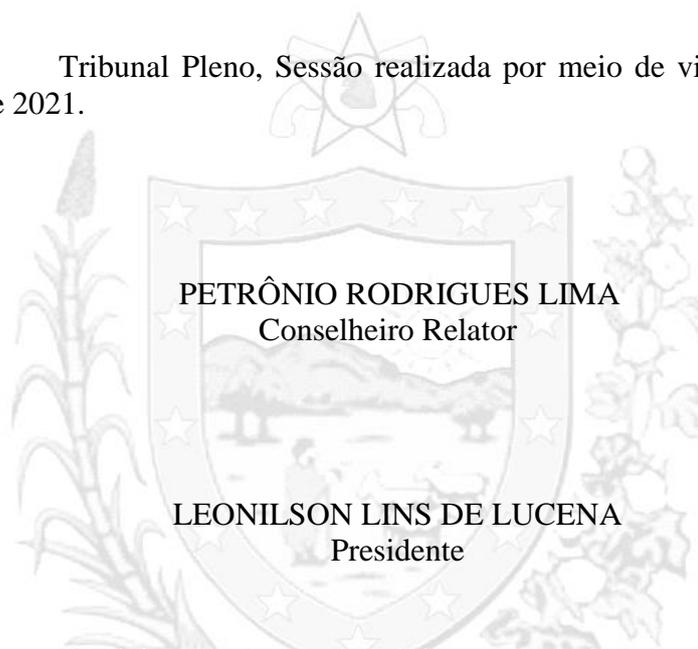
(CCICMS: 16.174.192-4), nos autos qualificada, declarando devido o crédito tributário no montante de R\$ 7.116,74 (sete mil, cento e dezesseis reais e setenta e quatro centavos), correspondente ao valor do ICMS, por infringência ao art. 106 do RICMS/PB, art. 21, §§ 10 e 11 do Decreto nº 29.537/2008.

Ao tempo em que cancelo, por indevido, o valor de R\$ 3.558,37 (três mil, quinhentos e cinquenta e oito reais e trinta e sete centavos), correspondente às multas por infração.

Intimações necessárias na forma regulamentar.

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 14 de dezembro de 2021.



Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, LEONARDO DO EGITO PESSOA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES E LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

**SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA**  
Assessor

PROCESSO Nº 1652462016-0

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: TOTAL DISTRIBUIDORA S/A (TDC DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS S/A).

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - CABEDELO

Autuante: JOACIR URBANO PEREIRA

Relator: Consº. PETRONIO RODRIGUES LIMA.

PRELIMINAR. NULDADE. REJEITADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. SAÍDAS INTERESTEDUAIS GASOLINA “C”. FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL DO AEAC. AÇÃO NA VIA JUDICIAL CONCOMITANTE COM O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO EM FOCO. IDÊNTICA MATÉRIA. ANÁLISE DE MÉRITO PREJUDICADA NA VIA ADMINISTRATIVA. MULTA EXCLUÍDA. DESCABIDA A IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE POR INFRAÇÃO. REFORMADA, DE OFÍCIO, DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Preliminar de nulidade rejeitada. O lançamento de ofício foi constituído de forma legítima, pois se reportou a norma vigente à época dos fatos geradores.

- Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, relativamente ao mesmo objeto do processo administrativo. No caso em questão, a ação de Mandado de Segurança com os mesmos propósitos da discussão administrativa, afasta a análise de mérito do recurso voluntário apresentado, pela patente renúncia tácita por esta via recursal.

- Autuação realizada com o fito de constituição do crédito tributário para prevenir a ocorrência de decadência, após suspensão dos atos executórios, em observância ao artigo 54-A da Lei nº 10.094/13.

- Descabida a aplicação de multa por infração aos casos em que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento fiscal a ele relativo.

## RELATÓRIO

Em análise, neste Egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o recurso voluntário, interposto nos termos do art. 77 da Lei nº 10.094/2013, contra a decisão monocrática que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº

93300008.09.00002451/2016-94, lavrado em 29/11/2016 (fl. 3) no qual a autuada TOTAL DISTRIBUIDORA S/A., nos autos qualificada, é acusada da seguinte infração:

**FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS** >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

**NOTA EXPLICATIVA:**

FOI DETECTADA FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS REFERENTE AO ESTORNO DO AEAC, RELATIVO A COMERCIALIZAÇÃO DA GASOLINA C, NO PERÍODO DE NOVEMBRO A DEZEMBRO DE 2012. ACRESCENTA-SE AOS ARTIGOS DADOS POR INFRINGIDOS OS SEGUINTE ARTIGOS 21, §10 E §11 DO DECRETO 29.537/2008.

Em decorrência da acusação, por infringência ao art. 106 RICMS/PB, além dos dispositivos destacados na Nota Explicativa do Auto de Infração, os auditores fiscais procederam ao lançamento de ofício, exigindo um crédito tributário no valor de R\$ 10.675,11 (dez mil, seiscentos e setenta e cinco reais e onze centavos), sendo R\$ 7.116,74 (sete mil, cento e dezesseis reais e setenta e quatro centavos) de ICMS, e R\$ 3.558,37 (três mil, quinhentos e cinquenta e oito reais e trinta e sete centavos) de multa por infração, referente aos fatos geradores ocorridos entre os períodos de novembro de 2012 e dezembro de 2012.

Documentos instrutórios juntados às fls. 4 a 6, incluindo: demonstrativo fiscal referente a saídas interestaduais de AEAC misturado a gasolina, bem como as relações das notas fiscais eletrônicas de saídas.

Tendo em vista a concessão de Liminar do Mandado de Segurança (Ação nº 0116934-33.2012.8.15.0000), garantindo-lhe o não recolhimento do ICMS incidente sobre o estorno de Álcool Etílico Anidro Carburante (AEAC), foi solicitado Parecer à Assessoria Jurídica desta Secretaria, por parte da Gerência Operacional de Fiscalização da Substituição Tributária e Comércio Exterior, acerca da possível autuação relacionada a falta do devido estorno de crédito em relação às saídas deste combustível, nas operações interestaduais.

Em resposta, a Assessoria Jurídica se manifestou (fls. 4 a 6) pela possibilidade da lavratura do Auto de Infração, com suspensão dos atos executórios, até a decisão definitiva do processo judicial, pois a medida de liminar em Mandado de Segurança não suspende prazo decadencial, e sim prescricional.

Assim, foi lavrado o Auto de infração em epígrafe, e devidamente cientificado o sujeito passivo por via postal, com Aviso de Recebimento recepcionado em 30/12/2016, fl. 18.

A empresa autuada apresentou Reclamação tempestiva, fls. 20 a 35, protocolada em 26/1/2017, fl. 19, com anexos às fls. 36 a 104, em que traz, em breve síntese, os seguintes pontos em sua defesa:

- Alega que foi declarada pelo STF a inconstitucionalidade a cobrança de estorno de crédito do ICMS referente ao AEAC e B100 de que tratam os parágrafos 10 e 11 da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio ICMS 110/2007;

- Defende que o auto de infração foi lavrado após a publicação do Acórdão de inconstitucionalidade do STF, não sendo possível que uma nova relação jurídica seja constituída por um lançamento realizado em momento posterior

à Declaração de inconstitucionalidade e que a autuada já estava discutindo judicialmente a exigência do estorno de crédito do ICMS através de Mandado de Segurança;

- Que o auto de infração é nulo, pois, foi concedida à empresa liminar no sentido de que não fosse compelida ao recolhimento de estorno de crédito em comento, não cabendo a lavratura do auto de infração conforme entendimento do STJ;

- Defende a impossibilidade de recolhimento de estorno de crédito, já que o contribuinte não se creditou pelo fato do imposto não está destacado na nota fiscal, em razão do diferimento da tributação em etapa subsequente;

- ao final, clama pela nulidade ou improcedência da autuação pelos motivos expostos.

Com informações de ausência de antecedente fiscais, fl. 105, foram os autos conclusos, e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos à julgadora fiscal Rosely Tavares de Arruda, que após apreciação e análise, decidiu pela procedência da autuação, proferindo a seguinte ementa:

**NULIDADE REJEITADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. PREVISÃO LEGAL. INCONSTITUCIONALIDADE DIFERIDA. ART. 151 DO CTN. SUSPENSÃO APENAS DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. POSSIBILIDADE DE O FISCO PROMOVER O LANÇAMENTO. PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA DE SEU DIREITO DE LANÇAR.**

Os contribuintes que efetuarem operações interestaduais com os produtos resultantes da mistura de gasolina com AEAC ou da mistura de óleo diesel com B100, deverão efetuar o estorno do crédito do imposto correspondente ao volume de AEAC ou B100 contido na mistura. *In casu*, o contribuinte não apresentou alegações ou provas capazes de desconstituir o feito fiscal.

Declaração de inconstitucionalidade dos §§ 10 e 11 da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio ICMS 110 de 28 de setembro de 2007, com modulação dos efeitos seis meses

após a publicação do acórdão, permitindo que a norma declarada inconstitucional produzisse seus efeitos jurídicos até a data de 21/02/2016.

As hipóteses do artigo 151 do CTN suspendem tão somente o prazo prescricional, impedindo a Fazenda de praticar qualquer ato de cobrança do crédito, entretanto, não impossibilitando a sua regular constituição, nos termos do artigo 142 do CTN, prevenindo-se a decadência do direito de lançar.

**AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE**

Regularmente cientificados da decisão *a quo*, por meio de DTe (fl. 115), em 25/10/2019, a empresa autuada compareceu aos autos para apresentar recurso voluntário, e protocolado em 22/11/2019, fls. 117 a 133, trazendo à baila, em síntese, as seguintes razões, após uma breve explanação dos fatos:

- esclarece, da mesma forma que na sua Impugnação, que foi declarada inconstitucional a cobrança do estorno de crédito do ICMS referente ao AEAC e B100, de que tratam os parágrafos 10 e 11 da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio ICMS 110/2007, por meio da ADIN nº 4171-DF;

- alega que a autuada já estava tratando judicialmente a exigência do estorno de crédito do ICMS, por meio do Mandado de Segurança, tombado sob o nº 0116934-33.2012.8.15.0000, não havendo o que se falar em aplicação dos efeitos modulatórios, pois já estava sendo discutido a inconstitucionalidade dos parágrafos 10 e 11, da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio ICMS nº 110/2007;

- que a modulação dos efeitos aplicado pelo STF na declaração de inconstitucionalidade ora em questão, não poderia ser aplicada às empresas que já estavam questionando o caso em juízo, nos termos do art. 102, §2º, da CF/88;

- que em 8/8/2012 foi concedida medida liminar em favor da empresa autuada, por meio de mandado de Segurança;

- que o Auto de Infração foi lavrado após a publicação do acórdão de inconstitucionalidade, o que torna nula a autuação;

- que o contribuinte não se credita do ICMS recolhido, já que não há pagamento direto por ela, simplesmente informa a refinaria as vendas interestaduais, para o repasse;

- considerando que o ICMS diferido já fora suportado pelo substituto, sendo recolhido mediante repasse pela refinaria, a determinação de um novo recolhimento implica bitributação não autorizada;

- reiterando os termos de sua Impugnação, requer a improcedência da autuação.

Seguindo o trâmite processual, foram os autos remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, e distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

## VOTO

Trata-se de recurso voluntário, interposto contra decisão de primeira instância que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002451/2016-94, lavrado em 29/11/2016, fl. 3, contra a empresa TOTAL DISTRIBUIDORA S/A., devidamente qualificada nos autos.

### DA TEMPESTIVIDADE

Importa, inicialmente, declarar que o recurso voluntário apresentado atende ao pressuposto extrínseco da tempestividade, haja vista ter sido protocolado dentro do prazo previsto no art. 77 da Lei nº 10.094/13.

### DA PRELIMINAR

Antes da análise do mérito da contenda, determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do Auto de Infração infracional.

Vislumbro que o libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, bem como a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, nos termos dos artigos 14 a 17 da lei nº 10.094/13, em conformidade com a análise feita pela instância prima.

Quanto a nulidade da autuação, reivindicada pela autuada, no sentido de que não haveria o que se falar em aplicação dos efeitos modulatórios, tendo em vista que estava sendo discutida a inconstitucionalidade dos parágrafos 10 e 11, da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio ICMS nº 110/2007, não prospera.

Como veremos adiante, a autuação foi com base na transgressão aos parágrafos 10 e 11, da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio ICMS nº 110/2007, identificada nos períodos de novembro e dezembro de 2012, conforme relatórios da fiscalização às fls. 4 a 6.

Tais dispositivos normativos foram declarados inconstitucionais, por meio de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 4171, porém, com modulação dos efeitos para seis meses após a publicação do respectivo Acórdão, publicado em 21/8/2015.

É cediço que a modulação dos efeitos significa a possibilidade de se restringir a eficácia temporal das decisões do STF em controle de constitucionalidade nas ações que ali cheguem, de modo a terem efeitos exclusivamente para o futuro.

Com efeito, a própria decisão judicial quanto a ação do Mandado de Segurança nº 0116934-33.2012.8.15.0000, impetrado pela recorrente, que a concedeu parcialmente, resguardou a segurança jurídica estabelecida na citada decisão da ADIN nº 4171, com a correspondente modulação, e determinou que a decisão passaria a surtir efeitos a partir de 21/2/2016, ou seja, seis meses contados da publicação do Acórdão. Portanto, o lançamento se reportou à data da ocorrência dos fatos geradores, em que a norma questionada pela recorrente se encontrava em pleno vigor, sendo o ato administrativo perfeitamente legítimo, nos termos do art. 144 do CTN<sup>1</sup>.

Destarte, para o caso em tela os fatos geradores ocorridos até 20/2/2016 são perfeitamente passíveis de autuação, e sendo os objetos da presente autuação ocorrido em novembro e dezembro de 2012, não há razão para nulidade pretendida pela recorrente, de forma que considero legítimo o lançamento de ofício ora em discussão.

É de bom alvitre esclarecer que a medida liminar concedida em 8/8/2012 em favor da empresa autuada, mencionada pela recorrente, foi para não compelir o contribuinte ao recolhimento do estorno do crédito inerente ao Álcool Anidro, nas saídas interestaduais da gasolina C, não lhe sendo vedado o lançamento do crédito tributário, com a suspensão dos atos executórios até a decisão definitiva do mandamus, nos termos do art. 151 do CTN, visando prevenir a decadência tributária.

Assim, rejeito o pedido de nulidade, reivindicado pela recorrente e passo, então, a comentar sobre o mérito da autuação.

## DO MÉRITO

<sup>1</sup> CTN

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Conforme acima relatado, foi detectado falta de recolhimento do ICMS nos períodos de novembro e dezembro de 2012, conforme relatório fiscal de apuração juntado à fl. 4, referente à falta de estorno do crédito do imposto do álcool anidro nas saídas interestaduais de Gasolina C (mistura de Gasolina A + AEAC), infringindo a determinação dos Parágrafos 10 e 11, do artigo 21 do Decreto nº 29.537/2008, que acompanhou os ditames do aludido Convênio ICMS nº 110/07, que abaixo reproduzo, com a redação vigente à época dos fatos geradores:

Art. 21. Nas operações internas ou interestaduais com AEAC ou com B100, quando destinado à distribuidora de combustíveis, fica concedido o diferimento do imposto para o momento em que ocorrer a saída da gasolina resultante da mistura com AEAC ou a saída do óleo diesel resultante da mistura com B100 promovida pela distribuidora de combustíveis, observado o disposto no § 2º (Convênio ICMS 136/08).

(...)

§ 10. Os contribuintes que efetuarem operações interestaduais com os produtos resultante da mistura de gasolina com AEAC ou da mistura de óleo diesel com B100, deverão efetuar o estorno do crédito do imposto correspondente ao volume de AEAC ou B100 contido na mistura.

§ 11 O estorno a que se refere o § 10 far-se-á pelo recolhimento do valor correspondente ao ICMS diferido que será apurado com base no valor unitário médio e na alíquota média ponderada das entradas de AEAC ou de B100 ocorridas no mês, observado o § 6º do art. 25.

Nas razões de seu recurso, o sujeito passivo, além de alegar a questão da inconstitucionalidade dos referidos dispositivos normativos, inerentes ao Convênio ICMS nº 110/07, acima já comentado, argumenta que não se credita do ICMS recolhido, já que não há pagamento direto por ela, e simplesmente informa a refinaria as vendas interestaduais, para o repasse, e que a determinação de um novo recolhimento implicaria em um *bis in idem*.

Contudo, há um fato que precede ao julgamento desta matéria por esta via administrativa, pois a discussão se mostraria infértil, já que foi objeto da ação do Mandado de Segurança, tombado sob o nº 0116934-33.2012.8.15.0000, e veiculada no Auto de Infração em epígrafe.

Com efeito, a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial, seja antes ou depois da inicial, com o mesmo objeto do processo administrativo, não pode ser matéria de discussão no administrativo, não havendo como ser apreciado a matéria de mérito apresentada no recurso voluntário, conforme estabelece o art. 54, §2º, da Lei nº 10.094/2013 (Lei do PAT). Vejamos:

**Art. 54.** O Processo Administrativo Tributário contencioso desenvolve-se, ordinariamente, em duas instâncias, para apreciação e julgamento das questões surgidas entre os contribuintes e a Fazenda Estadual, relativamente à interpretação e à aplicação da legislação tributária.

§ 1º A instância administrativa começa com apresentação da impugnação e termina com o pagamento, total ou parcial, no que tange à parte correspondente a decisão definitiva ou a propositura, pelo contribuinte, contra a Fazenda Pública da Paraíba, de ação judicial sobre o mesmo objeto.

*§ 2º Para efeito do § 1º deste artigo, 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.*

No caso em tela, a recorrente impetrou um Mandado de Segurança por meio do Processo nº 0116934-33.2012.8.15.0000, conforme acima mencionado, no sentido de que fosse reconhecida a ilegalidade do estorno de crédito do Álcool Anidro, atualmente designado Etanol Anidro Carburante, bem como que não seja compelida, a parte impetrante, ao seu recolhimento, dada a inexistência de crédito na operação de aquisição desses produtos em face ao diferimento do ICMS e à inclusão desse imposto no cálculo do ICMS-ST referente às operações subsequentes de circulação de gasolina C.

Assim, deve-se seguir os trâmites do presente processo na via administrativa normalmente, porém, na impossibilidade de análise do mérito postó no recurso voluntário, diante de sua renúncia tácita, em conformidade com o art. 54, §2º, da Lei nº 10.094/2013, supracitado.

Como enriquecimento deste entendimento, cito o Parecer Normativo do COSIT, Coordenador-Geral do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal, cuja ementa abaixo transcrevo:

**PARECER NORMATIVO COSIT Nº 7, DE 22 DE AGOSTO DE 2014**

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

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 insuscetível de retratação.

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

Vejamos algumas decisões judiciais também no mesmo seguimento:

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA.

SÚMULA 284/STF. IDENTIDADE DE OBJETO. ANÁLISE DAS QUESTÕES FÁTICAS QUE ENVOLVEM A LIDE. SÚMULA 7/STJ. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

QUESTIONAMENTO DA QUESTÃO NA VIA JUDICIAL. RENÚNCIA DE RECORRER NA ESFERA ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. A alegação genérica de violação do art. 535 do Código de Processo Civil, sem explicitar os pontos em que teria sido omissa o acórdão recorrido, atrai a aplicação do disposto na Súmula 284/STF.

2. O Tribunal a quo, no caso dos autos, deixou expressamente consignado "o pedido principal por ela deduzido no âmbito da Ação Ordinária nº 5009981-18.2012.404.7107 inegavelmente trata do mesmo objeto em discussão no processo administrativo nº 11020.720.069/2007-16". Portanto, não há como aferir eventual violação dos dispositivos infraconstitucionais alegados sem que se abram as provas ao reexame, o que é vedado pela Súmula 7 STJ.

3. **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece que "a propositura, pelo contribuinte, de mandado de segurança, ação de repetição do indébito, ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto** (art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei n. 1.737/59 e parágrafo único do art. 38 da Lei n. 6.830/80)" (REsp 1.294.946/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28.8.2012, DJe 3.9.2012).

Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1490614/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 09/03/2015) (*grifo nosso*)

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA - EXCLUSÃO DE REGISTRO DO CADIN - MANDADO DE SEGURANÇA AJUIZADO - IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA CONCOMITANTE - ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEF - SUFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

1. Inexiste omissão em acórdão que se pronuncia sobre as questões jurídicas debatidas no curso do processo.

2. **O art. 38, parágrafo único da Lei 6.830/80 impõe a renúncia à instância administrativa pelo ajuizamento de ação na esfera judicial, de modo que a causa de suspensão da exigibilidade motivada pela impugnação administrativa deixa de existir, sendo inviável a concessão de certidão de regularidade fiscal** (cf. art. 206 do CTN) e a retirada do nome do devedor do CADIN.

3. Recurso especial provido.

(REsp 1161823/CE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 22/06/2010) (*grifo nosso*)

Portanto, ao impetrar ação judicial com mesmo objeto da discussão pela via administrativa, houve a carência do interesse processual por esta, de forma que a lei prevê a renúncia tácita da recorrente ao recurso administrativo interposto.

### DA MULTA POR INFRAÇÃO

Conforme as considerações acima, na análise da preliminar, o lançamento do crédito tributário foi realizado com a suspensão dos atos executórios, até a decisão definitiva da aludida ação de Mandado de Segurança, visando prevenir a decadência tributária, nos termos do art. 151, V, do CTN.

No entanto, em relação a multa por infração lançada, esta não deve prevalecer, em atenção ao que prescreve o artigo 54-A, §2º, da Lei nº 10.094/13, que determina, de forma expressa, que não caberá imposição de multa por infração nos casos de suspensão de exigibilidade do crédito tributário anteriores ao início de qualquer procedimento fiscal, que foi o caso em questão. Senão vejamos:

**Art. 54 - A.** Durante a vigência de medida judicial que determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário poderá ser instaurado procedimento fiscal contra o contribuinte destinado a prevenir a decadência, salvo no caso em que a própria medida judicial expressamente impedir a constituição do crédito tributário.

§ 1º Considera-se medida judicial com força para suspender a exigibilidade do crédito tributário:

I - a concessão de medida liminar em mandado de segurança;

II - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial.

**§ 2º Para efeitos do disposto no “caput” deste artigo, não caberá multa por infração aos casos em que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento fiscal a ele relativo. (g.n.)**

Portanto, devem ser afastadas as multas, por infração, propostas na peça vestibular, alterando, de ofício, o valor do crédito tributário inicialmente lançado, de acordo com o quadro resumo abaixo:

INFRAÇÃO	PERÍODO		ICMS	MULTA	TOTAL
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS.	01/11/2012	30/11/2012	2.147,12	-	2.147,12
	01/12/2012	31/12/2012	4.969,62	-	4.969,62
CRÉDITO TRIBUTÁRIO			7.116,74	-	7.116,74

Por todo exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, reformando, de ofício, a decisão monocrática, e julgar *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002451/2016-94, lavrado em 29 de novembro de 2016, contra a empresa TOTAL DISTRIBUIDORA S/A. (CCICMS: 16.174.192-4), nos autos qualificada, declarando devido o crédito tributário no montante de R\$ 7.116,74 (sete mil, cento e dezesseis reais e setenta e quatro centavos), correspondente ao valor do ICMS, por infringência ao art. 106 do RICMS/PB, art. 21, §§ 10 e 11 do Decreto nº 29.537/2008.

Ao tempo em que cancelo, por indevido, o valor de R\$ 3.558,37 (três mil, quinhentos e cinquenta e oito reais e trinta e sete centavos), correspondente às multas por infração.

Intimações necessárias na forma regulamentar.

Tribunal Pleno. Sessão realizada por meio de videoconferência, em 14 de dezembro de 2021.

PETRONIO RODRIGUES LIMA  
Conselheiro Relator

