



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0035233-19.2017.4.03.9999/SP

2017.03.99.035233-8/SP

D.E.

Publicado em 05/03/2018

RELATORA : Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA
 APELANTE : BORFLEX IND/ E COM/ DE ARTEFATOS DE BORRACHA
 : LTDA
 ADVOGADO : SP317424 TAÍSA SILVA REQUE
 : SP208576A ROBSON MAIA LINS
 APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
 PROCURADOR : SP000006 MARGARETH ANNE LEISTER E MARIA DA
 : CONCEICAO MARANHÃO PFEIFFER
 APELADO(A) : OS MESMOS
 No. ORIG. : 30010845020138260318 A Vr LEME/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITOS DECLARADOS EM DCTF. PERD/COMP'S. AUDITORIA PARA A VERIFICAÇÃO DOS CRÉDITOS DE IPI. INEXISTÊNCIA. AUTO DE INFRAÇÃO. APLICAÇÃO DE MULTA ISOLADA. PREVISÃO LEGAL. CONFISCO. INOCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MITIGAÇÃO. EQUIDADE.

1. Resta prejudicado o pedido de suspensão dos presentes embargos até o julgamento do RE 796.939/RS, com repercussão geral, pois a multa em questão foi aplicada com fulcro no art. 18 da Lei nº 10.833/03, com a redação dada pela Lei nº 11.051/04 e não com fulcro nos §§ 15 e 17, do art. 74, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 12.249/10.
2. Não merece guarida a alegação de inclusão de parte dos débitos executados no parcelamento da Lei nº 11.941/09, porquanto os pedidos de parcelamento foram rejeitados na consolidação ou rescindidos, sendo que os extratos das inscrições em dívida ativa demonstram que todas estão ativas ajuizadas (fls. 786/804).
3. De acordo com a CDA acostada aos autos (fls. 50/79), os débitos foram declarados pelo contribuinte, o que dispensa a constituição formal do crédito pelo Fisco, possibilitando, em caso de não pagamento do tributo, a sua imediata exigibilidade com a inscrição do *quantum* em dívida ativa, e subsequente ajuizamento da execução fiscal.
4. Outrossim, houve a lavratura de auto de infração para a constituição de multas isoladas, por atraso na entrega de arquivo magnético, equivalente a 0,02% por dia de atraso, com fulcro nos arts. 11 e 12, III, da Lei nº 8.218/91, com a redação dada pelo art. 72 da MP 2.158-34/01, bem como por compensação indevida efetuada mediante PER/DCOMP, no percentual de 75%, com esteio no art. 18 da Lei nº 10.833/03, com a redação dada pela Lei nº 11.051/04.
5. De acordo com o Termo de Constatação Fiscal anexo ao auto de infração (fls. 262/266), foi realizada auditoria fiscal na empresa embargante para a verificação da legitimidade dos créditos básicos que originaram os créditos de IPI pleiteados mediante PERDCOMP.
6. O embargante, intimado a apresentar arquivos digitais até o dia 13/04/2010, atrasou em 30 dias a entrega, além de não ter apresentado os arquivos relativos ao período de janeiro a setembro/2008.
7. Ao final, o Sr. Auditor Fiscal constatou que o contribuinte se creditou indevidamente de valores de IPI relativamente às notas fiscais provenientes de aquisições de materiais de fornecedores optantes

pelo Simples, não se tratando de simples hipótese de não homologação de compensação, como faz crer a apelante.

8. Com efeito, a aquisição de produtos de estabelecimentos optantes pelo Simples não dá ensejo ao creditamento do imposto, por expressa vedação legal, a teor do art. 166 do RIPI/02, aprovado pelo Decreto nº 4.544/02. Precedentes.

9. Restou comprovado, outrossim, que a embargante foi notificada da lavratura do auto de infração, via AR, em 29/05/2010, facultando-lhe a impugnação, no prazo de 30 dias, nos termos dos arts. 5º, 15, 16 e 17 do Decreto nº 70.235/72, sem que se possa arguir ausência de constituição do crédito ou violação aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal.

10. A multa isolada aplicada em decorrência das restituições/compensações indevidas incidiu à alíquota de 75% e não 150% como afirma a apelante. A cobrança de acréscimo regularmente previsto em lei não caracteriza confisco. Confiscatório é o tributo quando torna impossível a manutenção da propriedade, não se tratando de adjetivo aplicável aos consectários do débito.

11. O encargo de 20% (vinte por cento) previsto no art. 1º do Decreto-Lei n.º 1.025/69 e legislação posterior, é devido nas execuções fiscais promovidas pela União Federal, destinando-se a custear as despesas com a cobrança judicial de sua Dívida Ativa, bem como a substituir a condenação da embargante em honorários advocatícios, se os embargos forem julgados improcedentes.

12. Nada obstante, o r. juízo *a quo* condenou a embargante em verba honorária, sem que tenha havido pedido de sua exclusão nas razões de apelação da embargante.

13. Considerando que o ajuizamento dos presentes embargos à execução fiscal ocorreu na vigência do Código de Processo Civil de 1973, redução de forma equitativa, ao montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com fulcro no art. 20, § 4º do CPC, tendo em vista o valor da causa, aliado ao fato da baixa complexidade da demanda, que não exigiu maior tempo de serviço do patrono fazendário, inclusive por tratar de matéria exclusivamente de direito.

14. Apelação da embargante parcialmente provida. Apelação da União Federal improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação da embargante e negar provimento à apelação da União Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2018.

Consuelo Yoshida
Desembargadora Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA:10040
Nº de Série do Certificado: 11DE180220465C89
Data e Hora: 23/02/2018 14:31:42

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0035233-19.2017.4.03.9999/SP

2017.03.99.035233-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA
APELANTE : BORFLEX IND/ E COM/ DE ARTEFATOS DE BORRACHA LTDA
ADVOGADO : SP317424 TAÍSA SILVA REQUE
: SP208576A ROBSON MAIA LINS
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

PROCURADOR : SP000006 MARGARETH ANNE LEISTER E MARIA DA CONCEICAO
: MARANHAO PFEIFFER
APELADO(A) : OS MESMOS
No. ORIG. : 30010845020138260318 A Vr LEME/SP

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA (RELATORA).

Trata-se de apelações em embargos à execução fiscal através dos quais a embargante alega, em síntese, a nulidade da CDA diante da falta de liquidez e certeza do título, além da violação aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal. No mérito, insurge-se contra a aplicação das multas pela não apresentação de documentos fiscais, com fulcro nos arts. 11 e 12 da Lei nº 8.218/91 e pela não homologação das compensações realizadas, com esteio no art. 18 da Lei nº 10.833/03.

O r. juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, condenando o embargante em honorários advocatícios fixados em R\$ 225.000,00, nos termos do art. 85, § 3º, III, do CPC.

Apelou a embargante para pleitear a reforma da r. sentença, com o fim de reconhecer a nulidade do título executivo que fundamenta a execução, invertendo-se a verba de sucumbência. Subsidiariamente, requer a mitigação de sua condenação em honorários advocatícios.

Apelou também a União Federal para pleitear a condenação da embargante em honorários advocatícios no importe de 10% a 20% sobre o valor da causa, nos termos do art. 20, § 3º do CPC/73.

Com as contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

**Consuelo Yoshida
Desembargadora Federal**

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA:10040
Nº de Série do Certificado: 11DE180220465C89
Data e Hora: 23/02/2018 14:31:36

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0035233-19.2017.4.03.9999/SP 2017.03.99.035233-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA
APELANTE : BORFLEX IND/ E COM/ DE ARTEFATOS DE BORRACHA LTDA
ADVOGADO : SP317424 TAÍSA SILVA REQUE
: SP208576A ROBSON MAIA LINS
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
PROCURADOR : SP000006 MARGARETH ANNE LEISTER E MARIA DA CONCEICAO
: MARANHAO PFEIFFER

APELADO(A) : OS MESMOS
No. ORIG. : 30010845020138260318 A Vr LEME/SP

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA (RELATORA):

Em um primeiro momento, resta prejudicado o pedido de suspensão dos presentes embargos até o julgamento do RE 796.939/RS, com repercussão geral, pois a multa em questão foi aplicada com fulcro no art. 18 da Lei nº 10.833/03, com a redação dada pela Lei nº 11.051/04 e não com fulcro nos §§ 15 e 17, do art. 74, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 12.249/10.

Por outro lado, não merece guarida a alegação de inclusão de parte dos débitos executados no parcelamento da Lei nº 11.941/09, porquanto os pedidos de parcelamento foram rejeitados na consolidação ou rescindidos, sendo que os extratos das inscrições em dívida ativa demonstram que todas estão ativas ajuizadas (fls. 786/804).

Passo, assim, à análise do mérito.

De acordo com a CDA acostada aos autos (fls. 50/79), os débitos foram declarados pelo contribuinte, o que dispensa a constituição formal do crédito pelo Fisco, possibilitando, em caso de não pagamento do tributo, a sua imediata exigibilidade com a inscrição do *quantum* em dívida ativa, e subseqüente ajuizamento da execução fiscal.

Este entendimento culminou na edição da Súmula n.º 436 do STJ: *A entrega da declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco.*

Outrossim, houve a lavratura de auto de infração para a constituição de multas isoladas, por atraso na entrega de arquivo magnético, equivalente a 0,02% por dia de atraso, com fulcro nos arts. 11 e 12, III, da Lei nº 8.218/91, com a redação dada pelo art. 72 da MP 2.158-34/01, bem como por compensação indevida efetuada mediante PER/DCOMP, no percentual de 75%, com esteio no art. 18 da Lei nº 10.833/03, com a redação dada pela Lei nº 11.051/04.

De acordo com o Termo de Constatação Fiscal anexo ao auto de infração (fls. 262/266), foi realizada auditoria fiscal na empresa embargante para a verificação da legitimidade dos créditos básicos que originaram os créditos de IPI pleiteados mediante PERDCOMP.

O embargante, intimado a apresentar arquivos digitais até o dia 13/04/2010, atrasou em 30 dias a entrega, além de não ter apresentado os arquivos relativos ao período de janeiro a setembro/2008.

Ao final, o Sr. Auditor Fiscal constatou que o contribuinte se utilizou indevidamente de valores de IPI relativamente às notas fiscais provenientes de aquisições de materiais de fornecedores optantes pelo Simples, não se tratando de simples hipótese de não homologação de compensação, como faz crer a apelante.

Com efeito, a aquisição de produtos de estabelecimentos optantes pelo Simples não dá ensejo ao creditamento do imposto, por expressa vedação legal, a teor do art. 166 do RIPI/02, aprovado pelo Decreto nº 4.544/02:

Art. 166. As aquisições de produtos de estabelecimentos optantes pelo SIMPLES, de que trata o art. 117, não ensejarão aos adquirentes direito a fruição de crédito de MP, PI e ME (Lei nº 9.317, de 1996, art. 5º, § 5º).

Nesse sentido, trago à colação julgados do STJ e desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CREDITAMENTO DE IPI. EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DESTA TRIBUNAL. 1. "As empresas optantes pelo SIMPLES não têm direito ao creditamento do IPI decorrente da utilização de insumos isentos ou tributados à alíquota zero, porquanto, ao aderirem ao sistema de tributação diferenciado, efetuam o pagamento unificado do IPI cumulado com outros impostos, por alíquota fixa sobre a receita bruta mensal, e não sobre os produtos vendidos. Inteligência do art. 5º, § 5º, da Lei 9.317/96." (AgRg no Ag 940.698/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 1/6/2009). 2. De igual modo: AgRg no REsp 986.560/PR, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 11/5/2009, AgRg no REsp 1.066.597/PR, Rel. Min. Falcão, DJ de 29/1/2008. 3. Agravo regimental não provido.

(STJ, 1ª Turma, Min. Rel. Benedito Gonçalves, AGA 1171321, j. 23/03/10, DJE 09/04/10)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DO ART. 557, PARÁGRAFO 1º, DO CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. CREDITAMENTO DE IPI. EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES. LEI Nº 9.317/1996. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

II. A Lei nº 9.317/96 expressamente veda a apropriação ou a transferência de créditos relativos ao IPI para as empresas optantes pelo SIMPLES. III. A imposição é legítima, pois ao optarem pelo tratamento diferenciado conferido pelo SIMPLES as empresas devem, para fazer jus ao benefício legal, sujeitar-se às restrições impostas por tal sistema, pois a adesão é facultativa. IV. Agravo desprovido.

(TRF3, 4ª Turma, Des. Fed. Rel. Alda Bastos, AMS 258324, j. 09/04/15, e-DJF3 29/04/15)

Desta forma, restou apurado que o embargante se utilizou de saldos credores inexistentes, durante todo o período de janeiro/2004 a setembro/2008, para compensar outros débitos de tributos federais.

Restou comprovado, outrossim, que a embargante foi notificada da lavratura do auto de infração, via AR, em 29/05/2010, facultando-lhe a impugnação, no prazo de 30 dias, nos termos dos arts. 5º, 15, 16 e 17 do Decreto nº 70.235/72, sem que se possa arguir ausência de constituição do crédito ou violação aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal.

A multa isolada aplicada em decorrência das restituições/compensações indevidas incidiu à alíquota de 75% e não 150% como afirma a apelante.

A cobrança de acréscimo regularmente previsto em lei não caracteriza confisco. Confiscatório é o tributo quando torna impossível a manutenção da propriedade, não se tratando de adjetivo aplicável aos consectários do débito.

Nesse sentido já julgou esta Corte:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. IRPJ. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. DIREITO INDIVIDUAL NÃO ABSOLUTO. NECESSIDADE DE DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO ATRAVÉS DE AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA PUNITIVA DE 150%. INFRAÇÃO SUBJETIVA. SONEGAÇÃO, FRAUDE OU CONLUÍO. RAZOABILIDADE. CORREÇÃO DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

(...)

12. Em relação aos acréscimos, a multa qualificada foi aplicada "por estar evidente o intuito de fraude, prevista no inciso II do art. 957, do RIR/99" (Termo de Verificação Fiscal). 13. Não se descaracteriza a infração com o argumento de que constou da contabilidade da empresa o pagamento efetuado, pois a falta de declaração da operação sujeita à tributação, com ocultação do beneficiário, especialmente dadas as circunstâncias relativas ao valor envolvido e destinatário, este titular de conta CC5, revelou intuito de fraude, voltado a obstruir a apuração de vinculação dos recursos a práticas ilegais de lesão ao interesse fiscal. É claro, pois, que não se trata de substituir a sanção imposta por multa moratória, que pune mero atraso no cumprimento de obrigação tributária, pois a conduta que se praticou, consistente em participar ou viabilizar fraude contra interesse fiscal, é passível de multa punitiva, que se justifica pela necessidade de mais adequada reprimenda pela lesividade da conduta

em detrimento do interesse público. 14. A propósito da validade da multa aplicada, em casos que tais, tem decidido a jurisprudência, inclusive desta Corte, que "o percentual de 150% a título de multa, nos casos de sonegação, fraude ou conluio é razoável, justamente porque se dirige a reprimir condutas evidentemente contrárias não apenas aos interesses fiscais, mas aos interesses de toda a sociedade" (ARGINC 200572060010701, Rel. Des. Fed. JOEL ILAN PACIORNIK, D.E. 14/09/2009). 15. Também infundada a alegação de que a multa punitiva não pode ser acrescida de juros de mora na cobrança executiva. Firme, em sentido contrário à pretensão, dada a própria natureza jurídica distinta dos encargos. 16. Finalmente, improcedente a tese de que não se aplica, em razão da Súmula 168/TFR, a verba honorária no presente feito. Assim porque não se cuida de embargos à execução fiscal, mas de ação anulatória, que não substitui nem se confunde com a defesa incidental, sujeita a prazo de oposição e outros requisitos específicos de admissibilidade, inclusive a prévia e integral garantia do Juízo, daí porque impertinente conceber uma coisa como sendo a outra, especialmente para efeito de aplicação de enunciado sumular que se refere, expressa e literalmente, aos embargos do devedor. 17. Agravo inominado desprovido.
(TRF3, 3ª Turma, Des. Fed. Rel. Carlos Muta, AC 1764711, j. 16/07/15, DJF3 23/07/15)

Passo à análise da verba honorária.

De início, esclareço que o encargo de 20% (vinte por cento), previsto no art. 1º do Decreto-Lei n.º 1.025/69 e legislação posterior, é devido nas execuções fiscais promovidas pela União Federal, destinando-se a custear as despesas com a cobrança judicial de sua Dívida Ativa, bem como a substituir a condenação da embargante em honorários advocatícios, se os embargos forem julgados improcedentes.

A questão já restou consolidada pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, através da Súmula n.º 168:

O encargo de 20% do Decreto-Lei 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios.

Nada obstante, o r. juízo *a quo* condenou a embargante em verba honorária, sem que tenha havido pedido de sua exclusão nas razões de apelação da embargante, mas apenas pedido de minoração da mesma.

Considerando que o ajuizamento dos presentes embargos à execução fiscal ocorreu na vigência do Código de Processo Civil de 1973, reduzo-a de forma equitativa, ao montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com fulcro no art. 20, § 4º do CPC, tendo em vista o valor da causa, aliado ao fato da baixa complexidade da demanda, que não exigiu maior tempo de serviço do patrono fazendário, inclusive por tratar de matéria exclusivamente de direito.

Em face de todo o exposto, **dou parcial provimento à apelação da embargante**, apenas para reduzir a verba honorária e **nego provimento à apelação da União Federal**.

É como voto.

Consuelo Yoshida
Desembargadora Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP n.º 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA:10040

Nº de Série do Certificado: 11DE180220465C89

Data e Hora: 23/02/2018 14:31:39
