

Sentença 03942

EMBALADA S/A, pessoa jurídica de direito privado, com domicílio n Rua das Oliveiras, em São Paulo, opôs os presentes embargos à execução fiscal que lhe moveu a União Federal, fundado o pleito de cobrança em certidão de dívida ativa gerada a partir de auto de infração lavrado em 25/06/2016, por recolhimento insuficiente de Cofins, nos meses de janeiro a dezembro do ano-calendário de 2011. O recolhimento a menor decorreu do fato de a embargante ter descontado créditos indevidos no cálculo da contribuição. A fiscalização desconsiderou parte dos créditos aproveitados pelo embargante no período, recalculou o montante mensalmente devido e cobrou a diferença entre o devido e o recolhido, com os acréscimos legais.

A demanda executiva foi aforada em 14/08/2017 e a citação da executada/embargante se consumou, por via postal, em 13/09/2017, com juntada aos autos no dia 20/09/2017. Nas mesmas datas, consumou-se a citação de Pedro de Toledo e de Oscar Porto, respectivamente diretor presidente e diretor financeiro da executada/embargante, que foram incluídos na certidão da dívida ativa como devedores solidários do débito fiscal constituído em nome da pessoa jurídica. Registre-se que os dois diretores foram eleitos para integrar a diretoria da empresa em abril de 2010 e exercem o cargo até hoje.

A embargante nomeou à penhora bem imóvel de propriedade de EMBOSCADA LTDA, empresa controlada pela embargante e, portanto, integrante do mesmo grupo econômico. Consta dos autos anuência expressa da empresa para a penhora. A nomeação foi impugnada pela exequente/e, bargada, sob o argumento de que o bem pertenceria a terceiro, que estaria situado em foro diverso daquele perante o qual tramita e execução. Além disso, foi também sustentado que o valor de mercado estimado seria insuficiente para a garantia da obrigação exigida.

Acolhida a impugnação por decisão irrecorrida, consumou-se a penhora de dinheiro, por meio de sistema eletrônico, tendo a constrição atingido depósitos e/ou aplicações financeiras de titularidade da embargante, da pessoa jurídica proprietária do imóvel nomeado à penhora e também de ambas as pessoas físicas já indicadas.

Em 30/11/2017 foram apresentados os embargos à execução, exclusivamente pela devedora EMBALADA S/A.

Alega a embargante ser empresa industrial que atua há mais de trinta e cinco anos no ramo de fabricação de embalagens metálicas para acondicionamento de tintas látex, vendidas para a construção civil, cujos tamanhos variam de dez a vinte e cinco litros. Afirmo a embargante ter um corpo funcional com duzentos e cinquenta colaboradores e reconhece ser contribuinte de imposto de renda da pessoa jurídica e da contribuição social sobre o lucro pelo regime do lucro real: assim como da contribuição de financiamento da seguridade social (Cofins) pelo regime da não cumulatividade.

Segundo relata a embargante, foram glosados pela fiscalização créditos relativos aos seguintes bens e serviços que a demandante considerou como insumos da fabricação das latas: material de embalagem, equipamentos de proteção dos funcionários que trabalham no corte das folhas de flandres, despesas de manutenção das máquinas de pintura dos rótulos das latas e despesas com a remuneração da empresa de segurança do seu escritórios administrativo.

Acresce a embargante ter apresentado impugnação e recurso voluntário no processo administrativo instaurado, mas observa que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF acabou por manter integralmente o auto de infração, com a exigência dos tributos devidos acrescidos de juros e da multa de lançamento de ofício de 75% (setenta e cinco por cento) em decisão definitiva datada de 30/05/2017.

Preliminarmente, alega a embargante que Pedro de Toledo e Oscar Porto são partes ilegítimas para figurar no polo passivo da execução, vez que não poderiam ser considerados devedores solidários, diante da inexistência de atos praticados com excesso de poderes, ou com infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto; e que, desta forma, tais pessoas devem ser sumariamente excluídas da relação processual.

Ainda em preliminar alega a embargante que a nomeação à penhora do bem imóvel que fizera deveria ter sido aceita na medida em que fora juntada aos autos concordância expressa do proprietário do bem nesse sentido. Seria, portanto, incoerente recusar o imóvel do terceiro, mas determinar a constrição de dinheiro do mesmo terceiro. Argumenta também que eventual insuficiência do valor só poderia ser adequadamente apurada em oportuna avaliação, em regular contraditório. Por isso, a embargante insiste em que a constrição recaia sobre o imóvel.

Ainda em preliminar, embora em caráter eventual, sustenta a embargante que, excluída a oferta espontânea por terceiro de bem à garantia da execução, a constrição só poderia ocorrer se configurados os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica. E que o fato e a terceira empresa e a embargante integrarem o mesmo grupo econômico não seria suficiente para a extensão da responsabilidade patrimonial.

Em preliminar de mérito, a embargante alega decadência do direito de o Fisco constituir o crédito tributário, uma vez que o auto de infração foi lavrado após o decurso do prazo de cinco anos da ocorrência do fato gerador da contribuição exigida.

No mérito, a embargante repisa os argumentos defendidos na fase administrativa: não houve recolhimento a menor, pois os créditos considerados no cálculo do valor da contribuição devida se justificariam porque, na forma da lei e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, os itens apontados teriam efetivamente natureza de insumos.

Foi dado à causa o valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), correspondentes ao valor original do débito fiscal, acrescidos dos juros de mora e demais acréscimos legais.

A União Federal impugnou os embargos e, preliminarmente, suscitou a respectiva intempestividade, uma vez que o prazo para oferecimento deveria ser contado na forma do art. 915 do Código de Processo Civil, que, por sei ler posterior, teria derogado as disposições da Lei 6830/80, nesse particular. Quanto à inclusão dos diretores, alegou a embargada que a ocorrência de excesso de poderes, infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto deveria ter sido alegada pelas próprias pessoas físicas, por vias próprias; donde a alegação não pode ser conhecida nestes autos. Sobre a penhora, a embargada sustentou a licitude da penhora dos ativos financeiros e afirmou que a extensão da responsabilidade seria efetivamente possível diante da constatação de existência de grupo econômico, ou, eventualmente, mediante desconsideração da personalidade jurídica. Quanto à decadência, argumentou a União que esta não teria ocorrido, tendo em vista que o prazo decadencial deve ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguintes àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Finalmente, quanto ao mérito, reafirmou a embargada a higidez de seu crédito, tendo em vista que nenhum dos gastos incorridos pela embargante poderia ser

considerado como insumo utilizado no processo industrial.

Resposta #006073

Por: Eliezer Pernambuco 11 de Maio de 2020 às 21:04

[relatório dispensado] As partes não postularam a produção de novas provas. Os autos se encontram instruídos com documentos suficientes à apreciação do mérito. Passo, pois, a sentenciar, fundado no art. 17, p. único, da Lei nº 6.830/80 c/c art. 355, I, do Código de Processo Civil (CPC).

Fundamentação

1. Preliminares

1.1. Tempestividade

A Fazenda Nacional arguiu a intempestividade dos presentes embargos, em razão da extrapolação do prazo previsto no art. 915 do CPC, que seria o aplicável. Rejeito o alegado. Em sede de execução fiscal, a Lei nº 6.830/80 é diploma especial que rege todo o procedimento, sendo a aplicação das normas do CPC apenas subsidiária, consoante art. 1º, "in fine". O advento de novo CPC não afasta o critério da especialidade.

Desse modo, acompanho a orientação jurisprudencial do e. Superior Tribunal de Justiça (STJ), de modo que o cômputo do prazo para oferecimento de embargos, na espécie, se inicia na data da intimação da penhora "on line" efetivada por este Juízo, com fulcro no art. 16, III, e § 1º, da Lei nº 6.830/80.

1.2. Legitimidade

A pessoa jurídica embargante sustentou que seus administradores não poderiam integrar o polo passivo do feito executivo. No entanto, correta está a exequente. A embargante não é substituta processual dos demais devedores solidários, cabendo a eles a oposição de embargos como forma de impugnar sua sujeição passiva tributária, o que não foi feito.

Ademais, cuida-se de responsabilidade tributária fulcrada no art. 135, III, do Código Tributário Nacional (CTN), cuja interpretação feita na jurisprudência consolidada do STJ aponta que ambos os administradores nominados na certidão de dívida ativa respondem solidariamente com a pessoa jurídica contribuinte, sendo que tal certidão goza de presunção de liquidez e certeza (CTN, art. 204; Lei nº 6.830/80, art. 3º), cumprindo aos responsáveis tributários o ônus da prova em contrário, pelo manejo de embargos.

Diversa é a solução, porém, relativamente à pessoa jurídica Emboscada Ltda. O CTN não estatui responsabilidade de empresas controladas pela tão-só existência de grupo econômico, e essa sociedade não se encontra arrolada como devedora na certidão de dívida ativa. Somente poderia responder pelo débito na forma da lei civil.

Nesse patamar, cumpre a este Juízo, de ofício, proceder à exclusão de Emboscada Ltda. do polo passivo da execução, bem como à retirada da constrição efetuada sobre suas disponibilidades financeiras, ressalvada à Fazenda a possibilidade de suscitar a descon sideração da personalidade jurídica da embargante com vistas a alcançar o patrimônio da pessoa jurídica controlada.

1.3. Garantia do juízo

A devedora requereu a substituição da penhora de seu dinheiro pela de imóvel ofertado pela sua controlada, a qual já fora recusada pela Fazenda nos autos do executivo. Nada a prover neste ponto. No rito procedimental da Lei nº 6.830/80, a penhora de dinheiro é prioritária (art. 11, I), não estando obrigada a exequente a aceitar a penhora de bem de terceiro. A substituição da penhora que relativize a ordem legal depende da anuência da Fazenda (art. 15, II), o que não ocorreu. Mantenho, pois, a constrição sobre os valores de propriedade dos três devedores nominados na certidão.

2. Decadência

Como questão prejudicial, a embargante suscitou o transcurso do prazo decadencial para constituição do crédito tributário, pela aplicação, sobre o contido no auto de infração, da regra constante do art. 150, § 4º, do CTN. A União, por sua vez, assevera não ter havido a decadência, pela incidência da norma do art. 173, I, do mesmo diploma.

É consabido que a contribuição social prevista no art. 195, I, "b", da Constituição da República é tributo sujeito a lançamento por homologação, cujo fato gerador é apurado e declarado mês a mês. Nos termos da interpretação sumulada do STJ, em tributos dessa natureza, a declaração do sujeito passivo constitui o crédito tributário quanto ao valor declarado.

No que toca a valores não declarados em razão de omissão do fato gerador, inequívoca é a incidência da forma de contagem propugnada pela Fazenda, pois se trata de norma aplicável a tributo lançado de ofício pela autoridade fiscal.

Ocorre que "in casu", não houve omissão de receita por parte do sujeito passivo em sua declaração. Segundo a autoridade fiscal, teria havido aplicação de créditos indevidos sobre o valor apurado a título de Cofins. Nesse contexto, em que o fato gerador foi declarado, porém o tributo fora apurado a menor, é aplicável a regra do art. 150, § 4º, do "Codex" Tributário, resultando na homologação tácita dos lançamentos relativos aos meses de janeiro a maio de 2011, pois a ação fiscal só se deu em junho de 2016.

Saneadas as questões preliminares e prejudiciais, passo ao exame do mérito.

3. Mérito

Cinge-se a controvérsia aos créditos tributários constituídos pela União Federal relativamente aos devedores em comento, a título de Cofins apurada na forma da Lei nº 10.833/2003, incidente sobre os meses de junho a dezembro de 2011, em razão de diferenças apuradas na declaração da pessoa jurídica

contribuinte.

Na esfera administrativa, entendeu-se que os valores glosados pela fiscalização não poderiam ser empregados como dedução da base de cálculo do referido tributo.

A apuração não cumulativa da Cofins se dá tendo em vista o conceito de insumo, de modo que o sujeito passivo tem direito a tomar crédito sobre os valores de despesas incorridas no seu processo produtivo, deduzindo-as da receita apurada.

Segundo a jurisprudência do STJ, são qualificadas como insumos todas as despesas essenciais para a consecução da atividade finalística de produção de bens ou serviços.

Nesse diapasão, a interpretação dos incisos do art. 3º da Lei nº 10.833/2003 é no sentido de abranger todo gasto voltado à atividade produtiva, ainda que de forma indireta.

Concluo, portanto, que os bens e serviços elencados pela embargante foram indevidamente excluídos do cálculo do tributo, por se enquadrarem nas definições dos incisos II e VI do referido art. 3º, tornando insubsistente a totalidade do lançamento que deu origem ao crédito exequendo.

Dispositivo

Diante de todo o exposto, afasto as preliminares suscitadas, à exceção da legitimidade passiva de Emboscada Ltda., que acato para determinar sua exclusão da execução fiscal e levantamento da penhora.

Resolvo o mérito na forma do art. 487, I, do CPC, e julgo procedente o pedido da embargante Embalada S.A., para extinguir, nos termos do art. 924, III, do CPC, a execução fiscal proposta pela União Federal em face da embargante e de seus administradores Pedro de Toledo e Oscar Porto.

Condeno a União ao ressarcimento das despesas feitas pela embargante, consoante art. 39, p. único, da Lei nº 6.830/80, c/c art. 14, § 4º, da Lei nº 9.289/96.

Condeno a União ao pagamento de honorários advocatícios ao advogado da embargante, nos termos do art. 85, § 3º, do CPC, que ora fixo nos percentuais mínimos de cada inciso da escala, a serem calculados sobre o valor da causa, que no caso coincide com o proveito econômico.

Esta sentença não se sujeita à remessa necessária, em razão da norma do art. 496, § 3º, I, do CPC. Por essa razão, determino o levantamento das condições sobre as disponibilidades financeiras dos devedores apontados.

P.R.I.

Local, data.

Juiz Federal Substituto