

**AÇÃO ORDINÁRIA (PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO) Nº
5021934-05.2014.404.7108/RS**

AUTOR : AGRO LATINA LTDA

ADVOGADO : GERÔNIMO HÉLCIO HUK

RÉU : UNIÃO - FAZENDA NACIONAL

SENTENÇA

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária visando o reconhecimento do direito creditório relativo ao crédito presumido de IPI para ressarcimento de PIS e COFINS referente ao ano de 2000, bem como a condenação da União no ressarcimento desses valores devidamente atualizados monetariamente desde a data da compensação não homologada.

Citada, a ré contestou (evento 9). Sustentou que se trata de uma sanção administrativa (perda de benefício fiscal) em decorrência de prática de ato ilícito tributário. Alegou que não se pode admitir que o contribuinte que se utiliza de documentos inidôneos possa usufruir de benefício fiscal. Propugnou pelo julgamento de improcedência dos pedidos.

A parte autora ofertou réplica (evento 12).

É o relatório. Decido.

FUNDAMENTAÇÃO

Busca a parte autora a declaração de seu direito ao ressarcimento de créditos presumidos de IPI, previstos na Lei 9.363/96, cujo pedido na esfera administrativa foi indeferido pela Delegacia da Receita Federal de Novo Hamburgo/RS sob a alegação da prática de crime contra a ordem tributária, no ano-calendário de 2000, a teor do art. 59 da Lei 9.069/95.

Consoante se infere pela leitura dos autos, a parte autora foi autuada devido ao fato das *'..DCTFs referentes ao período compreendido entre o 1º trimestre de 1999 ao 1º trimestre de 2000, foram entregues à SRF, com valores declarados a menor dos que efetivamente devidos nas contribuições para o PIS e a 111 COFINS'*. Ao final, a Receita entendeu haver o Contribuinte incorrido na conduta prevista no art. 2º da Lei nº8.137, de 27 de dezembro de 1990, e, com fulcro no art. 59 da Lei nº9.059, de 26 de junho de 1995, indeferiu parte do ressarcimento de crédito presumida de IPI pleiteado, no valor de R\$38.094,28.

Eis a redação do mencionado art. 59:

'Art. 59. A prática de atos que configurem crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990), bem assim a falta de emissão de notas fiscais, nos termos da Lei nº 8.846, de 21 de janeiro de 1994, acarretarão à pessoa jurídica infratora a perda, no ano-calendário correspondente, dos incentivos e benefícios de redução ou isenção previstos na legislação tributária.'

O dispositivo legal transcrito estabelece como sanção à prática de crimes contra a ordem tributária a perda de benefícios fiscais. No entanto, não se deve olvidar que no topo de nosso ordenamento jurídico estão as normas constitucionais, as quais condicionam toda a legislação ordinária, tais como os incisos LIII e LVII do art. 5º da Constituição Federal, assim delineados, respectivamente: 'ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente' e 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.'

Ora, a atitude da autoridade fiscal consistente no indeferimento dos pedidos de ressarcimento de créditos presumidos de IPI sob a alegação de existência, em tese, de crime contra a ordem tributária colide frontalmente com os postulados constitucionais referidos. Não há nos autos notícia de sequer ter sido instaurada a ação penal correspondente à conduta descrita, inexistindo, evidentemente, decisão com trânsito em julgado que pudesse dar guarida à incidência do comando previsto no indigitado art. 59 da Lei 9.069/95.

Inconcebível também conceder ao simples ato administrativo de lançamento a função equivalente àquela reservada à autoridade judicial exercente da prerrogativa de processar e julgar. Ademais, na Lei 9.363/96, a qual instituiu o crédito presumido de IPI para ressarcimento do valor do PIS e COFINS e sobre a qual se assenta o pedido da demandante, inexistente dispositivo prevendo a perda da fruição do benefício fiscal em caso de ilícito penal.

Por fim, ressalta-se que aqui não se está determinando o pagamento dos créditos postulados, mas apenas o afastamento da aplicação do citado art. 59 da Lei 9.069/95, assegurando-se ao Fisco o poder-dever de exame dos demais aspectos da regularidade e quantificação dos créditos presumidos almejados pela demandante, onde restará propiciado ao Fisco a análise de todos os elementos concernentes à apuração do montante objeto de ressarcimento.

Nesse sentido a seguinte ementa:

'TRIBUTÁRIO. IPI. CRÉDITO PRESUMIDO. LEI 9.363/96. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PERDA DE BENEFÍCIO FISCAL. ART. 59 DA LEI 9.069/95. INCISOS LIII E LVII DO ART. 5º DA CARTA MAGNA. SUPREMACIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.

1. As normas constitucionais, além de ocuparem o cuspide da pirâmide jurídica, caracterizam-se pela imperatividade de seus comandos, que obrigam não só as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado, como o próprio Estado. A Constituição não é um mero repositório de recomendações a serem ou não atendidas, mas sim um conjunto de normas supremas que devem ser incondicionalmente observadas, inclusive pelo legislador infraconstitucional.

2. A atitude da autoridade impetrada consistente no indeferimento dos pedidos de ressarcimento de créditos presumidos de IPI, previsto na Lei 9.363/96, sob a alegação de existência, em tese, de crime contra a ordem tributária colide frontalmente com os postulados constitucionais assegurados nos incisos LIII e LVII do art. 5º da Carta Magna. Não há nos autos notícia de sequer ter sido instaurada a ação penal correspondente à conduta descrita como ilícito penal, inexistindo, evidentemente, decisão com trânsito em julgado que pudesse dar guarida à incidência do comando previsto no indigitado art. 59 da Lei 9.069/95. Inconcebível também conceder ao simples ato administrativo de lançamento a função equivalente àquela reservada à autoridade judicial exercente da prerrogativa de processar e julgar.' (TRF 4ª Região, Primeira Turma, REO 2003.71.08.013282-5/RS, rel. Des. Fed. Maria Lúcia Luz Leiria, DJ 24.11.2004)

Assim, a perda dos benefícios e incentivos somente ocorrerá como conseqüência de sentença penal condenatória.

Da incidência de correção monetária

Consoante já pacificou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não incide correção monetária sobre os créditos escriturais, os quais não são débitos tributários devidamente constituídos, ou recolhidos em atraso. O crédito escritural é uma técnica de contabilização para a equação entre débitos e créditos, a fim de fazer valer o princípio da não-cumulatividade.

A orientação do Supremo Tribunal Federal é clara no sentido da impossibilidade de se impor correção monetária nos casos em que não existe expressa disposição legal. Dito de outra forma, a correção monetária em matéria tributária está sujeita ao princípio da legalidade estrita, não sendo possível a sua ocorrência sem lei formal que a autorize.

Neste ponto, sobreleva notar que a Lei nº 10.833/04, em seu art. 13, veda expressamente a incidência de atualização monetária, *litteris*:

Art. 13. O aproveitamento de crédito na forma do § 4º do art. 3º, do art. 4º e dos §§ 1º e 2º do art. 6º, bem como do § 2º e inciso II do § 4º e § 5º do art. 12, não ensejará atualização monetária ou incidência de juros sobre os respectivos valores.

No entanto, embora não haja previsão legal, quando o ressarcimento é impossibilitado pela oposição injustificada da autoridade administrativa, a jurisprudência reconhece o direito à atualização monetária.

Ressalto que a jurisprudência do STJ foi consolidada na Súmula nº 411, a seguir transcrita: *'É devida a correção monetária ao creditamento do IPI quando há oposição ao seu aproveitamento decorrente de resistência ilegítima do Fisco'*.

A presente situação enquadra-se na ressalva, haja vista ter sido considerado indevido o indeferimento pela autoridade administrativa. Logo, a correção monetária deve ser aplicada desde a data em que o crédito poderia ter sido aproveitado e não o foi por óbice estatal. Conquanto ainda não houvesse, à

época do indeferimento do pleito ressarcitório, o parcelamento dos débitos fiscais, também não existia o reconhecimento judicial da ocorrência de crime contra a ordem tributária e do efetivo envolvimento dos representantes legais da autora.

A jurisprudência do TRF da 4ª Região está consolidada no sentido de que os pleitos administrativos de ressarcimento devem ser atendidos dentro de um prazo razoável. Entende a jurisprudência que não deve ser aplicado aos incentivos fiscais, seja a título de crédito presumido de IPI, seja em razão do regime não-cumulativo do PIS e COFINS, o mesmo tratamento dispensado ao crédito escritural de IPI, que não recebe atualização monetária.

O STJ também acompanha o mesmo posicionamento, como se observa do seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. CRÉDITO PRESUMIDO DO ART. 1º DA LEI N. 9.363/96. PEDIDO DE RESSARCIMENTO EM DINHEIRO. MORA DA FAZENDA PÚBLICA FEDERAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 411/STJ. TEMA JÁ JULGADO PELO REGIME CRIADO PELO ART. 543-C, CPC, E DA RESOLUÇÃO STJ 08/2008 QUE INSTITUÍRAM OS RECURSOS REPRESENTATIVOS DA CONTROVÉRSIA.

1. O ressarcimento em dinheiro ou a compensação, com outros tributos, dos créditos adquiridos por força do art. 1º, da Lei n. 9.363/96 - créditos presumidos de IPI adquiridos como ressarcimento relativo às contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP) e para a Seguridade Social (COFINS) - quando efetuados com demora por parte da Fazenda Pública, ensejam a incidência de correção monetária.

2. Incidência do enunciado n. 411, da Súmula do STJ: 'É devida a correção monetária ao creditamento do IPI quando há oposição ao seu aproveitamento decorrente de resistência ilegítima do Fisco' e mudança do ponto de vista do Relator em razão do decidido no recurso representativo da controvérsia REsp.nº 1.035.847 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 24.6.2009.

3. Precedentes em sentido contrário: REsp. Nº 1.115.099 - SC, Primeira Turma Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 16.3.2010; AgRg no REsp. Nº 1.085.764 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 18.8.2009.

4. Agravo regimental não provido.

AGRGO NO AGRGO NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.088.292 - RS (2008/0204771-7)

Logo, desde que caracterizada a demora no ressarcimento, revela-se cabível a incidência de correção monetária pela taxa SELIC.

Do Termo inicial para fixação da mora

Quanto ao prazo para a Administração Fazendária instruir o processo administrativo e decidi-lo, durante algum tempo, por falta de lei específica, aplicou-se o prazo previsto no artigo 49 da Lei nº 9.784/99, a saber, 30 dias contados do encerramento da instrução, por força de seus artigos 1º e 69, que determinavam a aplicação subsidiária deste diploma aos processos administrativos no âmbito da Administração Federal direta e indireta:

Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Com o advento da Lei nº 11.457/2007, que trouxe previsão específica acerca do prazo para conclusão dos processos de restituição e ressarcimento, o prazo para que a Administração Tributária decida os procedimentos administrativos passou a ser de 360 dias, na forma do art. 24 do referido diploma legal, *in verbis*:

Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.

Constitui-se em norma específica acerca da matéria, razão pela qual não há que se falar na aplicação da Lei n. 9.784/99, que estabelece normas genéricas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta.

Aliás, cumpre destacar, neste particular o disposto no artigo 69 do referido diploma legal:

Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.138.206, realizado em consonância com a sistemática dos recursos repetitivos, na sessão de 09-08-2010, assentou, por unanimidade, que, tendo em vista que o art. 24 da Lei nº 11.457/07, que trata sobre a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativo **no prazo de 360 dias a partir do protocolo administrativo, ostenta natureza processual fiscal, deve ser aplicado de imediato aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes**, sendo inadmissível que a Administração Pública postergue a solução dos processos administrativos.

Portanto, de acordo o precedente citado, tanto para os requerimentos pendentes de análise efetuados anteriormente à vigência da Lei n. 11.457/07, quanto para os pedidos realizados em momento posterior, o prazo aplicável é de 360 dias, contados da data do protocolo do pedido.

Por conseguinte, o pedido administrativo de ressarcimento de crédito presumido de IPI referente ao ano de 2000, protocolado pela autora, deverá ser corrigido pela taxa SELIC, a contar da data em que deveria ter sido proferida a decisão. O termo final será a data em que o crédito estiver à disposição da autora para o aproveitamento, ou seja, a data do ressarcimento em espécie.

Honorários sucumbenciais

Os honorários de sucumbência tem por função recompor razoavelmente o que o vencedor do processo gastou com seu advogado para realizar seu direito no Judiciário. Decorre do princípio da reparação integral e está expresso no nosso sistema processual no art. 20 do CPC, que determina que a sentença condenará o vencido a pagar os honorários de sucumbência ao vencedor (e não a seu advogado).

A própria Exposição de Motivos do atual Código de Processo Civil vai no mesmo sentido:

O projeto adota o princípio do sucumbimento, pelo qual o vencido responde por custas e honorários advocatícios em benefício do vencedor. O fundamento desta condenação, como escreveu Chiovenda, é o fato objetivo da derrota: e a justificação deste instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão e por ser, de outro turno, que os direitos tenham um valor tanto quanto possível e constante.

O STJ, por sua vez, tem confirmado que o vencedor do processo judicial tem direito a ser restituído dos valores despendidos com o pagamento de honorários contratuais efetuado ao seu advogado, em face do princípio da restituição integral (REsp 1134725/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 24/06/2011).

O Estatuto da OAB, no entanto, avança sobre a verba dos honorários de sucumbência tentando transferi-la para o advogado (artigos 22 e 23). Tal mecanismo, a meu ver, padece de constitucionalidade, pois impede que o vencedor seja ressarcido de valores gastos no processo, afrontando os princípios da reparação integral e do devido processo legal substantivo.

Referidos artigos só não foram declarados inconstitucionais pelo STF, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1194/DF, em razão de uma preliminar processual. No entanto, vale a pena mencionar a posição adotada por alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

O Ministro Marco Aurélio, em 04/03/2004, declarou voto de prevalência do art. 20 do Código de Processo Civil, afirmando que '... os honorários de sucumbência, a teor do disposto no art. 20 do CPC, são devidos à parte vencedora e não ao profissional da advocacia'.

O Ministro Cezar Peluso proferiu voto reconhecendo expressamente que o art. 21 da Lei 8.906/94 afronta o devido processo constitucional substancial:

Penso que tal norma também ofenderia o princípio do devido processo legal substantivo, porque está confiscando à parte vencedora, parcela que por natureza seria destinada a reparar-lhe o dano decorrente da necessidade de ir a júízo para ver sua razão reconhecida.

O Ministro Gilmar Mendes aderiu ao entendimento do Ministro Peluso, conforme excerto de seu voto a seguir:

Penso, na linha do Ministro Peluso, que essa sistemática possui uma matriz constitucional. Ao alterar a disposição que constava do Código de 1973, a lei acabou por comprometer um dos princípios basilares desse modelo, dando ensejo a um indevido desfalque do patrimônio do vencedor.

É evidente que a decisão legislativa contida na disposição impugnada acaba por tornar, sem justificativa plausível, ainda mais onerosa a litigância, e isso é ofensivo ao nosso modelo constitucional de prestação de justiça.

Na mesma linha, o entendimento do Ministro Joaquim Barbosa:

Pode-se dizer o mesmo quanto ao contexto brasileiro. Incrementar custos de litigância 'sem um justificativa plausível' - para usar as palavras do ministro Gilmar Mendes - é atentatório ao princípio da proteção judiciária. Não é plausível, assim, que uma lei cujo objetivo seja regular prerrogativas para a nobilíssima classe dos advogados estabeleça que não cabe à parte vencedora, seja ela empregadora ou não, os honorários de sucumbência.

Tais honorários visam justamente a que a parte vencedora seja ressarcida dos custos que tem com o advogado, empregado seu ou contratado. Os dispositivos impugnados, ao disciplinarem que a verba de sucumbência pertence ao advogado, não promovem propriamente a rule of law, mas o rule of lawyers. Com isso, não se incrementa a proteção judiciária, mas apenas se privilegia certa classe de profissionais que devem atuar sempre em interesse da parte que representam, de acordo com as regras de conduta da advocacia.'

Como ressaltou o colega Juiz Federal José Jacomo Gimenes, '*Está sendo escrita uma triste página no direito processual brasileiro. Poderosa corrente corporativa tenta desviar verba indenizatória do jurisdicionado, sujeito mais frágil do processo. A Constituição e o ideal de Justiça estão sendo violentados por interesses financeiros ilegítimos. O processo civil brasileiro está ficando institucionalmente defeituoso. O Judiciário precisa reagir e recompor a Justiça*'.

Por essas razões, declaro incidentalmente inconstitucionais os artigos. 22 e 23 do Estatuto da OAB e da Advocacia, Lei nº 8.906/94, na parte em que transfere os honorários de sucumbência ao advogado.

Destaco, por derradeiro, que a transferência dos honorários de sucumbência ao advogado é válida somente se a parte for informada do seu objetivo, conteúdo e contratualmente concordar com a transferência como parte dos honorários contratuais, devendo o advogado levá-la em conta no acerto final com o cliente, conforme estabelece o próprio Código de Ética da Advocacia (arts. 35, 36 e 38).

DISPOSITIVO

Face ao exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS** para determinar à ré que proceda na apreciação do pedido de ressarcimento de crédito presumido de IPI, previsto na Lei 9.363/1996, afastando-se a aplicação do art. 59 da Lei 9.069/95, ressalvado o poder-dever do Fisco de efetuar o exame dos demais aspectos da regularidade e quantificação dos créditos postulados, e declarar o direito da autora à restituição dos valores correspondentes à incidência da Taxa SELIC no referido pedido de ressarcimento de crédito presumido de IPI referente ao ano de 2000, após o transcurso do prazo de 360 dias contados a partir da data do protocolo até a data do pagamento.

Condeno a União ao ressarcimento das custas adiantadas pela parte autora.

Declaro incidentalmente inconstitucionais os artigos 22 e 23 do Estatuto da OAB e da Advocacia (Lei nº 8.906/94), na parte em que transfere os honorários de sucumbência ao advogado e, forte no art. 20 do CPC, condeno a União ao pagamento de honorários de sucumbência em favor do autor, os quais fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais), tendo em vista a simplicidade da demanda e a ausência de dilação probatória, atualizados monetariamente pela IPCA-E até o efetivo pagamento.

Sentença sujeita a reexame necessário.

Eventuais apelações interpostas pelas partes restarão recebidas no duplo efeito (artigo 520, *caput*, do CPC), salvo nas hipóteses de intempestividade e, se for o caso, ausência de preparo, que serão oportunamente certificadas pela Secretaria.

Interposto(s) o(s) recurso(s), caberá à Secretaria, mediante ato ordinatório, abrir vista à parte contrária para contrarrazões. Na sequência, com ou sem a interposição de recursos voluntários, remetam-se os autos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região por força da remessa de ofício.

Sentença publicada e registrada eletronicamente. Intimem-se.

Novo Hamburgo, 19 de setembro de 2014.

Catarina Volkart Pinto
Juíza Federal Substituta na Titularidade Plena