



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10280.722128/2009-29
Recurso nº 883.578 Voluntário
Acórdão nº 3403-00.921 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de maio de 2011
Matéria IPI
Recorrente FÁBRICA SOBERANA INDÚSTRIA E COMÉRCIO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Período de apuração: 31/07/2008 a 31/10/2008

SISTEMA MEDIDOR DE VAZÃO. OBRIGATORIEDADE. MULTA. APLICAÇÃO. HIPÓTESE.

Nos termos do art. 38, I, “a” da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, norma indicada como infringida pela autuação, não basta a simples falta de instalação do equipamento medidor de vazão nos termos e condições definidas pelo ADE Cofins nº 13/2006, mas que o contribuinte tenha criado efetivo impedimento à sua realização, não bastando para tanto a simples inércia, de modo que se exige comissão e não mera omissão.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Winderley Moraes Pereira. Ausente o Conselheiro Marcos Tranchesi Ortiz.

Antonio Carlos Atulim – Presidente

Robson José Bayerl – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Robson José Bayerl, Domingos de Sá Filho, Winderley Moraes Pereira e Ivan Allegretti.

Relatório

Cuida-se de auto de infração para exigir multa administrativa, prevista no art. 38, I, “a” da MP 2.158-35/2001, em face da não instalação/funcionamento do Sistema Medidor de Vazão – SMV na data aprazada pelo ADE Cofis nº 13/2006.

Em impugnação o contribuinte sustentou que não produz mais que 30 (trinta) milhões de litros ao ano, como exige o ADE; que o cálculo realizado pelas autoridades fiscais, que inferiu ser sua produção equivalente a 60 (sessenta) milhões de litros/ano, é desproporcional; que o padrão adotado pelo ADE (5.694 horas/365 dias) é incompatível com a realidade, pois partiria da premissa que seu funcionamento atingiria 15,6 horas/dia, quando na verdade se limita a 10 horas/dia; que o ato declaratório leva em conta uma produção contínua, em completo descompasso com a realidade; que pela simples variação de seu estoque de embalagens PET se concluiria que sua produção, no período de julho a dezembro de 2008, foi de 8.214.040 (oito milhões, duzentos e catorze mil e quarenta) litros, do que decorreria que seu enquadramento se daria no art. 4º, III do referido ADE, dispondo de prazo até 30/06/2010 para instalação do equipamento (SMV); que o próprio ADE revela que se deve levar em conta a realidade do estabelecimento industrial e não a sua capacidade nominal; que o auto é nulo, pois a multa aplicada somente teria cabimento se houvesse impedimento ou recusa à instalação do equipamento por parte do contribuinte, o que não era o caso; e, que, mesmo entendendo o lançamento correto, não deveria ser computado o período entre 11/07/2008 e 31/10/2008, durante o qual transcorreu o procedimento fiscal, pois atendera a todas as exigências da DRF Belém/PA.

A DRJ Belém/PA manteve o lançamento através do acórdão 01-15.871 – 3ª Turma da DRJ/BEL assim ementado:

“Assunto: Imposto sobre produtos Industrializados – IPI

Data do fato gerador: 31/07/2008, 31/08/2008, 30/09/2008, 31/10/2008

SISTEMA MEDIDOR DE VAZÃO.

Para fins de definição dos prazos para instalação dos SMV, considera-se, para determinação da capacidade instalada de produção anual, o somatório das capacidades nominais de envasamento de todas as enchedoras de cervejas e refrigerantes, classificados nas posições 2203 e 2202 da TIPI, dos estabelecimentos industriais envasadores da pessoa jurídica e das coligadas, controladas e controladoras, em litros por hora, multiplicado por 5.694 (cinco mil e seiscentos e noventa e quatro) horas por ano.

FALTA DE INSTALAÇÃO DO SMV EM FUNÇÃO DE IMPEDIMENTO CRIADO PELA EMPRESA.

O impedimento que desoneraria o contribuinte da aplicação da multa poderia ser, p. ex., de ordem técnica, ou decorrente de caso fortuito ou força maior, mas jamais atribuído exclusivamente ao próprio contribuinte, como seria o caso em que demonstrada a sua inércia diante da obrigação acessória instituída em favor do Fiscal federal.”

Em recurso voluntário se aponta, como preliminar, o cerceamento do direito de defesa, em razão de o acórdão recorrido não haver analisado todas as razões de legalidade e de mérito apontadas na impugnação, pois se limitara a alegar a estrita vinculação ao texto do

ADE Cofis 13/2006; que referido ato declaratório alterou os critérios estabelecidos para a determinação de dispensa e do cronograma de instalação do SMV; que a realidade não foi considerada pelo julgador *a quo*, quando do exame da impugnação; que o direito de defesa e do devido processo legal são princípios de envergadura constitucional e foram violados pela decisão recorrida.

Quanto à questão de fundo, que o fato apurado e narrado é atípico, pois as autoridades fiscais o autuaram por não haver pedido de homologação, que é fase posterior à efetiva homologação, quando do início do procedimento fiscal, destacando que o equipamento (SMV) já havia sido instalado desde 22/07/2008, como se comprovaria pelo relatório de atividades de campo; que a multa se dirige à falta de instalação e não à falta de homologação do SMV, destacando que se cuidam de procedimentos distintos; que os próprios atos declaratórios emitidos pela RFB destacam esta distinção; que incidiria no caso os arts. 111 e 112 do CTN; que o procedimento de homologação permanece dissociado do procedimento de instalação do SMV; que a homologação não é requisito necessário para o procedimento de instalação; que os padrões definidos pelo art. 4º, § 1º do ADE Cofis 13/2006 não estão adequados às disposições da MP 2.158-35/2001; que o ato declaratório não tem validade jurídica quanto ao estabelecimento de presunção absoluta concernente à produção do contribuinte; que os critérios definidos pela MP 2.158-35/2001, quanto aos limites de produção ou faturamento para dispensa da instalação do equipamento, visavam proporcionar a adequação dos estabelecimentos em face de sua capacidade contributiva; que o ato declaratório em tela não poderia adotar um critério de faturamento em elementos reais e definir os prazos de instalação em função das capacidades nominais de envasamento; que as autoridades fiscais não levaram em consideração a realidade do estabelecimento industrial, em desrespeito ao próprio ADE Cofis 13/2006; que o padrão adotado é incompatível com a realidade; que a recorrente dispunha de prazo até 30/06/2011 para instalação do sistema; que o maquinário e a área de armazenagem da recorrente não possuem capacidade instalada e tamanho suficiente a permitir o envasamento contínuo e duradouro, de modo que a sua enchedora trabalha com apenas 60% (sessenta por cento) de sua capacidade nominal; que pelo exame da variação de seu estoque de embalagens PET se concluiria que sua produção, no período de julho a dezembro de 2008, foi de apenas 8.214.040 (oito milhões, duzentos e catorze mil e quarenta) litros; que não se caracterizou qualquer impedimento da instalação do SMV por parte do contribuinte; que o auto de infração nada trata acerca de qual teria sido o empecilho criado pelo contribuinte à instalação do SMV; que as autoridades fiscais promoveram a aplicação da multa sem observar os critérios determinados pela MP 2.158-35/2001; que o atraso na homologação do SMV se deveu a manifestação da entidade associativa da qual a recorrente é parte, que a orientou no sentido de estar desobrigada da homologação antes do prazo final, motivo pelo qual protocolou o pedido de homologação apenas em 27/08/2008, por entender que seu prazo se encerraria em 30/06/2009; que no cálculo da multa deve ser considerado o período a partir do décimo dia subsequente seguinte ao prazo final defendido pela RFB, 30/06/2008, e a instalação do SMV, 22/07/2008, de modo que seu cálculo deveria incidir sobre 12 dias e não 113 dias; que o princípio da estrita legalidade foi infringido quando da aplicação da multa em desconformidade com a MP 2.158-35/2001 e também no exame incompleto das razões de mérito e legalidade da impugnação, impondo-se a nulidade do lançamento; e, que a multa aplicada tem nítido caráter confiscatório em relação à realidade patrimonial da recorrente.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Robson José Bayerl, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, pelo que, dele conheço.

No que tange à arguida preliminar de nulidade, face à decisão recorrida não repelir todas as alegações constantes da impugnação, analisei esta peça recursal e dela extraí os seguintes argumentos de defesa: i) que a autuada não produziria mais de 30 (trinta) milhões de litros de bebidas ao ano, pelo que não haveria que se falar em descumprimento de prazo e aplicação de multa; ii) que o ADE Cofis 13/2006 considerou a capacidade produtiva nominal e não a real, o que seria ilógico e ilegal; iii) que não houve motivação do lançamento quanto ao suposto impedimento por parte do contribuinte à instalação do SMV, o que seria requisito para aplicação da multa; iv) que deveria ser excluído do cálculo da multa o período em que “travada a discussão” com a RFB, qual seja, a data da manifestação de enquadramento (28/08/2008) e a data do pedido de homologação (31/10/2008).

Cotejando-os com a decisão recorrida, constatei que todas as questões foram devidamente enfrentadas, pois foi asseverado que as capacidades adotadas como padrão pelo ato declaratório em referência eram nominais e não reais; que as apontadas incompatibilidades deste ato administrativo não seriam oponíveis nesta seara, por força da Portaria MF nº 58/2006; que não teria se caracterizado a falta de motivação do lançamento, pois a própria lei já cuidara de definir a moldura dos limites de produção aptos a dispensar a obrigação acessória, sendo que o impedimento que desoneraria o contribuinte seria problema de ordem técnica ou decorrente de caso fortuito ou força maior, porém, nunca decorrente de sua inércia; e, que caracterizada a infração, não se vislumbraria hipótese do pretendido abatimento, decorrente de simples atendimento às intimações da fiscalização.

Na verdade, a pretensão do recurso voluntário, neste ponto, é que o ato decisório de piso deveria justificar a manutenção do lançamento à luz das discrepâncias entre o cálculo formulado a partir da capacidade nominal adotada, com lastro no ADE Cofins 13/2006 e aquele proveniente da situação real de produção, pelos elementos de seu parque fabril e da contabilidade.

Contudo, em razão da apontada vinculação decisória atinente aos atos emanados do órgão (RFB), de fato, não cabia às autoridades julgadoras tal avaliação, circunscrevendo seu papel, como dito, ao exame de enquadramento a partir da capacidade instalada, pouco importando a situação fática do contribuinte.

Assim, inexistente qualquer vício de nulidade formal que macule a decisão de primeiro grau, não havendo que se falar em cerceamento do direito de defesa.

Relativamente ao mérito, para facilitar a exposição do raciocínio, reproduzo o texto da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 que dispõe sobre o Sistema Medidor de Vazão e as obrigações e efeitos a ele atrelados:

“Art. 36. Os estabelecimentos industriais dos produtos classificados nas posições 2202 e 2203 da TIPI ficam sujeitos à instalação de equipamentos medidores de vazão e condutivímetros, bem assim de aparelhos para o controle, registro e gravação dos quantitativos medidos, na forma, condições e prazos estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal. (Vide Lei nº 11.051, de 2004)”

§ 1º A Secretaria da Receita Federal poderá:

I - credenciar, mediante convênio, órgãos oficiais especializados e entidades de âmbito nacional representativas dos fabricantes de bebidas, que ficarão responsáveis pela contratação, supervisão e homologação dos serviços de instalação, aferição, manutenção e reparação dos equipamentos;

II - dispensar a instalação dos equipamentos previstos neste artigo, em função de limites de produção ou faturamento que fixar.

§ 2º No caso de inoperância de qualquer dos equipamentos previstos neste artigo, o contribuinte deverá comunicar a ocorrência à unidade da Secretaria da Receita Federal com jurisdição sobre seu domicílio fiscal, no prazo de vinte e quatro horas, devendo manter controle do volume de produção enquanto perdurar a interrupção.

Art. 37. O estabelecimento industrial das bebidas sujeitas ao regime de tributação pelo IPI de que trata a Lei nº 7.798, de 1989, deverá apresentar, em meio magnético, nos prazos, modelos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal: (Vide Lei nº 11.051, de 2004)

I - quadro resumo dos registros dos medidores de vazão e dos condutivímetros, a partir da data de entrada em operação dos equipamentos;

II - demonstrativo da apuração do IPI.

Art. 38. A cada período de apuração do imposto, poderão ser aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei nº 11.051, de 2004)

I - de cinquenta por cento do valor comercial da mercadoria produzida, não inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais):

a) se, a partir do décimo dia subsequente ao prazo fixado para a entrada em operação do sistema, os equipamentos referidos no art. 36 não tiverem sido instalados em razão de impedimento criado pelo contribuinte; e

b) se o contribuinte não cumprir qualquer das condições a que se refere o § 2º do art. 36;

II - no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), na hipótese de descumprimento do disposto no art. 37.”

Da leitura do preceptivo que trata da multa, verifico que a sua aplicação recai sobre os contribuintes que, obrigados à utilização do SMV nas condições estabelecidas pela RFB, não o tiverem instalados em função de impedimento por eles próprios criado, sendo o termo inicial de cálculo o décimo dia subsequente ao prazo final para sua efetivação (instalação).

No caso vertente o procedimento fiscal de diligência tendente a certificar a existência e regularidade do SMV se iniciou em 25/09/2008, sendo que a recorrente sustenta que havia instalado o sistema em 22/07/2008, juntando como prova de suas razões, o relatório de atividades de campo emitido pela pessoa jurídica Órion Engenharia e Automação Ltda., responsável pela instalação do equipamento.

Em 14/10/2008 a recorrente foi intimada a providenciar o pedido de homologação do SMV instalado em sua enchedora (pois, na visão da fiscalização, nos termos

do ADE Cofins 13/2006 o prazo final para sua instalação seria 30/06/2008), cujo atendimento se deu em 31/10/2008.

O relatório do auto de infração descreve que a empresa, por ocasião da diligência, não havia homologado o SMV de aludida enchedora, passando então a definir o procedimento de homologação e a forma de cálculo adotada para dimensionar a capacidade nominal de produção da recorrente, apontando como infração lançada a não instalação/funcionamento adequado do sistema no prazo estipulado pelo ato declaratório.

Em momento algum a descrição dos fatos indicou qual teria sido o impedimento criado pelo contribuinte à instalação do referido sistema medidor, em que pese fundar-se no art. 38, I, “a” da MP 2.158-35/2001.

A narrativa da autuação pareceu-me um tanto quanto claudicante, em relação à motivação do lançamento, pois ao mesmo tempo que indica a falta de instalação/funcionamento adequado do SMV, dá especial enfoque à falta de sua homologação à época do início do trabalho fiscal.

Todavia, ainda que possível suplantar este ponto, há ainda a ausência de discriminação de qual o impedimento que a recorrente teria erigido à instalação do equipamento, porquanto, na dicção do art. 38, I, “a” da MP 2.158-35/2001, este é um requisito para aplicação da multa ali prevista.

A meu sentir, não é despropositada a inserção da expressão “*em razão de impedimento criado pelo contribuinte*” ao final do dispositivo, o que me leva a crer que a simples ausência de instalação do equipamento, por si só, ou mesmo a falta de sua homologação, não é motivo suficiente para ensejar a aplicação da multa em comento.

Se esta não fosse a *mens legis*, ou seja, se a sanção coubesse a qualquer situação de falta do equipamento, bastaria que não houvesse referido complemento na oração, devendo a redação do dispositivo ser a seguinte:

“Art. 38. A cada período de apuração do imposto, poderão ser aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei nº 11.051, de 2004)

I - de cinquenta por cento do valor comercial da mercadoria produzida, não inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais):

a) se, a partir do décimo dia subsequente ao prazo fixado para a entrada em operação do sistema, os equipamentos referidos no art. 36 não tiverem sido instalados;”

Portanto, a partir da máxima que a lei não ostenta palavras vãs, tenho que a demonstração do impedimento criado pelo recorrente seria condição *sine qua nom* para imposição da multa, o que não se verificou no caso estampado.

Pelo contrário, do que se extrata dos autos, a recorrente já possuía o equipamento (SMV) instalado em sua enchedora, faltando apenas a sua homologação, o que não se concretizou devido a um entendimento, equivocado ou não, acerca dos prazos a que estaria submetida.

Outrossim, não me parece que a singela inércia da recorrente em instalar o sistema após o prazo que a fiscalização entendeu correto (30/06/2008) possa configurar impedimento, porquanto o óbice referido no diploma legal, em minha opinião, exige uma conduta ativa, isto é, uma comissão, e não uma omissão, haja vista que, como dito alhures, se

assim o fosse não haveria necessidade do complemento da oração a exigir o empenho criado pelo contribuinte.

Em síntese, não demonstrado que a recorrente tenha concorrido para a criação de qualquer obstáculo à instalação do sistema medidor de vazão, não há como aplicar-lhe a multa do art. 38, I, “a” da MP 2.158-35/2001, não sendo suficiente para seu respaldo a falta de homologação do equipamento, por observância do princípio da estrita legalidade ou tipicidade cerrada, devendo ser exonerada a penalidade cominada.

Por derradeiro, atendida a pretensão da recorrente pela extinção do auto de infração, por intermédio do acolhimento de uma de suas alegações, torna-se despiciente adentrar o exame acerca do seu correto enquadramento nos termos e condições do ADE Cofis 13/2006, ou mesmo as vicissitudes deste ato administrativo, pois uma vez já definida a questão, o prosseguimento do “julgamento” redundaria na manifestação sobre matérias abstratas para o lançamento, convolvando indevidamente este Colegiado em órgão de consulta, o que não é o seu desiderato.

Com estas considerações, voto por dar provimento ao recurso.

Robson José Bayerl



Ministério da Fazenda

PÁGINA DE AUTENTICAÇÃO

O Ministério da Fazenda garante a integridade e a autenticidade deste documento nos termos do Art. 10, § 1º, da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 e da Lei nº 12.682, de 09 de julho de 2012.

Documento produzido eletronicamente com garantia da origem e de seu(s) signatário(s), considerado original para todos efeitos legais. Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001.

Histórico de ações sobre o documento:

Documento juntado por ROBSON JOSE BAYERL em 11/05/2011 09:17:48.

Documento autenticado digitalmente por ROBSON JOSE BAYERL em 11/05/2011.

Documento assinado digitalmente por: ANTONIO CARLOS ATULIM em 11/05/2011 e ROBSON JOSE BAYERL em 11/05/2011.

Esta cópia / impressão foi realizada por MARIA MADALENA SILVA em 05/03/2020.

Instrução para localizar e conferir eletronicamente este documento na Internet:

1) Acesse o endereço:

<https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx>

2) Entre no menu "Legislação e Processo".

3) Selecione a opção "e-AssinaRFB - Validar e Assinar Documentos Digitais".

4) Digite o código abaixo:

EP05.0320.08273.65S3

5) O sistema apresentará a cópia do documento eletrônico armazenado nos servidores da Receita Federal do Brasil.

Código hash do documento, recebido pelo sistema e-Processo, obtido através do algoritmo sha1:

FE5AD904CE18B0F5A023EF8A2A3023C42B600C69