



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

Processo n° 10580.724780/2010-37
Recurso n° 10.580.724780201037 Voluntário
Acórdão n° **3401-001.586 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 01 de setembro de 2011
Matéria MULTA REGULAMENTAR. INDÚSTRIA DE BEBIDAS. SISTEMA DE MEDIÇÃO DE VAZÃO-SMV. NÃO INSTALAÇÃO.
Recorrente FREVO BRASIL INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA
Recorrida DRJ SALVADOR-BA

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Data do fato gerador: 25/05/2010

MATÉRIA NÃO TRATADA NA INSTÂNCIA A *QUO*. PRECLUSÃO.

Inadmissível a apreciação em grau de recurso de matéria não suscitada na instância *a quo*, exceto quando deva ser reconhecida de ofício.

Assunto: Obrigações Acessórias

Data do fato gerador: 25/05/2010

INDÚSTRIA DE BEBIDAS. SISTEMA DE MEDIÇÃO DE VAZÃO. FALTA DE INSTALAÇÃO. MULTA REGULAMENTAR.

Constatada a falta de instalação do Sistema de Medição de Vazão (SMV) instituído pelo art. 36 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, que em indústria das bebidas classificadas nas posições 2202 e 2203, cuja capacidade instalada de produção anual é superior a duzentos milhões de litros, devia ser instalado até 30 de setembro de 2006, conforme o prazo estabelecido pelo art. 4º, I, do Ato Declaratório Executivo Cofins nº 13, de 13 de março de 2006, aplica-se a multa prevista no art. 38, I, “a”, da citada MP, cujo valor equivale a cinquenta por cento do valor comercial da mercadoria produzida.

Recurso não conhecido em parte e negado no restante.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso quanto à matéria preclusa e negar provimento quanto à parte conhecida, nos termos do voto do(a) Relator(a).

(assinado digitalmente)
Júlio César Alves Ramos - Presidente

(assinado digitalmente)
Emanuel Carlos Dantas de Assis - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Ângela Sartori, Odassi Guerzoni Filho, Raquel Minatel, Fernando Marques Cleto Duarte e Júlio César Alves Ramos.

Relatório

O processo trata de Auto de Infração relativo à multa regulamentar por descumprimento da obrigação acessória estabelecida pelo art. 35 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, segundo o qual os estabelecimentos industriais das bebidas classificadas 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.

Por bem resumir o que consta dos autos até então, reproduzo o relatório da primeira instância:

Segundo o autuante, a contribuinte deixou de cumprir a exigência de instalação dos medidores de vazão e condutivímetros, que constituem o Sistema de Medição de Vazão (SMV), em envasadora de refrigerantes em funcionamento no estabelecimento industrial, conforme Termo de Constatação Fiscal lavrado em 24/03/2009 (fl. 20), cuja obrigatoriedade de instalação decorre da capacidade de produção de todas as envasadoras instaladas pela pessoa jurídica, que, no caso, supera o limite previsto no art. 4º, I do ADE Cofis nº 13/2006, sendo que, em diligência realizada na matriz da empresa pela DRF/Recife (fls. 66/76), foi constatada a capacidade instalada de produção superior a 200 milhões de litros.

Desta forma, considerando-se que o prazo para instalação dos SMV nos estabelecimentos da pessoa jurídica era 30/09/2006, e que até 24/03/2009 o SMV ainda não havia sido instalado na única envasadora em operação no estabelecimento situado no estado da Bahia (filial 002), foi aplicada a multa regulamentar prevista no art. 38, I, "a" da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, que consiste em 50% do valor comercial da mercadoria produzida no período considerado, conforme demonstrativo às folhas 08/16, elaborado com base nos mapas de produção e relatório de preços médios aplicados entre 2006 e 2009 (fls. 32/65) fornecidos pela contribuinte em atendimento a Termo de Intimação Fiscal.

Cientificada do lançamento em 27/05/2010 (fl. 80), a contribuinte apresenta impugnação em 25/06/2010, sendo essas as razões de defesa, em síntese:

1. *Requer a desconstituição da multa regulamentar imposta no Auto de Infração, por força do contido no art. 106, II do Código Tributário Nacional – CTN, c/c art. 5º, XL da Constituição Federal e do art. 2º-B da Instrução Normativa RFB nº 1.040, de 8 de junho de 2010;*

2. *Nosso Direito Tributário e Fiscal admite, expressamente, a aplicação da norma mais favorável ao contribuinte aos casos anteriores a sua vigência, reconhecendo, portanto, a eficácia retroativa de normas tributárias e fiscais mais benéficas, nos termos do art. 106, II, letra “c”, do CTN;*

3. *Não é lícito o Estado cobrar penalidade quando abdicou de exigir o cumprimento da obrigação, pois, no caso, de forma unilateral e soberana, decidiu renunciar à obrigatoriedade da instalação do SMV ao baixar a IN RFB nº 1.040, de 2010;*

4. *Se assim o fez por meio da edição de uma nova IN, fica-lhe vedado exigir a parte da pena pecuniária à qual decidiu renunciar de forma imperativa, daí emergindo a validade jurídica de se reconhecer a regra da eficácia retroativa para este dispositivo legal mais benéfico;*

5. *É mister frisar que a autuada já possui o Sistema de Controle de Produção de Bebidas (Sicobe) desde abril de 2010, o que só reforça a aplicação da referida IN ao caso subexamine;*

6. *Por fim, protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente pela juntada posterior de documentos, dentre outras que se fizerem necessárias ao deslinde da questão.*

A 4ª Turma da DRJ manteve o lançamento, considerando que para as pessoas jurídicas cuja capacidade instalada de produção anual era superior a 200 (duzentos) milhões de litros, como no caso da autuada, as obrigações e prazos para instalação do SMV determinados pela MP nº 2.158-35, de 2001, em nada foram alterados ou prejudicados, tanto pela Lei nº 10.833, de 2003, como pela IN SRF nº 869, de 2008, que dispõem sobre a instalação do Sicobe, e nem pela IN RFB nº 1.040, de 2010.

No Recurso Voluntário, tempestivo, a autuada introduz alegação ausente da Impugnação, ao afirmar que sua capacidade de produção anual não é superior a 200 (duzentos) milhões de litros, como a autuação considerou. Refere-se a um orçamento do fabricante ZEGLA, datado de 06/09/2005 e cuja cópia anexa à peça recursal, e diz que, adotando-se como parâmetro a máquina moderna objeto do orçamento, a sua capacidade de produção corresponde a cerca de um quarto daquela considerada no voto da DRJ. Também informa que produziu no ano-base 2010 pouco mais de 10 milhões de litros, de modo que se enquadra no inc. III do art. 4º do ADE Cofis nº 13/2006, que afasta a obrigatoriedade de instalação do SMV.

No mais, repete os termos da Impugnação e, ao final, requer “a desconsideração da multa regulamentar imposto no auto de infração referido, e o seu consequente arquivamento, por força do contido no art. 106, II, CTN c/c art. 5º, XL, CF/88 e do art. 2º-B da IN RFB nº 1.040/2010, e da **não ocorrência** de Capacidade Instalada de Produção Anual Superior a 200 (duzentos) milhões de litros”.

É o relatório, elaborado a partir do processo digitalizado.

Voto

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos do Processo Administrativo Fiscal, pelo que dele conheço exceto no que traz alegação ausente da Impugnação.

A questão da capacidade instalada nos estabelecimentos industriais da empresa Recorrente nem ao menos foi mencionada na peça impugnatória. Tendo sido tratada apenas nesta etapa recursal, resta impossibilitada o seu conhecimento nesta oportunidade.

Na lição de Chiovenda, repetida por Luiz Guilherme Marioni e Sérgio Cruz Arenhart, tem-se que:¹

... a preclusão consiste na perda, ou na extinção ou na consumação de uma faculdade processual. Isso pode ocorrer pelo fato:

i) de não ter a parte observado a ordem assinalada pela lei ao exercício da faculdade, como os termos peremptórios ou a sucessão legal das atividades e das exceções;

ii) de ter a parte realizado atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a proposição de uma exceção incompatível com outra, ou a prática de ato incompatível com a intenção de impugnar uma decisão;

iii) de ter a parte já exercitado validamente a faculdade

A cada uma das situações acima corresponde, respectivamente, os três tipos de preclusão: a temporal, a lógica e a consumativa.

No caso em tela ocorreu a preclusão temporal (ou consumativa, para outros), consistente na perda da oportunidade que o contribuinte teve para contestar a capacidade instalada pela fiscalização, que partindo de informações prestadas pelo estabelecimento industrial da empresa em Recife, Estado de Pernambuco, apurou que tal capacidade era superior a 200 (duzentos) milhões de litros.

Não fosse a preclusão, de todo modo caberia rejeitar as novas informações postas no Recurso, por conflitarem com as fornecidas inicialmente pelo estabelecimento industrial do Recife e estarem baseadas em simples orçamento de equipamentos cuja proposta de venda é feita à Recorrente pela empresa ZEGLA.

Quanto à parte conhecida, pouco cabe acrescentar ao acórdão da DRJ, que produziu a melhor interpretação da legislação que rege a obrigação acessória em questão.

Destaco, por relevante, que nem na Impugnação nem no Recurso é contestada a forma de cálculo da penalidade, que consolidou a produção do estabelecimento autuado (filial 0002, situado na Bahia), no período que começa em outubro de 2006 (mês seguinte ao prazo

¹ MARIONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart. *Manual do Processo do Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 665, *apud* CHIOVENDA, Giuseppe. "Cosa giudicata e preclusione", in *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, vol. 3, p. 233.

limite para instalação do SMV, estabelecido no art. 4º, I, do Ato Executivo Cofins nº 13, de 13/03/2006) e vai até março de 2009 (mês em que constada a não instalação do SMV na filial da Bahia).

O que a Recorrente defende – superada a questão da capacidade instalada, matéria preclusa, como já dito -, é uma aplicação retroativa (e isolada) do art. 2º-B da IN RFB nº 1.040/2010, que ao modificar a IN RFB nº 943/2009 dispensou da instalação e manutenção do SMV os estabelecimentos industriais obrigados ao Siscobe. Descabe, todavia, a retroatividade supostamente amparada no art. 106, II, do CTN², combinado com o art. 5º, XL, da Constituição Federal³, por não ter havido redução na penalidade lançada.

O que houve foi uma alteração na obrigação acessória cujo descumprimento por parte da autuada ensejou o auto de infração. Substituiu-se um sistema antigo (o SMV) por um mais moderno (o Siscobe), desobrigando-se as empresas que instalem o atual de instalarem o anterior. A multa regulamentar pela não instalação do SMV no prazo estabelecido (na situação da Recorrente, até 30/09/2006) permaneceu sem qualquer modificação. Demonstrado que o SMV não foi instalado até aquela data, como aconteceu na situação em tela, a penalidade deve ser lançada de ofício, pelo que o auto de infração deve ser mantido.

O art. 2º-B da IN RFB nº 943/2009, com a redação dada pela IN RFB nº 1.040/2010, invocada na peça recursal, informa o seguinte, *verbis*:

Art. 2º-B. Ficam dispensados da obrigatoriedade de instalação e manutenção do SMV os estabelecimentos industriais envasadores de bebidas:

I - obrigados à utilização do Sistema de Controle de Produção de Bebidas (Sicobe) nos termos do art. 8º da Instrução Normativa RFB nº 869, de 12 de agosto de 2008;

II - intimados a realizar os procedimentos de adequação para instalação do Sicobe, conforme dispõe o art. 5º da Instrução Normativa RFB nº 869, de 2008.

Parágrafo único. A dispensa referida no inciso II do caput fica condicionada à conclusão da instalação do Sicobe em todas as linhas de produção do estabelecimento industrial. (NR)

Ao considerar a IN RFB nº 1.040/2010, aplicando-a à situação concreta da Recorrente, a DRJ produziu a melhor interpretação, afirmando o seguinte:

² Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;
b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;
c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

³ Art. 5º

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

A IN RFB nº 1.040, de 2010, que alterou profundamente a forma como os estabelecimentos industriais ficam obrigados à instalação do SMV, dando nova redação à IN RFB nº 943, de 2009, e dispensando a obrigatoriedade de instalação do SMV para as envasadoras obrigadas ao Sicobe, entrou em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União, em 09/06/2010, quando ainda não havia expirado o prazo para a instalação do SMV apenas na hipótese do inciso III do art. 4º do ADE Cofis nº 13, de 2006.

Portanto, para as pessoas jurídicas cuja capacidade instalada de produção anual era superior a 200 (duzentos) milhões de litros, como no caso da autuada, as obrigações e prazos para instalação do SMV determinados pela MP nº 2.158-35, de 2001, em nada foram alterados ou prejudicados, tanto pela Lei nº 10.833, de 2003, como pela IN SRF nº 869, de 2008, que dispõem sobre a instalação do Sicobe, e nem pela IN RFB nº 1.040, de 2010.

O art. 58-T da Lei nº 10.833/2003, por sua vez, ao instituir o Siscobe não dispensou, pura e simplesmente, a instalação do SMV pura e simplesmente. Pelo contrário: o § 1º do referido artigo é claro ao dizer que o sistema novo conviverá (“sem prejuízo”) com o antigo. Observe-se (negrito acrescentado):

***Art. 58-T.** As pessoas jurídicas que industrializam os produtos de que trata o art. 58-A desta Lei ficam obrigadas a instalar equipamentos contadores de produção, que possibilitem, ainda, a identificação do tipo de produto, de embalagem e sua marca comercial, aplicando-se, no que couber, as disposições contidas nos arts. 27 a 30 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007. (Redação dada pela Lei nº 11.827, de 20 de novembro de 2008)*

*§ 1º A Secretaria da Receita Federal do Brasil estabelecerá a forma, limites, condições e prazos para a aplicação da obrigatoriedade de que trata o caput deste artigo, **sem prejuízo do disposto no art. 36 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.** (Incluído pela Lei nº 11.827, de 20 de novembro de 2008)(*

A RFB, ao regulamentar o Siscobe, seguindo a determinação do § 1º acima transcrito, dispensou a instalação (para as empresas ainda não obrigadas ao SMV, que não é a hipótese da Recorrente) e manutenção do SMV (para as empresas que já o tenham substituído pelo Siscobe), a partir do momento em que um deve ser instalado no lugar do outro. Tal dispensa, contudo, não implica em que uma empresa que estava obrigada desde setembro de 2006 à instalação do SMV (situação da Recorrente) seja dispensada dessa obrigação acessória. Tampouco reduz ou dispensa a multa regulamentar pela não instalação do SMV.

Pelo exposto, não conheço da alegação quanto à capacidade instalada, em face da preclusão, e nego provimento ao recurso na parte conhecida.

(assinado digitalmente)

Emanuel Carlos Dantas de Assis

Processo nº 10580.724780/2010-37
Acórdão n.º **3401-001.586**

S3-C4T1
Fl. 137
