



Processo nº 11060.002023/2009-15
Recurso Voluntário
Acórdão nº **3402-009.113 – 3^a Seção de Julgamento / 4^a Câmara / 2^a Turma Ordinária**
Sessão de 23 de setembro de 2021
Recorrente SANTAMATE INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS (IPI)

Período de apuração: 10/08/2008 a 31/05/2009

FALTA DE INSTALAÇÃO DO SISTEMA MEDIDOR DE VAZÃO.
MULTA.

Aplica-se a multa prevista no art. 38, I, da Medida Provisória nº 2.158/2001 pela não instalação do Sistema Medidor de Vazao em razão de impedimento criado pelo contribuinte.

CAPACIDADE INSTALADA DE PRODUÇÃO X PRODUÇÃO EFETIVA.

Para fins de verificação de dispensa de instalação do Sistema Medidor de Vazão, a legislação estabeleceu como parâmetro a Capacidade Instalada de Produção, definida pelo somatório da capacidade nominal de envasamento, em litros por hora, multiplicado por 5.694 (cinco mil seiscentos e noventa e quatro).

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE/LEGALIDADE DA NORMA VIGENTE. INCOMPETÊNCIA DO CARF. SÚMULA CARF Nº 2.

Não compete ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais o controle de legalidade ou constitucionalidade da norma em vigor.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Sílvio Rennan do Nascimento Almeida - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Lazaro Antonio Souza Soares, Maysa de Sa Pittondo Deligne, Silvio Rennan do Nascimento Almeida, Cynthia Elena de

Campos, Jorge Luis Cabral, Renata da Silveira Bilhim, Thais de Laurentiis Galkowicz, Pedro Sousa Bispo (Presidente).

Relatório

Trata-se de Auto de Infração de lançamento de multa pelo descumprimento de obrigação acessória de instalação do SMV (Sistema Medidor de Vazão), nos termos do previsto nos artigos 36 a 38 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001.

Conforme Relatório de Fiscalização (fls. 471 e seguintes), a Receita Federal do Brasil, por meio do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) nº 10.1.03.00-2009-00313-5, verificou que o contribuinte teria descumprido a obrigação de instalação do SMV até 30 de junho de 2008.

Após verificações *in loco*, circularização com o fabricante da enchedora 001C (KHS Indústria de Máquinas Ltda no ano de 1994) e análise documental, o Auditor-Fiscal identificou que a capacidade instalada anual da enchedora (Capacidade Nominal em litros por hora x 5.694) ultrapassava os 30 milhões de litros previstos no ADE Cofis nº 13/2006, estando o contribuinte obrigado à instalação do SMV para funcionamento.

Dessa forma, utilizando os volumes de venda declarados pelo contribuinte em DIF-Bebidas, aplicou a multa prevista de 50% do valor comercial do refrigerante envasado na enchedora 001C desde o início da produção até 31 de maio de 2009.

Ciente da exigência, o contribuinte apresentou impugnação à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Recife (PE), que, por unanimidade, entendeu pela sua improcedência, nos termos da ementa que segue:

“ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 10/08/2008 a 31/05/2009

FALTA DE INSTALAÇÃO DO SISTEMA DE MEDIÇÃO DE VAZÃO (SMV). QUANDO OBRIGATÓRIA. PENALIDADE.

Constatada a falta de instalação, até 30.06.2008, de Sistema Medidor de Vazão (SMV) por parte de estabelecimento envasador de refrigerantes (Posição 3302 da TIPI) sujeitos ao regime de tributação de que trata a Lei nº 7.798/89, de pessoa jurídica cuja capacidade instalada (nominal) de produção anual seja superior a 30 (trinta) milhões e igual ou inferior a 200 (duzentos) milhões de litros, cabe a aplicação da multa de 50% do valor comercial da mercadoria produzida (não inferior a R\$ 10.000,00 por período de apuração), a partir do décimo dia subsequente ao prazo fixado para a entrada em operação do sistema, penalidade esta prescrita no art. 38 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 10/08/2008 a 31/05/2009

OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. CUMPRIMENTO SOMENTE APÓS O INÍCIO DO PROCEDIMENTO FISCAL. PENALIDADE. CABIMENTO.

O cumprimento de obrigações acessórias após o início do procedimento fiscal não tem o condão de elidir a aplicação da penalidade cabível pela sua anterior inobservância.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 10/08/2008 a 31/05/2009

**APRECIAÇÃO DE ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS.
ATTRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DO PODER JUDICIÁRIO.**

Salvo em casos excepcionalíssimos. no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, o que é privativo do Poder Judiciário.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

Inconformado com a decisão de primeira instância, recorreu ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), alegando, inicialmente, que o ADE Cofis nº 13/2006, ao regulamentar a “capacidade de produção”, extrapolou os limites conferidos pela MP nº 2.158/2001 e IN SRF nº 587/2005, utilizando como parâmetro a “capacidade instalada”. Portanto, em vez de regulamentar os limites, o ADE acabou por legislar indevidamente.

Defende ainda que juntou aos autos documentação que comprova que sua produção anual, em 2008, foi inferior a 8.000 litros, e que a enchedora adquirida pela empresa é antiga e não informa a capacidade instalada, motivos pelos quais entendeu que não estaria obrigado à instalação do SMV, devendo para o caso ser aplicado o art. 112 do CTN.

Por fim, com fundamento nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade afirma ter a multa efeito confiscatório, devendo ser cancelada ou reduzida.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Sílvio Rennan do Nascimento Almeida, Relator.

Ciente do Acórdão de Impugnação em 30/01/2014, apresentou Recurso Voluntário em 28/02/2014, portanto, é tempestivo e dele tomo conhecimento.

A princípio, tendo em vista o litígio envolver o descumprimento da obrigação de instalação do SMV (Sistema Medidor de Vazão), necessário expor a legislação de regência que regulamenta o tema.

A Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, previu que os estabelecimentos industriais dos produtos classificados nas posições¹ 22.02 (refrigerantes) e 22.03 (cerveja) ficariam sujeitos à instalação de equipamentos medidores de vazão e condutivímetros, podendo a Receita Federal do Brasil dispensar a instalação dos equipamentos em função de limites de produção ou faturamento que fixar:

“Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001:

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.”

Sendo o contribuinte industrial dos produtos classificados nas posições estabelecidas pela Medida Provisória, não estando incluído nas situações dispensa estabelecidos pela Receita Federal, caso não providenciasse a instalação, estaria sujeito às multas previstas no art. 38 do dispositivo:

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

¹ As posições foram definidas, de forma genérica, como refrigerantes e cerveja, já que eram os produtos industrializados pelo contribuinte, sendo esta a denominação utilizada neste voto para melhor compreensão. Vale destacar que as posições são assim definidas na TIPI:

22.02 - Águas, incluindo as águas minerais e as águas gaseificadas, adicionadas de açúcar ou de outros edulcorantes ou aromatizadas e outras bebidas não alcoólicas, exceto sucos (sumos) de fruta ou de produtos hortícolas, da posição 20.09.

22.03 - Cervejas de malte.

I - de cinqüenta 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.”

Nesse ponto da legislação, ainda não existe litígio aplicável ao caso concreto.

A discordância surge da regulamentação realizada pela Receita Federal do Brasil no cumprimento do estabelecido pelo art. 36, caput e inciso II do §1º da MP nº 2.158/2001, quando passou a definir as hipóteses de dispensa de instalação do Sistema Medidor de Vazão.

Como se verifica da Instrução Normativa SRF nº 587, de 21 de dezembro de 2005, vigente à época dos fatos, os limites mínimos de produção ou faturamento que ensejariam a obrigatoriedade de instalação do SMV foram delegados à Coordenação Geral de Fiscalização (Cofis), tratados à época dos fatos, no ADE Cofis nº 13/2006, conforme segue:

“Instrução Normativa SRF nº 587, de 2005:

Art. 1º A instalação de equipamentos medidores de vazão e condutivímetros e de aparelhos para o controle, registro e gravação dos quantitativos medidos, de que trata o art. 36 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, a que estão obrigados os estabelecimentos industriais envasadores de produtos classificados nas posições 2201, 2202 e 2203 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI), sujeitos ao regime de tributação de que trata a Lei nº 7.798, de 10 de julho de 1989, dar-se-á em conformidade com o disposto nesta Instrução Normativa.

Parágrafo único. Os equipamentos e aparelhos especificados no caput, e demais componentes necessários à sua integração e implementação, constituem o Sistema de Medição de Vazão (SMV).

Art. 2º **A Coordenação-Geral de Fiscalização (Cofis), por intermédio de Ato Declaratório Executivo (ADE), publicado no Diário Oficial da União (DOU), deverá estabelecer:**

I - as condições de funcionamento e as características técnicas e de segurança do SMV;

II - os procedimentos relativos à instalação, verificação de conformidade, e homologação e intervenção no SMV;

III - **os limites mínimos de produção ou faturamento, a partir do qual os estabelecimentos ficarão obrigados à instalação do SMV;**

IV - os prazos nos quais os estabelecimentos industriais envasadores dos produtos classificados nas posições 2201 e 2202 da TIPI estarão obrigados à instalação do SMV.

§ 1º A homologação de que trata o inciso II do caput será efetuada pela Cofis, por intermédio de ADE publicado no DOU.”

O Ato Declaratório Executivo, por sua vez, estabeleceu, com base na capacidade instalada anual, datas a partir da qual as pessoas jurídicas estariam obrigadas à instalação do SMV:

Art. 1º Os estabelecimentos industriais envasadores de cervejas e refrigerantes, classificados, respectivamente, nas posições 2203 e 2202 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPÍ), aprovada pelo Decreto nº 4.542, de 26 de dezembro de 2002, sujeitos ao regime de tributação de que trata a Lei nº 7.798, de 10 de julho de 1989, estão obrigados à instalação de Sistema de Medição de Vazão (SMV) de acordo com as disposições contidas neste Ato Declaratório Executivo (ADE).

§ 1º O SMV deverá ser instalado pelos estabelecimentos industriais de que trata o caput em cada enchedora, assim entendido como o equipamento utilizado para enchimento dos vasilhames nos quais a bebida é acondicionada para venda a consumidor final.

§ 2º Para fins do disposto neste ADE, considera-se que uma mesma enchedora pode ser utilizada, em períodos distintos, com diferentes espécies de bebidas, e com diferentes variedades de bebidas de uma mesma espécie.

Art. 2º O SMV será composto por equipamentos medidores de vazão, condutivímetros e aparelhos para controle, registro, gravação e transmissão remota dos valores medidos à Secretaria da Receita Federal (SRF), de acordo com as orientações, características e especificações constantes do Anexo I.

§ 1º O SMV deverá medir continuamente a vazão, a condutividade elétrica e a temperatura dos líquidos que alimentam cada enchedora e fluem pela tubulação de entrada à qual está associado, sem, contudo, interferir no processo regular de fabricação de bebidas.

§ 2º Caso haja interrupção no fornecimento de energia elétrica, o estabelecimento industrial deverá, através de fonte alternativa, garantir a operação contínua do SMV por um período mínimo de 12 (doze) horas, mesmo quando não estiver em atividade a enchedora correspondente.

Art. 3º Os estabelecimentos industriais envasadores de cerveja ficam obrigados ao uso do SMV, não podendo exercer suas atividades sem prévia satisfação dessa exigência, observado o disposto no art. 5º.

Art. 4º Os prazos para instalação do SMV pelas pessoas jurídicas fabricantes de refrigerantes obedecerão aos seguintes critérios:

I - até 30 de setembro de 2006, para pessoas jurídicas cuja capacidade instalada de produção anual seja superior a 200 (duzentos) milhões de litros;

~~II - até 31 de maio de 2007, para pessoas jurídicas cuja capacidade instalada de produção anual seja superior a 30 (trinta) milhões e igual ou inferior a 200 (duzentos) milhões de litros;~~

II - até 30 de junho de 2008, para pessoas jurídicas cuja capacidade instalada de produção anual seja superior a 30 (trinta) milhões e igual ou inferior a 200 (duzentos) milhões de litros; (Redação dada pelo(a) Ato Declaratório Executivo Cofis nº 23, de 12 de setembro de 2007)

~~III - até 31 de dezembro de 2007, para as demais pessoas jurídicas obrigadas à instalação do SMV.~~

~~III - até 30 de junho de 2009, para as demais pessoas jurídicas obrigadas à instalação do SMV.~~ (Redação dada pelo(a) Ato Declaratório Executivo Cofis nº 23, de 12 de setembro de 2007)

~~III - até 30 de junho de 2010, para as demais pessoas jurídicas obrigadas à instalação do SMV.~~ (Redação dada pelo(a) Ato Declaratório Executivo Cofis nº 14, de 14 de abril de 2009)

III - até 30 de junho de 2011, para as demais pessoas jurídicas obrigadas à instalação do SMV. (Redação dada pelo(a) Ato Declaratório Executivo Cofis nº 1, de 29 de janeiro de 2010)

§ 1º Para fins do disposto neste ADE, 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.

A legislação, Medida Provisória, Instrução Normativa e Ato Declaratório Executivo se relacionam e a validade de cada uma delas é claramente conferida pelo segmento superior da pirâmide normativa, restando claramente definido ao administrado a obrigação de instalar o SMV até a data limite estabelecida pelo ADE.

A recorrente, em seu recurso, inicialmente traz argumentos de direito, voltados à aplicação da legislação. Defende (i) que o ADE Cofis nº 13/2006, ao regulamentar a “capacidade de produção”, extrapolou os limites conferidos pela MP nº 2.158/2001 e IN SRF nº 587/2005, utilizando como parâmetro a “capacidade instalada” e (ii) com fundamento nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade que a multa tem efeito confiscatório, devendo ser cancelada ou reduzida.

Sem razão a recorrente.

Como bem demonstrado na transcrição dos atos normativos que regem a matéria, a Medida Provisória trouxe previsão expressa da competência da Receita Federal para estabelecer os “**limites de produção ou faturamento que fixar**”.

Os limites foram estabelecidos com base na **capacidade instalada de produção** anual, exatamente dentro do previsto pela Medida Provisória nº 2.158/2001 e IN SRF nº 587/2005.

A afirmação do contribuinte, de que o ADE teria extrapolado o limite regulamentar conferido pela Medida Provisória, além de não se sustentar de acordo com a legislação transcrita, corresponde o controle de legalidade da norma em vigor, incompatível com o julgamento em sede de Processo Administrativo Fiscal.

De igual maneira, não compete a este Conselho a análise da obediência da norma que estabeleceu os valores das multas aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de estar realizando verdadeiro controle de constitucionalidade da norma em pleno vigor.

Como se sabe, a Súmula CARF nº 2 é expressa no sentido de incompetência do CARF para se pronunciar sobre (in)constitucionalidade de norma:

“Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Por fim, atacando diretamente a ação fiscal, defendeu que comprovou que sua produção anual em 2008 foi inferior a 8.000 litros, e que a enchedora adquirida pela empresa é antiga e não informa a capacidade instalada, motivos pelos quais entendeu que não estaria obrigado à instalação do SMV, devendo para o caso ser aplicado o art. 112 do CTN.

Antes de adentrar propriamente na análise da defesa, necessário ressaltar detalhes do procedimento de fiscalização e como o Auditor-Fiscal concluiu que a capacidade instalada de produção anual era superior aos 30 milhões de litros prevista no art. 4º, II, do ADE Cofis nº 13/2006.

Extrai-se do item 4 do Relatório de Fiscalização (“4. Da Ação Fiscal”), o Auditor-Fiscal intimou o contribuinte a justificar o motivo de não ter sido instalado o SMV na enchedora 001C, bem como a solicitação de Mapas de Produção, cópias dos catálogos da enchedora e outros arquivos digitais.

Após diligência ao local da empresa, a fiscalização identificou a enchedora, sendo esta tipo VVF 42/10 e numeração 1181, fabricada pela empresa KHS Indústria de Máquinas Ltda no ano de 1994.

Foi então intimada a fabricante para prestar informação sobre a capacidade nominal em litros/hora da enchedora 001C, obtendo como resposta:

- (i) 14.000 (quatorze mil) litros por hora para garrafas PET's de 02 (dois litros);
- (ii) 7.200 (sete mil e duzentos) para garrafas PET's de 600 (seiscentos) mililitros.

A partir da resposta do fabricante, o Auditor-Fiscal, aplicando o disposto no art. 4º, §1º, do ADE Cofis 13/2006, multiplicando a capacidade nominal por 5.694 a fim de obter a capacidade instalada anual da enchedora, conforme planilha de fl. 480:

Enchedora 001C		
Embalagem	Capacidade Nominal, em litros por hora (Lph)	Capacidade Instalada (Lph x 5.694)
PET de 2 litros	14.000	79.716.000 litros
PET de 600 ml	7.200	40.996.800 litros

A fiscalização prossegue em sua análise, destacando ainda que esta é a capacidade de uma das enchedoras da empresa, devendo ser somada também a vazão das enchedoras A1 e B1.

Traz ainda diversos outros indicativos que comprovam inclusive o conhecimento da empresa de sua capacidade instalada, quando declarou em notícia sua capacidade de produção de 4.000 garrafas por hora (4.000×2 litros $\times 5.694 = 45.552.000$ litros) (vide fl. 481).

Mesmo de posse da capacidade nominal e instalada anual declarada pelo fabricante, o Auditor persistiu na análise das justificativas prestadas pelo contribuinte no decorrer da fiscalização, quando alegou que a capacidade nominal da enchedora seria limitada pelo equipamento resfriador e misturador Proref.

Conforme cálculo da fiscalização, com base nas informações prestadas pelo contribuinte, mesmo admitindo os valores mínimos de vazão, e sem somar com as outras enchedoras, ainda assim a capacidade instalada anual seria superior aos 30 milhões de litros:

Tabela de fl. 424:

CALIBRADOR DE XAROPE	SELEÇÃO DO CALIBRADOR DE XAROPE RELACIONADA DA PROPORÇÃO E RESPECTIVA CAPACIDADE NOMINAL EM L/H	cm ²																
			1:1	1:2	1:3	1:4	1:4,4	1:5	1:5,5	1:6	1:7	1:8	1:9	1:10	1:11	1:12	1:13	1:14
Ø 3,6	0,1	min	225	338	451	563	608	677	733	788	902	1015	1127	1240	1363	1465	1578	1691
		max	450	677	903	1155	1218	1353	1465	1578	1805	2030	2250	2480	2705	2930	3155	3385
Ø 5,0	0,2	min	450	677	903	1155	1218	1353	1465	1578	1805	2030	2250	2480	2705	2930	3155	3385
		max	563	844	1150	1415	1520	1688	1860	1970	2250	2530	2815	3100	3380	3660	3945	4225
Ø 5,6	0,25	min	563	844	1150	1415	1520	1688	1860	1970	2250	2530	2815	3100	3380	3660	3945	4225
		max	1126	1690	2250	2820	3045	3385	3665	3950	4520	5075	5630	6200	6770	7330	7890	8460
Ø 8,0	0,5	min	1126	1690	2255	2820	3045	3385	3665	3950	4520	5075	5630	6200	6770	7330	7890	8460
		max	1692	2535	3381	4225	4570	5075	5500	5925	6770	7620	8460	9310	10150	11000	11846	12700
Ø 9,8	0,75	min	1692	2535	3381	4225	4570	5075	5500	5925	6770	7620	8460	9310	10150	11000	11846	12700
		max	2254	3385	4520	5630	6080	6760	7325	7890	9020	10150	11450	12400	13500	14650	15800	16900
Ø11,3	1,0	min	2254	3385	4520	5630	6080	6760	7325	7890	9020	10150	11450	12400	13500	14650	15800	16900
		max	2816	4225	5630	7040	7610	8450	9160	9860	11260	12670	14080	15500	16900	18304	19712	21120

Cálculo (fl. 481):

Minimo	6.760 litros/hora x 5.694 = 38.491.440 litros
Máximo	8.450 litros/hora x 5.694 = 48.114.300 litros

Percebe-se que o Auditor trouxe aos autos as provas e fundamentos para a prática do ato administrativo, comprovando a **capacidade instalada anual** superior ao 30 milhões de litros, cabendo ao contribuinte, do lado oposto, trazer fatos modificativos ou extintivos da relação obrigacional.

Ultrapassada a análise **sintética** do procedimento de fiscalização, deve ser analisado o argumento de recurso, que se resume a poucas palavras alegando que comprovou que sua produção anual em 2008 foi inferior a 8.000 litros, e que a enchedora adquirida pela empresa é antiga e não informa a capacidade instalada, motivos pelos quais entendeu que não estaria obrigado à instalação do SMV, devendo para o caso ser aplicado o art. 112 do CTN.

De pronto, resta afastada a aplicação do art. 112 do CTN, visto a inexistência de dúvida quanto aos fatos envolvidos, ademais, como restou comprovado pelo Auditor, a capacidade instalada foi facilmente obtida em consulta ao fabricante da enchedora.

Quanto à comprovação de que sua produção anual em 2008 foi inferior a 8.000 litros, percebe-se que a recorrente não busca contradizer a **capacidade instalada de produção** identificada pela fiscalização, mas sim afirmar que sua **efetiva produção** no período foi inferior ao limite estabelecido no ADE.

Conforme se observa do art. 4º do ADE Cofins nº 13/2006, os limites para a obrigatoriedade de instalação do SMV se refere à **capacidade instalada de produção** e não à produção efetiva no período.

Nos termos do art. 4º, §1º do dispositivo:

“Art. 4º [...]

§ 1º Para fins do disposto neste ADE, 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.”

Dessa forma, ainda que eventualmente a **efetiva produção** declarada pelo contribuinte seja menor do que o limite estabelecido do Ato Declaratório, a legislação estabeleceu como limite a **capacidade instalada de produção**, não restando dúvida do descumprimento pelo contribuinte da obrigação prevista na Medida Provisória nº 2.158/2001.

Este Conselho Administrativo já tratou o tema em outras oportunidade, confirmando a autuação quando confirmada a capacidade instalada anual acima do limite previsto na legislação:

“Acórdão nº 3401-006.873

Sessão de 20 de agosto de 2019

Relator: Rosaldo Trevisan

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 30/06/2008

MULTA. SISTEMA MEDIDOR DE VAZÃO. NÃO INSTALAÇÃO.

Aplica-se a multa prevista no inciso I do artigo 38 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, por não instalação de sistema medidor de vazão em razão de impedimento criado pelo contribuinte, apurado em procedimento fiscal, no qual não se contesta a não instalação, nem a faixa de capacidade instalada de produção anual.

MULTA. CONFISCO. SÚMULA CARF N. 2.

A alegação de confisco para multas não é oponível ao julgador administrativo, vinculado pela lei e pelo teor da Súmula CARF nº 2, que impede o exame de constitucionalidade de lei vigente. A proporcionalidade e a razoabilidade são *de lege ferenda*, ou dosáveis para multas de faixa variável. Sendo a multa estabelecida precisamente em lei, e incorrendo o sujeito passivo na conduta que a ela dá ensejo, não cabe ao julgador administrativo fixar seu patamar abaixo do legalmente estabelecido simplesmente por entendê-lo demasiadamente alto.

[...]

Pelo que se observa nos autos, a fiscalização esteve no estabelecimento em 16/02/2009, verificando que a empresa fabrica refrigerante e que o estabelecimento era envasador/“enchedor” de “PET”, com capacidade nominal de 20.000 litros por hora, capacidade esta verificada com funcionário, bem como no manual do fabricante KHS

Indústria de Máquinas Ltda, e que a **capacidade instalada de produção anual era de 113,8 milhões de litros por ano, na forma do §1º, do artigo 4º, do Ato Declaratório Executivo (ADE) Cofis no 13, de 13/03/2006.**

Desta feita, comprovada a capacidade instalada de produção anual acima de 30 milhões de litros, deveria o contribuinte ter providenciado a instalação do SMV até 30 de junho de 2008, ficando sujeito à aplicação da multa prevista no art. 38, I, “a”, da Medida Provisória nº 2.158, de 2001.

Pelo exposto, VOTO por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Sílvio Rennan do Nascimento Almeida