



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 11444.000274/2009-42
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3401-006.873 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de agosto de 2019
Recorrente I C B C - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BEBIDAS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

ROSALDO TREVISAN – Presidente e Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros Rosaldo Trevisan (presidente), Mara Cristina Sifuentes, Lázaro Antônio Souza Soares, Oswaldo Gonçalves de Castro Neto, Carlos Henrique de Seixas Pantarolli, Fernanda Vieira Kotzias, Rodolfo Tsuboi (suplente convocado) e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco (vice-presidente).

Relatório

Versa o presente sobre **Auto de Infração** lavrado em 23/03/2009 (fls. 2 a 6)¹, com ciência em 24/03/2009 (fl. 3), para exigência de multa pela não instalação de sistema de medição de vazão, prevista no inciso I do artigo 38 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001, no valor original de R\$ 1.960.479,65.

Alega a fiscalização que o estabelecimento industrial deixou de providenciar a instalação do Sistema de Medição de Vazão (SMV), conforme Termo de Diligência Fiscal, de 16/02/2009 (fls. 7/8), a que estava obrigado a instalar até 30/06/2008, sujeitando-se à multa correspondente a 50% do valor comercial da mercadoria produzida a cada período de apuração do IPI.

Em **Impugnação** (fls. 65 a 79), a empresa alega, em síntese, que: (a) jamais havia sido autuada, e as supostas irregularidades foram sanadas, anexando documento que comprovam que foi adquirido o SMV, que estava sendo instalado; (b) a multa, sendo *longa manus* do tributo, não pode ser fixada em patamares confiscatórios, conforme art. 150, IV da Constituição Federal de 1988, e não pode ser superior a 20%, conforme Lei n.º 8.383/1991; (c) aplica-se ao caso o art. 112 do Código Tributário Nacional (CTN), devendo a interpretação ser a mais favorável ao contribuinte; (d) o contribuinte não é sonegador, aplicando-se a denúncia espontânea; e (e) a multa aplicada viola preceitos constitucionais, e a razoabilidade/proporcionalidade.

O **juízo** da impugnação, reconhecida como tempestiva pelo despacho de fl. 101, foi efetuado pela **instância de piso** em 12/07/2013 (fls. 107 a 110), entendendo-se unanimemente pela improcedência da impugnação, pela impossibilidade de análise administrativa de constitucionalidade, pela vinculação ao texto da norma legal, e por não se aplicar a denúncia espontânea a descumprimento de obrigação acessória.

Ciente da decisão da DRJ em 23/08/2013 (AR à fl. 114), a empresa apresentou **Recurso Voluntário** em 11/09/2013 (fls. 116 a 127), basicamente reiterando os argumentos externados em sede de impugnação, no sentido da confiscatoriedade da multa, e da violação à razoabilidade e à proporcionalidade, agregando que: (a) a Instrução Normativa da RFB n.º 869/2008 estabeleceu que os estabelecimentos industriais envasadores de bebidas classificadas nas posições 2201 (utilizada pela empresa), 2202 e 2203 da TIPI estão obrigados à instalação do SICOBE (Sistema de Controle de Produção de Bebidas) e não mais do SMV; (b) a Instrução Normativa da RFB n.º 943/2009 (com a redação dada pela de n.º 1.040/2010) desobriga a instalação de SMV para os estabelecimentos obrigados à instalação do SICOBE; e (c) aplica-se, ao caso, a retroatividade benigna, de que trata o art. 106, II, do CTN.

A unidade preparadora atestou a tempestividade do recurso e encaminhou ao CARF o processo pelo despacho de fl. 131, em 12/09/2013.

O processo foi distribuído a diversos conselheiros, e devolvido, por término de mandato, sendo distribuído por sorteio, a este relator, em 26/03/2019.

É o relatório.

¹ Todos os números de folhas indicados nesta decisão são baseados na numeração eletrônica da versão digital do processo (e-processos).

Fl. 3 do Acórdão n.º 3401-006.873 - 3ª Seju/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 11444.000274/2009-42

Voto

Conselheiro ROSALDO TREVISAN, Relator

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade e, portanto, dele se conhece.

A multa aplicada tem por fundamento legal o inciso I do artigo 38 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001, combinado com o art. 36 da mesma lei:

“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**.

§ 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. 38. **A cada período de apuração** do imposto, poderão ser aplicadas as seguintes **multas**:

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;

(...)” (grifo nosso)

A Lei n.º 11.051/2004, em seu art. 5º, estendeu o disposto nos artigos 36 a 38 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 aos estabelecimentos envasadores ou industriais fabricantes dos produtos classificados na posição 2201 da TIPI.

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 n.º 13, de 13/03/2006. Tais dados não são controversos no presente contencioso, não apresentando a empresa qualquer elemento que afaste os dados objetivamente apurados. Também não se questiona a metodologia de cálculo da multa, a partir do Livro de Registro de Apuração do IPI (fls. 55 a 62).

O inciso IV do art. 2º do referido ADE dispõe:

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

(...)

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) (...)” (grifo nosso)

Não há controvérsia, assim, sobre o prazo derradeiro, de 30/06/2008, para que a empresa instalasse o SMV, nem sobre a base de cálculo adotada. Aliás, na impugnação a empresa alega, às fls. 66, que já havia adquirido o equipamento, que estava instalando:

“Anexamos nesta oportunidade os documentos que comprovam que a recorrente já adquiriu o Sistema de Medição de Vazão - SMV. Informa ainda que o referido equipamento já encontra-se (*sic*) sendo instalado na empresa ora recorrente.”

No entanto, no anexo à impugnação - fls. 82 a 88, é apresentada minuta de contrato de fornecimento de sistema medidor de vazão, assinada apenas pela impugnante, sem identificação do signatário, com data de 26/03/2009, e sem o Anexo I, que traria uma “proposta consolidada”.

Longe, assim, de provar qualquer atendimento a empresa, que sequer renova essa tese em sede recursal.

A insurgência da defesa mantida em sede recursal é com o resultado da conta que leva à multa, que considera confiscatório e avesso à razoabilidade /proporcionalidade.

Quanto a tal alegação, tem-se que 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.

Ademais, não há qualquer restrição ao confisco para penalidades (categoria notoriamente distinta de “impostos”, pelo próprio conceito de tributo estabelecido no art. 3º do Código Tributário Nacional, que não constitui “...*sanção de ato ilícito*”). Pelo contrário, o texto constitucional expressamente prevê o confisco como penalidade, como se percebe no parágrafo único do art. 243.

A norma da RFB vigente ao tempo da autuação era a Instrução Normativa RFB nº 587, de 21/12/2005, que dispunha:

“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.

§ 2º Os estabelecimentos industriais envasadores dos produtos classificados na posição 2203 da TIPI ficam obrigados ao uso do SMV, não podendo exercer suas atividades sem prévia satisfação dessa exigência, observado o disposto no inciso III do **caput**.

§ 3º Órgãos oficiais especializados e entidades de âmbito nacional representativas dos fabricantes de bebidas poderão ser credenciados, mediante convênio, para, em conjunto com a Cofis, definir e participar dos procedimentos de que tratam os incisos I e II do **caput**. (...)” (grifo nosso)

Estabelecidos os limites (não questionados) assim como os prazos (indiscutivelmente descumpridos), cabível a aplicação da penalidade, não havendo, ainda, vestígio de dúvida que pudesse trazer à tona o emprego do art. 112 do CTN.

Correta, então, a decisão de piso, que mantém o lançamento, e afasta ainda a alegação de denúncia espontânea, instituto não aplicável ao descumprimento de obrigações acessórias, como endossa a Súmula CARF nº 49.

No recurso voluntário, passa a empresa a sustentar que haveria retroatividade benigna (art. 106, II do CTN), por ter a Instrução Normativa da RFB nº 869/2008 disposto que os estabelecimentos industriais envasadores de bebidas classificadas nas posições 2201 (utilizada pela empresa), 2202 e 2203 da TIPI estavam obrigados à instalação do SICOBEBE (Sistema de Controle de Produção de Bebidas) e não mais do SMV, e porque a Instrução Normativa da RFB nº 943/2009 (com a redação dada pela de nº 1.040/2010) desobriga a instalação de SMV para os estabelecimentos obrigados à instalação do SICOBEBE.

A Instrução Normativa RFB nº 869/2008, diga-se, também já era vigente ao tempo da autuação (datada de março de 2009), e dispunha, em seus arts. 1º, 5º e 8º:

“Art. 1º **Os estabelecimentos industriais envasadores das bebidas classificadas nos códigos 22.01**, 22.02, exceto os Ex 01 e Ex 02 do código 22.02.90.00, e 22.03 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (Tipi), aprovada pelo Decreto nº 6.006, de 28 de dezembro de 2006, **estão obrigados à instalação do Sistema de Controle de Produção de Bebidas (Sicobe), de acordo com o disposto nesta Instrução Normativa**.

(...)

Art. 5º **Os estabelecimentos industriais envasadores das bebidas de que trata o art. 1º deverão ser comunicados pela Cofis, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, quanto:**

I - à definição do tipo de equipamento, (...);

II - aos dispositivos de adaptação a serem efetuados em cada linha de produção, necessários à instalação do Sicobe;

III - aos dispositivos de conectividade e características do ambiente de operação onde deverão ser instalados os computadores e demais equipamentos de controle, registro, gravação e transmissão de dados;

IV - **à data de início da instalação do Sicobe no estabelecimento industrial.**

§ 1º A comunicação de que trata o **caput** será efetuada mediante termo lavrado por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (AFRFB) em procedimento de diligência instaurado pela Cofis, mediante a expedição de Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), do qual será dada ciência ao estabelecimento industrial.

(...)

Art. 8º **A Cofis, mediante Ato Declaratório Executivo (ADE), publicado no Diário Oficial da União (DOU), deverá estabelecer a data a partir da qual o estabelecimento industrial envasador das bebidas de que trata o art. 1º estará obrigado à utilização do Sicobe.**

§ 1º A **data mencionada no caput será estabelecida após a conclusão da instalação do Sicobe em todas as linhas de produção do estabelecimento industrial,** formalizada pelo encerramento do procedimento de diligência de que trata o § 1º do art. 5º.

(...)” (grifos nosso) (o texto do § 1º do art. 5º teve, posteriormente, nova redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 1.517/2014)

De fato, a Instrução Normativa RFB nº 943/2009, em seu art. 2º-B, com a redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 1.040/2010, dispensou a instalação/manutenção de SMV para estabelecimentos industriais envasadores de bebidas obrigados à utilização do SICOBE:

“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.” (grifo nosso)

Entretanto, não vejo, no presente processo, nenhuma prova da alegação de que a empresa estava obrigada a instalar o SICOBE. O texto da Instrução Normativa RFB nº 943/2009, em seu art. 2º-B, com a redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 1.040/2010 dispensou a instalação do SMV apenas no caso de obrigatoriedade de instalação do SICOBE, na forma do art. 8º da Instrução Normativa RFB nº 869/2008, obrigatoriedade essa que, como exposto na transcrição do referido art. 8º, será fixada por ADE da COFINS após , “...a conclusão da instalação do Sicobe em todas as linhas de produção do estabelecimento industrial”.

Não há que se falar, assim, no presente caso, em dispensa da instalação do SMV à data da autuação, nem posteriormente, porque a empresa não demonstrou estar obrigada à instalação do SICOBE. Aliás, sequer informou se foi intimada a realizar os procedimentos de adequação a que se refere o inciso II do art. 2º-B da Instrução Normativa RFB nº 943/2009, com a redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 1.040/2010.

Improcedente, assim, a alegação de retroatividade benigna, pois a cessação da obrigação de instalação do SMV só deixaria de ser aplicável à empresa se ela estivesse efetivamente obrigada à instalação do SICOBE, o que não se comprova, no presente processo.

Considerando o exposto nos tópicos anteriores, voto por negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

ROSALDO TREVISAN