



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

Processo n° 11444.000351/2009-64
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3401-003.198 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de julho de 2016
Matéria Obrigações acessórias
Recorrente CERVEJARIA MALTA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 31/07/2008 a 28/02/2009

RECURSO VOLUNTÁRIO. MATÉRIA ESTRANHA AO PROCESSO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO. MATÉRIA NÃO CONTESTADA EM SEDE DE IMPUGNAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

Opera-se a preclusão da matéria não contestada expressamente. O recurso voluntário, ao tratar de matéria estranha ao processo e não contestada em sede de impugnação, deve ser conhecido, mas não merece ser provido. Inteligência do art. 63 da Lei nº 9.784/1999 e do art. 17 do Decreto nº 70.235/1972.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Por maioria de votos, negou-se provimento ao recurso, vencido o Conselheiro Eloy Eros da Silva Nogueira que aplicava, de ofício, a dispensa do art. 2º da IN RFB 1.040/2010, em observância ao princípio inserto no art. 106, II, "b" do CTN.

ROBSON BAYERL - Presidente.

LEONARDO OGASSAWARA DE ARAÚJO BRANCO - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: ROBSON JOSE BAYERL (Presidente), ROSALDO FREVISAN, WALTAMIR BARREIROS, LEONARDO

OGASSAWARA DE ARAÚJO BRANCO (vice-presidente), ELOY EROS DA SILVA NOGUEIRA, FENELON MOSCOSO DE ALMEIDA e RODOLFO TSUBOI.

Relatório

1. Trata-se de **auto de infração**, situado às fls. 5 a 8, para fins de exigência da multa de que trata o art. 38, I, da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, no valor de R\$ 765.205,26, correspondente a 50% do valor comercial dos refrigerantes classificados nas posições 2202 da Tabela de Incidência do IPI (TIPI), pela não instalação de medidores de vazão e condutivímetros.

2. Segundo se depreende da descrição dos fatos de fl. 6, o estabelecimento industrial deixou de providenciar a instalação do Sistema de Medição de Vazão (SMV) na **enchedora de garrafas PET com refrigerantes**, conforme Termo de Diligência a que estava obrigada a instalar até o dia 30/06/2008 nos termos do inciso II do art. 4º, do Ato Declaratório Executivo (ADE) Cofis nº 13, de 13/03/2006, com a redação dada pelo art. 1º do ADE-Cofis nº 23, de 12/09/2007.

3. Ainda segundo o termo lavrado pela autoridade fiscal, o estabelecimento utiliza duas outras enchedoras, ambas com o SMV regularmente instalado, o que não ocorre com a terceira, de garrafas PET, com capacidade anual de 63.328.000 litros, capacidade essa que determina a obrigatoriedade da instalação do sistema em referência também nessa enchedora:

Tipo Vasilhame	Tipo de Bebida	Cap. Volume	Cap. It p/ hora	Capac. Anual (*)	SMV Instalado?
Lata	Refrigerante/Cerveja	30000 lata/hora	10.500 lt/h	59,787 milhões lt	Sim
Garrafa Vidro	Refrigerante/Cerveja	750 cx/hora	10.800 lt/h	61,495 milhões lt	Sim
Garrafa PET	Refrigerante	6000 garrafa/hora	12.000 lt/h	68,328 milhões lt	Não
Total da capacidade anual				189,61 milhões lt.	

(*) Na forma do ADE-Cofis nº 13/2006 (capacidade anual = capacidade por hora multiplicada por 5.694 horas)

4. A contribuinte foi cientificada da autuação em 04/05/2009 e apresentou **impugnação** em 02/06/2009 alegando, em síntese, que: **(i)** em face do disposto na Instrução Normativa RFB nº 869, de 12/08/2008, instalou em seu parque industrial o Sistema de Controle de Produção de Bebidas (Sicobe), cujo objetivo é aumentar a eficiência da fiscalização e do consequente recolhimento de tributos, pela medição de vazão dos produtos classificados nas posições 2201, 2202 e 2203 da TIPI; e **(ii)** assim, considerando que o Sicobe e o SMV desempenham a mesma função e apresentam o mesmo objetivo, não haveria sentido jurídico em se determinar a instalação dos dois sistemas, sob pena de onerar desnecessariamente a produção.

5. A 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre (RS) proferiu o **Acórdão DRJ nº 10-48.974**, em sessão de 20/02/2014, no qual consignou que o estabelecimento industrial pode estar obrigado a instalar tanto o SMV quanto o Sicobe, conforme previsão expressa existente no § 1º do art. 58-T da Lei no 10.833/2003, com a redação dada pela Lei no 11.827/2008, produzindo, assim, a seguinte ementa:

Período de apuração: 31/07/2008 a 28/02/2009

SISTEMA DE MEDIÇÃO DE VAZÃO (SMV). SISTEMA DE CONTROLE DE PRODUÇÃO DE BEBIDAS (SICOBEBE). COEXISTÊNCIA.

Existe expressa previsão legal para que o estabelecimento industrial esteja obrigado a instalar tanto o SMV quanto o Sicobe. Impugnação Improcedente. Crédito Tributário Mantido".

6. A contribuinte recebeu intimação postal do acórdão de primeira instância administrativa em 04/06/2014 e apresentou **recurso voluntário** em 02/07/2014, por meio do qual recorreu do seguinte repertório fático:

I - DOS FATOS

1. Trata-se de lançamento tributário referente a aplicação da multa de 100% (cem por cento) sobre o valor comercial da mercadoria produzida durante o período de maio/2013 a dezembro/2013, em face do descumprimento de obrigação acessória relativa ao não pagamento de R\$ 0,03 (três centavos de real) por unidade de produto controlado pelo SICOBEBE, destinado à Casa da Moeda. Apresentada impugnação administrativa a mesma foi julgada improcedente sob o fundamento da existência "*expressa previsão legal para que o estabelecimento industrial esteja obrigado a instalar tanto o SMV quanto o Sicobe.*"

2. Depositadas as homenagens e respeito à ilustre autoridade administrativa, credenciada a proceder o julgamento da impugnação, por quem a Recorrente professa grande respeito e admiração, não merece prosperar a presente exigência fiscal relativamente à aplicação de 100% (cem por cento) de multa por descumprimento de obrigação acessória em face da sua notória natureza confiscatória, conforme a seguir restará demonstrado.

3. Esses são os fatos ensejadores do presente recurso voluntário.

7. Aduziu a contribuinte, em sua peça de defesa, que: **(i)** o lançamento tributário recorrido contraria o inciso IV do art. 150 da Constituição Federal de 1988, uma vez que "*(...) a exigência da multa de 100% tem efeito notoriamente confiscatório*"; e **(ii)** que o Poder Judiciário vem afastando aplicação da multa confiscatória, "*(...) conforme o caso 'sub judice' aplicável a alíquota de 50%, principalmente quando não ocorre fraude, simulação e má-fé do contribuinte*"

8. Realizou, por fim, o seguinte pedido:

III - DO PEDIDO

10. Ante o exposto e, com fundamento nas razões jurídicas acima mencionadas, vem a Recorrente, mui respeitosa e tempestivamente, requerer a reforma "in totum" da r. decisão de primeiro grau para cancelar o auto de infração e imposição de multa em testilha, que pretende exigir a aplicação de multa de 100% (cem por cento) em face de descumprimento de obrigação acessória relacionada ao SICOBE, mais precisamente na ausência de ressarcimento de R\$ 0,03 (três centavos) por unidade de produto controlado, valor esse destinado à Casa da Moeda.

9. Em 31/05/2016, foi protocolado neste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais o Memorando nº 117/RFB/DRF/MRA/Gabinete com o assunto "*Justiça Federal de Assis - solicita julgamento prioritário de processo*", com cópia da decisão exarada nos autos do Procedimento Investigatório Criminal nº 0000608-02.2016.403.6116, em trâmite na Justiça Federal de Assis, solicitando, ainda, "*(...) especial obséquio no atendimento da requisição judicial relativamente ao processo nº 11444.0003512009-64*".

10. Transcreve-se, a seguir, trecho do "**item 1.2**" da decisão judicial em referência pertinente ao presente processo:

"(...) 1.2. Oficie-se ao Delegado da Receita Federal do Brasil, em Marília/SP, solicitando os bons préstimos no sentido de apresentar junto ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF prioridade no julgamento dos recursos interpostos em processos administrativos tributários envolvendo os investigados" - (seleção e grifos nossos).

11. Em **23/06/2016** o presente processo foi distribuído, mediante sorteio eletrônico, à minha relatoria e trazido à pauta da reunião de julho de 2016 de ofício por determinação do Presidente Substituto da 3ª SEJUL em atenção e prestígio à decisão judicial acima transcrita, uma vez que a contribuinte ora recorrente figura entre os investigados no Procedimento Investigatório Criminal em referência.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo Branco

12. O recurso é tempestivo e preenche os requisitos formais e, por isso, dele tomo conhecimento.

13. A decisão de primeira instância administrativa versou sobre a possibilidade de a empresa que possui o Sistema de Controle de Produção de Bebidas (Sicobe) ser dispensada da multa em virtude da ausência do Sistema de Medição de Vazão (SMV).

14. Neste sentido, entendeu o voto condutor da decisão colegiada proferida pela 3ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento em Porto Alegre (RS) que:

"No tocante à instalação do Sicobe, o art. 58-T da Lei no 10.833, de 29 de dezembro de 2003, estabelece que as pessoas jurídicas fabricantes dos produtos classificados nos códigos 21.06.90.10 Ex 02, 22.01, 22.02, exceto os Ex 01 e Ex 02 do código 22.02.90.00, e 22.03, da TIPI ficam obrigadas a instalar equipamentos contadores de produção, que possibilitem, ainda, a identificação do tipo de produto, de embalagem e sua marca comercial. Essa obrigação, por sua vez, foi objeto da Instrução Normativa RFB no 869, de 2008, que tratou do Sistema de Controle de Produção de Bebidas (Sicobe).

A instalação do sistema referido no item precedente fica a cargo da Casa da Moeda do Brasil (CMB), consoante § 3º do art. 2º da IN RFB no 869, de 2008, sob supervisão da Receita Federal (...).

*(...) Convém ressaltar, a esta altura, que **o estabelecimento industrial pode estar obrigado a instalar tanto o SMV quanto o Sicobe**, conforme previsão expressa existente no § 1º do art. 58-T da Lei no 10.833, de 2003, com a redação dada pela Lei no 11.827, de 20 de novembro de 2008 (...). **Portanto, os sistemas de controle SMV e Sicobe, ao contrário do que afirma a defesa, poderiam coexistir no mesmo estabelecimento industrial**" - (seleção e grifos nossos).*

15. Ainda que tal argumentação não tenha sido realizada em nenhum momento na impugnação, cujos fundamentos carecem inclusive de qualquer referência jurídico-normativa, a decisão recorrida se prestou inclusive à minúcia de admitir que o art. 2º da Instrução Normativa RFB nº 1.040/2010, adicionou o art. 2º-B à Instrução Normativa RFB nº 943/2009, **dispensando da obrigatoriedade de instalação e manutenção do SMV** estabelecimentos industriais envasadores de bebidas que estejam obrigados também à utilização do Sistema de Controle de Produção de Bebidas (Sicobe). Contudo, tratou de afastar a argumentação trazida de ofício com a seguinte justificativa:

*"Todavia, a referida IN RFB no 1.040, de 2010, entrou em vigor em 9 de junho de 2010, **posteriormente aos fatos apurados na ação fiscal em exame**, os quais ocorreram de 31 de julho de 2008 a 28 de fevereiro de 2009, motivo pelo qual a eles não se aplica, além do que o impugnante não produziu prova no sentido da alegada instalação do Sicobe" - (seleção e grifos nossos).*

16. Com base nestes argumentos, manteve a decisão da autoridade fiscal de "aplicar a multa estabelecida no art. 38 da Medida Provisória no 2.158-35, de 2001, de **cinquenta por cento** do valor comercial da mercadoria, que, no caso, era de R\$ 1.530.410,52, conforme parcelas especificadas mês a mês nos demonstrativos das fls. 20 a 27, definindo a multa no valor de R\$ 765.205,26 (**50%** de R\$ 1.530.410,52)" - (seleção e grifos nossos).

17. A contribuinte, em seu recurso voluntário, insurgiu-se contra a aplicação de uma multa de **100%** (sic) aplicada por decorrência "(...) do descumprimento de obrigação acessória relativa ao não pagamento de **R\$ 0,03 por unidade de produto controlado pelo SICOBÉ**", argumentando única e exclusivamente que tal sanção configuraria **confisco** vedado pela Constituição Federal em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

18. Ao se compulsar tal argumentação com a decisão do **Acórdão DRJ nº 10-48.974** e com o **auto de infração** lavrado, portanto, não se vislumbra identidade com a questão discutida no presente processo, a começar pelo percentual da multa, cuja alíquota foi fixada em 50% e não em 100%, o que descaracteriza, portanto, a premissa do único argumento contestado pelo recurso voluntário, baseado em inconstitucionalidade.

19. Tampouco o período de apuração contestado é coincidente.

20. Observe-se que a delimitação fática apontada pela peça recursal, transcrita às inteiras no relatório do presente voto, refere-se a "(...) **lançamento tributário referente a (sic) aplicação da multa (...) sobre o valor comercial da mercadoria produzida durante o período de maio/2013 a dezembro/2013**".

21. Contudo, o período de apuração objeto do auto de infração e em cujo intervalo se buscou a base de cálculo da multa de 50% se refere ao interregno compreendido entre **31/07/2008 e 28/02/2009**:

Multa Regulamentar				
Data Ocorrência	Moeda	Base Cálculo	Percentual	Valor da Multa
31/07/2008	R\$	321.502,98	50,00	160.751,49
31/08/2008	R\$	226.064,46	50,00	113.032,23
30/09/2008	R\$	266.597,64	50,00	133.298,82
31/10/2008	R\$	279.537,24	50,00	139.768,62
30/11/2008	R\$	137.972,10	50,00	68.986,05
31/12/2008	R\$	80.325,54	50,00	40.162,77
31/01/2009	R\$	112.377,12	50,00	56.188,56
28/02/2009	R\$	106.033,44	50,00	53.016,72
Total da Multa				765.205,26

22. Por outro lado, a argumentação concernente ao caráter confiscatório da multa em apreço, sobre o reputado desprestígio ao texto constitucional, não fez parte da **impugnação** intentada pela ora recorrente, e muito menos foi objeto de análise por parte da **decisão de primeiro piso**.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 30/07/2016 por LEONARDO OGASSAWARA DE ARAUJO BRANCO, Assinado digitalmen

te em 30/07/2016 por LEONARDO OGASSAWARA DE ARAUJO BRANCO, Assinado digitalmente em 01/08/2016 por R

OBSON JOSE BAYERL

Impresso em 02/08/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

23. Recorde-se que a argumentação trazida pela contribuinte em sede de impugnação se voltava ao fato de que, como "(...) o Sicobe e o SMV desempenham a mesma função e apresentam o mesmo objetivo, não haveria sentido jurídico em se determinar a instalação dos dois sistemas", o que foi objeto de decisão por parte do **Acórdão DRJ nº 10-48.974** que, inclusive, esclareceu seu posicionamento acerca dos efeitos do art. 2º da Instrução Normativa RFB nº 1.040/2010, no sentido de que não contemplariam a situação concreta tratada nos autos.

24. Tal racional foi abandonado pelas razões recursais vertidas pela recorrente, que buscou trazer ao conhecimento deste Conselho a discussão acerca do caráter confiscatório da multa, matéria não contestada previamente e, logo, não suscetível de devolutividade. Ao fazê-lo, não obstante, apontou para exação e período de apuração diversos daqueles fixados pela autoridade fiscal no auto de infração lavrado, como acima se demonstrou.

25. Conclui-se, desta feita, que o recurso voluntário versou sobre matéria: **(i)** estranha ao presente processo, **(ii)** não impugnada em primeira instância administrativa, e **(iii)** de acordo com a Súmula CARF nº 02 de 12/01/2011,¹ ainda que cognoscível fosse, o que não é o caso, fora do âmbito da competência deste Conselho, por tratar de inconstitucionalidade de lei tributária.

26. Furtaram-se as razões recursais apresentadas ao dever de fundamentar a pretensão da recorrente, não sendo possível ao julgador administrativo, *per se*, suprir tais omissões:

*"O contribuinte **deverá contestar todos os itens**, caso não concorde com a decisão de primeira instância, **apresentando as razões para cada um deles**. Assim, a peça recursal deve indicar normas, princípios e valores efetiva ou potencialmente lesados por atos da Administração Tributária, sempre indicando quais fatos são relevantes para a sua defesa. Esse **dever de fundamentar a pretensão de anulação do ato vergastado é ônus daquele que faz a alegação, assumindo, por isso mesmo, um caráter de indeclinável observância**. Não cabe, desse modo, ao CARF, substituindo-se ao autor, suprir qualquer omissão na peça recursal e inovar em relação às questões levantadas pelos interessados no litígio.*

A omissão de um item no recurso por parte do contribuinte, por si só, pode caracterizar a concordância do recorrente relativo à parte. Neste caso, a autoridade preparadora poderá, se cabível, providenciar a formação de autos apartados para a imediata cobrança da parte não contestada, sendo que a parte recorrida seguirá para o CARF"² - (seleção e grifos nossos).

¹ Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

² NEDER, Marcos Vinicius e LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. Processo administrativo fiscal federal comentado (de acordo com a lei nº 11.941, de 2009 e o Regimento Interno do CARF). São Paulo: Editora Dialética, 3ª

27. Opera-se, assim, a preclusão consumativa das matérias da autuação não impugnadas, e conhecê-las implicaria não apenas a supressão de instância administrativa como também ofensa ao art. 17 do Decreto nº 70.235/1972.³

Com base nestes fundamentos, voto por conhecer e negar provimento ao recurso voluntário interposto.

Leonardo Ogassawara de Araújo Branco - Relator

³ Decreto nº 70.235/1972 - Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.