



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16024.000089/2009-12
Recurso Voluntário
Resolução nº **3201-002.664 – 3ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 25 de junho de 2020
Assunto DILIGÊNCIA
Recorrente BEIRA RIO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BEBIDAS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento do Recurso em diligência, para que a Unidade Preparadora: (1) certifique a "capacidade instalada" do estabelecimento da Recorrente, nos termos do §1.º do Art. 4.º, do ADE Cofis n.º23/2007, existente entre 20/03/2006 e 30/06/2008, com respaldo em documentos de natureza técnica, comprovando as respectivas fontes, ou em laudo a ser emitido por instituição credenciada pela RFB; (2) considere e compare o laudo apresentado pelo contribuinte às fls. 196; (3) elabore relatório/parecer conclusivo; (4) dê ciência ao contribuinte para se manifestar no prazo de 30 (trinta dias).

Paulo Roberto Duarte Moreira – Presidente.

(assinado digitalmente)

Pedro Rinaldi de Oliveira Lima - Relator.

(assinado digitalmente)

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Hélcio Lafeté Reis, Leonardo Vinícius Toledo de Andrade, Leonardo Correia Lima Macedo, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Marcos Antônio Borges (Suplente convocado), Laércio Cruz Uliana Júnior, Márcio Robson Costa e Paulo Roberto Duarte Moreira (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário de fls. 293 em face de decisão de primeira instância administrativa da DRJ/PE de fls. 277 que decidiu pela improcedência da Impugnação de fls 175, nos moldes do Auto de Infração de fls. 162, lavrado em razão da não instalação do Sistema de Medição Vazão.

Fl. 2 da Resolução n.º 3201-002.664 - 3ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 16024.000089/2009-12

Como de costume nesta Turma de Julgamento, transcreve-se o relatório e ementa do Acórdão da Delegacia de Julgamento de primeira instância, para a apreciação dos fatos e trâmite dos autos:

“1. Trata-se de Auto de Infração de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 134.343,50, lavrado em razão da falta de instalação, no prazo previsto na legislação, por estabelecimento industrial produtor de refrigerantes (classificados na posição 2202 da TIPI), de equipamentos medidores de vazão e condutivímetros, bem assim de aparelhos para o controle, registro e gravação dos quantitativos medidos, conhecidos como Sistema de Medição de Vazão (SMV).

1.2. Em resumo, os referidos equipamentos teriam que ser instalados até determinada data, a depender da capacidade instalada de engarrafamento anual, e a empresa não o fez, sujeitando-se à multa regulamentar de 50 % do valor comercial produzido desde o período de apuração no qual deveria ter sido feita a instalação, se já em produção, ou a partir daquele em que a produção foi iniciada.

2. Julgo providencial transcrever desde logo a legislação pertinente:

2.1. A exigência da instalação do SMV para fabricantes de refrigerantes e de cervejas foi estabelecida pela Medida Provisória n.º 2.158-35/2001, cominando penalidades em caso do seu descumprimento e remetendo à SRF toda a regulamentação a respeito:

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:

.....

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;

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

2.2. Estes dispositivos legais foram regulamentados – no período que, em princípio, nos interessa –, pela IN/SRF n.º 587/2005 (revogada pela IN/RFB n.º 943, publicada em 29/05/2009), que determinou o seguinte:

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 n.º 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, a que estão obrigados os estabelecimentos industriais envasadores de produtos classificados nas

Fl. 3 da Resolução n.º 3201-002.664 - 3ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 16024.000089/2009-12

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 n.º 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.

2.3. O ADE Cofis n.º 20/2003 cuidou especificamente dos fabricantes de cervejas. Já o ADE Cofis n.º 13, publicado em 20/03/2006, que revogou o ADE Cofis n.º 9/2004, tratou também dos refrigerantes (sendo que o prazo para instalação, estabelecido no inciso II do art.

4º, foi prorrogado até 30/06/2008, pelo ADE Cofis n.º 23, publicado em 12/09/2007), mantendo basicamente o que já estava determinado para as cervejas e especificando o que seria a “capacidade instalada” (grifei):

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 (Tipi), aprovada pelo Decreto n.º 4.542, de 26 de dezembro de 2002, sujeitos ao regime de tributação de que trata a Lei n.º 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

§ 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.

Fl. 4 da Resolução n.º 3201-002.664 - 3ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 16024.000089/2009-12

.....

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 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 ADE Cofis nº 23, de 12 de setembro de 2007)

III – até 30 de junho de 2009, para as demais pessoas jurídicas obrigadas à instalação do SMV. (Redação dada pelo ADE 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 Ato Declaratório 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 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.

Art. 5º Fica dispensada da instalação do SMV a pessoa jurídica cuja capacidade instalada de produção anual seja igual ou inferior a 5 (cinco) milhões de litros, e que tenha auferido, no ano-calendário de 2004, receita bruta igual ou inferior a R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), considerados todos os seus estabelecimentos e os das pessoas jurídicas coligadas, controladas e controladoras.

3. Conforme consta da Descrição dos Fatos do Auto de Infração (fls. 164 a 1661), a capacidade nominal de envasamento, da única enchedora, seria de 15.000 garrafas de 2 litros, ou seja, 30.000 litros por hora, que, multiplicada por 5.694 (§ 1º do art. 4º do ADE/COFIS nº 13/2006), resulta em 170.820.000 litros por ano, o que obrigaria o estabelecimento à instalação do SMV até 30/06/2008 (inciso II do art. 4º do ADE/COFIS nº 13/2006, com a redação do ADE/COFIS nº 23/2007).

3.1. A capacidade nominal foi extraída da página 33 do Manual de Instruções do equipamento (fls. 028 do Processo), que trata da capacidade da Unidade de Rosqueamento.

3.2. Relatam os Auditores-Fiscais o seguinte (grifei):

“Em 29/04/2009 compareceu neste Serviço de Fiscalização o sr. Emerson A. Braz, Gerente da empresa que, ao ser apresentado ao cálculo da capacidade nominal acima descrita, alegou que tal capacidade referia-se apenas à máquina rosqueadeira (de tampas) e não ao equipamento envasador propriamente dito. Lavramos então o TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL de mesma data (doc. de fl. 1582) através do qual lhe foi dado um prazo de 10 (dez) dias para apresentar informação oficial do fabricante da enchedora acerca do modelo e capacidade nominal original de produção, para todos os tamanhos de vasilhame. Nesse termo foi-lhe alertado de que a não apresentação de tal documentação ensejaria lançamento com as informações disponíveis.

O prazo para a informação exigida conforme o parágrafo anterior venceu em 11 de maio de 2009.

Fl. 5 da Resolução n.º 3201-002.664 - 3ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 16024.000089/2009-12

Decorridos mais de 40 (quarenta dias) do vencimento do referido prazo, a empresa não apresentou nenhuma resposta ou documentação como exigido, motivo pelo qual estamos procedendo ao presente lançamento.

Em que pese constar, no cabeçalho de fls. 253 os dados técnicos de produção da unidade enchedora de rosqueamento, esta é acoplada à enchedora através de trem de engrenagens do seu acionamento principal, vide o item "Acionamento" no final da mesma folha ... Logo, a cadência da rosqueadeira acompanha a da enchedora, em virtude de estarem diretamente ligadas.

Dessa forma, a capacidade nominal de produção da enchedora é a mesma da rosqueadeira.”

3.3. Observe-se que não está informada, em nenhuma das folhas do Manual de Instrução acostado aos autos a capacidade de envasamento da enchedora.

4. Com base nas informações prestadas pelo contribuinte (arquivos digitais do SINTERGA, e planilha do Excel), a Fiscalização, então, apurou o valor comercial de toda a mercadoria produzida, de 01/07/2008 a 28/02/2009, aplicando a multa regulamentar de 50 % deste valor, prevista no art. 38 da MP n.º 2.158-35/2001.

5. A autuada foi cientificada pessoalmente da exigência em 30/06/2007 (fls. 163)

e, irrisignada, apresentou Impugnação, em 29/07/2007 (fls. 175 a 189) – considerada tempestiva pela ARF/Tatuí, conforme Despacho às fls. 275.

5.1. Principia contestando a utilização, pela Fiscalização, dos dados técnicos de produção da unidade de rosqueamento da máquina, e não da capacidade de envasamento, a que se refere a legislação, e ainda diz que “o Sr. Auditor Fiscal não deveria ter utilizado para a apuração da capacidade instalada 20.000 garrafas de 350 mm. (sic), pois, a máquina não produz tais garrafas”.

5.2. Informa que a enchedora possui 30 bicos de enchimento e 8 de rosqueamento e foi adquirida em 1999, sendo que e a capacidade de rosqueamento informada no Manual de Instruções é a de uma máquina nova e, ademais, que “pela lógica, uma garrafa de 2 litros demora muito mais para ser cheia do que para ser fechada!”

5.3. Diz a impugnante, em seguida (os grifos são originais):

“Com efeito, cumpre salientar que o Fabricante, em suas peças publicitárias informa que a máquina acima descrita produz ATÉ 4.500 garrafas em certas condições, ou seja, alguns fatores influenciam na capacidade de produção da mesma, podendo seu potencial variar em até 40% (quarenta por cento).

Alguns fatores que variam a capacidade da enchedora:

- líquido gelado levado à máquina;
- a formulação do líquido, uma vez que as bebidas produzidas a base de caramelo retardam o funcionamento da máquina;
- o desgaste físico da máquina, considerando que mesma possui 10 anos de utilização.

Desta forma, atendendo ao disposto no § 1º, inciso III, do artigo 4º do ADE n.º 13/2006, que estabelece a forma de apuração da capacidade nominal de produção anual instalada na empresa, a enchedora jamais produziria a quantidade de litros de refrigerantes apurado pelo Sr. Fiscal.”

5.4. Na seqüência, fala do desgaste físico da máquina, por ser antiga (os grifos são originais):

“Consoante se verifica no auto de infração, em nenhum momento foi questionado pelo Sr. Fiscal o tempo de utilização da máquina, deixando de ser considerado o desgaste natural da mesma, o que reduz consideravelmente sua capacidade de produção.

Dito isto, segundo o fabricante uma enchedora nova produz ATÉ 4.500 garrafas de 2 litros por hora, portanto, conclui-se que a enchedora JAMAIS atingiria a capacidade informada pelo Sr. Fiscal pois, lembre-se a mesma foi fabricada em 1999, sem falar

Fl. 6 da Resolução n.º 3201-002.664 - 3ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16024.000089/2009-12

ainda nos fatores mencionados anteriormente que reduzem consideravelmente a capacidade de produção da mesma.

5.5. Anexa à sua defesa, um laudo (fls. 196 a 204) resultante de uma perícia “realizada por Engenheiro devidamente habilitado”, que atesta que a capacidade de enchedora é de 11.704.804 litros por ano.

5.6. Depois critica o número de 5.694 horas por ano previsto na legislação, pois parte da premissa de que a empresa trabalha 15,6 horas por dia, e sua jornada legal de trabalho é de 8 horas por dia e 44 por semana, acordada com do Sindicato dos trabalhadores da região (anexa declaração daquele Sindicato, às fls. 229, e contas de energia elétrica, às fls. 238 a 270) e, ainda, aduz que “não foram descontados o horário de refeição e descanso dos funcionários, nem tão pouco o tempo de manutenção da máquina, quebras, períodos sazonais e outras tantas paradas que são comuns em uma indústria de refrigerantes”.

5.7. Ao final, diz que “o Sr. Fiscal deveria ter definido uma unidade de tempo e apurado quantas garrafas efetivamente a máquina produziu naquele marco”, e pede que:

- O Auto de Infração seja considerado improcedente, - Caso esse não seja o entendimento, “hipótese remota que se admite apenas para argumentar ...

produção de provas para que se demonstre a real circunstância dos fatos aqui narrados”;

- Que a decisão seja encaminhada aos patronos da requerente, “sob pena da peticionária ingressar com a medida judicial cabível”.

É que importa relatar.”

A Ementa deste Acórdão de primeira instância administrativa fiscal foi publicada da seguinte forma:

“ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 01/03/2009

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: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 01/03/2009

DELEGACIAS DE JULGAMENTO. VINCULAÇÃO ÀS NORMAS EXARADAS PELA RECEITA FEDERAL.

A Portaria MF nº 341/2011, que disciplina a constituição das Turmas e o funcionamento das Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ), dispõe, no inciso V do art. 7º, que é dever do julgador observar o entendimento da RFB expresso em atos normativos.

ENVIO DAS INTIMAÇÕES FISCAIS. DOMICÍLIO DO CONTRIBUINTE.

As intimações fiscais devem ser enviadas ao domicílio do contribuinte informado, para fins cadastrais, à Administração Tributária (in casu, no Sistema CNPJ), sendo

Fl. 7 da Resolução n.º 3201-002.664 - 3ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 16024.000089/2009-12

desarrazoado qualquer pedido de que sejam encaminhadas ao endereço do seu procurador, sob pena de nulidade (art. 23, § 4º, do Decreto n.º 70.235/72).
Impugnação Improcedente.
Crédito Tributário Mantido.”

Após o protocolo do Recurso Voluntário, que reforçou as argumentações da Impugnação, os autos foram devidamente distribuídos e pautados.

Relatório proferido.

Voto.

Conselheiro Relator - Pedro Rinaldi de Oliveira Lima.

Conforme a legislação, as provas, documentos e petições apresentados aos autos deste procedimento administrativo e, no exercício dos trabalhos e atribuições profissionais concedidas aos Conselheiros, conforme Portaria de condução e Regimento Interno, apresenta-se esta Resolução.

Por conter matéria preventa desta 3.ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e presentes os requisitos de admissibilidade, o tempestivo Recurso Voluntário deve ser conhecido.

Da análise do processo, verifica-se que o cerne da lide envolve a necessidade de instalação ou não do Sistema de Medição de Vazão (SMV) na produção de refrigerantes (classificados na posição 2202 da TIPI) previsto nas seguintes normas: Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 nos Art 36 e 38; IN/SRF n.º 587/2005 (revogada pela IN/RFB n.º 943, publicada em 29/05/2009); ADE Cofis n.º 13, publicado em 20/03/2006.

No inciso II do Art. 4º do ADE Cofis n.º 23/2007, o prazo foi prorrogado até 30/06/2008 e o conceito de capacidade instalada foi definido (§1.º do Art. 4.º), conforme reproduzido a seguir:

“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 (Tipi), aprovada pelo Decreto n.º 4.542, de 26 de dezembro de 2002, sujeitos ao regime de tributação de que trata a Lei n.º 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

§ 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

Fl. 8 da Resolução n.º 3201-002.664 - 3ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 16024.000089/2009-12

entrada à qual está associado, sem, contudo, interferir no processo regular de fabricação de bebidas.

.....

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 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 ADE Cofis n.º 23, de 12 de setembro de 2007)

III – até 30 de junho de 2009, para as demais pessoas jurídicas obrigadas à instalação do SMV. (Redação dada pelo ADE Cofis n.º 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 Ato Declaratório COFIS n.º 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 Ato Declaratório Executivo Cofis n.º 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.

Art. 5º Fica dispensada da instalação do SMV a pessoa jurídica cuja capacidade instalada de produção anual seja igual ou inferior a 5 (cinco) milhões de litros, e que tenha auferido, no ano-calendário de 2004, receita bruta igual ou inferior a R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), considerados todos os seus estabelecimentos e os das pessoas jurídicas coligadas, controladas e controladoras.”

A própria decisão de primeira instância administrativa fiscal menciona os dispositivos e reconhece que “capacidade instalada” tem conceito definido em Lei e regras próprias para a sua concretização, contudo, em vez de verificar se as regras foram cumpridas pela autoridade de origem, a nobre turma *a quo*, com todo o respeito pelo sério trabalho que realizam, neste caso deixou de analisar a subsunção dos fatos à norma e desconsiderou o laudo juntado pelo contribuinte (fls. 196) em razão de ser um laudo assinado por arquiteto e não por engenheiro ou profissional habilitado.

Mas esta justificativa não procede, porque considerar que um arquiteto não seria um profissional habilitado para verificar a capacidade instalada de uma empresa seria o mesmo que negar a capacidade e habilitação de um médico no tratamento de um problema de saúde de uma pessoa.

Inclusive, a arquitetura juntava a qualidade de engenheiro na época do Laudo, como pode ser verificado pelo próprio CREA mencionado no laudo, em conjunto com o nome do profissional.

Fl. 9 da Resolução n.º 3201-002.664 - 3ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 16024.000089/2009-12

Além disto, o laudo apresentou uma capacidade instalada muito menor do que a prevista pela autoridade de origem, que concluiu um número de capacidade instalada unicamente com base no “manual” da máquina envasadora (fls. 11).

Conforme disposto no Art. 142 do CTN e demais dispositivos relacionados, o ônus probatório é da fiscalização nos casos de lançamento de ofício para cobrança fiscal.

Ou seja, aparentemente não houve o cumprimento dos requisitos para a configuração do conceito de capacidade instalada previsto na legislação por parte da autoridade de origem e o **contribuinte juntou laudo capaz de colocar a conclusão da fiscalização em dúvida.**

Ao contrário do procedimento utilizado pela autoridade de origem, a alegação do contribuinte faz sentido, porque, de fato, é razoável que a “capacidade nominal” deva corresponder ao máximo que a empresa poderia produzir em um dia, em condições padrão e nas horas úteis de funcionamento.

Esta turma de julgamento já enfrentou esta matéria, conforme pode ser verificado no consubstanciado no Acórdão n.º 3201002.819, onde é possível verificar que o julgamento foi convertido em diligência antes do julgamento do mérito, justamente para que fosse revisada a capacidade instalada do contribuinte, com base em novo laudo inclusive, conforme trechos reproduzidos a seguir:

“Diz a Recorrente que, atendendo ao disposto na norma supra, protocolizou, junto à DRF de Marília, as informações requeridas quanto ao número de enchedoras e à capacidade instalada por ano, no total de 6 (seis) milhões de litros. Como não houve questionamento a respeito do volume informado, entende que esse deveria ter sido o volume utilizado para aplicação do disposto no ADECOFINS nº 13, de 2006. Acresce que, a despeito disso, a fiscalização analisou a capacidade instalada somente em fevereiro de 2009, vale dizer, 03 (três) anos após as informações prestadas pela Recorrente, sendo que, na ocasião em que prestou a declaração, contaria com apenas duas enchedoras. Muito após, acabou adquirindo uma outra. Com efeito, analisado o TERMO DE DILIGÊNCIA E INTIMAÇÃO FISCAL de fls. 8/9, constatase que esse procedimento fiscal foi realizado em 17/02/2009, ou seja, três anos após a publicação do ADECOFINS nº 13, de 2006 (DOU em 20/03/2006), e quase 8 (oito) meses após a data limite para a instalação do SMV, que, para a Recorrente seria 30 de junho de 2008.

Nesse cenário, a capacidade instalada levantada pela fiscalização talvez não possa servir como parâmetro para aferir a irregularidade cometida. Primeiro, porque o que importa é saber qual a capacidade instalada na data de publicação do ADECOFINS nº 13, de 2006, que determinou a instalação do SMV, ou, ao menos, a capacidade instalada até a data a que se refere o art. 4º desse ADE, uma vez que a Recorrente pode ter ampliado a sua capacidade instalada após a data de publicação do ADECOFINS nº 13, de 2006, mas antes da data limite em que deveria proceder à instalação do SMV. Ou mesmo ampliado a capacidade instalada após esta data limite, mas antes da realização da diligência (17/02/2009).

Segundo, porque, conforme registrado no próprio TERMO DE DILIGÊNCIA E INTIMAÇÃO FISCAL, o representante da Recorrente afirmou que, embora houvesse três enchedoras, estas não trabalhavam concomitantemente, uma vez que alimentadas por um único misturador.

E terceiro, porque não encontramos nenhum documento de natureza técnica, produzida pela fiscalização ou a pedido dela, indicando a capacidade de produção de cada

Fl. 10 da Resolução n.º 3201-002.664 - 3ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16024.000089/2009-12

enchedora, informação que tampouco foi consignada no TERMO DE DILIGENCIA E INTIMAÇÃO FISCAL (de qual fonte foram retirados os dados registrados neste Termo?).

Ante o exposto, voto por CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, a fim de que a unidade de origem certifique a capacidade instalada do estabelecimento da Recorrente existente entre 20/03/2006 e 30 de junho de 2008.

Para tanto, deverá se apoiar em documentos de natureza técnica, comprovando as respectivas fontes, ou em laudo a ser emitido por instituição credenciada pela RFB, se for possível. Nesta última hipótese, deverá intimar a Recorrente para indicar assistente técnico e formular quesitos. Ao término do procedimento, deve a autoridade preparadora ser oportunizado manifestar-se sobre a existência de outras informações e/ou observações que julgar pertinentes para esclarecer os fatos. Encerrada a instrução processual, a interessada deverá ser intimada para manifestar-se no prazo de 30 (trinta) dias, antes da evolução do processo para julgamento. Saliente-se, entretanto, que a sua manifestação deve ser restringir ao resultado da diligência, não sendo cabível revolver questões de defesa já suscitadas quando do oferecimento do recurso voluntário.”

A situação é muito semelhante.

Portanto, conforme interpretação sistêmica do que foi disposto no artigos 16, §6.º e 29 do Decreto 70.235/72, Art. 2.º, caput, inciso XII e Art. 38 e 64 da Lei 9.784/99, Art. 112, 113, 142 e 149 do CTN, a verdade material deve ser buscada no processo administrativo fiscal.

Diante do exposto, em observação ao princípio da verdade material, vota-se para CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, com o objetivo de que a Unidade Preparadora:

(1) certifique a "capacidade instalada" do estabelecimento da Recorrente, nos termos do §1.º do Art. 4.º, do ADE Cofis n.º23/2007, existente entre 20/03/2006 e 30/06/2008, com respaldo em documentos de natureza técnica, comprovando as respectivas fontes, ou em laudo a ser emitido por instituição credenciada pela RFB;

(2) considere e compare o laudo apresentado pelo contribuinte às fls. 196;

(3) elabore relatório/parecer conclusivo;

(4) dê ciência ao contribuinte para se manifestar no prazo de 30 (trinta dias).

Após, retornem os autos a este Conselho para a continuidade do julgamento.

Resolução proferida.

(assinatura digital)

Pedro Rinaldi de Oliveira Lima.