



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo n° 16024.000089/2009-12
Recurso Voluntário
Acórdão n° 3201-008.048 – 3ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de março de 2021
Recorrente BEIRA RIO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BEBIDAS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 30/11/2003 a 31/12/2005

INSTALAÇÃO DO SISTEMA DE MEDIÇÃO DE VAZÃO (SMV). DATA DETERMINADA NA LEGISLAÇÃO. CUMPRIMENTO.

Não constatada a falta de instalação 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, na data determinada na legislação, conforme capacidade nominal de envasamento, não cabe a aplicação da multa de 50 % do valor comercial da mercadoria produzida prevista no art. 38 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, em dar provimento ao Recurso Voluntário, vencidos os conselheiros Hélcio Lafetá Reis, Mara Cristina Sifuentes, Arnaldo Diefenthaler Dornelles, e Paulo Roberto Duarte Moreira que lhe negaram provimento.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Roberto Duarte Moreira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Pedro Rinaldi de Oliveira Lima - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Hélcio Lafeta Reis, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Mara Cristina Sifuentes, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade, Arnaldo Diefenthaler Dornelles, Laercio Cruz Uliana Junior, Marcio Robson Costa, 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.

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 nº 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 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.

.....

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.

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 nº 2.158-35/2001.

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

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

5.1. Princípiamente 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 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 nº 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 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 n.º 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 n.º 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 desarrazoado qualquer pedido de que sejam encaminhadas ao endereço do seu procurador, sob pena de nulidade (art.

23, § 4º, do Decreto nº 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.

Em fls. 319, considerando o laudo juntado pelo contribuinte (fls. 196), este colegiado converteu o julgamento em diligência para que a capacidade instalada do contribuinte fosse analisada, nos seguintes termos:

“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).”

Em fls. 344, intimada pela unidade preparadora, a fabricante da máquina envasadora apresentou sua resposta, assinada por engenheiro e por representante legal da empresa. Com base em tal resposta, a fiscalização anexou seu relatório fiscal em fls. 345 e concluiu pela manutenção do lançamento.

Após seu retorno, os autos foram novamente pautados nos moldes do regimento interno.

Relatório proferido.

Voto

Conselheiro Relator - Pedro Rinaldi de Oliveira Lima.

Conforme o Direito Tributário, a legislação, os fatos, 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 este voto.

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.

Inicialmente é importante registrar, conforme voto do nobre colega e relator no Acórdão n.º 3201-006.589, o conselheiro Hélcio Lafeté Reis, que a retroatividade benigna não pode ser aplicada na presente matéria, entre todos os motivos expostos no brilhante voto, principalmente porque, apesar de “revogada” a “penalidade” pelo descumprimento da instalação do SMV, exigência de natureza idêntica foi reestabelecida pela mesma lei em seu art. 35, assim como, um mero ato administrativo (ADE Cofis n. 75/2016) não possui o condão de extinguir uma obrigação prevista em Lei.

Ainda que o contribuinte, no presente caso, não tenha alegado a retroatividade benigna, diante do precedente citado e também da relevância que tal alegação adquiriu ao longo de diversos precedentes neste Conselho e também na Câmara Superior – CSRF, o tema merece ser abordado.

Considerando, portanto, a legislação vigente e aplicável à época, o inciso II do Art. 4º do ADE Cofis n.º 23/2007, definiu os prazos e também o conceito de capacidade instalada (§1.º do Art. 4.º), conforme transcrito 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 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 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.”

Para demonstrar sua capacidade nominal o contribuinte juntou o Laudo de fls. 196, que foi desconsiderado pela turma julgadora *a quo* em razão de ser um laudo assinado por arquiteto e não 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 não possui nenhuma base legal e muito menos lógica.

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

Feitas essas considerações, com a determinação de que o Laudo juntado fosse considerado, esta turma julgadora converteu o julgamento em Resolução para que fosse realizado, pela unidade preparadora, a elaboração de um novo Laudo ou análise que definisse o somatório da capacidade nominal para a definição da capacidade instalada anual, nos moldes do §1.º do Art. 4.º, mencionado acima.

Como já relatado, a unidade preparadora intimou a fabricante da máquina envasadora, que apresentou a seguinte resposta em fls. 344, conforme trecho selecionado e transcrito a seguir:

▼ Características Operacionais**1**

Produto a engarrafar-----	Refrigerante
Tipo de vasilhame-----	PET 2.000 ml
Capacidade de produção-----	3.800 garrafas/hora
Temperatura de enchimento-----	4°C
Tipo de tampa-----	Rosca Plástica Ø 28 mm

▼ Descrição do equipamento**2****2.1 Enchedora Zegla modelo EN- RZ 30/8**

- Estrutura construída em aço ASMT 36, e mesa com acabamento em aço inox 304.
- Sistema de transmissão por engrenagens helicoidais suspensas, montadas sobre rolamentos e eixos fixos, acionadas por um motoredutor comandado por variador de frequência, sendo que a velocidade pode ser variada através de um potenciômetro.
- Enchedora com 30 elevadores de garrafas pneumáticos com ar recuperado, construídos em aço inox e came de descida dos mesmos.
- Tubo de alimentação e distribuição de produto, tanque anelar e todos os elementos em contato com o produto construídos em aço inox 304 polido sanitário
- 30 válvulas de enchimento do tipo isobarométrica de alta performance com centralizador de garrafas.
- Bóias de contra-pressão e alívio para controle de nível do tanque.
- A abertura das válvulas é por sistema pneumático de controle automático.
- Na entrada de produto a máquina possui uma válvula borboleta.
- Torre tampadora com tolva rotativa de tampas, canal de descida das mesmas com sensor de falta de tampas.
- 8 cabeçotes tampadores roscadores.
- Sem-fim de entrada, estrela intermediária, estrela entrada enchedora, estrela saída enchedora, estrela do tampador e estrela de saída da máquina preparadas para garrafa PET.
- Os vasilhames chegam até a máquina guiados por uma esteira a ar (que não é parte da máquina), e são recebidas por um conjunto de estrelas sincronizadas e guias que transferem as garrafas de um bloco para outro.
- A máquina encontra-se preparada para trabalhar com um determinado tipo de garrafa.
- Quadro de comando elétrico e pneumático construído em aço inox, com proteção IP 55.
- Sistema de lubrificação por graxa manual e sistema de lubrificação por óleo com lubrificador pneumático.
- Acabamento da máquina misto fosco jateado com microesfera de vidro e polido sanitário brilhante.

Em nenhum momento a resposta da fabricante da máquina envasadora mencionou se considerou as horas planejadas ou não, ou seja, a resposta acima reproduzida não trata da capacidade nominal. Se compararmos a produção mencionada no documento acima com a equivocada produção levantada no Auto de Infração e com a média de produção informada pelo contribuinte (laudo de fls. 196), constata-se que a fabricante da máquina envasadora informou a capacidade de produção total da máquina (eficiência total), sem considerar as horas planejadas de funcionamento.

Com base em tal resposta, a fiscalização anexou seu relatório fiscal em fls. 345 e concluiu pela manutenção do lançamento. Na oportunidade, registrou os seguintes motivos, conforme trechos selecionados e transcritos a seguir:

“Neste caso, a capacidade nominal de vasamento da enchedora é de 7.600 litros/hora, uma vez que o tipo de vasilhame é garrafa PET de 2 litros.

(...)

Verifica-se que a ordem de grandeza das medidas realizadas 5.096 litros/hora, 5.098 litros/hora, e 5.102 litros/hora é compatível com o valor informado pela fabricante de capacidade nominal da enchedora de 7.600 litros/hora, porém é muito diferente da capacidade nominal considerada no Auto de Infração, que levou em conta a capacidade nominal da rosqueadeira (15.000 garrafas/hora ou 30.000 litros/hora) (Folhas 164, 165, 28, 228).

(...)

Cabe ressaltar que o artigo 4º, § 1º do Ato Declaratório Cofis n. 13, de 13 de março de 2006, é muito claro e objetivo quanto à determinação da capacidade instalada de produção anual, considerando o somatório das capacidades nominais de envasamento de todas as enchedoras de cervejas e refrigerantes, em litros por hora, multiplicado por 5.694 horas por ano.

O laudo técnico realizou medições da capacidade efetiva, que não confunde com a capacidade nominal da enchedora, que diz respeito a características intrínsecas do equipamento, e só pode ser determinado pelo próprio fabricante.

No o caso em análise, a empresa ZEGLA – INDUSTRIA DE MAQUINAS PARA BEBIDA LTDA, CNPJ 88.250.147/0001-80, informou que a capacidade nominal da enchedora é 3.800 garrafas/hora ou 7.600 litros/hora, uma vez que o contribuinte envasa apenas garrafas PET de 2 litros.

(...)

Ou seja, a capacidade instalada da empresa é superior a 30 milhões de litros e inferior a 200 milhões de litros, e nos termos do artigo 4º, II do Ato Declaratório Cofis n. 13, de 13 de março de 2006, com as alterações introduzidas pelo Ato Declaratório Executivo Cofis n. 23, de 12 de setembro de 2007, a data limite para o contribuinte instalar o Sistema de Medição de Vazão era 30/06/2008, conforme constante do Auto de Infração (Folhas 164 e 165).

Assim, mesmo com a redução do cálculo da capacidade instalada de produção anual de 170.820.000 litros (15.000 X 2 X 5.694), apurada no Auto de Infração (Folha 164), para 43.274.400 litros (acima calculada), ambas encontram-se no mesmo intervalo de 30 milhões de litros a 200 milhões de litros previsto no artigo artigo 4º, II do Ato Declaratório Cofis n. 13, de 13 de março de 2006, com as alterações introduzidas pelo Ato Declaratório Executivo Cofis n. 23, de 12 de setembro de 2007, implicando na mesma data limite para instalação do Sistema de Medição de Vazão de 30/06/2008 (Folha 165).

Portanto mesmo com a alteração da capacidade instalada de produção anual de 170.820.000 litros para 43.274.400 litros, não houve alteração da data limite de instalação do Sistema de Medição de Vazão de 30/06/2008, constante do Auto de Infração (Folha 165).”

Em resumo, a unidade preparadora multiplicou a capacidade nominal informada na resposta da fabricante da máquina envasadora por 5.694, conforme determinado na legislação, e concluiu que o contribuinte deveria ter instalado o SMV até 30 de junho de 2008, pois é pessoa jurídica cuja capacidade instalada de produção anual é superior a 30 (trinta) milhões e igual ou inferior a 200 (duzentos) milhões de litros, nos moldes do lançamento de do inciso II do Art. 4º do ADE Cofis nº 23/2007.

Contudo, a “capacidade nominal” deve sempre considerar as horas planejadas de funcionamento, descontados os intervalos de produção e períodos noturnos, por exemplo.

Ou seja, para calcular o somatório das capacidades nominais e definir a capacidade industrial, elementos reais devem ser considerados e não elementos fictícios isolados,

como foram as informações extraídas do “manual”, por parte da fiscalização, e as informações extraídas pela unidade preparadora no cumprimento da diligência, que se baseou na capacidade de produção máxima da máquina envasadora e não na capacidade nominal.

Esta premissa básica a respeito do tema pode ser encontrada nos estudos técnicos do programa “Sondagem Industrial”, capitaneado pela Confederação Nacional da Indústria – CNI¹, assim como no dicionário de logística online² da Revista “Logística e Supply Chain – IMAM”.

Partindo da premissa na qual as horas planejadas devem ser levadas em conta para o cálculo do somatório da capacidade nominal, o Laudo apresentado pelo contribuinte novamente ganha relevância, na medida em que demonstrou uma média das suas produções, conforme trecho selecionado do Laudo de fls. 196, reproduzido a seguir:

Tabela A. Contagem

Contagem na máquina de Enchimento			
	Contagem		
	1ª	2ª	3ª
Ponto 1: Local da contagem.			
Número de garrafas	2.549	2.551	2.548
Litros por hora (Garrafas de 02 Litros)	5.098	5.102	5.096
Litros por semana (44:00h por semana)	224.312	224.488	224.224

8. Análise dos Resultados

Com base nas informações levantadas evidencia-se que:

Das contagens realizadas, a menor quantidade semanal foi de 224.224 litros, e a maior verificada foi de 224.488 litros. Adotando-se a maior quantidade como parâmetro, teremos ao longo de 01 ano (52,14 semanas) o total de 11.704.804 litros por ano.

O que o Laudo do contribuinte não apresentou foi somente a multiplicação da capacidade nominal de envasamento/hora por 5.694, conforme determinado na legislação. Mas o cálculo é simples. Se utilizarmos, por exemplo, a maior produção por hora demonstrada no Laudo do Contribuinte, que foi de 5.102 litros por hora e multiplicarmos por 5.694, chegaremos na capacidade instalada de produção anual de 29.050.788 litros/ano.

Portanto, o contribuinte não se enquadra na exigência positivada no inciso II do Art. 4.º do ADE Cofis n.º 23/2007, não possuindo a obrigação de instalar o SMV até a data de 30/06/2008.³

¹ <http://www.portaldaindustria.com.br/estatisticas/sondagem-industrial/>

² <https://www.imam.com.br/logistica/dicionario-da-logistica?q=CAPACIDADE%20NOMINAL>

³ 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)

Esta turma de julgamento, em formação diversa, sob a relatoria da nobre e perspicaz Conselheira Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo, já enfrentou esta matéria, conforme pode ser verificado no entendimento consubstanciado no Acórdão n.º 3201002.819, onde é possível verificar que a situação é muito semelhante, conforme ementa transcrita a seguir:

“ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 30/06/2008

SISTEMA DE MEDIÇÃO DE VAZÃO. FALTA DE INSTALAÇÃO. MULTA.

Descabe a multa pela não instalação no prazo do equipamento determinado pela Medida Provisória n.º 2.15835, de 2001, correta a aplicação da multa prevista no artigo 38, I, “a” da citada MP, quando demonstrado pelo contribuinte que a capacidade instalada efetiva não se subsume na hipótese de penalidade.”

Por fim, é igualmente importante registrar, conforme observação feita pelo conselheiro Leonardo Toledo de Andrade, durante a sessão de julgamento, que a própria unidade preparadora confirmou o equívoco material ocorrido no lançamento com relação à capacidade instalada de produção anual, tanto porque sugeriu uma capacidade instalada diferente da apontada no lançamento, quanto porque identificou que não haviam garrafas de 350ml e sim garrafas de 2 litros somente.

Em flagrante desrespeito ao Art. 142 do CTN, a fiscalização errou ao apontar uma determinada capacidade instalada de produção anual que revelou-se incompatível com a realidade dos fatos.

Diante do exposto, vota-se para que seja DADO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

Voto proferido.

(documento assinado digitalmente)

Pedro Rinaldi de Oliveira Lima

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)

Fl. 14 do Acórdão n.º 3201-008.048 - 3ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 16024.000089/2009-12