



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

Processo n° 10240.001800/2009-15
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 3402-003.200 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de agosto de 2016
Matéria Embargos de Declaração
Embargante INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BEBIDAS MDM LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2010

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. SANEAMENTO. EFEITOS INFRINGENTES.

Configurada a omissão no Acórdão recorrido, acolhem-se os embargos de declaração, com efeitos infringentes, para suprir o vício apontado.

PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENIGNA. ART. 2-B DA IN RFB N° 943/2009. DISPENSA DE INSTALAÇÃO DO SMV.

Aplica-se o princípio da retroatividade benigna, com base no art. 106, II, "b", do CTN, ao art. 2-B da IN RFB n° 943/2009, em razão desse dispositivo ter deixado de considerar obrigatória a instalação do SMV.

Embargos Acolhidos e Providos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em acolher os embargos de declaração com efeito modificativo para sanar a omissão apontada no acórdão recorrido, dando-se provimento ao recurso voluntário para reconhecer a aplicação do princípio da retroatividade benigna ao art. 2-B da IN RFB n° 943/2009 ao caso concreto. Vencido o Conselheiro Waldir Navarro Bezerra. Designado o Conselheiro Antonio Carlos Atulim.

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos Atulim - Presidente e Redator designado

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Relator

Participaram da sessão de julgamento os seguintes Conselheiros: Antônio Carlos Atulim, Jorge Olmiro Lock Freire, Carlos Augusto Daniel Neto, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Maria Aparecida Martins de Paula, Diego Diniz Ribeiro, Thais de Laurentiis Galkowicz e Waldir Navarro Bezerra.

Efetuada sustentação oral pela Recorrente durante o julgamento, o Sr. Diego Weis Junior, CRC/RO nº 05821/O-0.

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pela INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BEBIDAS MDM LTDA, em 29/10/2014, ao amparo do art. 65, Anexo II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015, em face da ciência, em 24/10/2014, do teor do Acórdão nº 3402-002.388, de 27/05/2014, que negou provimento ao recurso voluntário interposto pelo contribuinte, cuja ementa se transcreve a seguir:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS
INDUSTRIALIZADOS - IPI*

Exercício: 2010

IPI - INDÚSTRIA DE BEBIDAS - SISTEMA DE CONTROLE DE PRODUÇÃO DE BEBIDAS (SICOBE) - MULTA REGULAMENTAR - FALTA OU RETARDAMENTO CULPOSO NA INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS. NORMA INFRAACIONAL. TIPICIDADE DA CONDUTA.

A legislação que regulamentou a MP nº 2.158-35/2001 definiu que cabia ao contribuinte o ato de provocação para o início dos procedimentos de instalação dos equipamentos medidores de vazão e condutivímetros. A inação do sujeito passivo adiou a entrada em funcionamento do sistema de medição exigido pela legislação, conforme o art. 4º, inciso II, do ADE/COFIS nº 13/2006, fato típico e punível com a multa de cinquenta por cento do valor comercial da mercadoria produzida, nos termos do art. 38, I, da MP nº 2.158-35/ 2001.

No respectivo voto, restou consignado que tendo em vista que a legislação que regulamentou a MP nº 2.158-35, de 2001, definiu que cabia ao contribuinte o ato de provocação para o início dos procedimentos de instalação dos equipamentos medidores de vazão e condutivímetros e, que a inação do sujeito passivo adiou a entrada em funcionamento do sistema de medição exigido pela legislação, conforme o art. 4º, inciso II, do ADE/COFIS nº 13, de 2006, fato típico e punível com a multa de 50% (cinquenta por cento) do valor comercial da mercadoria produzida, nos termos do art. 38, I, da MP nº 2.158-35, de 2001.

Cientificado do acórdão, a Recorrente apresentou os Embargos de Declaração apontando omissão, obscuridade e inexatidão material devido a lapso manifesto no referido julgado (fls. 1.575/1.586).

Desta forma, quando da análise dos referidos arestos, o Presidente da 2ª Turma, conforme o Despacho nº 3400-037 (4ª Câmara), à fl. 1.595, admitiu os aclaratórios interposto, somente no que se refere à **omissão** em relação à falta de apreciação da aplicação da retroatividade benigna em face da alegada aplicação do art. 106, II, "a" e "b", do CTN. Veja-se o trecho abaixo reproduzido (grifei):

*"(...) Em cumprimento ao disposto no art. 65, §§ 3º e 4º do Anexo II do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009, e com base nas razões acima, que aprovo e adoto como fundamentos deste despacho, **ADMITO o aclaratório interposto, somente no que se refere à omissão em relação à falta de apreciação da aplicação retroativa benigna (CTN, art. 106, II, 'a' e 'b')** de norma que supostamente haveria dispensado a embargante da obrigatoriedade de instalação do SMV, ato contínuo, designando relator para redigir voto e submeter à deliberação da turma, à ser formalizada por meio de acórdão".*

Como bem demonstrado no Acórdão Embargado, no caso concreto, o Auto de Infração vestibular e o Termo de Verificação Fiscal – TVF a ele anexo, acusam descumprimento à obrigação de “instalação de equipamentos contadores de produção” que advém da MP nº 2.158-35/01 (**arts. 36, 37 e 38**) e da Lei nº 11.501/04 (arts. 5º e 58-T).

*"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.***

*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) (...). (grifou-se)

A legislação infringida traz uma punição para os estabelecimentos fabricantes dos produtos indicados nas posições 2202 e 2203 da TIPI que **impedirem** (falta de iniciativa por parte da empresa) a instalação de equipamentos medidores de vazão e condutivímetros. À época dos fatos, este equipamento era denominado pela RFB de **Sistema Medidor de Vazão - SMV**, sendo que a posição 2202 da TIPI refere-se à industrialização de refrigerantes, atividade que é exercida pela ora Embargante.

Aduz a Embargante em sua peça de embargos que:

"(...) (a) O artigo 2º-B, da Instrução Normativa RFB nº 943/2009, acrescido pela Instrução Normativa RFB nº 1.040/2010, dispensou a obrigatoriedade de instalação e manutenção dos equipamentos medidores de vazão, para os estabelecimentos obrigados à utilização do SICOBE. A embargante encontra-se nesta situação, por força do ADE Cofis nº 08/2010, desde 01/04/2010 e está operando em normal funcionamento, conforme relação disponibilizada pela Receita Federal do Brasil na internet, no endereço <http://www.receita.fazenda.gov.br/pessoaiuridica/bebidas/EstabSicobeNormalidade.htm> (item 59). Assim, de acordo com o artigo 106, inciso II, alíneas "a" e "b", do Código Tributário Nacional - CTN, esta norma que extinguiu a obrigação de instalação do SMV retroage e a penalidade deve ser cancelada; (b) Cumprido com o dever de contratar a integração, a instalação e a manutenção preventiva e corretiva de todos os sistemas que implementam as funções do SMV, por pessoa jurídica credenciada pela Cofis; (c) De acordo com o artigo 38, inciso I, alínea "a", da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, a penalidade de 50% do valor comercial da mercadoria produzida somente pode ser aplicada em razão de impedimento criado pelo contribuinte; (d) Sabendo que a empresa não criou nenhum impedimento, deve-se promover interpretação mais favorável quanto aos fatos, nos termos do artigo 112, inciso II, do CTN, e (e) Esta penalidade tem efeitos confiscatório e é desproporcional.

Como se vê, neste ponto, quanto à alegada omissão em relação à falta de apreciação da aplicação retroativa benigna (Código Tributário Nacional - CTN, art. 106, II, 'a' e 'b') de norma que supostamente haveria dispensado a embargante da obrigatoriedade de instalação do Sistema Medidor de Vazão - SMV, ao meu ver, não há como deixar de notar tal defeito no aresto embargado.

Como é consabido, entende-se por omissão o vício resultante da falta de alguma declaração que a decisão deveria conter. Nesse caso, os embargos têm por fim provocar a declaração do ponto omitido, a fim de se completar a decisão.

Informa a Embargante que a referida omissão está relacionada às seguintes argumentações contida no corpo do recurso voluntário (fls. 408/500): **(1)** Que a dispensa da OBRIGATORIEDADE da instalação do SISTEMA, aplica-se a retroatividade benigna prevista conforme disposto no art. 106, inc. II, letras "a" e "b", do CTN; **(2)** o novo Art. 2º- B, inciso I, da IN/RFB 943/2009, acrescido pela IN/RFB nº 1.040/2010, prescreve que ficam dispensados da obrigatoriedade de instalação e manutenção do SMV; e **(3)** O art. 8º, da IN/RFB nº 869/2008 prescreve, por sua vez, que a Cofis, mediante Ato Declaratório Executivo (ADE), 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 (Sistema de Controle de Produção de Bebidas).

Veja-se o disposto no art. 2º- B, inciso I, da IN/RFB 943, de 2009, acrescido pela IN/RFB nº 1.040, de 08 de junho de 2010:

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 - (...).

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.

Aduz ainda, que o art. 1º, do ADE Cofis nº 8/2010, prescreve o dia 1º de abril de 2010, como a data a partir da qual a Recorrente estava obrigada à utilização do SICOBE, qual seja, a partir de 1º de abril de 2010.

Argumenta também que interpretando sistematicamente os dispositivos acima citados, é possível concluir que: "(1º) - que dispensar da obrigatoriedade de instalação e manutenção do SMV é deixar de tratá-las como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão; (2º) - que deixar de tratá-las como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão é deixar de defini-las como infração; (3º) - que a RECORRENTE **ficou dispensada da obrigatoriedade de instalação e manutenção do SMV**; e (4º) - que a dispensa da obrigatoriedade de instalação e manutenção do SMV **aplica-se ao presente caso**.

Ao final, sustenta que a obrigação acessória deixou de ser exigida pela Administração Tributária e que a Recorrente não praticou qualquer tipo de fraude, muito pelo contrário, demonstrou a sua boa fé e a sua submissão às exigências do Fisco. Assim, tem o direito de que lhe seja aplicada a norma mais benéfica.

Requer o acolhimento destes embargos de declaração para que sejam supridas a omissão, com o provimento do recurso voluntário.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Waldir Navarro Bezerra

Nos termos do art. 65 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015 – RICARF, cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, **omissão** ou contradição entre a Decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a Turma, e poderão ser opostos, mediante petição fundamentada, no prazo de 5 (cinco) dias contados da ciência do acórdão.

Desta forma, os referidos embargos atendem aos requisitos de admissibilidade e deles se toma conhecimento.

De fato, como abordado no relatório, o Acórdão embargado não analisou o motivo pelo qual o direito pleiteado - a propalada retroatividade benigna, apesar da pretensão, não foi reconhecida, por fundamentar-se em **argumentação controversa sobre dispensa da obrigatoriedade** de instalação do SMV (equipamentos medidores de vazão e condutivímetros de que trata o artigo 36 da MP nº 2.158-35/2001), quando na verdade, **o que ocorreu foi uma simples substituição do SMV**, para uma evolução dos Sistemas (**up grade**), qual seja, alterar para uso/aplicação do Sistema de Controle de Produção de Bebidas - SICOBE (equipamentos contadores de produção nos estabelecimentos industriais envasadores de bebidas de que trata o

artigo 58-T da Lei nº 10.833, de 2003), sem solução de continuidade das obrigações acessórias congêneres.

Ressalta-se que no Auto de Infração, o enquadramento legal adotado pelo Fisco, foi a do art. 36, 37 e 38 da Medida Provisória nº 2.158-35/01; art. 5º da Lei nº 11.051/04; art. 4º, §1º, ADE Cofis 13/2006; art. 4º, II do ADE Cofis 13/2006 modificado pelo ADE Cofis nº 23 de 12 de setembro de 2007 (Auto de Infração, fl. 90).

A instalação do sistema SICOBEB (Sistema de Controle de Produção de Bebidas), que veio substituir à utilização do Sistema de Medição de Vazão (SMV), são ferramentas que objetiva tornar mais efetivo o controle, a fiscalização e o combate à sonegação, por parte da Administração Tributária, no segmento de fabricação de bebidas, eliminando a concorrência desleal e protegendo as empresas que cumprem regularmente com as suas obrigações tributárias.

Pois bem. Como pontuado pelo Conselheiro Fenelon Moscoso de Almeida, em seu Despacho neste processo, o qual adoto-os como razão de decidir com forte no § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784, de 1999, com algumas adaptações, que passa a fazer parte desse voto.

Adentrando à omissão apontada, argumenta a embargante que com a publicação do Ato Declaratório Executivo Cofis nº 8, de 25 de março de 2010 (DOU de 29/03/2010), obrigando-a a utilização do SICOBEB (IN RFB Nº 869/2008), a partir de 1º de abril de 2010, estaria dispensada da obrigatoriedade de instalação e manutenção do SMV (IN RFB 587/2005 c/c IN RFB 943/2009) nos termos do art. 2º-B, inciso I, da IN RFB 943, de 28 de maio de 2009, acrescido pela IN RFB nº 1.040, de 8 de junho de 2010.

Da alegada dispensa da obrigatoriedade de instalação e manutenção do SMV, a partir de 1º de abril de 2010, **pugna por aplicação da retroativa benigna**, nos termos do art. 106, inciso II, 'a' e 'b' do CTN, tratando-se de ato não definitivamente julgado, desde a imposição da exigência por meio de Auto de Infração, **cientificado em 22/03/2010**, poucos dias antes da publicação do referido ADE Cofis nº 8, de 25 de março de 2010 (DOU de 29/03/2010).

Inicialmente, restou verificado que a ciência da imposição da exigência por meio de Auto de Infração (22/03/2010), ocorreu antes das publicações do ato normativo que obrigou a embargante ao SICOBEB, que se deu em 29/03/2010 e da IN RFB nº 1.040, de 8 de junho de 2010 (DOU de 09/06/2010), que, a partir daí dispensou os obrigados ao SICOBEB da obrigatoriedade de instalação e manutenção do SMV, não vislumbrando-se, pois, possibilidade de **vício na constituição do crédito tributário**.

Resta, por conseguinte, aventar da aplicação da retroativa benigna, nos termos do art. 106, inciso II, 'a' e 'b' do CTN, a qual não vejo como prosperar, por completa ausência de subsunção dos presentes fatos às normas do Código Tributário Nacional (CTN).

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - (...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

Como se vê, preceitua o art. 106 do CTN, que a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado,

(a) quando deixe de defini-lo como infração, ou

(b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo.

No presente caso sob análise, infere-se que a realidade jurídica deve acompanhar de perto a realidade dos fatos, dando segurança normativa, sem solução de continuidade de obrigações acessórias congêneres, na transição do Sistema de Medição de Vazão - SMV para o Sistema de Controle de Produção de Bebidas - SICOBE.

Ora, isto por que, não faz sentido nenhum exigir-se do mesmo contribuinte a obrigatoriedade de instalação e manutenção simultâneas de equipamentos medidores de vazão e condutivímetros (SMV) e de equipamentos contadores de produção (SICOBE), ambas obrigações acessórias no interesse da arrecadação e da fiscalização dos tributos, sobre a produção nos estabelecimentos industriais envasadores de bebidas, nos termos do §2º, do art.113, do CTN.

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º (...).

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

Partindo da premissa que o enquadramento legal adotado pelo Fisco, em pleno vigor (art. 36, 37 e 38 da Medida Provisória nº 2.158-35/01; art. 5º da Lei nº 11.051/04) e com a publicação da IN RFB nº 1.040 (DOU em 09/06/2010), foi que o Fisco dispensou os obrigados ao SICOBE da obrigatoriedade de instalação e manutenção do SMV, evitando possível duplicidade de exigências de obrigações acessórias com o mesmo interesse de arrecadação e fiscalização, sem, contudo, deixar de tratar o ato de não instalação tempestiva, do SVM ou do SICOBE, como contrário a exigência de ação do contribuinte, definindo como infrações ambos os descumprimento das obrigações acessórias congêneres, porém, impedindo a dupla exigência.

Por fim, quanto à alegação de que a multa aplicada no percentual de 50% do valor da mercadoria produzida teria natureza confiscatória por afronta a princípios constitucionais, é matéria que refoge à competência deste Colegiado, conforme o enunciado da Súmula nº 02 do CARF:

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

Posto isto, voto no sentido de **acolher os embargos declaratórios, sem efeitos infringentes**, para suprir a **omissão** apontada, concluindo que pelos fundamentos exposto neste voto, não cabe a aplicação da retroatividade benigna prevista no art. 106, inciso II, 'a' e 'b' do CTN, por completa ausência de subsunção dos presentes fatos às normas do Código Tributário Nacional (CTN).

É como voto.

(assinatura digital)

Waldir Navarro Bezerra - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Antonio Carlos Atulim

Conforme se verifica nos autos, o contribuinte alegou em recurso que o art. 2º-B da IN RFB nº 943/2009, introduzido pela IN RFB nº 1.040/2010, dispensou da obrigatoriedade de instalação e manutenção do SMV os estabelecimentos industriais envasadores de bebidas obrigados à utilização do SICOBEBE.

A defesa pleiteou a aplicação do princípio da retroatividade benigna ao referido dispositivo para o fim de dispensar o contribuinte da obrigação de recolher a multa ora discutida.

O Acórdão embargado não analisou essa questão.

A omissão existente no Acórdão embargado é fato incontroverso nos autos.

A controvérsia se resume em decidir se o art. 2º-B da IN RFB nº 943/2009 preenche os requisitos legais para ser aplicado de forma retroativa ao caso concreto.

Pois bem. Neste processo o contribuinte, segundo a fiscalização, deveria ter instalado o SMV até julho de 2008, nos termos do art. 4º, II, do ADE COFIS nº 13/2006. Não tendo se desincumbido desse dever legal (art. 36 da MP nº 2.158-35/2001), o contribuinte foi apenado com a multa prevista no art. 38, I da MP nº 2.158-35/2001 (multa equivalente a 50% do valor comercial da mercadoria produzida).

O auto de infração foi notificado ao contribuinte em **22/03/2010** (fl. 95) e a impugnação foi apresentada em **20/04/2010** (fl. 122).

No dia **08/06/2010** foi publicada a IN RFB nº 1.040/2010, que introduziu o art. 2-B na IN RFB nº 943/2009, com o seguinte teor:

Art. 2º-B. Ficam dispensados da obrigatoriedade de instalação e manutenção do SMV os estabelecimentos industriais envasadores de bebidas:

(Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1040, de 08 de junho de 2010)

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;

(Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1040, de 08 de junho de 2010)

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.

(Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1040, de 08 de junho de 2010)

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.

(Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1040, de 08 de junho de 2010)

A análise da cronologia deste processo e das Instruções Normativas, revela que ao contrário do que afirma o despacho de admissibilidade dos embargos, não houve preclusão do direito do contribuinte alegar a aplicação do princípio da retroatividade benigna em recurso voluntário, pois o dispositivo regulamentar que se pretende aplicar de forma retroativa foi introduzido na IN RFB nº 943/2009 **após a apresentação da impugnação**. Sendo assim, a primeira oportunidade de o contribuinte fazer tal alegação surgiu com o recurso voluntário.

Não se tratando de alegação preclusa, resta verificar se a introdução do Art. 2-B da IN RFB nº 943/2009 se enquadra em uma das hipóteses descritas no art. 106 do CTN, que dispõe o seguinte:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática

Parece-me evidente que a dispensa da obrigatoriedade de instalar o SMV, estabelecida no art. 2-B da IN RFB nº 943/2009, se enquadra na hipótese prevista no art. 106, II, "b", do CTN.

Isso porque o fato de o contribuinte não ter instalado o SMV até julho de 2008 era uma infração punível com a multa equivalente a 50% do valor comercial da mercadoria, tanto que a fiscalização infligiu a referida multa ao contribuinte com base no art. 38, I da MP nº 2.158-35/2001.

Entretanto, essa omissão do contribuinte deixou de ser contrária a "qualquer exigência de ação" no sentido de que a empresa instalasse o SMV, pois o art. 2-B da IN RFB nº 943/2009 dispensou o contribuinte de instalar o referido sistema.

Em outras palavras, o que era uma obrigação - que se não fosse cumprida, sujeitaria o infrator a uma multa - deixou de ser uma exigência, em face da dispensa da conduta de instalar o SMV.

Com a introdução do art. 2-B da IN RFB nº 943/2009 a Administração tornou inexigível a conduta de instalar o SMV, desde que satisfeitos alguns requisitos estabelecidos.

O despacho de admissibilidade dos embargos e o próprio voto condutor do ilustre relator originário entendem que não se pode aplicar o princípio da retroatividade

benigna porque houve substituição de uma obrigação por outra. O contribuinte que estava obrigado ao SMV fica dispensado desta obrigação, desde que, instale o SICOBE.

Ora, o fato de a Instrução Normativa ter substituído a obrigação de instalar o SMV pela obrigação de instalar o SICOBE não desnatura o fato de que o que era uma omissão punível com multa, deixou de ser omissão punível (a conduta do contribuinte não instalar o SMV deixou de ser contrária a "qualquer exigência de ação", como dito no CTN).

Portanto, o advento do art. 2-B da IN RFB nº 943/2009, ao dispensar a instalação do SMV, enquadra-se no disposto no art. 106, II, "b" do CTN, pois deixou de considerar a conduta omissiva do contribuinte como contrária a "qualquer exigência de ação". Plenamente aplicável ao caso concreto o comando do art. 106, II, "b", CTN.

Resta verificar agora se foram preenchidos os requisitos estabelecidos no CTN e no art. 2-B da IN RFB nº 943/2009, quais sejam: a) a conduta do contribuinte não ter sido fraudulenta; b) os tributos terem sido recolhidos; e c) o SICOBE ter sido instalado pelo contribuinte.

Relativamente aos dois primeiros requisitos, exigidos pelo art. 106, II, "b", do CTN, verifica-se que restaram plenamente verificados no caso concreto, pois a fiscalização não descreveu nenhuma conduta fraudulenta e também não lançou nenhuma diferença de imposto (IPI).

No que tange ao requisito estabelecido no art. 2-B, parágrafo único, da IN RFB nº 943/2009, é fato público e notório que o contribuinte concluiu a instalação do SICOBE, conforme revela a pesquisa efetuada na página da Secretaria da Receita Federal na *internet*.

Com efeito, consultando-se o endereço [<http://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/tributaria/regimes-e-controles-especiais/sistema-de-controle-de-producao-de-bebidas-2013-sicobe:>] encontramos o *link* "Estabelecimentos Obrigados à Utilização do SICOBE" e, em seguida, o *link* "Operando em Normal Funcionamento".

Clicando-se sobre "Operando em Normal Funcionamento" encontramos uma tabela com os nomes das empresas, o número do CNPJ, a cidade, a unidade da federação, a data do ato declaratório e o número do ato declaratório. Na linha nº 53 dessa tabela encontramos o nome do contribuinte ora autuado:



1 Estabelecimentos Obrigados à Utilização do SICOBE - Operando em Normal Funcionamento

Item	Nome Empresarial	CNPJ	Cidade	UF	A partir de	ADE Cofis
53	Indústria e Comércio de Bebidas MDM Ltda	03.559.491/0001-01	Porto Velho	RO	01/04/2010	8/2010

O resultado da pesquisa efetuada na data da sessão de julgamento (23/08/2016) manteve-se inalterado na data da formalização deste voto vencedor (05/09/2016).

Desse modo, tratando-se de conduta omissiva, que deixou de ser contrária a qualquer exigência de ação, e considerando que os demais requisitos estabelecidos na lei e na instrução normativa foram cumpridos, atrevo-me a discordar do ilustre relator originário, para

votar no sentido de aplicar o princípio da retroatividade benigna ao art. 2-B da IN SRF nº 943/2009 e, em consequência, acolher os embargos de declaração com efeito modificativo, para no mérito, dar provimento ao recurso voluntário, exonerando-se o contribuinte do recolhimento da multa por falta de instalação do SMV.

(Assinado com certificado digital)

Antonio Carlos Atulim

CÓPIA