

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10510.000371/94-01
Recurso nº : 108.644
Matéria : IRPJ - EXS.: 1994 e 1995
Recorrente : SIMONE ANGÉLICA SANTOS TELES
Recorrida : DRF-ARACAJU/SE
Sessão de : 11 DE DEZEMBRO DE 1997.
Acórdão nº : 105-12.083

MULTA - FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. A falta de emissão de nota fiscal no momento da efetivação da operação de venda de mercadorias, justifica a aplicação da multa pecuniária de trezentos por cento sobre o valor do bem objeto da operação. (art. 1º, 3º e 4º da Lei 8846/94) apenas quando ficar caracterizado o flagrante.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por SIMONE ANGÉLICA SANTOS TELES.

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


VERINALDO HENRIQUE DA SILVA.
PRESIDENTE


CHARLES PEREIRA NUNES
RELATOR

FORMALIZADO EM: 16 JAN 1998

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: JOSÉ CARLOS PASSUELLO, NILTON PÊSS, VICTOR WOLSZCZAK, IVO DE LIMA BARBOZA e AFONSO CELSO MATTOS LOURENÇO. Ausente, justificadamente, o Conselheiro JORGE PONSONI ANOROZO.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10510.000371/94-01

Acórdão nº : 105-12.083

Recurso nº : 108.644

Recorrente : SIMONE ANGÉLICA SANTOS TELES

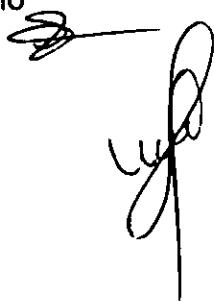
RELATÓRIO

A empresa acima identificada interpõe Recurso Voluntário da Decisão de primeira instância, fls. 189/193, que julgou procedente o Auto de Infração de fls.01/79 lavrado em virtude da falta de emissão de Nota Fiscal ou documento equivalente.

O lançamento de ofício refere-se apenas à multa específica de 300% sobre o valor da mercadoria/serviço, nos termos dos artigos 1º, 2º, 3º e 4º da Lei 8.846/94.

A impugnação de fls. 83/86 assim como o recurso de fls.196/201, sem se pronunciarem sobre os fatos, limitam-se a alegar nulidade do auto de infração por ser o valor da multa aplicada muito elevado, ferindo assim alguns princípios constitucionais que comenta.

É o relatório

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and a long vertical stroke at the end.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10510.000371/94-01

Acórdão nº : 105-12.083

VOTO

Conselheiro CHARLES PEREIRA NUNES, Relator

O Recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade. Dele tomo conhecimento.

Processo com instauração e tramitação legal.

Sobre a matéria esta Câmara ultimamente tem concordado com a tese de que a multa prevista no artigo 3º da lei nº 8.846/94 somente pode ser aplicada quando a infração é detectada em flagrante delito. Assim sendo, em síntese, a mesma seria exigida apenas quando o fisco surpreendesse o ato comercial e a tradição da mercadoria sendo praticado sem emissão da nota fiscal. Nessa linha de raciocínio veja-se os seguintes Acórdãos:

1º CC 107-03.549/96:

A multa prevista no art. 3º da Lei nº 8846, de 21 de janeiro de 1994, não pode ser aplicada presuntivamente, através de prova indireta, sendo essencial a perfeita tipificação da hipótese prevista em lei, o que requer a prova direta da saída da mercadoria ou da prestação do serviço, sem emissão da nota fiscal ou documento equivalente.

1º CC 105-11.859/97:

MULTA - FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. A falta de emissão de nota fiscal no momento da efetivação da operação de venda de mercadorias, justifica a aplicação da multa pecuniária de trezentos por cento sobre o valor do bem objeto da operação. (art. 1º, 3º e 4º da Lei 8846/94) apenas quando ficar caracterizado o flagrante.

Os fundamentos do último acórdão indicam que a lei para possuir eficácia não basta apenas que esteja vigente, é necessário também sua legitimidade traduzida não apenas por sua tramitação legal nos poderes legislativo e executivo, mas também pelo reconhecimento/aceitação dos cidadãos e do poder judicial.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10510.000371/94-01

Acórdão nº : 105-12.083

Essa conversão ou reconhecimento do valor da norma, decorre principalmente do senso de justiça que o espírito da lei transmite, e é sobre esse aspecto que pretendo desenvolver meu raciocínio em amparo a já consagrada tese resumida no item 13 acima transcrito.

Inicialmente observe-se que a emissão de nota fiscal é uma obrigação acessória na medida em que existe apenas para dar suporte ao lançamento que formaliza a obrigação principal. O primeiro fato estranho que aparece desta perspectiva é ser a penalidade correspondente ao principal (75% do imposto) bem menor que a relacionada com o acessório (300% do valor da mercadoria). Ou seja enquanto na multa principal o contribuinte gasta apenas $75\% \times 30\% \times 50\% = 22,5\%$ do valor da mercadoria (considerando uma margem de lucro de 50% e o irpj de 30%) contra 300% do valor da mercadoria.

Numa analogia com o crime de homicídio, no primeiro sistema o criminoso ficaria preso menos de um quarto da sua vida (22,55%) enquanto que no outro sistema “acessório” (300%) além do criminoso ser punido com a pena de morte, ainda deveria morrer novamente, assim que nascesse, nas duas reencarnações seguidas em virtude do mesmo crime ou então, se não existe reencarnação, duas outras pessoas de sua família deveriam serem mortas para compensar a vida (o imposto) que ele tirou da sociedade.

A comparação seria cômica se não fosse trágica, pois é justamente isso o que ocorre com a esdrúxula aplicação dessa lei, mata literalmente o contribuinte dependendo do volume de nota-fiscal que deixou de ser emitida.

Todavia se o volume de nota fiscal for pequeno comparado com a quantidade vendida, “o veneno realmente pode se tornar um remédio e não matar o paciente” (essas comparações, dentre tantas outras fundadas em ditados populares, bem demonstram a ilegitimidade da norma quando aplicada erroneamente).

Entendemos que a única forma de alcançarmos o espírito da lei que lhe dar legitimidade na aplicação é efetivamente a utilização da ANALOGIA entre o direito tributário e penal tendo como objeto o instituto do FLAGRANTE.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo nº : 10510.000371/94-01

Acórdão nº : 105-12.083

Para sua caracterização esse instituto diferencia o que sejam infração permanente, infração instantânea e infração continuada, que muito irá nos ajudar na “dosagem” da penalidade.

infração	conduta (ato/omissão)	Nº de infrações
instantânea	ato singular autônomo de consumação rápida	só uma vez
permanente	ato singular autônomo de consumação lenta	só uma vez
continuada	Pluralidade de atos/omissões autônomos	várias vezes
habitual	pluralidade de atos não autônomo - complexo	só uma vez

Dos tipos acima, a falta de emissão da nota fiscal enquadra-se na infração instantânea, por ser de consumação rápida, e na infração continuada, por ser repetitiva.

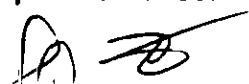
Observe-se a diferença entre os termos “infração habitual” e “habitualidade de infração”, este última é semelhante a infração reiterada, repetitiva ou continuada.

Como o ESTADO DE FLAGRÂNCIA divide-se em duas fase: 1- durante a consumação e 2- logo após a consumação; a tabela acima serve para marcar o tempo da primeira fase e também demonstrar que dependendo do tempo posterior à consumação (segunda fase) a infração continuada sai do flagrante, já que este é caracterizado pelas expressões legais “logo após” ou “logo depois” (da consumação).

Sendo objetivo, podemos dizer que se a empresa deixa de emitir a nota fiscal durante um mês, apenas as notas fiscais relativas aos últimos momentos poderiam ser passíveis de flagrantes por ser infração do tipo instantânea e continuada, onde as omissões são autônomas sujeitando-se cada uma individualmente ao flagrante.

Resta definir que “últimos momentos” são esses.

É certo que os tribunais tem sentido dificuldade em uniformizar o elemento cronológico da segunda fase do flagrante, todavia o decurso de 48 horas tem sido muito utilizado para livrá-lo. Considerando, todavia que na nota fiscal inexistente campo para informar a hora de sua emissão, as 48h poderiam ser



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10510.000371/94-01

Acórdão nº : 105-12.083

substituídas por 02 dias, que corresponderiam ao próprio dia da fiscalização e ao dia anterior, garantindo assim o limite de 48 horas.

No caso concreto a constatação da falta foi registrada em 10 de fevereiro de 1994 (fl.12) e a última falta data do dia 08 de fevereiro de 1994 (fl.10).

Pela interpretação acima, somente as infrações relativas aos dias 10 (dia da blitz) e 9 (dia anterior) poderiam ser autuadas com a multa de 300%. Como a última registrada ocorreu no dia 08 não haveria o flagrante.

Adotando-se esse procedimento, a aplicação da lei se torna efetivamente um poderoso instrumento fiscal a ser utilizado em blitz periódicas e incertas.

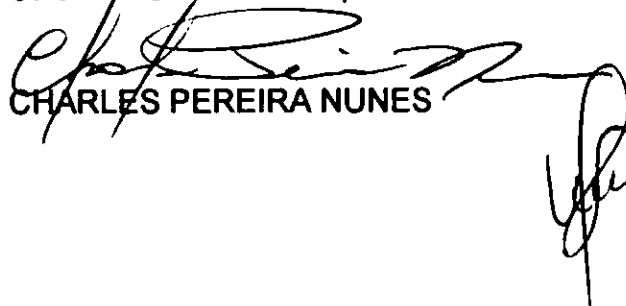
A analogia desta multa com a prisão em flagrante é ainda mais aconselhável quando se verifica que esta, assim como aquela, produz imediatos efeitos **COERCITIVO, INFORMATIVO E PROBATÓRIO** de enorme força.

Existindo o flagrante estes efeitos são plenamente alcançados. Inexistindo o flagrante, ainda que minimizado o poder coercitivo em razão de ser utilizada a multa normal, substituição feita pela própria fiscalização, restam ainda intactas as funções informativa e probatória no processo de exigência do tributo.

Essa foi minha contribuição à linha de pensamento dos que querem fazer valer a eficácia e legitimidade desta lei, fugindo à fria interpretação de sua letra.

Por todo o exposto voto no sentido de dar provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, de 11 dezembro de 1997.


CHARLES PEREIRA NUNES

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10510.000371/94-01

Acórdão nº : 105-12.083

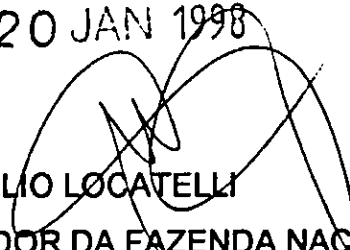
INTIMAÇÃO

Fica o Senhor Procurador da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho de Contribuintes, intimado da decisão consubstanciada no Acórdão supra, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 40, do Regimento Interno, com a redação dada pelo artigo 3º da Portaria Ministerial nº. 260, de 24/10/95 (D.O.U. de 30/10/95).

Brasília-DF, em 16.01.98


VERINALDO HENRIQUE DA SILVA
PRESIDENTE

Ciente em 20 JAN 1998


NILTON CÉLIO LOCATELLI
PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL.