

**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10882.000552/94-38  
Recurso nº. : 113.994  
Matéria : IRPJ - EXS.: 1994  
Recorrente : F. G. N. COMERCIAL LTDA  
Recorrida : DRJ em CAMPINAS - SP  
Sessão de : 12 DE NOVEMBRO DE 1997  
Acórdão nº. : 106-09.535

**NORMAS GERAIS - INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO FISCAL**  
- Nenhum procedimento fiscal será instaurado contra o sujeito passivo relativamente à espécie consultada, no caso de haver sido interposto recurso da decisão de primeira instância que haja declarado a consulta ineficaz.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por F.G.N. COMERCIAL LTDA.

ACORDAM os Membros da Sexta 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.

  
DIMAS RODRIGUES DE OLIVEIRA  
PRESIDENTE

  
ANA MARIA RIBEIRO DOS REIS  
RELATORA

FORMALIZADO EM: 09 JAN 1998

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros MÁRIO ALBERTINO NUNES, WILFRIDO AUGUSTO MARQUES, GENÉSIO DESCHAMPS, HENRIQUE ORLANDO MARCONI, ROMEU BUENO DE CAMARGO e ADONIAS DOS REIS SANTIAGO.

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10882.000552/94-38  
Acórdão nº. : 106-09.535  
Recurso nº. : 113.994  
Recorrente : F.G.N. COMERCIAL LTDA

RELATÓRIO

F. G. N. COMERCIAL LTDA, já qualificada nos autos, recorre da decisão da DRJ em Campinas - SP, de que foi cientificada em 29.08.96 (AR de fl. 77), através de recurso protocolado em 18.09.96.

Contra a contribuinte foi lavrado o Auto de Infração de fl. 14, exigindo-lhe a multa equivalente a 300% sobre o valor das mercadorias vendidas, no montante de 50.626,64 UFIR, face à não emissão das respectivas notas fiscais. O ato fiscal efetuou o levantamento da quantidade de litros de combustível vendidos no período examinado, com base no Livro de Movimentação de Combustíveis.

Inconformado com a exigência, o contribuinte impugna o lançamento, alegando em preliminar sua nulidade, sob o argumento de que não poderia ser instaurado contra ela nenhum procedimento fiscal, haja vista o processo de consulta relativo à matéria objeto da autuação encontrar-se em andamento na SRRF do Estado de São Paulo.

Em relação ao mérito, apresenta as seguintes razões de defesa, em síntese:

- como empresa que comercializa produtos derivados de petróleo e álcool combustível, é obrigada a manter o Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC, sendo que a nota fiscal pertence quase que exclusivamente ao ICMS, pois no caso vige a sistemática de aferição e recolhimento próprios (sistema de substituição tributária);



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10882.000552/94-38  
Acórdão nº. : 106-09.535


- eivam de nulidade o lançamento as seguintes irregularidades: ignorou-se a primazia e pertinência do LMC, desvinculou-se a obrigação acessória da emissão da nota fiscal da obrigação principal de pagar o IR, não se atentou para o regime de substituição tributária, é indubitável que o LMC é documento equivalente à nota fiscal, a penalidade imposta é verdadeiro confisco;

- o elemento nuclear da Lei 8.846/94 não é a emissão da nota fiscal, mas a omissão de receita, discorrendo sobre o delito penal-tributário e o ilícito tributário-penal;

- a não emissão de nota fiscal ou documento equivalente sujeita à penalidade pecuniária unicamente o contribuinte que houver omitido receita. No caso, o posto não omitiu receitas, ao contrário, registrou-as no LMC;

- sobre o caráter confiscatório, cita T. Cooley, discorrendo sobre a disparidade entre o lançamento de ofício por omissão de receita e a falta de emissão de nota fiscal.

A decisão recorrida de fls. 63/72 julga a exigência fiscal **procedente**. Rejeita preliminar de nulidade do feito argüida pela impugnante, com base no processo de consulta formulado pelo Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de São Paulo, que indaga se o LMC, utilizado para controle de estoques pode ser considerado documento equivalente referido no artigo 1º da MP 374/93 (Lei 8.846/94), visto que tal consulta foi declarada ineficaz por versar sobre assunto definido em disposição legal, com fundamento no artigo 52 do Decreto 70.235/72. Com a declaração de ineficácia, não há impedimento para o fisco, desde logo, instaurar procedimento relacionado com a matéria sob consulta, não havendo que se falar em recurso voluntário.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10882.000552/94-38  
Acórdão nº. : 106-09.535

Antes de adentrar nas razões de mérito, destaca o sentido e o alcance da Lei 8.846/94, traçando um paralelo entre a multa destinada aos lançamentos de ofício para os casos de evidente intuito de fraude, hipótese inserida na lei 8.218/91 e a hipótese prevista na Lei 8.846/94 dirigida para os casos de falta de emissão de documentário fiscal. Conclui que as duas leis em comento têm âmbitos específicos de aplicação, destacando a coerência da multa em comento "com o seu objetivo de estimular a emissão de documentário fiscal, e conseqüentemente incentivar o aumento das receitas espontaneamente declaradas."

Examinando as razões da impugnação, apresenta os seguintes fundamentos:

- da autuação e multa - a definição do documentário fiscal não se insere no campo de liberdade de ação dos contribuintes, é sim matéria de reserva de lei, transcreve trecho da decisão do processo de consulta neste sentido;

- a infração penalizável/obrigação principal e obrigação acessória - óbvio que o objetivo principal do dispositivo legal em questão é o combate à sonegação, utilizando-se para instrumentalizar situações de flagrantes omissões de receita que se perpetram na venda sem emissão do respectivo documentário fiscal, da multa equivalente a 300% do valor omitido. Neste ponto a argumentação impugnatória é repetitiva, no sentido de que o LMC substituiria a nota fiscal, não se lhe aplicando as disposições da Lei 8.846/94;

- infração não configurada - constituindo-se de razões impugnatórias repetitivas, apenas frisa que o LMC absolutamente não substitui a nota fiscal;



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10882.000552/94-38  
Acórdão nº. : 106-09.535

- procedimento nulo *plenum iuris* - não tem razão a impugnante quanto à conclusão de que o fisco realizou restrito exame das notas fiscais, não agindo na completude a que a lei comanda, o que cerceia sua ampla defesa. Esquece-se de que a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória, e verificando a autoridade fiscal a situação regulada pela lei - falta de emissão de nota fiscal - obrigou-se a efetuar o correspondente lançamento, nos termos do artigo 142 do CTN. Lembra, ainda, que nenhum dos pontos argüidos figura entre as causas de nulidade previstas no artigo 59 do Decreto 70.235/72;

- penalidade analogicamente confiscatória - a aplicação de penalidade no caso vertente não tem nenhuma relação com a hipótese de confisco tratada no artigo 150, IV da CF, que trata de situações em que o tributo regularmente criado ameace a propriedade ou a renda tributada. No caso em questão, trata-se de aplicação de penalidade inibidora de condutas que visavam subtrair do conhecimento do fisco fatos que deveriam constar dos livros fiscais e, em sendo punitiva, houve por bem o legislador fixar-lhe tais percentuais. Destaca que sua aplicação deve ser reservada para operações de impacto ou de flagrantes, onde se atingem operações individualizadas e não o movimento total do contribuinte.

Regularmente cientificada da decisão, a contribuinte dela recorre, interpondo o recurso de fls. 78/83, em que renova suas razões impugnatórias, aditando, em relação à preliminar levantada, que a afirmação de que seria desnecessário recurso no processo de consulta não condiz com o melhor direito, violando o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa. No seu entender, não há como se cogitar de qualquer procedimento administrativo, enquanto a questão ainda pende de apreciação pelas autoridades competentes. No tocante ao mérito, reforça seus argumentos de que o LMC é documento hábil a externar a vida mercantil das empresas e de suas conseqüências junto ao ente tributante, e de que a não emissão da nota fiscal sujeita à penalidade pecuniária



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10882.000552/94-38  
Acórdão nº. : 106-09.535

apenas e tão somente se o contribuinte estiver omitindo receita com tal expediente. Complementa ressaltando o caráter de confisco vedado pela Constituição da República.

Manifesta-se a douta PFN, em suas contra-razões de fis. 87/89, em que considera completamente absurda a tese invocada pela recorrente pretendendo que nenhuma ação fiscalizadora fosse tomada, sob o pretexto de que o seu Sindicato de Classe houvera recorrido da decisão administrativa que julgou eficaz sua consulta. Com relação ao mérito entende correto o procedimento fiscal e espera que não seja dado provimento ao recurso.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10882.000552/94-38  
Acórdão nº. : 106-09.535

VOTO

Conselheira ANA MARIA RIBEIRO DOS REIS, Relatora

Conforme relatado, a recorrente invoca, em sua defesa, o artigo 48 do Decreto 70.235/72, que dispõe o seguinte:

"Art 48 - Salvo o disposto no artigo seguinte, nenhum procedimento fiscal será instaurado contra o sujeito passivo relativamente à espécie consultada, a partir da apresentação da consulta até o trigésimo dia subsequente à data da ciência:

I - de decisão de primeira instância da qual não haja sido interposto recurso;

II - de decisão de segunda instância."

A autoridade monocrática reconhece que a recorrente é filiada ao Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de São Paulo, autor de processo de consulta ao Superintendente Regional da Receita Federal da 8ª Região Fiscal indagando se o Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC -, que tem por finalidade o controle de estoques, pode ser considerado, para fins da Lei 8.846/94 documento equivalente a que se refere seu artigo 2º. Tal processo de consulta encontrava-se à época do feito fiscal em grau de recurso ao Coordenador do Sistema de Tributação da Receita Federal.

Entretanto, para denegar o pleito da contribuinte, a decisão se socorre do seguinte fundamento, que transcrevo:



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10882.000552/94-38  
Acórdão nº. : 106-09.535

“Nesta situação, o artigo 55 do citado Decreto 70.235/72 define claramente a autoridade competente para decretar a ineficácia, ao determinar que “Compete à autoridade julgadora declarar a ineficácia da consulta” - no caso, o Superintendente Regional da Receita Federal da 8ª Região Fiscal. Decorrendo a ineficácia da existência de dispositivo legal versando sobre a matéria consultada, o pronunciamento do Sr. Superintendente ganha foro de definitividade.

Desnecessário, portanto, dizer que, se ineficaz a consulta, não há que se falar em recurso voluntário, mesmo porque, o art. 58 do mesmo Decreto 70.235/72 textualmente diz que “*Não cabe pedido de reconsideração de decisão proferida em processo de consulta, inclusive da que declarar a sua ineficácia.*” (itálico e negrito do original).

Ressalte-se, entretanto, que a alegação da recorrente refere-se a recurso e não a pedido de reconsideração, como referido pela decisão recorrida. Sobre o julgamento da consulta em segunda instância, Antônio da Silva Cabral, em sua obra Processo Administrativo Fiscal, ensina a seguinte lição:

“2. Cabimento do recurso. A legislação não prevê requisitos para o recurso voluntário contra a decisão de primeira instância. Valem, portanto, as regras aplicáveis aos recursos em geral.....  
Cabe recurso contra decisão de primeira instância que haja declarado a consulta ineficaz.”

Estando a recorrente, reconhecidamente, sob o pálio de um processo de consulta, não poderia ser sofrido nenhuma ação fiscalizadora relativamente à espécie consultada, que foi o que ocorreu no presente caso.

Dessa maneira, entendo que deva ser reformada a decisão recorrida para cancelar a exigência.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10882.000552/94-38  
Acórdão nº. : 106-09.535

Por todo o exposto e por tudo mais que dos autos consta, conheço do recurso, por tempestivo e interposto na forma da Lei e, no mérito, voto no sentido de **dar-lhe provimento**.

Sala das Sessões - DF, em 12 de novembro de 1997

  
ANA MARIA RIBEIRO DOS REIS


MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10882.000552/94-38  
Acórdão nº. : 106-09.535

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 09 JAN 1998

  
DIMAS RODRIGUES DE OLIVEIRA  
PRESIDENTE

Ciente em 09 JAN 1998

  
PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL