

**A. I. Nº** - 279804.0012/09-0  
**AUTUADO** - MEDICAL EXPRESS COMERCIAL LTDA.  
**AUTUANTE** - AUGUSTO JORGE LIMA MOREIRA  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 23. 03. 2010

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO JJF Nº 0047-01/10

**EMENTA:** ICMS. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA. A própria empresa declarou que os documentos foram inutilizados em razão de temporal ocorrido no município do Salvador/BA, contudo, quando intimada a apresentar os documentos fiscais não atendeu a intimação. É certo que mesmo tendo havido a alegada inutilização, tal fato não impossibilita a apresentação dos documentos na forma em que se encontravam, inclusive, para confirmar o alegado. Rejeitada a preliminar de nulidade. Afastada a decadência argüida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/08/2009, impõe multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 4.600,00, decorrente do extravio de documentos fiscais, com data de ocorrência em 31/12/2005. Consta que a empresa extraviou 1711 documentos fiscais, sendo a multa limitada a R\$ 4.600,00, conforme o art. 915, XIX do RICMS.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 49 a 60), afirmando que não houve extravio de documentos fiscais, como descrito na autuação, de modo que esta não pode prosperar.

Preliminarmente, argüi a nulidade do Auto de Infração, por violação ao art. 18 do RPAF, e o cerceamento de defesa, em função da não demonstração fática das infrações alegadas.

Alega que, conforme observado no Auto de Infração e seus anexos, o autuante não logra comprovar a ocorrência das supostas infrações suscitadas, uma vez que baseia a autuação num quadro demonstrativo, produzido unilateralmente, que somente elenca os meses fiscalizados e o número de vezes que teria cometido a infração no seu decorrer, sem qualquer individualização das supostas infrações ou qualquer substrato documental.

Prosseguindo, diz que o quadro demonstrativo produzido unilateralmente não é meio de prova para a imputação, haja vista que o autuante tem o poder-dever de lavrar o Auto de Infração, no qual deve descrever a infração averiguada e demonstrar, com as bases probatórias, em que fundamenta suas alegações, o que não ocorreu, pois se limitou a declarar que houve o extravio de documentos fiscais, sem, contudo, individualizá-los para conferir o direito de defesa ao sujeito passivo.

Sustenta ser flagrante o cerceamento de defesa, pois não pode fundar a sua defesa administrativa em meras suposições do que depreende da autuação, que foge ao quanto preceituado nos ditames da lei. Acrescenta que não se há de onerar em demasia o sujeito passivo tributário, a ponto de exigir que participe de processo administrativo para se defender de fatos infundados, o que limita, em muito, o seu direito de defesa constitucionalmente garantido. Reproduz o art. 5º para fundamentar o seu argumento. Diz que neste mesmo sentido, re

dispositivos legais de maior importância, quais sejam os arts. 28, § 4º, II, e art. 41, do RPAF, que ratificam este entendimento, conforme transcreve.

Sustenta que os enunciados prescritivos dos referidos artigos são peremptórios na premente necessidade da autuação ser acompanhada dos levantamentos em que se funda a autuação e das provas necessárias à demonstração dos fatos alegados, sendo essas formalidades impositivas porque conferem aos administrados a segurança jurídica e a certeza legal do ato contra si imputado.

Diz que a Administração Pública deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, sendo a atividade administrativa de lançamento vinculada e obrigatória, consoante o art. 142 do CTN que transcreve.

Consigna que resta evidente a inobservância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, já que a clareza do fundamento legal em que se baseia o débito deve constar obrigatoriamente do lançamento, de forma a permitir o pleno exercício da ampla defesa, fato inobservado pelo Fisco. Pergunta: Como poderá exercer o direito da ampla defesa, se, na autuação não foram observados os requisitos exigidos pela lei?

Argumenta que desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado, reproduzindo lição de Hely Lopes Meirelles sobre a matéria.

Continuando, evoca a Jurisprudência deste CONSEF, transcrevendo a ementa do Acórdão JJF N.0075/01.

Alega que, com o completo desrespeito do art. 5º, LV, da Constituição Federal, arts. 18, 28 e 41 do RPAF/BA, se faz mister o reconhecimento do vício insanável que culmina na nulidade da presente autuação.

Ataca o mérito da autuação, esclarecendo que se trata de uma sociedade empresária que exerce suas atividades de comercialização e distribuição de medicamentos, equipamentos médicos e odontológicos, produtos hospitalares e de laboratórios, bem como materiais saneantes biológicos e imunobiológicos.

Consigna que para a consecução de suas atividades, está sujeita às determinações da ANVISA, cujos rígidos critérios sanitários lhe obrigam a armazenar seus produtos, de maior fragilidade, num ambiente largamente asseado e higiênico, assim como todo o restante do estabelecimento comercial deve ser mantido em ímpares condições sanitárias.

Diz que por se encontrar o estabelecimento comercial adequado para todo e qualquer tipo de armazenamento, por estar em conformidade com as mais rígidas normas de conservação de produtos de saúde, e, ciente de suas obrigações tributárias instrumentais de guarda dos documentos fiscais, armazenou os documentos fiscais em seu próprio estabelecimento comercial, em estrita consonância com o art. 144 do RICMS, sendo a preservação desses documentos fiscais total, uma vez que, por todo o período de funcionamento garantiu a sua guarda em adequadas condições de armazenamento e de fiscalização por parte do Fisco.

Registra que em 28 de fevereiro de 2008, à noite, a despeito de toda a segurança na guarda dos itens armazenados, em função de um evento extraordinário, decorrente da força maior, no caso, o forte temporal que assolou a Cidade do Salvador, a sede da empresa sofreu um grande alagamento que avariou equipamentos elétricos, deteriorou mercadorias que estavam armazenadas no estabelecimento e inutilizou grande parte dos documentos fiscais.

Acrescenta que pode se depreender a gravidade e extensão do quanto alegado, pela análise das fotografias anexadas às fls. 72 a 87 (doc. 1), além do aviso do sinistro à Bradesco Seguros de fls. 89/90(doc. 2) e o laudo de vistoria de sinistro fls. 92 a 96(doc. 3), que c

Sustenta que se verifica não ter ocorrido o “extravio e documentos fiscais”, como aponta a autuação, mas efetivamente, a perda dos documentos fiscais, sem qualquer culpa de sua parte, haja vista que decorrente de um evento imprevisível, advindo de forças extrínsecas da natureza.

Diz restar patente que não pode o ente autuante imputar responsabilidade pelo descumprimento de obrigações instrumentais a contribuinte que se vê impossibilitado de impedir os resultados de um fato extrínseco da maior magnitude, ou que venha a agir de modo diverso. Invoca lição de Silvio de Salvo Venosa, nesse sentido.

Afirma que não há que se aplicar o art. 915, XIX, do RICMS, pois não se consumou o antecedente da regra primária sancionatória prescrita no texto legal. Primeiro, porque não houve qualquer extravio de documento fiscal, mas a perda dos mesmos, em função de um evento decorrente da força maior. Segundo, por ser inconsistente a alegação de que o sujeito passivo não teria cumprido com o art. 144, durante todo o período fiscalizado.

Destaca que o art. 393, do Código Civil, resguarda até mesmo os devedores de qualquer responsabilidade por prejuízos decorrentes de caso fortuito ou força maior, frisando que não é este o seu caso.

Frisa que apesar disso não se furtou em cumprir diligentemente com as suas obrigações tributárias instrumentais, pois, em exatos 8 dias peticionou à Inspetoria de Fiscalização Fazendária, comunicando a perda de documentos, equipamentos e mercadorias e solicitando autorização temporária para emissão de notas fiscais manuscritas, conforme consta às fls. 98/99 (doc. 4).

Assevera que, dessa forma, houve total conformidade de sua conduta com o que prescreve o art. 146 do RICMS, o qual reproduz, pois, ao invés de infringir a legislação tributária estadual, como alega o autuante, apesar de todos os transtornos sofridos, agiu em estrita consonância com as obrigações instrumentais, impostas pelo RICMS/BA, durante todo o tempo que seguiu o sinistro.

Sustenta que é por completa a insubsistência da infração que lhe é imputada, bem como a aplicação da multa prevista no art. 915, XIX, do RICMS.

Prosseguindo, diz que na improvável hipótese de se entender devida a presente autuação, é inaplicável a infração durante a integralidade do período fiscalizado, tendo em vista que cumpriu com a sua obrigação tributária de conservar os documentos durante o prazo decadencial, pois o Auto de Infração abrange o período fiscalizado de 01/01/2004 a 31/12/2005, sendo lavrado somente em 25/08/2009.

Cita ensinamento de Paulo de Barros Carvalho sobre a decadência, para dizer que no caso do ICMS há a constituição do crédito tributário e o pagamento antecipado do mesmo, através do lançamento por homologação, em que o marco inicial de contagem é a data do fato jurídico tributário.

Salienta que o disposto no art. 144 do RICMS/BA, surgiu no intuito de evitar a perpetuação das relações jurídicas e a insegurança do sujeito passivo em ter de guardar por tempo indeterminado todos os documentos fiscais que possui, podendo se aferir nestes moldes que o período abrangido entre 01/01/2004 a 24/08/2004 está fora do cômputo de infrações da autoridade administrativa, pois que já havia decorrido o lapso temporal entre a ocorrência dos fatos geradores e lançamentos por homologação praticados à época, de modo a transpor o prazo decadencial exigido para conservação desses documentos, conforme Regulamento do ICMS.

Destaca ser necessária a exclusão da presente autuação a infração imputada pelo suposto extravio de notas fiscais, do período de janeiro a agosto de 2004, como observado no Quadro "Quantidade dos documentos e notas fiscais extraviadas conforme livros de entrada e saída".

Conclui requerendo que seja julgado nulo o Auto de Infração, em razão das preliminares aduzidas, que demonstram o completo desrespeito do art. 5º, LV, da Constituição Federal arts 18, 28 e 41 do RPAF/BA ou, no mérito, a improcedência, por restar comprovada a infração.

Requer ainda que na improvável hipótese de não ser reconhecida a total improcedência da autuação, seja subtraída as infrações constantes dos períodos de janeiro a agosto, em função do prazo decadencial de guarda de documentos, conforme disposto no art. 144 do RICMS.

Consta à fl. 102, requerimento do impugnante no sentido de se fazer a juntada da primeira página do jornal Correio da Bahia, do dia 29/02/2008, que noticia os estragos causados pelo forte temporal que assolou o Município do Salvador na noite de 28/02/2008.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 106 a 108, na qual contesta os argumentos defensivos relativos à nulidade da autuação, afirmando que o impugnante não observou às fls. 07 e 08 dos autos, os demonstrativos de documentos extraviados, bem como as cópias dos livros Registro de Saídas dos anos de 2004 e 2005 às fls. 15 a 42, nos quais constam a relação dos documentos que não foram apresentados ao Fisco sob a alegação de terem sido danificados(fl. 09).

Acrescenta que neste ponto o art. 915, XIX do RICMS/BA é bem preciso ao estabelecer a penalidade, não se sustentando a alegação defensiva.

Relativamente à insubsistência da autuação, afirma que o autuado deixou de apresentar a documentação mesmo danificada, não se sustentando também esta alegação.

No que concerne à decadência argüida pelo autuado, referente ao período de 01/01/2004 a 24/08/2004, por ser o prazo decadencial de 05 anos, afirma que esta alegação não encontra amparo no art. 173, I do Código Tributário Nacional, o qual reproduz.

Finaliza mantendo a autuação.

## VOTO

A princípio, cabe-me apreciar a nulidade argüida pelo impugnante, por cerceamento do direito de defesa, em função da não demonstração fática da infração que lhe é imputada.

Observo que não pode prosperar a pretensão defensiva, haja vista que os demonstrativos acostados pelo autuante às fls. 07/08, apontam claramente os exercícios, os meses, e a quantidade de notas fiscais extraviadas no total de 1.711, dados estes extraídos dos livros Registro de Saídas de Mercadorias referentes aos exercícios de 2004 e 2005, conforme cópias acostadas às fls. 15 a 42. Obviamente, que as notas fiscais extraviadas são aquelas registradas nos referidos livros fiscais, em nada prejudicando o direito de defesa do contribuinte a não indicação de cada uma com o respectivo número. Não acolho, portanto, a nulidade argüida.

Cumpre-me também apreciar, preliminarmente, a argüição defensiva de ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário, sob o argumento de que atendeu a sua obrigação tributária de conservar os documentos durante o prazo decadencial, pois o Auto de Infração abrange o período fiscalizado de 01/01/2004 a 31/12/2005, sendo lavrado somente em 25/08/2009.

Alega o autuado que o disposto no art. 144 do RICMS/BA, surgiu no intuito de evitar a perpetuação das relações jurídicas e a insegurança do sujeito passivo em ter de guardar por tempo indeterminado todos os documentos fiscais que possui, podendo se aferir nestes moldes que o período abrangido entre 01/01/2004 a 24/08/2004 está fora do cômputo de infrações da autoridade administrativa, por ter decorrido o lapso temporal entre a ocorrência dos fatos geradores e lançamentos por homologação praticados à época, de modo a transpor o prazo decadencial exigido para conservação desses documentos, conforme Regulamento do ICMS.

Vejo que melhor sorte não tem o impugnante quanto à sua argüição de ocorrência da decadência, haja vista que as disposições do artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/07 prevêm que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamen

No caso em exame, o prazo para contagem iniciou-se em 01/01/2005, com termo final em 31/12/2009, para os fatos geradores ocorridos no exercício de 2004, e em 01/01/2006 com termo final em 31/12/2010 para os fatos geradores ocorridos em 2005. Como a ação fiscal se iniciou através do Termo de Início de Fiscalização em 01/07/2009, e o lançamento ocorreu em 25/08/2009, não há que se falar em decadência do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário.

Vale consignar que esse tem sido o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF 0102/12-05, 0113/12-05 e 0192-11-05 e, mais recentemente, o Acórdão CJF 0144-11/09, cujo trecho do voto proferido pela ilustre Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade, é reproduzido abaixo, a título ilustrativo:

#### “VOTO

Inicialmente no que toca à preliminar de mérito de ocorrência de decadência quanto ao período de janeiro a novembro de 2002, entendemos, comungando com a JJF, que não se vislumbra a decadência arguida pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação esta repetida no art. 107-B do Código Tributário Estadual – COTEB – Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, *in verbis*:

“Art. 107-B

§ 5º - *Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*” Grifos nossos

Do exposto, como o Auto de Infração foi lavrado em 17/12/2007, e se reporta a fatos geradores ocorridos no exercício de 2002, tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2008 para efetuar o referido lançamento. Quanto à menção por parte do recorrente da Súmula Vinculante nº 08 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DO de 20/06/2008 – a mesma declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto- lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

Entendemos data *venia*, que a referida Súmula não se aplica ao ICMS e, em reforço a esta tese, os próprios doutrinadores que estão a se debruçar sobre a matéria cingem sua aplicabilidade à esfera da Administração Pública Federal, a qual compete gerir as contribuições previdenciárias. Ressaltamos, no entanto, e aí comungando com o último Parecer proferido pela PGE/PROFIS, que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, mormente diante da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que através do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 08 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo *a quo* do prazo decadencial que comunga com o externado pelo recorrente, além de entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, através do Parecer CFS nº 02/2008, embora deva ser também ressaltado que ambos não vinculam a Administração Estadual baiana ou o Conselho de Fazenda Estadual, mormente diante da disposição expressa da nossa legislação, acima citada.”

Vale consignar que o entendimento acima esposado, aplica-se inclusive aos livros fiscais, razão pela qual a exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória se apresenta correta, por restar evidente que se a obrigação principal não foi atingida pela decadência, consequentemente a obrigação acessória também não decaiu.

Diante do exposto, não acolho a arguição de decadência.

No mérito, constato que assiste razão ao autuante, haja vista que o próprio impugnante afirma que: “Ocorre que, em 28 de fevereiro de 2008, à noite, a despeito de toda a segurança na guarda dos itens armazenados, em função de um evento extraordinário, decorrente da força maior, no caso, o forte temporal que assolou a Cidade do Salvador, a sede da empresa sofreu um grande alagamento que avariou equipamentos elétricos, deteriorou mercadorias que estavam armazenadas no estabelecimento e inutilizou grande parte dos documentos fiscais.”

Ora, conforme muito bem consignado pelo autuante na peça informativa, apesar de alegar que os documentos inutilizados, “o contribuinte deixou de apresentar a doci não se sustentando também esta alegação.”

Coaduno plenamente com este argumento do autuante, tendo em vista que a inutilização ou danos de grande parte dos documentos fiscais, não poderia impossibilitar a sua apresentação ao Fisco quando da intimação, até mesmo para comprovar o ocorrido.

Na realidade, caberia ao contribuinte conservar os documentos mesmo que “danificados” ou “inutilizados”, para exibição ao Fisco, no intuito de comprovar a sua alegação. Assim não procedendo, incorreu na infração que lhe é imputada, pois foi intimado e não apresentou os documentos exigidos.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279804.0012/09-0**, lavrado contra **MEDICAL EXPRESS COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$4.600,00**, prevista no art. 42, XIX da Lei n. 7.014/96, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR