

PROCESSO - A. I. Nº 269275.0008/05-0
RECORRENTE - MANOEL MESSIAS DA ROCHA DE PAULO AFONSO (CINDERELA CALÇADOS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JF nº 0005-04/06
ORIGEM - INFAZ PAULO AFONSO
INTERNET - 22/06/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0218-12/06

EMENTA: ICMS. PASSIVO FICTÍCIO. CONTA “FORNECEDORES”. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A existência no passivo de obrigações já pagas indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Não acolhida à arguição de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face de Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente, para condenar a apelante ao pagamento de R\$7.674,45, acrescidos dos acessórios legais.

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/09/2005, exige ICMS por conta de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção, no passivo, relativo aos exercícios de 2001 e 2002, de obrigações já pagas ou inexistentes no valor total de R\$7.674,45, infração tipificada nos artigos 2º parágrafo 3º, inciso III, 50, 60 inciso I, 124 inciso I e 218 do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 6284/97, com multa aplicada prevista no artigo 42, inciso III da Lei nº 7014/96.

Em sede de impugnação, o autuado suscita nulidade do lançamento ao fundamento da ausência de prévia instauração do processo de fiscalização, de forma a assegurar a real apuração das supostas infrações tributárias.

No mérito, alega duplicidade de tributação e inexistência de conduta infracional, relacionando vários títulos (duplicatas) inconsiderados pela fiscalização, pertinentes aos exercícios 2002/2003.

Ressalta a imprecisão na apuração do imposto, pois foram apresentadas justificativas acima dos valores originalmente levantados pela fiscalização, reiterando a inconsistência da autuação, máxime no que atine à definição precisa do fato gerador.

Em resposta, o agente fiscal ratifica os termos da autuação, pois conduzida estritamente dentro dos parâmetros legais. Replica ainda que a relação de títulos juntada contém duplicatas com vencimentos anteriores ao final dos exercícios fiscalizados, e que os depósitos bancários oferecidos não comprovam que se destinavam ao pagamento das duplicatas, além de oferecer como elemento de prova duplicatas pagas antes do final do exercício e que os referidos documentos não deveriam estar registrados no balanço patrimonial.

A 4ª JF, através do Acórdão JF nº 0005-04/06 às fls. 343 a 345, julga Procedente o Auto de Infração, condenando o ora recorrente ao pagamento de R\$7.674,45, acrescido dos acessórios legais.

De início, afasta a alegação de nulidade, asseverando que o PAF está revestido das formalidades legais, não havendo que se cogitar de subsunção aos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99. Assevera, corolariamente, a estrita observância do art. 39 do RPAF.

Na seara meritória alude didaticamente a existência de um passivo fictício, indicativo, salvo prova em contrário a ser produzida pelo contribuinte, de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Assenta que a não contabilização de quitação das duplicatas supõe o desembolso com Recursos de origem ignorada, o que autoriza a ilação de vendas desacompanhadas de notas fiscais e, conseqüentemente, o não recolhimento do ICMS.

No que atine às duplicatas juntadas às fls. 78, 87, 91, 96, 99 e 100, aduz a JJF que “*referem-se a duplicatas com vencimentos no ano de 2001 e pagas no próprio exercício, e, portanto não poderiam integrar o balanço patrimonial no passivo relativo ao exercício de 2001. Infere-se idêntico raciocínio ao exercício de 2002, como se vê nas fls. 299, 282, 283, 292 e 293. Ademais o autuante, de modo criterioso, elencou todas as duplicatas consideradas para efeito do levantamento do passivo às fls. 08 a 42.*”

Irresignado com o teor da Decisão primária, agita o autuado o Recurso Voluntário de fls. 355 a 360, pugnando, sucessivamente, pela nulidade do *decisum* ou sua improcedência. Acompanham o presente Recurso os docs. de fls. 361 a 598, consistentes em planilhas e documentos fiscais.

Reitera os argumentos defensivos, para invectivar contra a forma de apuração do crédito tributário que, segundo a perspectiva empresarial, inobservou o Princípio da Verdade Material, na medida em que se valeu de meras presunções decursivas da análise de títulos de créditos, quando disponíveis os livros fiscais e contábeis e demais documentos pertinentes. Acusa o não enfrentamento das questões suscitadas na defesa, o que eiva de nulidade o *decisum*.

Ratifica a licitude da postura empresarial, pois pago todo ICMS incidente nas operações travadas no período fiscalizado, entendendo, ademais, confiscatória a multa aplicada, na esteira da doutrina especializada citada.

Atribui ainda cometimento de equívocos no julgamento primário, consistentes na retificação da autuação para maior quando apresentados, e acatados pelo agente fiscal, documentos que importariam na redução do Auto de Infração.

Encaminhados os autos do PAF à PGE/PROFIS, a d. Procuradoria, dignamente representada pelo Dr. José Augusto Martins Júnior, às fls. 602 e 603, recomenda o não conhecimento do Recurso Voluntário dada sua manifesta intempestividade.

“*Ad eventum*”, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, acaso ultrapassada a arguição de intempestividade, uma vez que o recorrente não apresenta razões e documentos hábeis e suficientes a infirmar a autuação.

VOTO

De início, arrosta o relator a preliminar de intempestividade suscitada pelo ilustre procurador, em seu Parecer de fls. 602 e 604.

Incontroverso que o recorrente fora intimado da Decisão ‘*a quo*’ na data de 17/02/2006-6ª feira, tendo inaugurado o decênio recursal em 20/02/2006-2ª feira.

A petição de apelo voluntário fora protocolizada em 02/03/2006-5ª feira, tendo expirado o prazo recursal em 01/03/2006-4ª feira de cinzas.

Segundo o axioma de que as regras do Código de Processo Civil.- CPC se aplicam ao PAF - art. 180 do RPAF.-, a 4ª feira de cinzas (01/03/2006) não pode, ‘*data venia*’, ser tomada como ‘*dies ad*

quem' para a protocolização do Recurso Voluntário, em consonância com os arts. 184, caput, e parágrafos, art. 240, parágrafo único, e art. 506, do CPC.

A jurisprudência consultada não tergiversa, *'verbis'*:

“Nenhum prazo se inicia ou extingue em dia não útil. Não basta que seja dia útil para ter-se início ou término do prazo, mas é necessário que se dê em dia integralmente útil (Moniz de Aragão, Coment., 122,98/99). Quando o expediente forense for anormal (início retardado ou encerramento antecipado), não se tem início nem término de prazo naquele dia”. (Comentários ao Código de Processo, 3ª edição, Nelson Nery Júnior).

Processualistas de escol, tais quais, Galeno Lacerda e Moniz Aragão, não dissentem.

Prudente trazer à colação precedente do Superior Tribunal de Justiça – STJ, da lavra ilustre do Ministro Relator Ari Pargendler, publicado no Diário Oficial, edição de 13/05/2002, *'verbis'*:

“Processo Civil. Recurso. Prazo. Se o prazo de Recurso iniciava na quarta-feira de cinzas, e nessa data o expediente forense só começou à tarde, a parte não teve quinze dias para apelar, mas quatorze e meio, postergando-se o termo ad quem para o dia seguinte.”

Vale ressaltar que o relator consultou em caráter extra-oficial a SEFAZ para saber se houve ou não expediente administrativo no dia 01/03/2006-4ª feira de cinzas, tendo sido informado que, em regra há expediente vespertino, e que, excepcionalmente neste ano de 2006, não houve expediente administrativo.

Por estas razões, peço vênias para não acatar a preliminar de intempestividade suscitada pela d. Procuradoria, avançando na apreciação da preliminar de nulidade argüida pelo recorrente, partindo em seguida para a investigação das razões meritórias expendidas no Recurso Voluntário.

A fiscalização aponta omissão de saídas pela manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes.

O Recorrente, em preliminar, alega nulidade da Decisão, pois sonogou o exame das questões abordadas na defesa, especialmente quando atribuíra relevância a presunções oriundas de títulos de créditos, ao invés de emprestar credibilidade aos livros fiscais e contábeis e demais documentos pertinentes, importando em flagrante marginalização do Princípio da Verdade Material.

No mérito, contrapõe-se alegando duplicidade de tributação, pois recolheu escorreitamente o ICMS sobre as operações tributáveis, sendo exigido o mesmo tributo por suposta manutenção no passivo de obrigações já adimplidas. Neste desiderato apresenta duplicatas vencíveis nos anos de 2001 e 2002 e pagas nos mesmos exercícios.

O *'a quo'* entende irrelevantes os títulos apresentados, pois pagos no mesmo exercício, sendo, portanto, inservíveis para fins de integrar o passivo daqueles exercícios. Mantém, assim, a autuação, subsumida aos artigos 2º parágrafo 3º inciso III, 50, 60 inciso I, 124 inciso I e 218 do RICMS-BA.

Penso que a preliminar de nulidade pelo dito não enfrentamento das questões postas na impugnação e o mérito se confundem. Isto porque a dita sonogação do exame das questões decorreu da aplicação da presunção de omissão de saídas por fato tipificado.

Entendo, *'data venia'*, acertada a Decisão primária, pois o recorrente não se desincumbira do seu ônus de relativizar a presunção de omissão de saídas decorrente da manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes.

De outra banda, a conduta tipificada na norma regulamentar não oportuniza subjetivismos, ainda mais quando a documentação adunada pelo recorrente obsequia a tese fiscal em detrimento das

alegações empresariais. Observe-se a redação do artigo 2º, parágrafo 3º, inciso III, do RICMS, ‘*verbis*’:

“§ 3º *Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:*

III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;”

Neste diapasão, não caberia o exame dos livros fiscais e contábeis e demais documentos fiscais com vistas à informação da autuação, desde quando a presunção de omissão, inicialmente ‘*juris tantum*’, converteu-se em absoluta pelo malogro empresarial em relativizá-la.

Destarte, afasto a preliminar de intempestividade suscitada pela d. Procuradoria, para, conhecendo do Recurso Voluntário, rejeitar a preliminar de nulidade e NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo a Decisão de base por seus próprios fundamentos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269275.0008/05-0, lavrado contra **MANOEL MESSIAS DA ROCHA DE PAULO AFONSO (CINDERELA CALÇADOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.674,45**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de maio de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

BENTO LUIZ FREIRE VILLA NOVA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS