

**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 JJF nº 0005-04/06  
**ORIGEM** - INFAZ PAULO AFONSO  
**INTERNET** - 22/06/2006

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF 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) inconsistentes 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 JJF, através do Acórdão JJF 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 vênica 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 sonegou 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 sonegação 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