

A. I. N° - 093310.0007/22-1
AUTUADO - TECNOSTEEL EQUIPAMENTOS INDUSTRIAS EIRELI
AUTUANTE - GILBERTO RABELO DE SANTANA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 25/07/2022

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0115-02/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. PROGRAMA DESENVOLVE. DÉBITO INFORMADO EM DECLARAÇÃO ELETRÔNICA. PARCELA REFERENTE AO PROGRAMA DESENVOLVE. Diante do fato de o contribuinte ter declarado em DMA e DPD ser devedor do ICMS e não tendo no prazo determinado efetuado o recolhimento da parcela reconhecidamente devida, não tendo comprovado o argumento defensivo de ter pago os valores lançados, a autuação subsiste. Não acolhidas as questões preliminares. Negado o pedido de revisão do lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 24 de janeiro de 2022 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 3.653.742,57, além de multa de 50% pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **002.013.001**. Deixou de recolher ICMS dilatado no prazo regulamentar, devidamente informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária, por contribuinte enquadrado no Programa DESENVOLVE, para ocorrências nos meses de abril, maio e agosto de 2017, março, maio a julho, setembro e novembro de 2018, outubro e dezembro de 2019, janeiro, março, abril e agosto de 2020, fevereiro, abril, maio, setembro, outubro e dezembro de 2021 e janeiro de 2022.

Acrescenta o autuante: “*Na verificação de recolhimentos efetuados por esta empresa, conforme relação de DAEs em anexo, relativo ao ICMS Dilatado em até 72 meses, referente ao benefício fiscal do Desenvolve, valores que estão declarados pela empresa nas DMAs, documentos anexos, ficou constatado que houve falta de recolhimento conforme demonstrativo na planilha ‘DESENVOLVE – Apuração do ICMS com prazo dilatado não recolhido’, anexa ao presente Auto.*

Os cálculos apresentados na planilha obedecem ao Regulamento do Programa Desenvolve Dec. 8.205/02 Art. 3º e Art. 6º.

Tempestivamente, o autuado, por seu advogado, constituído nos termos da procuraçāo de fl. 107, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 82 a 90, onde argui a nulidade plena e absoluta do Auto de Infração vez este destoar completamente dos Princípios Constitucionais da Irretroatividade da Lei Tributária, Princípio da Isonomia, e o Princípio que exige a cobrança líquida e exata do tributo, contidos no artigo 150, inciso III, “a” da Constituição Federal, transscrito.

Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, fala ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado, e acerca do tema tratado invoca o CTN em seu artigo 144, devidamente reproduzido.

Neste mesmo sentido, argui trazer o CTN um rol taxativo das situações que a legislação pode ser aplicada a fato pretérito.

Observa que a situação ora tratada nesta impugnação não se encontra presente no arcabouço legal vigente, o que torna o ato da autoridade administrativa além de inconstitucional também ilegal, nos termos do artigo 106 do CTN, reproduzido.

Firma que o dispositivo legal supracitado, dentro de uma interpretação técnica-jurídica, indica a impossibilidade de cobrança que não seja a mesma estabelecida pelo Programa Desenvolve, visto que os fatos geradores destrinchados no Auto de Infração se referem a período em que a contribuinte desenvolvia o referido Programa.

No caso em foco, aduz terem sido praticados atos que prejudicaram o constitucional de irretroatividade da lei tributária, vez que, como mencionado anteriormente, houve total e completa inobservância dos comandos constitucionais e legais pelo ente Fazendário.

Invoca o artigo 18 do RPAF/99, para alegar que a nulidade aqui esposada está também amparada no mencionado dispositivo, o qual estabelece previsão a fim de ser decretada a nulidade do Auto de Infração em objeto.

Cita que nesse sentido tem se posicionado o CONSEF/BAHIA, reconhecendo a nulidade em casos semelhantes ao presente, como no Acórdão CJF 0233-11/14, plotado em sua Ementa.

Por outro lado, também como preliminar de nulidade, apresenta razões que implicam na falta de liquidez e exigibilidade da discussão em Auto de Infração que ora é travada, uma vez argumentar ter sido surpreendida com cobrança exorbitante, totalmente fora dos padrões estabelecidos por mais de treze anos pelo Fisco Estadual e das práticas fiscais atualmente praticadas pelo Ente Fazendário em situações similares.

Frisa, ainda, que a Constituição da República de 1988 (copiada em seu artigo 5º, inciso XXXVI), vedava a violação ao direito adquirido, o que nitidamente ocorreu no presente Auto de Infração.

Desta forma, não sendo possível compactuar com tamanha inconstitucionalidade, vez que se encontra o multicitado ato administrativo eivado de vícios insanáveis, é mister de Direito seja declarada a nulidade do suposto crédito fiscal.

Destaca ter efetuado os devidos pagamentos conforme determinados pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica Desenvolve, os quais não foram levados em consideração quando da lavratura de Auto de Infração nulo, pois que inexato, (documentos em anexos), assim como em imagem plotada.

Desta forma, toma absolutamente ilíquida e inexigível, se por absurdo vier num futuro incerto inscrever em título executivo fiscal, haja vista que o valor ali apresentado, além de ser nulo, não é real, com determina que seja o artigo 201 do CTN.

Assim o acima colocado, que tem fundamento na Constituição Federal, além do próprio Código Tributário e no Regulamento do PAF estadual, bem como jurisprudência pertinente a estas hipóteses, põe termo a presente autuação ilegal, o que não deixa outra alternativa, *data vénia*, senão a declaração de nulidade do Auto de Infração ora impugnado, arremata.

Diante do exposto, requer sejam acolhidas as preliminares arguidas, declarando a nulidade do presente Auto de Infração, inclusive com a possibilidade de revisão da autuação por fiscal estranho ao feito, sem prejuízo da remessa dos autos para assessoria técnica do egrégio Conselho Estadual do Estado da Bahia, para que se promovam as devidas providências no sentido de revisões e ajustes, por ser mister de justiça.

Por fim, protesta e requer pela juntada de instrumento de procuraçao no prazo estabelecido em lei. Tudo na melhor forma da lei e do direito.

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 102 e 103, após transcrever a acusação e os argumentos defensivos apresentados, esclarece em relação ao argumento de nulidade que aqueles colocados pela empresa nesse item são apresentados de forma alheia aos fatos constantes no presente Auto de Infração.

Aduz ser legislação aplicada a vigente na data dos fatos geradores, e desse modo, salvo melhor juízo, não cabe a arguição de nulidade.

Quanto aos pagamentos efetuados, frente ao argumento de que os valores recolhidos não foram levados em consideração quando da lavratura do Auto de Infração, assevera que essa afirmação não é verdadeira.

Indica constar no presente lançamento, às fls. 63 a 74 todos os recolhimentos efetuados pela empresa no período 2011 a 2022 os quais constam no banco de dados da SEFAZ, e não se verifica qualquer recolhimento de ICMS Desenvolve relativo aos períodos lançados, sendo os valores recolhidos pela empresa como referência outros períodos, e foram apropriados aos débitos respectivos.

Conclui que considerando não caber a arguição de nulidade, os valores lançados no Auto estão declarados nas DMA, não tendo ocorrido recolhimento do ICMS com as referências lançadas no Auto, pede que o presente Auto de Infração seja julgado procedente.

Foi o feito distribuído a este relator em 19/05/2022 para fins de instrução e julgamento (fl. 111-v).

VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte do autuado.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através da transmissão via Domicílio Tributário Eletrônico de Termo de Início de Fiscalização em 08/07/2021, através da mensagem científica em 14/07/2021 (fl. 11).

A memória de cálculo e demais elementos que suportam a acusação contida da autuação se encontram à fl. 16 em formato digital, ao passo que se encontram impressas às fls. 19 a 268.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, e tida como contrária à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Por outro lado, o contribuinte compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos da infração que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma da peça de impugnação apresentada.

O contribuinte tem como atividade econômica principal “Fabricação de outras máquinas e equipamentos de uso geral não especificados anteriormente, peças e acessórios”, CNAE 28.29-1-99, na forma da indicação contida à fl. 08, estando localizado no município de Simões Filho, Bahia.

Existem questões preliminares a serem apreciadas, motivo pelo qual, neste momento, passo a analisa-las.

Antes, porém, decido em relação ao pedido de realização de “revisão da autuação”, que, de plano indefiro, diante do disposto no artigo 147, incisos I, alínea “a” e “b” e II, alínea “a” do RPAF/99, segundo o qual:

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;

b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;

II - de perícia fiscal, quando:

a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;

b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;

c) a verificação for impraticável.

§ 1º A critério do órgão julgador, o pedido ou proposta de perícia fiscal poderá ser convertido em determinação de diligência, em atendimento ao disposto neste artigo” (grifei).

A justificativa para a desnecessidade da solicitação se pauta no fato de que os dados que serviram de base para o lançamento foram retirados da escrituração fiscal, documentos fiscais e demais elementos emitidos pela empresa autuada, os quais são de seu pleno conhecimento e responsabilidade quanto a emissão e prestação das informações ali contidas (notas fiscais emitidas, livros fiscais transmitidos pela EFD e Documentos de Informação Econômico Fiscais), os quais se encontram não somente em poder do contribuinte como também da SEFAZ, vez que emitidos eletronicamente, o que dispensa qualquer apresentação ao contribuinte, pois este transmitiu os arquivos SPED correspondentes, além da documentação complementar.

Inexiste fundamentação robusta para amparar tal pedido, e ademais, não conseguiu a defesa indicar de forma e maneira precisa quais seria o objetivo da revisão solicitada, feita de forma genérica, e o que deveria ser devidamente analisado quando do seu deferimento, acaso acatado.

Ainda que obedecendo aos requisitos legais, importante frisar que tal pedido se submete unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício.

E não se pode argumentar que tal negativa ora firmada, venha a se constituir em qualquer cerceamento de direito de defesa, inclusive à vista de posicionamento adotado sobejamente nos Tribunais Superiores, de entender no sentido de que a prática de julgar tal ato vem a se constituir em qualquer dificuldade ou cerceamento para a defesa do contribuinte, até pelo fato de que não poder se alegar desconhecimento da legislação.

Como exemplo, posso mencionar trecho do voto prolatado pelo STJ no RESP 1.519.662/DF, em julgamento ocorrido em 18/08/2015 na 6ª Turma, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura assim se pronunciou a respeito:

“A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que ‘não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, pois o magistrado é o destinatário final da prova, pode, de maneira fundamentada, indeferir a realização daquelas que considerar protelatórias ou desnecessárias ou impertinentes’”.

Recente decisão do Ministro do STJ Ribeiro Dantas, no Recurso Especial 1887326-RS, datada de 25/03/2021, caminha no mesmo sentido e demonstra ainda ser este o atual entendimento da Corte, a se ver pelo seguinte trecho, ao falar do indeferimento de diligência:

“Tal entendimento está em sintonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, que é firme no sentido de que não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, porquanto o magistrado é o destinatário final da prova, logo, compete a ele, de maneira fundamentada e com base no arcabouço probatório produzido nos autos, analisar a pertinência, relevância e necessidade da realização da atividade probatória pleiteada”.

Também merece menção a decisão, ainda no âmbito do STJ, em sede de apreciação de Agravo em Recurso Especial 1.469.786/SP, igualmente recente, eis que datada de 24/03/2021, da lavra do Ministro Antônio Saldanha Palheiro, que assim se posicionou a respeito do tema:

“Como se observa, não se divisa cerceamento de defesa por indeferimento de diligência tendo sido demonstrado exaustivamente que caberia à parte a produção da prova requerida atinente à desconstituição do lançamento do Fisco.

Com efeito, a caracterização de cerceamento do direito de defesa pelo indeferimento da prova requerida pela parte possui como condicionante possível arbitrariedade praticada pelo órgão julgador, e não simplesmente a consideração ou o entendimento da parte pela indispensabilidade de sua realização.

Logo, poderá o magistrado, em estrita observância à legislação de regência e com o fito de formar sua convicção entender pela necessidade ou não da produção de determinada prova, desde que fundamente o seu entendimento de forma adequada e oportuna, como ocorreu na hipótese”.

Em relação aos argumentos defensivos postos que ao seu entender, implicariam na nulidade do lançamento, esclareço carecerem os mesmos de fundamento e/ou base jurídica, a saber:

O contribuinte autuado aderiu por vontade própria, aos benefícios fiscais do Programa Desenvolve, pelo qual, na forma, prazo, valores e percentuais, arca com o pagamento mensal de apenas uma parcela do ICMS apurado, dilatando o restante a ser pago em momento futuro.

Ao apurar e declarar o valor do ICMS incentivado e não incentivado, se obriga, a nos prazos estabelecidos, recolher tais valores.

A fiscalização constatou que ainda que declarado, o imposto dilatado, em vários períodos, não foi recolhido, o que ensejou a autuação.

Os questionamentos que se faz em relação aos argumentos defensivos trazidos, é onde estaria a violação a Lei que instituiu o Programa Desenvolve, como quer fazer crer a defesa em sua argumentação? Em relação a quais fatos geradores se aplicaria a retroação benigna prevista no artigo 106, e incisos, do CTN, se o lançamento versa sobre imposto declarado como devido pelo próprio contribuinte e não recolhido? A que irretroatividade da Lei tributária se refere a impugnação? Qual seria o direito adquirido do sujeito passivo que foi violado?

Em verdade, tudo leva a crer ter a defesa se equivocado ao sustentar tais equívocos, inclusive, arguindo inconstitucionalidades, vez ser sabido que nos termos do artigo 125 da Lei 3.956/81 (COTEB):

“Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade”.

Como arguir, ainda, insegurança quanto a base de cálculo, quando o imposto lançado foi aquele informado pelo próprio contribuinte, na DMA e DPD?

Fato é que o Auto de Infração atende a todos os requisitos de validade e eficácia, tendo sido atendidos na sua lavratura os diversos princípios que regem o Processo Administrativo Fiscal, razão e motivo pelos quais as arguições a título de preliminares invocadas pela defesa não podem ser acolhidas.

Aliás, este Auto de Infração, a rigor, nem deveria ser lavrado, como se verá abaixo.

No mérito, inicialmente tenho como pertinente ratificar o entendimento da jurisprudência sedimentada nos Tribunais Superiores quanto ao fato de que em relação aos impostos regidos pela modalidade de lançamento por homologação, tais como o ICMS, uma vez apurado e informado ao Fisco pelo contribuinte o montante do imposto devido, decorrente da escrituração

constante nos seus livros fiscais, tem-se por definitivamente constituído o crédito tributário, na data em que o Fisco receber a DMA, DPD ou outro documento equivalente.

Segundo tal entendimento, no ato do recebimento desse documento o Fisco estaria a homologar tacitamente a atividade exercida pelo contribuinte, sem necessidade de aguardar o prazo de cinco anos previsto no § 4º, do artigo 150, do CTN.

Ou seja: na hipótese de lançamento por homologação não há qualquer necessidade de notificar o sujeito passivo para eventual impugnação, como ocorre no lançamento direto (artigo 145, do CTN), sendo que o contraditório e ampla defesa se exerceriam contra atos de terceiros, e não contra o ato praticado pelo próprio contribuinte.

Este é o teor da Súmula 436 do STJ, que possui o seguinte teor: “*A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer providência por parte do Fisco*”.

A rigor, pela sua intelecção, o Fisco estaria dispensado de efetuar o lançamento do crédito tributário do contribuinte, podendo, apenas e tão somente, de forma direta, encaminhar a declaração de débito para inscrição em dívida ativa.

Tal Súmula é complementada pela de número 446, também do STJ, a qual assim determina: “*Declarado e não pago o débito tributário pelo contribuinte, é legítima a recusa de expedição de certidão negativa ou positiva com efeito de negativa*”.

Frente a essas Súmulas o contribuinte precisa prestar toda a atenção no momento da elaboração e entrega da informação ao fisco, independentemente da via pela qual fizer (eletrônica ou tradicional), tendo o dever de conferir cuidadosamente a escrita fiscal e a sua transposição no documento de apuração do imposto devido, pois após a entrega da mesma ao Fisco, sequer mera correção aritmética será possível em razão da constituição definitiva do crédito tributário.

Importante se observar que se deve aguardar o vencimento do prazo de pagamento do tributo apurado e informado pelo contribuinte, uma vez que, enquanto não vencido esse prazo, o mesmo tem o direito de retificar a declaração apresentada, seja ela qual for, para aumentar ou diminuir o valor do tributo apurado, em consequência, por exemplo de erro aritmético, até mesmo para fazer inclusões e/ou exclusões de documentos fiscais e/ou elementos originalmente constantes ou não da declaração original.

Todavia, uma vez vencido o prazo e não pago o tributo declarado, o despacho da autoridade administrativa competente determinando a inscrição na dívida ativa corresponde à homologação expressa do lançamento. Nesse sentido deve ser interpretada a mencionada Súmula 436 do STJ.

Poso, em reforço a tal entendimento ora firmado, mencionar a decisão contida no RECURSO ESPECIAL 1.101.728-SP (2008/0244024-6), relatado pelo então Ministro do STJ Teori Albino Zavascki, julgado em 11/03/2009, cuja Ementa reza:

“*TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DISPENSA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. TRIBUTO NÃO PAGO PELA SOCIEDADE. 1. A jurisprudência desta Corte, reafirmada pela Seção inclusive em julgamento pelo regime do art. 543-C do CPC, é no sentido de que ‘a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco’ (REsp 962.379, 1ª Seção, DJ de 28.10.2008). 2. É igualmente pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa (EREsp 374.139/RS, 1ª Seção, DJ*

de 28.02.2005). 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08". (Grifei).

Do mencionado voto, destaco os seguintes trechos:

"2. Pela ordem lógica de prejudicialidade, cumpre examinar primeiramente a matéria relacionada com a constituição do crédito tributário. No particular, nenhuma razão assiste aos recorrentes. A jurisprudência desta Corte, é no sentido de que 'a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco', entendimento que foi inclusive ratificado por ocasião do julgamento, por esta 1ª Seção, sob o regime do art. 543-C do CPC, do REsp 962.379, DJ de 28.10.08. Na oportunidade, na condição de relator, proferi voto que, no particular, evocou diversos precedentes da Seção nesse sentido, v.g., AgRg nos EAg 670.326/PR, DJ de 01.08.2006; AgRg nos EREsp 332.322/SC, DJ de 21.11.2005 e AgRg nos EREsp 638.069, este com ementa assim explicitando o tema:

'2. Segundo jurisprudência pacífica do STJ, a apresentação, pelo contribuinte, de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF (instituída pela IN-SRF 129/86, atualmente regulada pela IN8 SRF 395/2004, editada com base no art. 5º do DL 2.124/84 e art. 16 da Lei 9.779/99) ou de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de formalizar a existência (= constituir) do crédito tributário, dispensada, para esse efeito, qualquer outra providência por parte do Fisco'.

No voto, constou:

'2. Pois bem, é inteiramente equivocada a afirmação, ainda corrente, de que o lançamento, feito pela autoridade fiscal, é instituto indispensável e sempre presente nos fenômenos tributários e que, ademais, é o único modo para efetivar a constituição do crédito tributário. Contrariando tal afirmação, observou o Ministro Peçanha Martins que 'é pacífica a orientação deste Tribunal no sentido de que, nos tributos lançados por homologação, a declaração do contribuinte, através da DCTF, elide a necessidade da constituição formal de débito pelo fisco podendo ser, em caso de não pagamento no prazo, imediatamente inscrito em dívida ativa, tornando-se exigível, independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte' (Recurso especial não conhecido.' (REsp 281.867/SC, 2ª T. Min. Peçanha Martins, DJ de 26.05.2003).

(...)

A modalidade mais comum de constituição do crédito tributário sem que o seja por lançamento é a da apresentação, pelo contribuinte, de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, instituída pela IN-SRF 129/86, atualmente regulada pela IN SRF 395/2004, editada com base no art. 5º do DL 2.124/84 e art. 16 da Lei 9.779/99, ou de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo constituição do crédito tributário. Não se confunde tal declaração com o chamado lançamento por homologação (em que o contribuinte paga antecipadamente, ou seja: constitui o crédito tributário e desde logo o extingue, sob condição resolutória – CTN art. 150, § 1º). Aqui (DCTF, GIA) há declaração (com efeito constitutivo do crédito tributário), sem haver, necessariamente, pagamento imediato.

Sobre essa modalidade de constituição do crédito tributário há reiterada jurisprudência do Tribunal, como se pode ver, exemplificativamente, dos seguintes precedentes:

(...)

'PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL.'

1. Nos casos em que o contribuinte declara o débito do ICMS por meio da Guia de Informação e Apuração (GIA), considera-se constituído definitivamente o crédito tributário a partir da apresentação dessa declaração perante o Fisco. A partir de então, inicia-se a contagem do prazo de cinco anos para a propositura da execução fiscal. 2. Recurso especial desprovido'. (REsp 437363/SP, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 19.04.2004).

No mesmo sentido: AGA n. 87.366/SP, 2ª T., Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 25.11.1996; REsp 510.802/SP, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 14.06.2004; REsp 389.089/RS, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 16.12.2002, REsp 652.952/PR, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 16.11.2004; REsp 600.769/PR, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 27.09.2004; REsp 510.802/SP, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 14.06.2004". (Grifo do relator).

Ainda que entenda desnecessária a lavratura do presente Auto de Infração, à vista do entendimento acima firmado, não me escusarei de apreciar os seus termos.

Esclareço, pois, que de acordo com a já mencionada Súmula 436 do STJ, e diante dos elementos probatórios juntados pelo autuante às fls. 21 a 62, que vêm a se constituir em declaração econômico fiscal (DMA/DPD) cuja previsão se encontra no artigo 254, inciso I, do RICMS/12, enquanto no artigo 255 do mesmo diploma regulamentar está determinado:

"Art. 255. A Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) deverá ser apresentada mensalmente pelos contribuintes que apurem o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal.

§ 1º Para cumprimento do disposto neste artigo, observar-se-á o seguinte:

I - na DMA serão informadas, em síntese, as operações e prestações realizadas em cada estabelecimento, do primeiro ao último dia do mês anterior, especificando as operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como os serviços utilizados ou prestados, por unidade da Federação, e outros elementos exigidos no modelo do referido documento, devendo constituir-se em resumo e exato reflexo dos lançamentos efetuados nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS;

(...)

§ 2º A DMA e a CS-DMA serão enviadas, mensalmente, até o dia 20 de cada mês subsequente ao de referência, mediante acesso público no endereço eletrônico '<http://www.sefaz.ba.gov.br>', com valores expressos em moeda nacional, considerando-se os centavos.

§ 3º O contribuinte retificará a DMA e a CS-DMA sempre que as mesmas contiverem declarações inexatas.

§ 4º A Secretaria da Fazenda tornará disponível aos contribuintes do ICMS aplicativo para uso obrigatório na entrega da DMA e da CS-DMA.

§ 5º A Secretaria da Fazenda, quando solicitada pelas Prefeituras Municipais, disponibilizará relatórios, preexistentes, dos documentos previstos no caput, a fim de que possam acompanhar e controlar a movimentação econômica do seu município.

§ 6º As informações prestadas através da DMA e da CS-DMA, poderão ser alteradas de ofício sempre que divergirem com os dados constantes nos livros e documentos fiscais".

Ou seja: a DMA deve espelhar fielmente a escrituração fiscal do contribuinte, e, como já visto, tem o reconhecimento jurisprudencial de se tratar de instrumento de declaração e confissão de débito.

Já a DPD (Declaração do Programa Desenvolve), vem a ser o Informativo Econômico Fiscal a que os contribuintes inseridos no Programa Desenvolve estão obrigados a apresentar mensalmente até o dia 15 do mês subsequente referente às operações do mês anterior, prazo este estabelecido pela Portaria SEFAZ 207/2009.

A matéria discutida, se resume, pois, à essencial prova material da infração e o seu cometimento ou não pelo autuado, e neste sentido, o autuante acostou documentação comprobatória da falta de recolhimento, expresso em demonstrativo de documentos fiscais emitidos pelo sujeito passivo (fls. 10 a 20), além de extratos de recolhimento do ICMS efetuados pela empresa (fls. 53 a 75), bem

como de DMA e DPD (Declaração do Programa Desenvolve) às fls. 21 a 62, comprovando a acusação posta.

Em sentido contrário, a defesa nega o cometimento da prática de que foi acusada, mas não a comprova devidamente, sendo que os documentos tidos pela autuada como elementos de prova a seu favor, deveriam ter sido trazidos quando da apresentação da defesa, nos termos do artigo 142 do RPAF/99: “*a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária*”.

Não foi, entretanto, o que se verificou nos autos. Ainda que o contribuinte argumente ter recolhido o imposto tido pela Fiscalização como devido, não trouxe qualquer elemento de prova, a exemplo dos comprovantes de pagamento das parcelas autuadas, o que não se mostra a melhor técnica defensiva, a de alegar sem provar.

A prova que sustenta tal argumento é que a acusação se reporta à falta de recolhimento do ICMS devido a título de imposto com dilatação de prazo de pagamento referente ao Programa Desenvolve, o qual possui o código de recolhimento específico 2167, de acordo com tabela disponibilizada no site da SEFAZ/BA em www.sefaz.ba.gov.br/contribuinte/informacoes/novo_codigo_receita.html, entretanto, os espelhos de recolhimento apensados à impugnação apresentada como elementos defensivos em sentido contrário ao da acusação (fls. 87 a 89), dizem respeito a recolhimentos diversos tais como ICMS Regime Normal – Indústria (0806), ICMS Importação Contribuinte Inscrito (0903), Honorários Cobrança Extra - Judicial (6632), ICMS - Parcelamento Cobrança Extra - Judicial (1975).

Na rubrica ICMS Programa Desenvolve (2167) aparece recolhimento referente ao mês de janeiro de 2017, período não abarcado pela autuação a qual apenas lançou débitos a partir de abril de 2017.

De igual forma, deveria atentar o contribuinte autuado para a disposição do artigo 123, § 5º do RPAF/99:

“*A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:*

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos”.

Tal fato, reitero, não correu, carecendo a defesa de elementos de prova a favor de suas alegações.

A este respeito, pertinente se externar que o STF, ao decidir em relação ao RHC 163.334, em 11/12/2019, decidiu por maioria absoluta e qualificada de votos, na forma entendida pelo relator, Ministro Luís Roberto Barroso, que o ICMS não faz parte do patrimônio da empresa, que se apresenta como mera depositária do valor, devendo repassá-lo à Receita Estadual, desde que tal comportamento se apresente com contumácia, o que é o caso em tela.

Adotou a Corte Máxima, a seguinte tese jurídica: “*O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990*”. (Grifei).

Nesta mesma linha de entendimento, o STJ já havia decidido no HC 399.109, que o não pagamento de ICMS é crime de apropriação indébita tributária, podendo mencionar como mais um exemplo de tal tese o julgamento do REsp 1.867.109, relatado pela Ministra Laurita Vaz.

Cabível, pois, representar pela remessa dos autos ao Ministério Público Estadual para adoção das providências que entender necessárias, o que faço neste momento, uma vez que em vinte e dois meses não houve o recolhimento do imposto cobrado de seus clientes e lançado pelo contribuinte autuado como devido.

Logo, diante de tais fatos e me alinhando aos dados e levantamentos elaborados pelo autuante, mantenho a autuação como posta na exordial. Auto de Infração procedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **093310.0007/22-1**, lavrado contra **TECNOSTEEL EQUIPAMENTOS INDUSTRIAS EIRELI**, devendo ser intimado o contribuinte a recolher ICMS no valor de **R\$ 3.653.742,57**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso I, da Lei 7.014/96, bem como os acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 07 de junho de 2022.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR