

PROCESSO - A. I. Nº 279196.0002/07-2
RECORRENTE - OPE INVESTIMENTOS S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0305-03/07
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 13/04/2009

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0054-12/09

EMENTA: ICMS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Irregularidade apurada pela verificação de que o valor lançado no livro Registro de Apuração ICMS e na DMA não fora recolhido aos cofres públicos. Infração não elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou procedente o Auto de Infração lavrado em 10/07/07 para reclamar ICMS no valor de R\$334.959,46, acrescido da multa de 50%, em razão da falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte, ao figurar como sujeito passivo no Auto de Infração nº 279196.0001/07-6 por falta de escrituração da Nota Fiscal de Entrada nº 12, emitida em 14/08/2004, ingressou com defesa informando que esse documento foi escriturado em setembro/2004, apresentando cópia do seu livro Registro de Entradas, sendo acolhida a alegação do contribuinte. Mas que, com a escrituração da Nota Fiscal de Entrada nº 12 no mês de setembro/2004, o contribuinte promoveu a ocorrência do débito tributário, declarado e não recolhido, no mês de agosto/2004, ora exigido.

A empresa BRASKEM S/A, por intermédio de advogado legalmente habilitado por Procuração à fl. 124 e Substabelecimento à fl.123, manifesta-se às fls. 100 a 112 demonstrando a sua legitimidade para figurar no pólo passivo da lide em análise, tendo em vista a incorporação da pessoa jurídica Odebrecht Química S/A, que incorporara a empresa autuado, OPE Investimentos S/A. A seguir, relata os termos da autuação, inclusive quanto à lavratura do Auto de Infração nº 279196.0001/07-6, e afirma que a escrituração, em setembro/2004, da Nota Fiscal de entrada nº 12, emitida em agosto/2004, foi apenas erro material de escrituração. Alega que, a despeito de o autuante ter reconhecido, quanto ao Auto de Infração nº 279196.0001/07-6, anterior, que o contribuinte incorrera em erro escusável de escrituração quanto à Nota Fiscal nº 12, supramencionada, lavrou o presente Auto de Infração.

Afirma que o débito de R\$334.959,47, referente ao mês de agosto/2004, “foi compensado com crédito decorrente da operação acobertada pela mencionada Nota Fiscal, que somou o valor de R\$336.566,67 e foi gerado no próprio mês de agosto, mas que, em virtude de mero erro material (...), foi escriturado no mês subsequente”. Ressalta que o crédito de R\$336.566,67 não foi utilizado para compensar outros débitos de ICMS, tendo em vista que, a partir de setembro de 2004, a empresa autuado, OPE Investimentos S/A, encerrou suas atividades, sendo incorporada em 01/11/2004 pela empresa Odebrecht Química S/A, que se reveste da condição de “não contribuinte”, uma vez que seu objeto social se constitui na participação em outras sociedades nacionais, ou estrangeiras. Repete que a exigência fiscal ora combatida baseou-se em erro accidental, pelo que não merece prosperar. Esclarece que a empresa OPE Investimentos S/A constantemente realizava importação de nafta e óleo bruto de petróleo, para fins de revenda no mercado nacional, e que nesse contexto promoveu a importação de 27.098,398 toneladas de nafta

petroquímica. Que o fornecedor de tais mercadorias, CPN Incorporated Limited, emitiu a fatura provisória nº 023/04, apontando o preço das mercadorias adquiridas, para que fosse efetuado o seu pagamento. Que, diante disto, após o desembaraço aduaneiro, o impugnante registrou a entrada desses produtos em seu estabelecimento, mediante a emissão da Nota Fiscal de entrada nº 009, datada de 30/07/2004. Que, posteriormente, recebeu outra fatura, emitida pelo fornecedor da mercadoria importada, contendo novo e definitivo preço do aludido bem, em valores superiores àqueles anteriormente indicados pelo vendedor. Afirma que tal complemento foi cobrado pelo fornecedor em razão de as mercadorias terem sido embarcadas em meados de julho, quando o mesmo ainda não tinha o valor final das *commodities* importadas, calculados com base na média mensal das cotações diárias. Que, fechado o mês, o fornecedor, ciente do preço da *nafta*, faturou a diferença restante. Que, em decorrência disto, o impugnante retificou, em 24/08/2004, a Declaração de Importação, apondo ali novos valores aduaneiros da mercadoria importada. Que, além disso, o autuado emitiu a Nota Fiscal nº 12, em 14/08/2004 (fl. 145), como complemento à Nota Fiscal nº 009 (fl. 157), apontando a diferença entre o preço da mercadoria importada registrado na fatura provisória e o consignado na fatura final.

Esclarece que em 18/08/2004 recolheu o ICMS devido sobre o aludido complemento de preço da mercadoria importada, no montante de R\$336.566,67, conforme DAE que acosta aos autos (fl. 159), e, em face desse recolhimento, adquiriu o direito ao crédito do ICMS pago, para compensar com o quanto devido a título de imposto, como assegura o princípio da não-cumulatividade. Acrescenta que o RICMS/BA dispõe que o crédito oriundo do ICMS incidente sobre operações de importação de mercadorias nasce no momento em que ocorrer o recolhimento do imposto, nos termos do seu artigo 93, §9º, que transcreve. Diz que, a despeito do direito ao crédito ter surgido no mês de agosto/2004, pelo fato de ter escriturado de forma equivocada a Nota Fiscal nº 12, esse crédito não foi consignado no seu livro Registro de Apuração de ICMS no mês de agosto/2004, mas no mês de setembro do mesmo ano. E que, por isto, o débito de ICMS em agosto, no valor de R\$334.959,47, permaneceu a descoberto no citado livro Registro de Apuração de ICMS do defendente (fl. 161). Repete que o crédito concernente à operação consubstanciada pela Nota Fiscal nº 12, apesar de não ter sido escriturado em agosto/2004, e sim em setembro/2004, foi destinado pelo impugnante à compensação do imposto devido no mês de agosto.

Alega que o multicitado crédito não foi utilizado para saldar outro débito de ICMS, sendo o mesmo transportado para períodos subsequentes ao da sua escrituração, como se pode observar no livro Registro de Apuração de ICMS de setembro e outubro/2004 (fls. 172 a 181).

Afirma que, tratando-se de erro accidental de escrituração de nota fiscal, entende que não deve ser penalizado por ter escriturado, de forma equivocada, uma nota fiscal. Neste sentido, transcreve julgados do Conselho de Contribuintes no âmbito da administração pública federal, e torna a afirmar que não assiste razão ao Fisco em exigir-lhe o débito de ICMS apurado no mês de agosto/2004, porque o mesmo foi compensado com crédito decorrente da operação acobertada pela Nota Fiscal de entrada nº 12, que foi escriturada no mês de setembro/2004 por erro accidental.

Finaliza requerendo a improcedência da autuação.

Às fls. 185 a 189, o autuante apresenta informação fiscal, inicialmente resumindo os termos da impugnação, e em seguida refutando as afirmações defensivas considerando que, embora o ora autuado alegue que foi mero erro material a escrituração da Nota Fiscal de entrada nº 12 no mês de setembro/2004, ao invés de tê-la escriturado em agosto/2004, na defesa que o mesmo contribuinte apresentou para o Auto de Infração nº 279196.0001/07-6, anterior, afirmou de forma contundente que a referida nota fiscal fôra escriturada em setembro/2004. O autuante entende que o impugnante tinha plena consciência do procedimento efetuado, e que isto também pode ser confirmado com base na DMA de agosto/2004 (fl. 05), na qual, a apuração do ICMS devido mensalmente resultou no débito reclamado no presente Auto de Infração.

Afirma que o autuado solicita, em sua defesa, que seja efetuada a compensação do débito apurado no mês de agosto/2004 com o crédito existente no mês de setembro/2004, pelo simples motivo de que a incorporadora Odebrecht Química SA não pode absorver este crédito por se revestir da condição de “não contribuinte”, sem atentar para o fato de que, procedendo desta maneira, haveria desobediência ao preconizado nos artigos 124, I, “a”, e 116, incisos I a III, e parágrafos 1º e 2º do RICMS/BA, que transcreve.

Assevera que não procede a argumentação do contribuinte quanto a ter havido erro na sua escrita fiscal, aduzindo ficar claro, por tudo quanto exposto, *“que a escrituração foi efetuada propositalmente para se eximir da multa formal cobrada pela falta de cumprimento da obrigação acessória, e portanto, é inaceitável que se utilize de um crédito escriturado no mês de setembro de 2004, retroagindo para compensar um débito do mês anterior, no caso agosto de 2004, violentando assim a legislação vigente”*.

Conclui requerendo a admissão de procedência do Auto de Infração.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“O lançamento de ofício cobra ICMS em razão da falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, conforme descrito no Auto de Infração e no Relatório.

No mérito, o contribuinte, tendo figurado como sujeito passivo no Auto de Infração nº 279196.0001/07-6, anterior, por falta de escrituração da Nota Fiscal de entrada nº 12, por si emitida em 14/08/2004, no mês de agosto/2004, apresentou defesa comprovando a sua escrituração extemporânea, no mês de setembro/2004.

O contribuinte enviou à SEFAZ a DMA de agosto/2004, documento à fl. 05, refletindo o quanto escriturado no seu livro Registro de Apuração de ICMS de fl. 168, na qual declarou um imposto a recolher no valor de R\$334.959,46, mas não o recolheu. Com base neste documento, e nos livros fiscais do sujeito passivo, foi lavrado o presente Auto de Infração, exigindo o devido recolhimento do ICMS lançado pelo contribuinte.

Em sua defesa, o contribuinte alega que o crédito foi escriturado no mês de setembro/2004 por erro material, e aduz que, apesar de a referida nota fiscal ter sido escriturada em setembro/2004, teria direito ao uso do crédito fiscal da operação a ela referente em agosto/2004, conforme descrito no Relatório deste Acórdão. Assinala que, tendo recolhido o imposto em agosto/2004, de acordo com o artigo 93, §9º, do RICMS/BA, poderia utilizá-lo nesse mês, mesmo tendo escriturado o documento fiscal no mês posterior.

Ocorre, porém, que o artigo 93, § 9º, citado pelo defendente e abaixo transcrito, contrariamente ao que o mesmo alega, não o autoriza à utilização do crédito fiscal antes de sua regularização com a escrituração do documento de entrada em seu livro Registro de Entradas, com o conseqüente cômputo em sua conta-corrente para cálculo do imposto devido. O citado dispositivo legal apenas autoriza os contribuintes à escrituração do crédito fiscal, no livro Registro de Entradas, no mês em que ocorreu o desembaraço aduaneiro, mesmo que a mercadoria saia em momento posterior:

“Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

§ 9º Quando se tratar de mercadoria importada que deva ser registrada com direito ao crédito, o imposto pago no momento do desembaraço aduaneiro poderá ser escriturado no período de apuração em que tiver ocorrido o seu recolhimento, ainda que a entrada efetiva da mercadoria se verifique em período posterior.”

Assim, nos termos do § 9º do artigo 93, o contribuinte poderia ter feito a escrituração da nota fiscal em agosto, procedimento que não adotou.

O que acontece no caso presente, como o próprio contribuinte assevera em sua impugnação às fls. 100 a 112, é que o mesmo recolheu o complemento do imposto devido quando da importação em agosto/2004, não escriturou a Nota Fiscal nº 12, correspondente, no mês do recolhimento, ou seja, em agosto/2004, e sim em setembro/2004. Por conseguinte, a este mês de setembro/2004 diz respeito o crédito fiscal escriturado, correspondente ao citado recolhimento.

Assim, o sujeito passivo lançou um débito tributário em agosto/2004 e não o recolheu, foi autuado por este motivo, e alega, em sua defesa, que tem direito ao uso do crédito escriturado em setembro para compensar imposto devido no mês anterior.

O fato de a empresa ter sido incorporada por “não contribuinte”, como afirma o defendente, e de não ter utilizado o crédito em momento posterior a agosto/2004, não o autoriza a utilizá-lo antecipadamente, ou seja, utilizá-lo antes de lançado em sua escrita fiscal. Os procedimentos atinentes ao uso do crédito fiscal estão descritos no artigo 93 do RICMS/BA, que não prevê esta hipótese.

O artigo 101 do RICMS/BA determina que a escrituração do crédito fiscal será realizada pelo contribuinte nos livros fiscais próprios, no período em que se verificar a entrada da mercadoria, ou a aquisição de sua propriedade, ou no período em que se configurar o direito à utilização do crédito.

Inexiste hipótese normativa que autorize a falta de recolhimento de ICMS lançado, utilizando-se crédito fiscal não escriturado no livro Registro de Entradas, para os contribuintes sob regime normal de apuração, ou seja, antes de cumpridas as formalidades legais para a regularização do direito ao uso do crédito fiscal.

Em face do exposto, concluo que o contribuinte não elidiu a imputação de falta de recolhimento do imposto lançado em seus livros fiscais e documento de informação econômico-fiscal, no mês de agosto/2004.

Julgo PROCEDENTE o Auto de Infração”.

Em seu Recurso Voluntário o recorrente reitera basicamente os argumentos expendidos em sua defesa, insistindo na sustentação de que, em se tratando de crédito decorrente de operação efetivada no mês de agosto/2004, poderia ser aproveitado no período de apuração, embora somente tenha sido escriturado no mês subsequente, setembro/2004.

Transcreve Acórdãos e opiniões de juristas favoráveis à sua tese e conclui requerendo que seja dado integral Provimento ao Recurso Voluntário.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, argumentando que:

- é cediço que os créditos de ICMS têm natureza escritural, tendo seu nascedouro, como realidade concreta, a partir de quando levados à escrita pelo contribuinte, conforme estabelecido no art. 25, I, da Lei nº 7.014, ao dispor sobre a compensação de crédito;
- o direito conferido pelo art. 93, § 3º do RPAF ao contribuinte é o de escriturar o crédito no mesmo período em que foi pago o imposto correlato, mas não o de utilizar-se retroativamente de créditos não escriturados;
- improcede o argumento de que o não aproveitamento do crédito relativamente a agosto/2004 teria o condão de torná-lo perdido pelo autuado, em razão de sua posterior incorporação por empresa não contribuinte do ICMS, em face da possibilidade de transferi-los a terceiros, e ainda, a empresa incorporadora, contribuinte do ICMS, poderia valer-se do crédito transferido.

Na assentada de julgamento o colegiado da 2ª CJF decidiu encaminhar o processo para ASTEC visando a execução de revisão fiscal, tendo em conta que o contribuinte, acusado de não proceder ao recolhimento do ICMS escriturado nos livros fiscais, argumenta em sua defesa que incorreu em erro de escrituração ao lançar crédito fiscal decorrente da importação de mercadorias, em agosto/04, compensado com os débitos apurados no mês de competência.

O pedido de revisão objetivou:

- verificar se o crédito fiscal em questão, decorrente da Nota Fiscal nº 12 (complementação do preço de importação), de 14/08/04, no valor de R\$336.566,67, foi efetivamente compensado em ago/04, absorvendo todo o débito daquele período.
- verificar se o contribuinte transferiu os créditos fiscais pertinentes ao período objeto da discussão para os meses subsequentes e se, por acaso, esses créditos foram compensados com débitos da própria empresa ou transferidos para terceiros, de forma a se esclarecer a aparente contradição da defesa, que afirma ter compensado o crédito decorrente da importação em agosto/04 e, ao mesmo tempo que afirma haver lançado esses créditos em conta corrente fiscal, transferindo-os para os períodos mensais subsequentes, com a posterior incorporação do contribuinte por outra empresa não contribuinte do ICMS;

- certificar se de fato houve a incorporação da empresa autuada por outra empresa não contribuinte do ICMS conforme alegado no Recurso Voluntário, de forma a se atestar as alegações contidas na peça recursal.

O fiscal diligente prestou os seguintes esclarecimentos:

- a) o crédito fiscal em questão, decorrente da Nota Fiscal nº 12, não foi efetivamente compensado em agosto/04, como se verifica no Livro de Registro de Apuração do ICMS, analisado em conjunto com o Livro de Registro de Entradas (fls. 147,257,263);
- b) no mês de agosto de 2004 não consta crédito a ser transferido no RAICMS; nesse mês houve saldo devedor, o que foi autuado, no valor de R\$334.959,47 (fl. 168); em setembro, houve saldo credor de R\$336.566,67 (fl. 173), decorrente do registro no Livro RE da NF nº 12; esse crédito foi transferido para os meses subsequentes de outubro, novembro e dezembro/2004, conforme cópia do RAICMS anexo (fls. 179,264,270);
- c) o crédito de R\$ 336.566,67 não foi compensado com débito da própria empresa, pois no mês de setembro, quando houve o crédito, não há registro de débito no RAICMS (fl. 172/174) não havendo débito também nos meses de outubro, novembro e dezembro.
- d) esse crédito ficou mantido no RAICMS mod. P9, nº 1, não constando que tenha sido transferido para terceiros até 31/12/04, data do Termo de Encerramento do referido livro. (fl 271);
- e) o documento de fls 113 estampa a publicação de atas de Assembléias Gerais realizadas em novembro/04, onde consta a aprovação da proposta de incorporação da Odebrecht Química pela OPE Investimentos S/A;
- f) consta no cadastro da SEFAZ que a inscrição da Odebrecht Química S/A encontra-se baixada desde 29/02/00.

Em sua manifestação o recorrente, após fazer novo relato do processo, acrescenta que a informação trazida pelo fiscal diligente, somada à sua impugnação, confirma que o crédito fiscal detido pela OPE não foi usado por sua incorporadora após a sua sucessão. Prosseguindo diz que, *“frente às conclusões alcançadas após o termino da diligencia fiscal, resta óbvio que a Manifestante não deve ser penalizada pelo cometimento de um simples erro accidental, consubstanciado na escrituração equivocada do crédito fiscal a que faz jus; posto que, do contrário, estar-se-ia incorrendo em nítida ofensa ao princípio da verdade material, verdadeiro paradigma do processo administrativo fiscal”*. Requer a improcedência da ação fiscal.

Às fls 286/267 o fiscal autuante reitera os termos de sua informação fiscal e requer a manutenção da Decisão da JJF.

Em novo Parecer a PGE/PROFIS, através da ilustre procuradora Sylvia Amoêdo, dizendo ratificar o bem fundamentado Parecer da PGE/PROFIS que analisa e decide a questão mantendo a autuação, opina pelo Não Provitimento do Recurso Voluntário, por entender que nada de novo foi acrescentado à lide, ao contrário, resta provado que a Nota Fiscal nº 12 só foi resgatada no mês de setembro e que no mês de agosto houve saldo devedor declarado, objeto da ação fiscal; e que o saldo credor do mês de setembro equivalente ao crédito cobrado, foi transferido para o mês subsequente.

VOTO VENCIDO

Da análise do processo ficou evidenciado que o contribuinte cometeu um erro ao escriturar no mês de setembro uma nota fiscal emitida no mês de agosto, ocasionando a lavratura do presente Auto de Infração. O contribuinte afirma que o débito foi compensado com o crédito decorrente da operação, não tendo sido utilizados outros débitos de ICMS, pois a partir de setembro/04 a empresa autuada encerrou suas atividades, sendo incorporada por outra que se reveste da

condição de “não contribuinte” Acrescenta que recolheu o imposto devido sobre o complemento do preço da mercadoria importada, conforme DAE de fl. 159, e, em face desse recolhimento, adquiriu o direito ao crédito do ICMS pago, para compensar com o quanto devido a título de imposto, como assegura o princípio da não-cumulatividade.

Atendendo a diligência promovida por esta Câmara de Julgamento Fiscal, o fiscal diligente esclareceu que (I) o crédito fiscal não foi compensado em agosto/04; (II) nesse mês houve saldo credor decorrente do registro da Nota Fiscal nº 12, no valor de R\$336.566,67 (fl. 173); (III) esse crédito foi transferido para os meses subsequentes; (IV) o crédito não foi compensado com débito da própria empresa, não havendo também débito nos meses de outubro, novembro e dezembro; (V) esse crédito ficou mantido no RAICMS, não constando que tenha sido transferido para terceiros; (VI) cópia de ata de assembleia comprova a incorporação da Odebrecht Química S/A pela OPE Investimentos S/A; (VII) a inscrição da Odebrecht Química S/A encontra-se baixada desde 29/02/00.

Restou ratificado pelo fiscal diligente o *modus operandi* do contribuinte, caracterizando-se um erro material, ao escriturar erroneamente a nota fiscal objeto da autuação. Também ficou comprovado que o crédito fiscal não foi compensado no mês de agosto/04; nesse mês houve saldo devedor, o qual foi autuado; em setembro houve saldo credor, transferido para os meses subsequentes. O crédito não foi compensado com débito da própria empresa, que ficou mantido, não constando que tenha sido transferido para terceiros.

Em face do exposto, e considerando que o contribuinte recolheu o ICMS devido sobre o complemento do preço da mercadoria importada, conforme DAE de fl. 159, adquirindo, portanto, o direito ao crédito para compensar com o quanto devido, assegurando assim o princípio da não-cumulatividade, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Data vênia, discordo da conclusão que teve o nobre conselheiro para decidir a presente lide.

É certo, pois provado pela escrituração fiscal apresentada pela empresa e DMA, que existe um débito do ICMS a ser recolhido no mês de agosto de 2004. Também provado que o crédito referente ao mês de setembro de 2004 se refere à complementação do imposto de importação recolhido através da Nota Fiscal nº 12 e ora autuada, cujo pagamento foi realizado em agosto de 2004, porém somente escriturado em setembro de 2004. Da mesma forma, através de diligência realizada pela Assessoria Técnica deste CONSEF – ASTEC e documentos apensados aos autos, o contribuinte não utilizou o crédito fiscal a que tinha direito, até dezembro de 2004.

De igual forma, não se contesta ser o ICMS não-cumulativo, compensando-se aquele devido com o crédito fiscal existente, bem como, até que não se opere o prazo decadencial, créditos existentes, direito do contribuinte, podem, e devem, ser utilizados.

Entretanto, algumas regras e procedimentos devem ser obedecidos pelos contribuintes sob pena, a uma, do Estado perder o total controle das suas receitas e a duas, o próprio contribuinte não ter como justificar seus direitos e obrigações tributárias.

Por isso, o ICMS tem natureza escritural (art. 25, I, da Lei nº 7.014/97), devendo esta escrituração seguir, rigorosamente, todas as determinações legais. O fato concreto na presente lide é que o recorrente apresentou ao fisco uma dívida tributária (agosto 2004), escriturou em setembro de 2004 um crédito fiscal ocorrido em agosto de 2004, sem comunicar, igualmente, ao fisco, nem, tampouco, ajustou a sua escrita fiscal, conforme prevê a legislação tributária.

Afora tais fatos, foi por duas vezes incorporada. E, neste específico caso, não tem importância se a primeira empresa incorporadora (Odebrecht Química S/A) não seja contribuinte do ICMS, já que

tais créditos, em primeiro, deveriam ser compensados com os débitos tributários existentes do recorrente visando ajustar a escrita fiscal da empresa incorporada (o recorrente), como prevê a norma legal. Em segundo, tais créditos fiscais poderiam ser transferidos, onerosa ou gratuitamente, a outra empresa. E, em terceiro, a segunda incorporação foi para a Braskem S/A, empresa, inequivocadamente, contribuinte do ICMS.

E, por fim, depois de todas estas ocorrências, ficou silente até 2007 sobre o fato, somente se manifestando quando o fisco estadual, ao auditar a empresa, constatou a situação.

Por todas estas ocorrências e diante da norma regulamentar vigente (art. 124 e art. 116, §§ 1º e 2º, do RICMS/97) a infração resta caracterizada.

Mas, tais créditos, se ainda existentes, podem ser utilizados. Porém, ao contrário do que entendeu o nobre conselheiro relator, não tem este Conselho de Fazenda a competência para, de ofício, assim agir. O contribuinte deve se dirigir à repartição fiscal de sua circunscrição, com toda a documentação necessária para provar que até esta data, estes créditos fiscais, em qualquer momento, foram utilizados. Restando provado, a autoridade fazendária competente certificará este crédito que poderá ser utilizado para quitação, ou parte, do presente auto de infração.

De igual forma, o recorrente pode, ainda, solicitar à Câmara Superior deste Colegiado a dispensa da multa ora imposta. O art. 169, § 1º, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99) determina que *competete à Câmara Superior julgar, em instância única, os pedidos de dispensa ou redução de multa por infração à obrigação principal ao apelo de equidade, nos termos do art. 159*. E este pedido de aplicação de equidade deve ser fundamentado nas condições que o referido Regulamento indica, ser interposto no prazo de trinta dias após a intimação da Decisão do órgão julgador e estar acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos (§§ 1º e 2º do citado art. 159 e Decreto).

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279196.0002/07-2**, lavrado contra **OPE INVESTIMENTOS S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$334.959,46**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros (as): Álvaro Barreto Vieira, Eduardo César Gonçalves Braga, Márcio Medeiros Bastos, Mônica Maria Roters e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO – Conselheiro: Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ –RELATOR/VOTO VENCIDO

MÔNICA MARIA ROTERS – VOTO VENCEDOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS