

PROCESSO	- A.I. Nº 298575.0003/00-3
RECORRENTE	- MARAZUL HOTÉIS S/A
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0435/01
ORIGEM	- INFAZ BONOCÔ (INFAZ BROTAS)
INTERNET	- 13.06.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0218-12/02

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA ATIVO IMOBILIZADO E/OU CONSUMO. Exigência do ICMS decorrente da diferença de alíquota interestadual na aquisição de mercadorias destinada ao ativo imobilizado. Exigência insubsistente decorrente da atividade hoteleira, sujeita ao ISS. Reformada a decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

O autuado respaldado no art. 169, I, “b”, do RPAF/99, inconformado com a Decisão proferida pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que mediante o Acórdão nº 0435/01 relativo ao julgamento do Auto de Infração nº 298575.0003/00-3, decidira julgar pela Procedência Parcial do mesmo, apresentou no prazo decencial o presente Recurso Voluntário, pretendendo modificar a decisão, onde argüi as seguintes razões:

O Auto de Infração foi lavrado pela suposta irregularidade para exigir o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento.

Nas razões do Recurso interposto, o recorrente, suscita a nulidade do Acórdão proferido em Primeira Instância, sob a alegação de que algumas falhas foram cometidas, acarretando-se o cerceamento ao direito de defesa, (art. 18, II e III, do novo RPAF, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99), quais sejam:

- a) questão da imprecisão numérica quando da elaboração das peças preparatórias do Auto de Infração;
- b) negativa do dualismo operacional exercido pelo estabelecimento hoteleiro, cujas atividades são distintas, embora complementares;
- c) Ementas e Resoluções do CONSEF, acostadas à defesa inaugural, não levadas em conta quando da edição do Acórdão, por parte da nobre Junta de Julgamento Fiscal.

Reitera o pedido de exame diligencial por preposto estranho ao feito inaugural, da Inspeção Especializada de Simões Filho, para examinar o verdadeiro perfil operacional da atividade hoteleira, constatando-se as destinações para o segmento hoteleiro e não para a atividade de restaurante, apresentando quesitação.

Quanto ao mérito, chama a atenção para a INEXIGIBILIDADE das complementações de alíquotas do ICMS, em aquisições interestaduais de bens para o ATIVO IMOBILIZADO E/OU CONSUMO,

destinadas à atividade hoteleira, que é PRESTADORA DE SERVIÇOS, sob a égide do ISS, de competência municipal, conforme LISTA DE SERVIÇOS, do Dec. Lei nº 406/68 e nº 834/69, levando-se em conta, ainda, as alterações redacionais da LEI COMPLEMENTAR de nº 56/87, que reflete no ANEXO-I, do atual ICMS, aprovado pelo Dec. de nº 6.284/97.

Salienta que o recorrente propiciou à ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA ESTADUAL, todos os meios para se distinguir as destinações dos BENS ADQUIRIDOS no que pertine à bifurcação: ATIVIDADE HOTELEIRA (geradora do ISS, de competência municipal) e ATIVIDADE DE RESTAURANTE (sob a égide do ICMS, de competência estadual). Assevera que deve se analisar cuidadosamente, o teor da impugnação administrativa inaugural, e que caberia ao órgão judicante de Primeira Instância, apreciar os fatos na essencialidade de toda a materialidade envolvida.

Que foram acostadas aos autos, desde a sua impugnação administrativa, inúmeras decisões, do próprio órgão judicante, de cunho administrativo, que é o CONSEF, RECONHECENDO-SE a questão de mérito, segundo a qual as atividades prestadoras de serviços, que seguem a égide do ISS, de competência municipal, não se sujeitam às complementações de alíquotas do ICMS.

Requer, ao final, seja decretada a nulidade do primeiro Acórdão, prolatado em Primeira Instância, diante do cerceamento de defesa, pelos motivos apresentados, (art. 18, Incisos II e III, do novo RPAF, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99), tomando-se por inspiração ainda os Acórdãos-CONSEF, que determinaram a ANULAÇÃO do primeiro julgamento.

Submetido o Recurso à análise da PROFAZ, esta exarou Parecer opinativo às fls. 379 a 381 dos autos, onde inicialmente, declara não vislumbrar qualquer ofensa ao princípio da ampla defesa, bem como entende que a Decisão Recorrida foi corretamente fundamentada.

Aduz que a nulidade suscitada no item “a” da peça recursal (fl. 350) (*questão da imprecisão numérica quando da elaboração das peças preparatórias do Auto de Infração*), fora devidamente rechaçada pelo órgão julgador de Primeira Instância.

Também afirma não vislumbrar a ocorrência de omissão do julgador *a quo* acerca do *dualismo operacional do autuado*, ao revés, a JJF converteu o Auto de Infração em diligência à ASTEC para verificar a condição de contribuinte do recorrente. Que em seu voto o ilustre relator comunga do entendimento manifestado pela ASTEC que confirmou a condição de contribuinte da recorrente.

Além disso, ressalta a PROFAZ que, É INCORRETO afirmar-se que as Ementas e Resoluções do CONSEF trazidas pelo autuado em sua defesa a fim de estabelecer “estudo comparado” não foram levadas em consideração quando do Acórdão Recorrido.

Assevera *in verbis* que:

“As jurisprudências trazidas podem e devem ser analisadas pelo órgão julgador, mas fazem parte da fundamentação da autuada, visando uma maior certificação das suas alegações e pretendendo enriquecer os elementos de convicção do nobre julgador, como afirma à fl. 355, sendo absolutamente desnecessário ao julgador a manifestação expressa sobre qualquer dessas decisões, mormente quando entenda não serem aplicáveis ao caso sob discussão”.

Quanto ao mérito, diz que a diferença crucial entre o recorrente e o sujeito passivo das Resoluções transcritas no Recurso Voluntário está na exclusividade da atividade de serviços destes. Conclui seu opinativo, sob o argumento de que o diligente da ASTEC confirmou que o autuado é contribuinte inscrito na condição Normal, já as Resoluções trazidas pelo recorrente, ao revés, os sujeitos passivos não eram contribuintes do ICMS, mas tão somente do ISS, motivo pelo qual entende correta a autuação e opina pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso.

VOTO

Analisando as razões aduzidas na peça recursal, e do cotejamento com os elementos constantes dos autos que consubstanciaram a suposta infração, objeto deste Recurso, verifico que a exigência fiscal resultou da alegação de que o Auto de Infração foi lavrado pela suposta irregularidade para exigir o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo imobilizado do estabelecimento.

Em consonância com a Ilustre PROFAZ, rejeito as preliminares de nulidades suscitadas pelo recorrente, em seu Recurso, argüida desde a Defesa inicial, em especial, pelo não acatamento do Pedido de Perícia, não se caracterizando com isso a hipótese de cerceamento do direito de defesa do contribuinte, por entender que se encontram nos autos todos os elementos necessários a sua elucidação.

O recorrente, conforme o seu objeto social, é prestadora de serviços do ramo de HOTELARIA, estando esta primeira atividade, sob a égide tributária do ISS, de competência municipal, e a outra atividade, que lhe é conexa, a de restaurante, encontra-se sob a égide tributária do ICMS, de competência estadual, caracterizando-se, assim, o exercitamento de uma dúplici operacionalidade, configurando-se um quadro de “ATIVIDADES MISTAS”, conforme dispõe o art. 99, da Lista de Serviços, aprovada pelos Decretos-leis de nºs 406/68, 834/69, com alterações redacionais, conferidas pela Lei Complementar, de nº 56/87, *verbis*:

“99 – HOSPEDAGEM em hotéis, motéis, pensões e congêneres o valor da alimentação, quando incluído no preço da diária, fica sujeito ao Imposto sobre Serviços.” (grifado).

O fato de a empresa do ramo de HOTELARIA estar obrigada a inscrever-se no cadastro de contribuinte do Estado, para efeito de cumprimento das obrigações fiscais estatuídas na legislação tributária para a atividade complementar de restaurante, não basta para caracterizar a condição de contribuinte do ICMS para todo de material de uso e consumo para uso nas instalações do hotel, destinadas ao ativo imobilizado, adquirido pelo hotel. Tampouco a ocorrência esporádica do fato gerador do imposto na atividade de restaurante, que, por força do art. 504 do RICMS/BA, pode recolher pelo sistema reduzido de 5% sobre o lucro bruto, o transforma em contribuinte de toda a atividade conjunta, isto é hotel e restaurante.

Nessa situação, exigível seria a separação das atividades, o que não foi feito neste Auto de Infração, ficando o mesmo prejudicado. O roteiro de fiscalização aplicado ao presumir que toda a mercadoria adquirida, notadamente toalhas de banho, colchões, e outras análogas tenham sido adquiridas para serem utilizadas pelo restaurante é inteiramente inadequado, por causar prejuízo ao contribuinte.

Dessa forma, a exigência como foi feita, somando as duas atividades diferentes, é inaplicável ao recorrente. Pelas razões expostas, quanto ao mérito, *permissa venia*, discordo do opinativo da PROFAZ exarado nos autos, pois entendo que o Acórdão Recorrido merece reforma para ser julgado NULO o Auto de Infração. A salvo dessas incorreções, poderia ser refeito o Auto de Infração, para se separar o que é devido à parte de restaurante, da parte de hotelaria.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e modificar a Decisão Recorrida para julgar NULO o Auto De Infração nº 298575.0003/00-3, lavrado contra **MARAZUL HOTÉIS S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de Junho de 2002.

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PROFAZ