

A. I. Nº - 298575.0003/00-3
AUTUADO - MARAZUL HOTÉIS S.A.
AUTUANTE - SIMONE MARIA RAMOS VALVERDE
ORIGEM - INFRAZ BROTAS
INTERNET - 07. 02. 2002

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0014-04/02

EMENTA: ICMS. OBSCURIDADE DE DECISÃO.
Inexistência de omissão na Decisão Recorrida.
Ausentes os requisitos de admissibilidade dos Embargos de Declaração. Recurso NÃO PROVÍDO.
Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/03/2000, exige ICMS no valor de R\$2.266,76, em razão da falta de recolhimento do imposto, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

O autuado em sua peça defensiva de fls. 57 a 100 dos autos impugnou o lançamento fiscal alegando, inicialmente, as seguintes preliminares de nulidade:

1. pugnação da alíquota de 10% inexistente no ordenamento jurídico institucional do ICMS. Em apoio ao alegado transcreve o teor dos arts. 15 e 16, seus incisos e alíneas da Lei nº 7014/96, do art. 20 e seus incisos, da Lei nº 4825/89, dos arts. 67 e 68, seus incisos, alíneas e itens do RICMS/89, dos arts. 50 e 51, seus incisos e alíneas do RICMS/96 e RICMS/97;

2. da questão da imprecisão numérica quando da elaboração das peças preparatórias do feito fiscal de ofício. Alega que nos demonstrativos que compõem o lançamento relativamente ao exercício de 1995, em que foram arroladas as Notas Fiscais de nºs. 6318, 9194, 400 e 1401, constam o valor inicial de R\$644,72, em que se devem abater o valor de R\$163,72, para redundar em um valor remanescente de R\$481,00, porém, no demonstrativo de débito, incorporado aos autos, para efeito de cálculo da correção monetária e demais acréscimos legais, o valor considerado foi de R\$644,72, sem os devidos abatimentos, o que macula a clareza valorativa da acusação. De igual modo, foram arroladas as Notas Fiscais de nºs. 1351, 464, 465, 5980, 9998 e 0024, em que deveria ser abatido o valor de R\$116,36, no entanto, tal não aconteceu. Prosseguindo em sua defesa, disse que a acusação, do ponto de vista numérico, mostra-se imprecisa e/ou vacilante, devendo ser renovado os demonstrativos de débito do Auto de Infração, em outro procedimento, anulando-se este que se encontra em marcha, eivado de insegurança, oportunidade em que citou dez Ementas do CONSEF que conduziram às anulações dos feitos fiscais de ofício. Pede, diante do exposto, a nulidade do Auto de Infração.

Quanto ao mérito, transcreveu o exato teor do Auto de infração, para, em seguida, informar o perfil operacional da empresa, do enquadramento fiscal da sua atividade de hospedagem, além de discorrer sobre o conceito de hospedagem, extraído do CTN, da Lei Complementar nº 34/67, do Decreto nº 406/68 e de outras fontes, bem como relacionou às fls. 83 e 84 alguns itens da relação de serviços considerados como atividades mistas. Assevera que a sua atividade, enquanto hotelaria, torna-o contribuinte do ISS, de competência municipal, não estando obrigada às complementações de alíquotas do ICMS, sendo que as novas regras, a partir de 1996, têm um caráter meramente interpretativo, e, como tal, deve retroagir de forma benigna, a teor do art. 106,

I, do CTN – Lei nº 5172/66, que ainda vige, por força do princípio da recepção, de que trata o art. 34, § 5º, das disposições transitórias, da Constituição Federal de 1988. Aduz que não fez a opção pelo regime de apuração em função da receita bruta, para determinação da base de cálculo do imposto, em relação ao seu restaurante, conforme disposições contidas nos arts. 504 e 505, do RICMS/97, além do que não é devido o pagamento da diferença de alíquotas, nas aquisições de mercadorias ou materiais efetuadas por prestador de serviço para emprego ou aplicação como insumos, na prestação de serviços de qualquer natureza, inclusive quando se tratar de estabelecimento que desenvolva atividades mistas (art. 7º, I, do RICMS/97). Ressalta que não há como exigir de estabelecimento hoteleiro, como um todo, a complementação de alíquota do ICMS, em operações interestaduais, de aquisições de materiais estáticos ou não, para emprego no mister operacional, das suas atividades desenvolvidas, como já se viu, de caráter misto, oportunidade em que citou quatro Ementas do CONSEF relativo a julgados sobre a matéria e da decisão, na íntegra, das Resoluções nºs. 3605/96 e 2259/93. Discorre às fls. 91 a 93, sobre as finalidades das mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e objeto da autuação, além de formular às fls. 95 a 97 dos autos, os quesitos sobre os quais solicita que sejam respondidos por fiscais estranhos ao feito, do contingente da Inspetoria Especializada.

Ao finalizar, alega em síntese, se, não considerar nulo o Auto de Infração, “ad argumentandum tantu”, que ele seja, então, considerado totalmente improcedente.

A autuante ao prestar a informação fiscal de fls. 151 a 153 dos autos assim se manifestou:

- a) preliminarmente, esclareceu que o Auto de Infração lavrado obedeceu a todos os preceitos legais, identificando e descrevendo de forma clara a infração cometida pelo contribuinte;
- b) que o percentual de alíquota aplicado, foi equivalente a diferença entre a alíquota prevista para as operações internas neste Estado e a alíquota interestadual prevista na legislação do Estado de origem das mercadorias, conforme disposto nos arts. 77, do RICMS/89 e 69, do RICMS/96.
- c) que os DAE's apresentados pelo contribuinte não indicavam os números das notas fiscais a que se referiam, cujos valores não correspondiam às notas fiscais sem recolhimento da diferença de alíquota, nem mesmo com somas parciais das mesmas, razão pela qual foram, posteriormente, desconsideradas por esta fiscalização;
- d) quanto à alegação do autuado da inocorrência do fato gerador do ICMS, em virtude de se tratar de estabelecimento que exerce atividade hoteleira, esclareceu que o contribuinte formulou consulta através do Processo nº 033.465/97, a qual foi respondida pela GECOT, mediante o Parecer nº 0413/98 em anexo. De acordo com o referido parecer, a empresa exerce o ramo de atividade hoteleira, cuja atividade encontra-se na lista de serviços, excetuando, o valor da alimentação, quando excluída do preço da diária. Ressalta que o autuado mantém um restaurante no seu estabelecimento, o qual está cadastrado na Secretaria da Fazenda, na condição de hotel com restaurante.

Pede, ao final, a procedência do Auto de Infração.

Em face de a autuante haver anexado novos documentos quando prestou a sua informação fiscal, a INFRAZ-Brotas, através dos documentos de fls. 158 e 159 (intimação e AR), notificou o autuado, que assim tomou ciência dos referidos documentos.

O autuado em nova intervenção às fls. 166 a 169 dos autos, contradiz a informação fiscal da autuante com os seguintes argumentos:

1. que a autoridade lançadora de ofício, fugiu ao que determina o art. 140 do RPAF/99, não conseguindo ilidir as assertivas impugnatórias, por ter preferido, um posicionamento, deverasmente, lacônico, pelo que devem prevalecer as teses impugnatórias, com base no que dispõe o dispositivo acima citado, cujo teor transcreveu;

2. que as parcelas dedutórias, lançadas pela autuante, quando da feitura dos demonstrativos, não foram levadas em conta na tabulação e compilação do débito tributário, diante de um “arrependimento” da mesma, em fazê-lo. Assevera que diante de tal postura, os demonstrativos deveriam ser refeitos, para que não mais contivesse as parcelas dedutórias;

O CONSEF em despacho à fl. 187, encaminhou o PAF a INFRAZ-Brotas para que a autuante se manifestasse sobre o aditivo à defesa de fls. 161 a 184.

Em nova informação fiscal à fl. 189, a autuante alegou que o autuado não apresenta nenhum fato que não tenha sido contestado anteriormente, tendo tomado ciência das respostas das consultas formuladas antes das mesmas terem sido juntadas ao PAF. Informou que em nenhum momento o autuado comprovou a inocorrência do fato gerador do ICMS e o efetivo recolhimento do imposto das notas fiscais relacionadas no demonstrativo anexo ao Auto de Infração.

Ao finalizar, pede a procedência do Auto de Infração, por ser de justiça.

Ao analisar o presente PAF, considerando as alegações defensivas e os quesitos formulados, por proposta deste Relator, a 4^a JJF decidiu converter o presente PAF em diligência a ASTEC para o seu atendimento.

Cumprida a diligência de fls. 194 a 195, o Auditor Fiscal designado assim concluiu:

a) a empresa pelo princípio da habitualidade é contribuinte do ICMS conforme constatado pelas cópias dos livros RAICMS e do RSM;

b) com atividade de hotel presta serviços com habitualidade no campo de incidência do ICMS, se creditando inclusive do imposto de energia elétrica, portanto, é contribuinte;

Finaliza o parecer, esclarecendo que a autuante incluiu na base de cálculo do imposto relativo ao mês de julho/95, o valor do serviço prestado constante na Nota Fiscal nº 5980 sobre o qual incidiu o ISS. Por esse motivo, opina pela exclusão de tal parcela, cujo valor cobrado de R\$573,61 deve ser reduzido para R\$47,22. Levando em consideração tal alteração, o valor do item 1 do Auto de Infração passa a ser de R\$173,56.

O CONSEF em despacho à fl. 226v, encaminhou o PAF a INFRAZ-Brotas, para dar ciência ao autuado e autuante da diligência da ASTEC, o que foi atendido conforme intimação e AR às fls.227 e 228 ao contribuinte e da autuante à fl.249.

Sobre o resultado da diligência da ASTEC, o autuado às fls.230 a 249 assim se pronunciou:

1. que o diligente, nas entrelinhas, reafirma as imprecisões numéricas e/ou metodológicas constantes do demonstrativo de débito do Auto de Infração, quando afirma que foi cobrada uma alíquota de 5%, onde consta a indicação de 10%. Aduz que não existe, oficialmente, alíquota de ICMS, de 5% ou 10%;

2. que o diligente aponta que a autuante teria incluído na base de cálculo do imposto parcela relativa a serviços prestados, o que demonstra imprecisão e/ou insegurança quando da feitura do Auto de Infração, daí reforçar-se a tese de nulidade do feito inaugural de ofício, para que seja procedido um novo feito administrativo fiscal, a salvo de falhas;

3. que o diligente fugiu ao objeto do juízo de existência e/ou de realidade, ao falar em crédito de energia elétrica, só para exemplificar, cujo assunto não foi ventilado nas peças exordiais, daí estranho ao processo;

4. que o exame diligencial de fls. 194/195, nada buscou da verdade material dos fatos, concretamente ocorridos, o que se viu, foi um “emaranhado” de opinativos, pela aplicação, talvez, do “princípio da salvabilidade do Auto de Infração”, o que é inconcebível, pois deveria percorrer a pura verdade dos fatos, e nada mais que isto.

Por ter sido julgado parcialmente procedente o Auto de Infração, o autuado, não se conformando com a decisão da Junta através do Acórdão nº 0435/01, opôs às fls. 273 a 283 Embargos de Declaração.

Prestadas as informações acima, transcrevo, a seguir, os argumentos esposados nos Embargos de Declaração, segundo o qual teria havido omissões por parte do órgão julgador:

1. imprecisão numérica quando da elaboração das peças preparatórias do Auto de Infração - Aduz o autuado que a autuante feriu o art. 140, do RPAF/99, por não abordar com objetividade as teses impugnatórias, sendo que tal circunstância sequer foi abordada quando da manifestação do voto pelo Relator, o que se constitui em omissão, já que na apreciação administrativa o mesmo teria que fundamentar a não aplicação dos efeitos do referido artigo, cujo teor transcreveu em apoio ao alegado;

2. da negativa do dualismo operacional exercido pelo estabelecimento hoteleiro - Alega que o aspecto da atividade mista, fartamente colocado pela defesa, não foi objeto de apreciação, quando da manifestação do voto pelo Relator, constituindo-se, igualmente, em mais uma omissão, quando da edição do Acórdão. Frisa que não foi levado em conta, em que pese todo o trabalho da defesa em exibi-lo, as destinações dos bens adquiridos em operações interestaduais, para o âmago da atividade hoteleira, inclusive, com quesitações para a diligência técnica, junto à escrita fiscal e contábil do estabelecimento, o que caracteriza, portanto, mais uma falha do órgão de julgamento;

3. Ementas e Resoluções do CONSEF, acostadas à defesa inaugural, não levadas em conta quando da manifestação do voto, pelo Relator - Salienta que consta do próprio Relatório do Acórdão, uma série de Ementas e Resoluções em suas íntegras, do CONSEF, as quais foram anexadas aos autos desde o primeiro momento defensivo, para que se estabelecesse um “ESTUDO COMPARADO”, evidenciando-se que as prestadoras de serviços, sob a égide do ISS, de competência municipal, ao adquirirem materiais para o ativo fixo, uso e consumo, com, ou sem, habitualidade, não se sujeitam às complementações de alíquotas, relativas ao imposto estadual, oportunidade em que transcreveu às fls. 280 as Ementas de nºs. 0807/95 e 3605/96. Solicita ainda, que na fase de instrução do julgamento dos Embargos de Declaração, com efeitos modificativos, os autos sejam convertidos em diligência a Secretaria do CONSEF, com o objetivo de acostar às íntegras das decisões, devidamente autenticadas, visando-se enriquecer os elementos de convicção do nobre julgador e que se dê a isonomia tributária, em nível processualístico, pela igualdade de tratamento, a teor do art. 150, II, da Constituição Nacional de 1988.

Ao concluir, solicita a eliminação dos pontos obscuros constatados diante das omissões por parte do órgão julgador e, caso reste declarada a improriedade dos presentes Embargos de Declaração com efeitos modificativos, que, o julgamento anterior, através do Acórdão de nº 0435/01, seja objeto de anulação tomando-se como parâmetro o paradigma oferecido pelo Acórdão nº 0686/00.

VOTO

O recorrente em seus Embargos de Declaração alega a existência de omissões por parte do Relator do Acórdão nº 0435/01, num total de três.

Inicialmente, ressalto que a embargante incorreu em equívoco, ao confundir “supostas” omissões no Acórdão ora em discussão, com o próprio deslinde do feito, que culminou pela procedência parcial do Auto de Infração.

Sobre a primeira omissão, embora a autuante não tenha contraditado a alegação defensiva, a mesma não foi acatada, visto que o conjunto de provas contidas no PAF, ratificado pela diligência da ASTEC, comprovam que o cálculo do imposto devido refletiu a realidade numérica da

infração, cujo resultado acatei para proferir o meu voto pela procedência parcial do Auto de Infração.

No tocante à segunda omissão, esclareço que não acatei as alegações defensivas quanto a dualidade operacional, fundamentado nos arts. 1º, § 1º, V e 5º, I, respectivamente, do RICMS/89 e RICMS/96, os quais definem a condição de contribuinte do autuado nas aquisições interestaduais para o seu ativo immobilizado. Desse modo, não restou caracterizada a alegada falha do órgão julgador, que inclusive acatou o pedido de diligência formulado pelo autuado, para que fosse respondidos os quesitos que entendi pertinentes, dispensando os demais, por não se constituírem em qualquer contribuição para a decisão da lide.

Com referência à terceira omissão, entendo que o fato de não ter consignado no voto proferido referências acerca das Ementas e Resoluções do CONSEF citadas pela defesa, foi motivado em razão das citações serem meramente exemplificativas, não contendo elementos suficientes para servirem de paradigma para o presente caso. Como justificativa, esclareço que o recorrente não anexou em sua íntegra os referidos julgamentos, limitando-se a solicitar que a Secretaria do CONSEF, em atendimento a diligência que requereu a este Relator o fizesse. Por outro lado, entende este Relator, que não é obrigação deste Colegiado suprir lacunas da defesa e produzir provas em favor da recorrente.

Ante o exposto, conheço dos Embargos de Declaração e NEGO-LHE PROVIMENTO.

Ressalto, ainda, que deixei de atender a solicitação de efeitos modificativos do julgamento ou de sua anulação, por não ser o presente recurso a sede própria para a reapreciação do mérito do lançamento fiscal, cuja matéria, deve ser objeto de Recurso Voluntário, se for do seu interesse.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Embargos de Declaração apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** O Auto de Infração nº 298575.0003/00-3, lavrado contra a firma **MARAZUL HOTÉIS S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ R\$1.740,37**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, III, “b”, da Lei nº 4825/89 e 61, II, “d”, da mesma lei, com a nova redação dada pela Lei nº 6934/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2002.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

ANSELMO LEITE BRUM - JULGADOR