

PROCESSO - A.I. Nº 298575.0003/00-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MARAZUL HÓTEIS S/A
RECURSO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Acórdão 2ª CJF nº 0218-12/02
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ (INFAZ BROTAS)
INTERNET - 21.02.03

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0008-21/03

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA. NÃO ACATAMENTO DA NULIDADE. NOVA DECISÃO. Reformada a decisão de Segunda Instância que concluiu pela nulidade do procedimento em virtude de vícios da autuação. Inexistência de vícios substanciais. Sendo o vício sanável, trata-se de nulidade relativa podendo o ato ser corrigido. Destarte, cumpre afastar o julgamento pela nulidade, com base no princípio de que o órgão julgador deve determinar as providências saneadoras que configurem meras irregularidades fáticas. Devolvam-se os autos ao órgão prolator da decisão reformada, para apreciação das razões de mérito do lançamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

A Procuradoria da Fazenda propõe o presente Recurso Extraordinário entendendo que a Decisão proferida pela 2ª. Câmara de Julgamento Fiscal contraria a legislação e a evidência dos autos. De acordo com a legislação em vigor - art. 169, II, “c” do RPAF, a PROFAZ afirma ter legitimidade para tal, e o faz dentro do prazo legal – art. 172 do RPAF.

Para que tomemos conhecimento do inteiro teor da peça recursal mister se faz que façamos um breve relatório sobre o fatos e o direito em questão:

Em julgamento de Primeira Instância realizado pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, decidiu-se pela Procedência Parcial do lançamento de ofício que exigiu do contribuinte 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.

Na Segunda Instância o recorrente, suscitou 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 Decreto nº 7.629/99), como por exemplo : a imprecisão numérica quando da elaboração das peças preparatórias do Auto de Infração; negativa do dualismo operacional exercido pelo estabelecimento hoteleiro e falta de apreciação de Ementas e Resoluções do CONSEF, acostadas à defesa inaugural, não levadas em conta quando da edição do Acórdão. Quanto ao mérito referiu-se 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 “. Acrescentou ainda que propiciou ao Estado todos os meios para se distinguir as destinações dos bens adquiridos no que pertine à atividade hoteleira , sujeita ao iss, e atividade de restaurante sujeita ao ICMS. Afirmou que o CONSEF, reconhecendo que as atividades prestadoras de serviços, contribuintes do ISS, não se sujeitam às complementações de alíquotas do ICMS.

Em sua primeira análise a PROFAZ, exarou Parecer opinativo, onde inicialmente, afirma não vislumbrar qualquer ofensa ao princípio da ampla defesa, bem como entende que a Decisão Recorrida foi corretamente fundamentada. Aduz, de acordo com o resumo feito pelo Sr. Conselheiro Julgador “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 e que não constata 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 aditando que em seu voto o ilustre relator comunga do entendimento manifestado pela ASTEC confirmando a condição de contribuinte. 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.

Em seu voto o Sr. Relator da 2ª Instância em Resumo assim se manifesta:

“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 contribuinte está caracterizado como uma *dúplice operacionalidade*, configurando-se um quadro de “ATIVIDADES MISTAS”, conforme dispõe o art. 99, da Lista de Serviços.

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 o 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.” Entendeu que o Acórdão Recorrido merecia reforma para ser julgado NULO o Auto de Infração. E conclui “poderia ser refeito o Auto de Infração, para se separar o que é devido à parte de restaurante, da parte de hotelaria.”

Em seu arrazoado a Sra. Procuradora manifestando-se sobre o direito aduz: “a nulidade pretendida pela Douta Câmara não é, nem jamais poderá ser, do tipo absoluta, ou seja do tipo que não permite saneamento. Uma vez verificando que seria o caso de apurar a natureza, a aplicação, dos bens adquiridos em operações interestaduais, os autos ser remetidos em diligência para que se apurasse tais fatos. A decretação de nulidade do Auto de Infração deve se restringir às hipóteses legais, fora disso enquanto houver possibilidade de sanear o processo para que o mesmo se torne apto a apreciação dos fatos e do direito, os julgadores devem fazê-lo, sob pena de estarem prejudicando o direito das partes em terem uma Decisão definitiva, garantidora do princípio da segurança jurídica” E conclui: em razão do exposto, entendo que a Decisão da 2ª. Câmara de Julgamento Fiscal prolatada neste processo é nula. “Diante disto, requero seja

considerada NULA a Decisão proferida pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, determinando-se o retorno do processo para que seja apreciado o mérito do Recurso”

VOTO

Trata-se, como vimos, de um Recurso Extraordinário interposto pela Sra. Representante da Procuradoria da Fazenda Estadual em que solicita a decretação da nulidade da Decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deste Conselho que considerou NULO o lançamento de ofício mencionado neste PAF.

Observa-se que o presente Recurso foi apresentado dentro do prazo legal e em obediência aos ditames da Lei Processual Administrativa.

O objeto da querela está no fato de que a Câmara, entendeu, por maioria, e assim deliberou, que deveria ser considerado para a lavratura do respectivo Auto de Infração uma ação fiscal que envolvesse a análise do contribuinte quanto a sua atividade, pois só assim poderia separar o que era relativo ao ISS e ao ICMS. Ou seja, sendo o contribuinte realizador de atividade mista, deveria o Estado distinguir o que era um bem destinado à prestação de serviço de hotelaria, de outro bem destinado ao fornecimento de refeições no restaurante do hotel.

Independente da discussão sobre o mérito nos posicionamos no sentido que, como disse a Sra. Procuradora, não há motivo para que a Decisão seja considerada nula. Mesmo que admitamos a necessidade de separação, esta inexistindo, não poderia motivar uma nulidade absoluta. Seja qual for o entendimento da Câmara sobre o tema, o julgamento do mérito deveria ser realizado sob pena de macular a Decisão, abrindo espaço para a Sra. Procuradora impetrar o presente Recurso.

Entendo que as razões apresentadas pela Câmara para considerar o lançamento Nulo não são suficientes. Concordo com a Sra. Procuradora, o Processo está pronto para ser julgado no mérito e não há nenhuma causa capaz de invalidá-lo. Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Extraordinário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, em Decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Extraordinário apresentado e determinar o retorno dos autos à 2ª Câmara de Julgamento Fiscal para que seja efetuado o julgamento do mérito do Auto de Infração nº 298575.0003/00-3, lavrado contra **MARAZUL HOTÉIS S/A**.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Antonio Ferreira de Freitas, Carlos Fábio Cabral Ferreira, Ciro Roberto Seifert, Helcônio de Souza Almeida, José Hilton de Souza Cruz, Nelson Teixeira Brandão e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros (as) José Carlos Boulhosa Baqueiro, Raimundo F. Santos, José Carlos Barros Rodeiro, Max Rodrigues Muniz e Verbena Matos Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de Janeiro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO – REPR. DA PROFZ