

PROCESSO	- A. I. N° 298575.0003/00-3
RECORRENTE	- MARAZUL HOTÉIS S/A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – 4ª JJF N° 0435-01/01
ORIGEM	- INFAZ BONOCÔ
INTERNET	- 13.02.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0005-12/04

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. 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. Revisão fiscal efetuada, comprovou tratar-se de contribuinte que exerce atividade mista, de hotelaria e fornecimento de refeições em restaurante. Constatada a aquisição de bens destinados a segunda atividade indicada, como também se apurou a liquidez do ICMS devido por complementação de alíquota. Modificada a Decisão. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, no qual o Recorrente pretende reformar o Acórdão n° JJF 0435/01, emanado da 4ª Junta de Julgamento Fiscal.

A infração descrita na peça acusatória teve como fundamento a exigência do imposto decorrente de diferença de alíquota em razão da aquisição interestadual de bens para o ativo fixo.

A Decisão recorrida afastou as preliminares argüidas e, julgando o feito, por Decisão unânime, (fls. 254 a 258 dos autos), decidiu pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, por entender que o contribuinte ainda que desenvolva atividade mista, está sujeito ao recolhimento do diferencial de alíquota.

Inconformado com a Decisão supra, o recorrente interpôs o presente Recurso Voluntário.

A tese defensiva, em síntese, é no sentido da desobrigação do autuado, ora recorrente, em recolher o diferencial de alíquota, pois o mesmo desenvolve atividade mista (ISS x ICMS).

Para que os Senhores Conselheiros tomem conhecimento por inteiro do presente processo, necessário se faz, um breve relato sobre os fatos e o direito em discussão nestes autos.

Em data de 03 de junho de 2002, esta Egrégia 2ª Câmara de Julgamentos Fiscais, por mim relator, julgando o Recurso Voluntário interposto, naquela ocasião, decretou a NULIDADE total deste processo, por entender que o mesmo não se encontrava apto a ser julgado, em síntese, pelas razões que, aqui transcrevemos:

“A 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.

[.....]

*Nessa situação, exigível seria o a separação das atividades, o que não foi feito **nem no Auto de Infração, nem na Revisão Fiscal efetuada pela ASTEC (fls. 193 a 226 dos autos), impugnado pelo Recorrente (fls. 230 a 244), 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. (grifamos).*

Entendeu este Relator que, a exigência como foi feita, somando as duas atividades diferentes, era inaplicável ao recorrente, merecendo o Acórdão recorrido, a reforma para ser julgado NULO, cuja Decisão proferida por maioria, ressaltando, entretanto, este Relator, no final referida Decisão a seguinte observação: (sic).

“A salvo dessas incorreções, poderia ser feito o Auto, para se separar o que é devido à parte de restaurante, da parte de hotelaria.”

Em discordância com o Julgamento supra, a ilustre Representante da Procuradoria da Fazenda Estadual interpôs Recurso Extraordinário, contra a Decisão que considerou NULO o lançamento de ofício, solicitando a decretação da nulidade da mesma, sob o seguinte argumento, (sic):

“...mesmo que admitamos a necessidade de separação, estar existindo, não poderia motivar uma nulidade absoluta”.

Encaminhado o Recurso Extraordinário interposto, para Julgamento pela Egrégia Câmara Superior, foi mesmo o PROVIDO por Decisão NÃO UNÂNIME, determinando-se o retorno dos autos à esta Egrégia 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, para julgamento de mérito e, é o que se faz, neste momento.

Nesta Egrégia Câmara, acolhendo a Decisão supra, submeti à apreciação deste Nobre Colegiado, a realização de nova revisão fiscal pela ASTEC, o que foi aprovado por unanimidade, por continuar o processo sem condições de ser julgado no estado em que se encontrava, para que Auditor Fiscal estranho ao feito, procedesse a devida separação dos impostos que foram somados pelo autuante, e que o fizesse respondendo a quesitação formulada às fls. 95 a 97, pelo contribuinte, que desde sua peça de defesa, reiterou o pedido de exame diligencial por preposto estranho ao feito inaugural, para examinar o verdadeiro perfil operacional da atividade hoteleira, constatando-se as destinações para o segmento hoteleiro e não para a atividade de restaurante.

Atendendo, a solicitação da nova diligência, a ASTEC apresenta Parecer Técnico de fls. 414 a 423, desta vez, realmente respondendo a quesitação efetuada, e apresentando demonstrativos das correções dos valores efetuados, apurando, ao final, conforme demonstrativos das correções efetuadas, o valor final devido, ficando o débito reduzido para valor total de R\$1.460,32.

Aberto vistas ao autuante e ao autuado, para se manifestarem querendo, estes silenciaram, demonstrando com isso aceitação tácita da revisão fiscal efetuada.

Submetido o PAF à análise da PGE/PROFIS, esta à fl. 430, em resumo, exara Parecer, sob o seguinte fundamento:

“Ressalte-se de logo a qualidade do trabalho efetuado pela ASTEC, que verificou pormenorizadamente toda a documentação existente, inclusive responde uma a uma as questões formuladas pela autuada em recurso voluntário interposto. Finalmente trás os novos valores apurados mês a mês relativos ao diferencial de alíquota.”

Aduz que as partes foram intimadas da realização de diligência, porém não voltaram a se manifestar nos autos, restando preservado o princípio da ampla defesa e do contraditório.

Conclui entendendo que ficou comprovado, pela segunda diligência efetuada pela ASTEC, tratar-se de contribuinte que exerce atividade mista, de hotelaria e fornecimento de refeições em restaurante, que restou clara a aquisição de bens destinados a segunda atividade indicada, como também se apurou a liquidez do ICMS devido por complementação de alíquota, opinando pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado, com os valores apresentados naquela conclusão.

VOTO

Analizando as razões aduzidas na peça recursal, e do cotejamento com os elementos constantes dos autos que consubstanciaram a infração, objeto deste Recurso Voluntário, 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.

Já havíamos firmado nosso entendimento no sentido de reconhecer que 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 dúplice 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 no Auto de Infração, nem na primeira Revisão Fiscal realizada, 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 era inteiramente inadequado, por causar prejuízo ao contribuinte.

Dessa forma, a exigência como foi feita, somando as duas atividades diferentes, era inaplicável ao recorrente.

Com a segunda Revisão Fiscal efetuada pela ASTEC, por solicitação desta 2ª Câmara de Julgamento ficaram sanados quaisquer dos motivos ensejados do alegado cerceamento de defesa, inclusive com o atendimento da quesitação apresentada pelo recorrente.

No mérito, acolhemos a segunda Revisão Fiscal efetuada, na qual ficou comprovado tratar-se de contribuinte que exerce atividade mista, de hotelaria e fornecimento de refeições em restaurante, e que restou clara a aquisição de bens destinados a segunda atividade indicada, como também se apurou a liquidez do ICMS devido por complementação de alíquota.

Conforme demonstrativos das correções efetuadas, o valor final devido, resultou num débito reduzido para valor total de R\$1.460,32.

Nosso voto é pelo **PROVIMENTO PARCIAL** do Recurso Voluntário acolhendo a nova revisão fiscal efetuada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298575.0003/00-3**, lavrado contra **MARAZUL HOTÉIS S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.460,32**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista, art. 61, III, “b” da Lei nº 4.825/89 e 61, II, “d”, da mesma lei, com nova redação dada pela Lei nº 6.934/96 e dos acréscimos moratórios.

Sala das sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2004.

CARLOS FABIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS - RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REP.PGE/PROFIS