

PROCESSO - A. I. N°- 180459.0051/10-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PREDIAL PLAZA NORDESTE S/A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3º JJF nº 0063-03/11
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 28/12/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0401-11/11

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE USO OU CONSUMO. A legislação prevê que não são considerados materiais de uso ou consumo as mercadorias ou materiais adquiridos para emprego ou aplicação na prestação de serviços de hotelaria, sendo indevido o imposto relativo à diferença de alíquota. Infração insubstancial. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso de Ofício interposto em face do acórdão epigrafado que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 25/08/2010 para exigir ICMS no valor de R\$175.696,55, acrescido da multa de 60%, além de penalidade por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de R\$5.382,02, sendo objeto do Recurso de Ofício a seguinte infração sobre a qual houve a desoneração:

INFRAÇÃO 1: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento. Valor do débito: R\$175.696,55. Multa de 60%.

A JJF dirimiu a lide sob estes fundamentos constante no voto a seguir transcreto:

“O Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença de alíquota, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento, nos exercícios de 2001 e 2002, conforme demonstrativos acostados pelo autuante às fls. 09 a 18 do PAF.

A legislação prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento (Lei 7.014/96, art. 4º, inciso XV).

O autuado alegou que é estabelecido com a atividade de “Hotéis”, CNAE 05510801, e que sempre recolheu o ICMS relativo à diferença de alíquota apesar de não estar obrigado pela legislação, considerando que na condição de empresa prestadora de serviços, no máximo pode ter sua atividade classificada como “atividade mista”, não estando sujeita ao recolhimento da diferença de alíquota.

Conforme cópia do extrato relativo aos dados cadastrais constantes desta SEFAZ (fl. 459 do PAF), o autuado tem como atividade econômica principal de “Hotéis”, e tem forma de apuração do imposto “conta corrente fiscal”.

O parágrafo único do art. 5º do RICMS/BA estabelece: “Não são considerados materiais de uso ou consumo as mercadorias ou materiais adquiridos por prestador de serviços para emprego ou aplicação na prestação de serviços de qualquer natureza”.

Por outro lado, o inciso I do art. 7º do mencionado Regulamento do ICMS, prevê 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.

De acordo com as notas fiscais acostadas aos autos, foram objeto da exigência fiscal, uma grande variedade de materiais e bens adquiridos pelo defensor, a exemplo de lixeira, varal, gaveta utilitária (NF 1340 – fl. 82), chuveiro (NF 597205 – fl 92) revestimentos cerâmicos (NFs 281230 e 281231 – fls. 95/96), cotovelo, luva, adaptador macho (NF 9154 – fl. 107), placas de gesso (NF 1105 – fl. 180), colchão (NF 160228 – fl. 220) e espelho (NF1397 – fl. 221).

Os dados cadastrais constantes nesta SEFAZ indicam que o autuado se dedica ao ramo de hotelaria. Neste caso, em relação às aquisições interestaduais de bens utilizados exclusivamente na prestação de serviço por ele desempenhado, que é de hospedagem, não é devido o recolhimento do ICMS relativo à diferença de alíquotas,

inclusive se o estabelecimento autuado desenvolver atividades mistas, conforme parte final do inciso I do art. 7º do RICMS/BA.

Assim, entendo que é insubsistente a exigência fiscal, haja vista que a legislação prevê que não são considerados materiais de uso ou consumo as mercadorias ou materiais adquiridos por pelo autuado para emprego ou aplicação na prestação de serviços de hotelaria, e não ficou comprovado nos autos que o autuado não empregou os materiais adquiridos na prestação de serviço de hotelaria.

Ao final do voto, por força da imposição legal contida no art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a instância “*a quo*” recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

Restringe-se o Recurso de Ofício à infração 1, onde se imputa ao contribuinte a falta de recolhimento da diferença de alíquotas na aquisição interestadual de materiais de uso e consumo e ativo fixo.

Do exame dos autos, de início, constato que a atividade do recorrido como por ele sustentado em sua defesa, é de “Hotéis”, CNAE 05510801, não estando, assim, obrigado ao recolhimento da diferença de alíquota pela legislação, face à sua condição de empresa prestadora de serviços, havendo documento nos autos - cópia do extrato relativo aos dados cadastrais constantes da SEFAZ (fl. 459 do PAF)- que comprova o exercício da atividade econômica principal de “Hotéis”, muito embora tenha forma de apuração do imposto “conta corrente fiscal”.

Com efeito, preceitua o parágrafo único do art. 5º do RICMS/BA que: “*Não são considerados materiais de uso ou consumo as mercadorias ou materiais adquiridos por prestador de serviços para emprego ou aplicação na prestação de serviços de qualquer natureza*”, estando correta a JJJ ao julgar improcedente a exigência fiscal com base na norma em referência.

Entretanto, vale registrar, que a atividade exercida de hotelaria não se confunde com atividade mista. A atividade mista é aquela em que o prestador de serviço exerce uma única atividade, sobre a qual recai a incidência de ISS e do ICMS, a exemplo dos prestadores de serviço de conserto ou reparo de equipamentos, em que há incidência do ISS sobre o serviço, e em relação ao fornecimento de partes e peças aplicado neste serviço, há incidência do ICMS.

Na atividade hoteleira, a incidência é apenas do ISS, por não ser contribuinte do ICMS, a menos que exerça atividade de fornecimento de alimentação e bebidas a terceiros, dissociada do serviço hoteleiro, quando tal fornecimento não é cobrado no valor das diárias.

Do exposto, por restar correta a Decisão de primeiro grau que decidiu pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da autuação fiscal, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 180459.0051/10-4, lavrado contra PREDIAL PLAZA NORDESTE S/A., devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$5.382,02, prevista no art. 42, incisos XI e XV, “h”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de dezembro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS