

A. I. N° - 269362.0510/10-1
AUTUADO - SAMADHI HOTÉIS LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO LÍVIO VALARETTO
ORIGEM - INFAC EUNÁPOLIS
INTERNET - 07. 07. 2011

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0194-01/11

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. Infração não contestada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO A MAIS. **a)** IMPOSTO PAGO A TÍTULO DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Infração reconhecida. **b)** SALDO CREDOR TRANSFERIDO A MAIS PARA O MÊS SEGUINTE. Infração não impugnada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Nas aquisições de materiais destinados ao uso e consumo do próprio estabelecimento, efetuadas em outras unidades da Federação, é devido o pagamento do ICMS correspondente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais. Efetuada correção no cálculo do imposto, tendo em vista o ramo de atividade do sujeito passivo. Infração parcialmente caracterizada. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado que, no período abarcado pela ação fiscal as mercadorias não estavam enquadradas no regime de substituição tributária. Infração não caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 01/09/2010, exige ICMS no valor de R\$ 62.800,91, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 1 - Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de maio de 2005, janeiro, maio e julho a setembro de 2008. Foi lançado imposto no valor de R\$ 3.408,47, mais multa de 70%.

Infração 2 - Utilizou a mais crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação, nos meses de junho a agosto de 2008. Foi lançado imposto no valor de R\$ 138,17, mais multa de 60%.

Infração 3 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a transferência incorreta de saldo credor do período anterior. Foi lançado imposto, no valor de R\$ 19,70. Consta que no mês de dezembro de 2005 o saldo credor para o exercício seguinte era de R\$ 439,20 e, no entanto, foi transferido para o mês de janeiro como sendo R\$ 458,90.

Infração 4 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro a março, maio e julho a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, janeiro a março, maio a julho, outubro e

novembro de 2007, janeiro, fevereiro e junho a setembro de 2008. Lançado ICMS no valor de R\$ 44.283,89, mais multa de 60%.

Infração 5 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação ou do exterior e relacionadas nos Anexos 88 e 89 do RICMS-BA, nos meses de dezembro de 2005, abril e dezembro de 2006, novembro e dezembro de 2007 e março de 2008. Foi lançado imposto no valor de R\$ 14.950,68, mais multa de 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 118 a 120) e, após descrever as acusações que lhe foram imputadas, impugna as infrações 4 e 5.

Quanto à infração 4, afirma que foi aplicada a alíquota de 17%, quando o correto seria a diferença entre as alíquotas interna e interestadual, conforme determina o disposto no artigo 69 do RICMS-BA. Também argumenta que neste item do lançamento foram incluídas aquisições de materiais que seriam empregados na prestação de serviços, situação em que não há incidência do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas, a teor do parágrafo único do artigo 5º do RICMS-BA.

No que tange à infração 5, assevera que as bebidas alcoólicas foram excluídas do regime de substituição tributária, por meio do Decreto nº 9.547, de 20/09/05, passando a ser tributadas à alíquota de 27%, com redução de 30%, de acordo com o art. 87, inc. XXVI, do RICMS-BA, vigente à época dos fatos. Aduz que o ICMS recolhido relativamente a esses produtos foi calculado como antecipação parcial (Anexo 2 – fls. 173 a 182), exceto quanto à Nota Fiscal nº 024532, que se encontra sem recolhimento do respectivo imposto.

Sustenta que as diferenças apuradas [nas infrações 4 e 5] totalizam R\$ 48.770,01, valor que, no seu entendimento, deve ser abatido do montante que está sendo cobrado, reduzindo, assim, o valor do Auto de Infração para R\$ 14.030,90. Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, nesse citado valor.

Na informação fiscal, fls. 187-A a 190, o autuante faz uma síntese das infrações e das razões de defesa e, referindo-se à infração 4, transcreve o disposto nas alíneas “a” e “b” do inciso I do parágrafo único do artigo 69 do RICMS-BA para em seguida, afirmar que *nas notas fiscais de compras que não possuem imposto destacado, o crédito para cálculo da diferença de alíquotas é calculado considerando a alíquota interestadual do Estado remetente*. Diz que, dessa forma, reconhece que se equivocou na elaboração das planilhas que embasam esse item do lançamento. Quanto à aplicação de mercadorias de uso ou consumo na prestação de serviços, o auditor mantém a autuação no que tange aos uniformes, lençóis, toalhas, sabonetes e *shampoo*. Acolhe, no entanto, o argumento defensivo relativamente às mercadorias que são, de maneira clara e exclusiva, destinadas para uso no salão de beleza, retirando-as da planilha de apuração do imposto. Às fls. 191 e 192, apresenta demonstrativo sintético com os valores que entende como devidos. Às fls. 193 a 225 foram acostados demonstrativos analíticos e, às fls. 226 a 237, foram anexadas fotocópias de notas fiscais relacionadas nesse item do lançamento.

No que tange à infração 5, reconhece que, no período de 01/10/05 a 31/03/09, as bebidas alcoólicas foram excluídas do regime de substituição tributária, por força do Decreto nº 9.547, de 20/09/05. Afirma que o pleito defensivo procede e, portanto, esse item do lançamento é insubsistente.

O autuado foi notificado acerca do resultado da informação fiscal e teve o prazo regulamentar para se pronunciar (fls. 238 a 241), porém manteve-se silente.

VOTO

O Auto de Infração em epígrafe é composto por cinco infrações. Em sua defesa, o autuado não se defende das acusações contidas nas infrações 1, 2 e 3. Dessa forma, não há controvérsia em relação a essas três infrações e, portanto, esses itens do lançamento são procedentes.

A infração 4 trata da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas aquisições de mercadorias destinadas ao uso e consumo do próprio

estabelecimento, no valor de R\$ 44.283,89, conforme o demonstrativo de fls. 15 a 51, no qual estão discriminadas as mercadorias que foram consideradas como de uso e consumo pelo autuante.

De acordo com o disposto no artigo 4º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, dentre outras hipóteses, no momento da entrada, no estabelecimento de contribuinte do imposto, de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas ao uso ou consumo do próprio estabelecimento.

O disposto no parágrafo único do art. 5º do RICMS-BA prevê 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 (Anexo 1)*”.

Em consonância com o dispositivo citado acima, o inciso I do artigo 7º do mesmo Regulamento determina 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*.

Em sua defesa, autuado questiona a apuração do ICMS devido em decorrência da diferença de alíquotas, bem como pleiteia a exclusão de mercadorias que no seu entendimento são aplicadas no prestação de serviços. Elabora demonstrativo (fl. 121), no qual, após a correção do cálculo do imposto e a exclusão das mercadorias utilizadas na prestação de serviços, apura um débito no valor de R\$ 10.183,63.

Na informação fiscal, o autuante acata o argumento defensivo atinente ao cálculo do imposto devido, exclui da exigência fiscal débitos referentes a diversas mercadorias e mantém a autuação quanto aos produtos de limpeza, lençóis, toalhas, sabonetes e shampoos.

No que tange à correção do cálculo do ICMS devido em razão da diferença de alíquotas, não há reparo a fazer no procedimento do autuante, pois, nos termos da alínea “b” do inciso I do parágrafo único do artigo 69 do RICMS-BA, se houver erro ou destaque de ICMS a mais ou a menos no documento fiscal, deverá se levar em conta o valor que deveria ter sido corretamente calculado. No caso em tela, observa-se no demonstrativo de fls. 15 a 51 que, em várias aquisições, o autuante equivocadamente tinha deixado de considerar o imposto que deveria ter sido destacado pelos fornecedores das mercadorias.

Já no que tange à natureza das mercadorias adquiridas, o demonstrativo de fls. 15 a 51 evidencia que são chapéus, tiaras, óculos, colares, máscaras, produtos de limpeza, materiais de escritório, produtos médicos, bonés promocionais, equipamentos de proteção individual, uniformes, coletes, bom ar, sabonetes, materiais de salão de beleza, sacolas de nylon, lençóis, fronhas e toalhas, shampoo, velas, toner para xerox, artigos de beleza, bandeiras diversas, bandanas, enfeites, kit de massagem, artigos para pesca, fita isolante, guardanapos, artigo para festas, cilindros de gás para refrigerantes, filtros, aromatizantes, incensos, jardineiras (roupas), tecidos diversos, etc.

Conforme os extratos do INC – Informações do Contribuinte (fls. 53 a 61), o autuado está inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS sob o “CNAE-Fiscal 5510801 – Hotéis”, fato que é corroborado pela sua própria razão social.

Considerando o ramo de atividade do estabelecimento (hotel) e o disposto no parágrafo único do artigo 5º e no inciso I do artigo 7º do RICMS-BA, o autuado não estava obrigado ao pagamento do ICMS referente à diferença entre as alíquotas relativamente às mercadorias empregadas nas atividades nas prestações de serviços de hotelaria. Apenas em relação aos materiais de uso e consumo empregados no setor do hotel que realizava operações de circulação de mercadorias é que era devido o ICMS referente à diferença entre as alíquotas. Tendo em vista que o próprio autuado reconheceu e o autuante concordou que diversos materiais eram destinados ao uso e

consumo e, portanto, eram utilizados em operações de circulação de mercadorias, acolho os valores confessados como devidos na defesa (fl. 121), porém faço as seguintes retificações:

- a) no mês de dezembro de 2006, mantendo o débito apurado na informação fiscal, no valor de R\$ 562,67, uma vez que a Nota Fiscal nº 51.110 foi equivocadamente digitada como 81.110;
- b) no mês de janeiro de 2007, mantendo o valor apurado na informação fiscal, no montante de R\$ 1.285,57, pois não ficou comprovado o pagamento do débito referente à Nota Fiscal nº 2.742;
- c) nos meses de fevereiro, maio e julho de 2007, mantendo os débitos apurados na informação fiscal, nos valores de, respectivamente, R\$ 233,56, R\$ 188,97 e R\$ 433,19, uma vez que o autuado admite que era devido o ICMS referente à diferença entre as alíquotas nas aquisições de materiais de limpeza e, além disso, esses produtos não estava, à época, na substituição tributária;
- d) no mês de novembro de 2007, mantendo o valor apurado na informação fiscal, haja vista o equívoco do autuado ao apurar o crédito a que fazia jus;
- e) no mês de fevereiro de 2008, mantendo o débito apurado na informação fiscal, uma vez que o autuado deixou de incluir o IPI na base de cálculo do imposto devido.

Ressalto que em relação aos lençóis, toalhas, sabonetes e *shampoos*, divirjo do entendimento manifestado pelo autuante na informação fiscal e acolho o pleito defensivo, pois esses materiais são, por natureza, utilizados na prestação dos serviços de hospedagens e, portanto, não é devido o ICMS referente à diferença entre as alíquotas.

Em face do acima exposto, a infração 4 subsiste parcialmente no valor de R\$ 10.454,00, ficando o demonstrativo de débito da seguinte forma:

Data	Auto Infração	Infor. Fiscal	Julgado
31/01/05	494,49	316,54	316,54
28/02/05	412,64	266,70	266,70
31/03/05	640,82	401,10	401,10
31/05/05	5.123,57	3.245,86	3.245,86
31/07/05	1.239,99	0,00	0,00
31/08/05	20.533,52	16.235,20	374,79
30/09/05	867,00	867,00	0,00
31/10/05	1.074,90	230,82	230,82
30/11/05	95,54	0,00	0,00
31/12/05	1.232,48	247,70	0,00
31/01/06	1.588,52	407,71	407,71
28/02/06	146,82	146,82	146,82
31/03/06	138,41	138,41	138,41
30/04/06	38,40	38,40	38,40
31/05/06	79,61	79,61	79,61
30/06/06	41,40	24,35	24,35
31/07/06	567,89	437,58	437,58
31/08/06	144,07	144,07	144,07
30/09/06	589,78	412,18	412,18

Data	Auto Infração	Infor. Fiscal	Julgado
31/10/06	604,02	463,27	463,27
30/11/06	1.470,98	529,40	0,00
31/12/06	909,16	562,67	562,67
31/01/07	2.015,76	1.285,57	1.285,57
28/02/07	489,30	233,56	233,56
31/03/07	178,35	178,35	178,35
31/05/07	418,08	188,97	188,97
30/06/07	107,26	107,26	107,26
31/07/07	749,45	433,19	433,19
31/10/07	565,97	0,00	0,00
31/11/07	800,27	325,96	325,96
31/01/08	502,80	0,00	0,00
28/02/08	101,76	4,76	4,76
30/06/08	134,88	0,00	0,00
31/07/08	139,40	0,00	0,00
31/08/11	37,25	0,00	0,00
30/09/08	9,35	5,50	5,50
TOTAIS	44.283,89	27.958,51	10.454,00

Trata a infração 5 da falta de recolhimento de ICMS devido por antecipação tributária, nas aquisições interestaduais de bebidas alcoólicas, na condição de substituto tributário, relativamente ao período de dezembro de 2005 a março de 2008, conforme demonstrativo à fl. 52.

Em sua defesa, o autuado afirma que as bebidas alcoólicas foram excluídas do regime de substituição tributária pelo Decreto nº 9.547/05. Na informação fiscal, o autuante reconhece que o argumento defensivo procede e sugere que esse item do lançamento seja julgado improcedente.

Comungando com o posicionamento do autuante na informação fiscal, considero a infração 5 improcedente, pois as bebidas alcoólicas, no período de 01/10/05 a 31/03/09 estavam excluídas do regime de substituição tributária, conforme alegado na defesa. Assim, a infração 5 não subsiste.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para julgar as infrações 1, 2 e 3 procedentes, a infração 4 parcialmente procedente e a infração 5 improcedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269362.0510/10-1**, lavrado contra **SAMADHI HOTÉIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.020,34**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 3.408,47 e de 60% sobre R\$ 10.611,87, previstas no art. 42, incisos III, VII, “a”, e II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR