

A. I. Nº - 128966.0031/12-4
AUTUADO - UHT – INVESTIMENTOS, PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS
HOTELIROS LTDA.
AUTUANTE - JUSCELINO MARQUES VIDAL
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 02/04/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0015-05/13

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES COM MERCADORIAS DESTINADAS À CONTRIBUÍNTES COM INSCRIÇÃO CADASTRAL BAIXADA. A Inscrição estadual baixada por ofício encontra-se amparada pela extinção do instituto da inscrição especial. Os recolhimentos efetuados pelo impugnante são devidos às importações, de acordo com o código apresentado no sistema INC (0903) e isto não caracteriza a sua condição de contribuinte habitual, visto que os prestadores de serviço são obrigados ao recolhimento do imposto devido pelas importações. Não há qualquer segurança jurídica na manutenção do lançamento tributário, visto que não restou caracterizada a situação de contribuinte de ICMS, por se tratar de empresa notoriamente prestadora do serviço de hotelaria cuja atividade principal foi informada pelo próprio autuante em sua informação fiscal, como sendo o código - 5510801 – Hotéis, cuja venda de refeições configura-se como inclusa no preço cobrado nas diárias. Não há qualquer razoabilidade no pressuposto de que o impugnante comercialize guardanapos na sua unidade hoteleira, não caracterizando intuito mercantil na aquisição de tais mercadorias, e sendo, portanto, um não contribuinte do ICMS, não há incidência do imposto. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No Auto de Infração em lide, lavrado no trânsito de mercadorias em 03/07/2012, foi efetuado lançamento de ICMS no valor total de R\$7.652,04, acrescido da multa de 60% em razão das mercadorias estarem destinadas a contribuinte com inscrição baixada no cadastro da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

O autuado apresentou peça impugnatória ao presente lançamento de ofício às fls. 78/92, com os seguintes argumentos defensivos:

Que possuía uma inscrição estadual especial concedida pela SEFAZ para empresas não contribuintes do ICMS, apenas para facilitar a movimentação de material, possibilitando aos prestadores de serviço a emissão de notas de remessa do próprio talão, mesmo não sendo contribuinte do ICMS, porque contratava e adquiria mercadorias de diversos fornecedores, mas que após o Decreto nº 13.780/2012, o governo da Bahia acabou com as inscrições especiais, e a impugnante teve sua inscrição desabilitada. Esta medida não alterou em nada a sua situação de não contribuinte, posto que era irrelevante do ponto de vista fiscal, ter ou não a inscrição estadual.

Aduz que esta lide se resume ao fato de que adquiriu mercadorias do fornecedor EMPÓRIO SOLUÇÃO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, conforme nota fiscal em anexo ao processo, e o fornecedor ao invés de informar que o produto estava sendo enviado para não contribuinte, incluiu o número da inscrição especial que a UHT possuía, e que no momento se encontra desabilitada em virtude da falta de necessidade. Que o agente coator agiu de forma arbitrária, não aceitando liberar a mercadoria sem o pagamento do imposto, e que foi obrigado a impetrar mandado de segurança na 1ª Vara da Fazenda Pública, fls. 19/22, para liberação de mercadorias. Requer ao final, pela insubsistência do auto de infração.

O autuante às fls. 93/94 presta informação fiscal onde afirma que a empresa autuada não demonstrou interesse em regularizar a situação cadastral perante o fisco, cuja inscrição encontra-se na condição BAIXADA por ofício, e tem como atividade principal o código nº 551080 – Hotéis, e que a questão principal se resume à exigência do imposto em relação às mercadorias GUARDANAPÓS, NCM nº 63025300 adquiridos em outra unidade da Federação por empresa com inscrição baixada e descredenciada da SEFAZ-BA, e que o autuado tem tratamento tributário previsto na lei nº 7.014/96, art. 2º que diz:

O ICMS incide sobre:

I - a realização de operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por bares, restaurantes, hotéis e estabelecimentos similares, incluídos os serviços prestados.

Pelo esclarecido, conclui que a empresa não exerce exclusivamente a atividade a qual está cadastrada e de acordo com a lei, é considerada contribuinte do ICMS, devendo recolher o imposto nas aquisições de bens destinados ao uso e consumo ou ativo permanente e que guardanapos, copos, papel toalha, etc., fazem parte da venda dos produtos servidos no estabelecimento da autuada para fins de ICMS, e que tais mercadorias são destinadas à comercialização e que, portanto deveria recolher a antecipação parcial prevista no RICMS/BA 97 art. 352 –A (sic). Pede pela procedência do Auto de Infração.

Às fls. 105/110 o impugnante se manifesta sobre a informação fiscal, com as seguintes contrarrazões: que a impugnante exerce atividade exclusiva de hotéis e que isto consta no objeto do seu contrato social, estando sujeita à tributação pelo ISS, mas ocorre que na prestação do serviço de hotelaria, oferece juntamente com hospedagem em suas instalações, o fornecimento de todas as refeições no sistema *all inclusive*, de forma vinculada, e que isto pode ser constatado pelos sítios eletrônicos www.palladiumhotelgroup.com, e que o resort somente oferece o serviço de hotelaria atrelado ao regime *all inclusive*, e que o fornecimento da alimentação e da bebida é associado à hospedagem, e os restaurantes do complexo servem apenas e exclusivamente refeições e bebidas aos hóspedes que contratam previamente tal serviço, não havendo fornecimento de alimentos e bebidas a terceiros não hospedados.

Aduz ainda, que mantinha inscrição estadual conforme inc. V do art. 150 do RICMS, como uma faculdade destinadas aos não contribuintes, até do advento do Decreto nº 13.573/11, e a partir de então, só existem os institutos do contribuinte normal, pequeno porte, microempresa ambulante e substituto tributário, mas que a impugnante não se enquadra em nenhuma das espécies existentes hoje, e por não ser contribuinte habitual do ICMS mas apenas do ISS, esta impedida de regularizar sua situação cadastral perante a SEFAZ.

Que quanto às planilhas juntadas pelo autuante com valores de arrecadação de ICMS, estas não tem o condão de caracterizar a empresa como contribuinte habitual do imposto, pois paga eventualmente o ICMS devido em importações ou diferencial de alíquota em aquisições interestaduais, mas que os demonstrativos não explicam a origem dos fatos geradores, se importação ou DIFAL, cerceando o direito de defesa, e impugna os valores lançados na planilha. Reitera o pedido de nulidade do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado no trânsito de mercadorias, sob a fundamentação de que o transporte de guardanapos, de acordo com o DANFE Nº 000.000.534, no valor de R\$45.012,00 se destinava a contribuinte de ICMS deste estado, com inscrição baixada no cadastro da Secretaria da Fazenda.

O impugnante defendeu-se sob a justificativa de que exerce a atividade de hotelaria no sistema *all inclusive*, e que não fornece alimentação ou bebidas a terceiros, mas apenas a seus hóspedes, mediante contrato prévio de hospedagem, e que não mais possui inscrição estadual especial em virtude da extinção desse instituto e que as provas apresentadas pelo autuante de que recolhe ICMS, se deve provavelmente ao imposto pago pelas eventuais importações ou pelo pagamento de diferença de alíquotas em algumas operações interestaduais, mas que é contribuinte do ISS, e não do ICMS, pois não recolhe este imposto com habitualidade, como é exigido em lei.

A lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, discrimina no item 9.01 da lista anexa de serviços tributáveis pelo ISS, a situação requerida do prestador de serviços de hotelaria sob incidência exclusiva do ISS:

9.01 - Hospedagem de qualquer natureza em hotéis, apart-service condominiais, flat , apart-hotéis, hotéis residência, residence-service , suite service ,hotelaria marítima, motéis, pensões e congêneres; ocupação por temporada com fornecimento de serviço (o valor da alimentação e gorjeta, quando incluído no preço da diária, fica sujeito ao Imposto Sobre Serviço).

Pelo artigo 2º da Lei nº 7.014/96, inclui-se na incidência do ICMS, o fornecimento de alimentação e bebidas por estabelecimentos hoteleiros, desde que tais prestações não estejam incluídas no preço relativo à hospedagem, fato alegado pelo impugnante em sua defesa para descaracterizar a sua condição de contribuinte do imposto estadual.

A questão suscitada pelo autuante neste processo é o fato do autuado estar com uma inscrição estadual cancelada, e que seria contribuinte habitual do ICMS, apresentando inclusive recolhimentos sucessivos deste imposto em diversos períodos, fato que é contestado pelo impugnante sob o argumento de que não mais tem a inscrição ativa por imposição legal, e que os recolhimentos de ICMS seguramente não ocorrem por ser contribuinte deste imposto, mas que seriam recolhimentos eventuais, e que as refeições são servidas no sistema denominado *all inclusive*, não havendo comercialização de refeições e de bebidas fora do pagamento recebido pela hospedagem, citando inclusive as informações do sítio da unidade hoteleira da autuada, como prova de suas alegações.

De fato, a questão da inscrição estadual baixada por ofício encontra-se amparada pela extinção do instituto da inscrição especial, restando tão somente a comprovação de que o autuado é ou não contribuinte do ICMS.

Consultando-se o sistema INC da Secretaria da Fazenda para analisar os recolhimentos efetuados pelo impugnante, é possível constatar que são mesmo devidos às importações, de acordo com o código apresentado no sistema (0903), comprovando que recolhe o ICMS com frequência quase mensal, devendo-se esclarecer aqui, se isto caracteriza a sua condição de contribuinte do imposto estadual.

A Constituição Federal dispõe, em seu artigo 155, inciso IX, alínea “a” que o ICMS “*incidirá também*”... “*sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade*(...)”.

Assim, o pagamento de ICMS devido por importação, ainda que habitual frequência, não é condição suficiente para enquadrar o impugnante na condição de contribuinte do ICMS.

Por último, o autuante considerou que o impugnante vende refeições não incluídas nas diárias de hospedagem, enquadrando-o no artigo 2º da Lei nº 7.014/96, como sendo contribuinte do imposto em discussão; tal fato foi negado pelo impugnante, que apontou como prova, as informações

disponibilizadas em seu sítio, ou seja, de que seu serviço é *all inclusive*, modalidade de comércio em que a prestação do serviço de hospedagem inclui todas as refeições nos preços cobrados pelas diárias.

Consultando-se também o endereço eletrônico citado, constata-se que lá só são oferecidos serviços com a inclusão de todas as refeições diárias, em conformidade com o alegado pela defesa, mas é preciso levar em conta também que a informação disponibilizada no site da impugnante pode não condizer com estrita a verdade, mas neste caso, ainda que houvesse qualquer evidência ou comprovação de que a impugnante também oferece serviços sem a inclusão das refeições nos preços cobrados pelas diárias, isto demandaria uma auditoria vertical para se estabelecer a proporcionalidade entre o valor das refeições inclusas nos preços contratados e as que são servidas à parte, situação que se configura fora do alcance da fiscalização do trânsito. Necessitar-se-ia, então, de ordem de serviço para auditoria de estabelecimento para rigorosa apuração dos fatos, na busca pela verdade material.

Por fim, considero que no âmbito deste processo, tal comprovação irrelevante, pois o argumento de que a autuada comercializa refeições com preços não inclusos nas diárias, não pode ser objeto de exigência do contraditório, pois cabia ao autuante trazer ao processo, a prova de que o Hotel pratica tais operações, e isto não foi feito, houve apenas uma presunção sem base legal.

Assim, não vislumbro qualquer segurança jurídica na manutenção do lançamento tributário, vez que não restou caracterizada a situação de contribuinte de ICMS, visto tratar-se de empresa notoriamente prestadora do serviço de hotelaria, cuja atividade principal foi informada pelo próprio autuante em sua informação fiscal, como sendo o código - 5510801 – Hotéis, cuja venda de refeições configura-se como inclusa no preço cobrado nas diárias.

A fundamentação de que havia uma inscrição baixada e que também havia recolhimentos regulares de ICMS nos controles da SEFAZ, foram devidamente rejeitadas. Ademais, não há qualquer razoabilidade no pressuposto de que o impugnante comercialize guardanapos na sua unidade hoteleira, não caracterizando intuito mercantil na aquisição de tais mercadorias, e sendo portanto, um não contribuinte do ICMS, não há incidência do imposto.

Do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **1289.0031/12-4**, lavrado contra **UHT – INVESTIMENTOS PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS HOTELEIROS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR