

N. F. Nº - 269362.0017/19-7  
NOTIFICADO - TRANSOCEÂNICO PRAIA HOTEL LTDA.  
NOTIFICANTE - EDUARDO LIVIO VALARETTO  
ORIGEM - INFAZ EXTREMO SUL  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02/02/2021

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FICAL**

**ACÓRDÃO JJF 0186-01/20NF-VD**

**EMENTA:** ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA USO/CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO (HOTEL). Ocorre o fato gerador do ICMS referente à diferença de alíquotas, quando da entrada efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra Unidade da Federação, cabendo a exigência do imposto junto ao destinatário. Infração subsistente. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 11/12/2019, formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$4.694,23, em decorrência do cometimento da seguinte infração a legislação do ICMS imputada ao notificado: *Deixou o estabelecimento destinatário da mercadoria, bem ou serviço, para uso, consumo ou ativo permanente, de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na hipótese do inciso XV do art. 4º da Lei 7.014/96.*

Enquadramento Legal: inciso I do § 4º do art. 2º; inciso XV do art. 4º; e item 1da alínea “j” do inciso I e item da alínea “c” do inciso II, ambos do art. 13 da Lei n. 7014/96 e EC n. 87/2015.

Período de ocorrência: fevereiro, março, junho, setembro, novembro e dezembro de 2017, janeiro a abril, junho, setembro e dezembro de 2018.

O notificado apresentou impugnação (fls.27 a 30). Inicialmente, explica que as mercadorias arroladas no levantamento fiscal são utilizadas na prestação de serviços, cuja Lei n. 7.014/96, no seu artigo 3º, inciso XIV, estabelece que o imposto não incide nas saídas ou fornecimentos decorrentes de operações relativas a mercadorias que tenham sido ou que se destinem a ser utilizadas na prestação, pelo próprio autor da saída ou do fornecimento, de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como sujeito ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, ressalvadas as hipóteses de incidência do ICMS previstas em lei complementar.

Acrescenta que a LC 116/2003, que trata da regulamentação do ISS em âmbito nacional, traz a descrição no item 9.01 da Lista de Serviços anexa à referida Lei, cuja redação reproduz.

Diz que se verifica que o valor da alimentação, quando incluído no preço da diária, fica sujeito ao ISS, e não pode sofrer a incidência do ICMS em hipótese alguma.

Afirma que da mesma forma dos demais hotéis, inclui o café da manhã na diária do hóspede, razão pela qual as mercadorias com essa destinação, quando adquiridas noutro Estado não podem estar sujeitas a exigência do pagamento do ICMS antecipadamente ou não, caso contrário ocorrerá bitributação e acarretará prejuízos à empresa.

Assinala que a escrituração fiscal destas mercadorias é feita no SPED Fiscal com o CFOP 2128-Compra para utilização na prestação de serviço sujeita ao ISSQN, que, inclusive, consta no relatório “Auditoria de diferença de alíquotas do uso/consumo/imobilizado” elaborado pelo notificante e que anexa como prova essencial e bastante das informações que passa a discorrer.

Alega que o notificante incorreu em lapso, haja vista que o conceito de uso, consumo ou ativo

imobilizado, está relacionado a algo que ficará na empresa para seu consumo próprio, contudo, não é o caso em questão. Reitera que todas as mercadorias classificadas no CFOP 2128 se destinam à utilização na prestação de serviços da empresa.

A título exemplificativo, menciona o período de 28/02/2017, constante no demonstrativo elaborado pelo notificante, no qual os itens lançados com CFOP 2128, cujas notas fiscais anexa, a exigência do ICMS DIFAL é indevida, no caso: leite em pó, fermento químico em pó, bebida láctea morango, queijo prato, bebida láctea ameixa.

Diz que se conclui que a empresa sabe distinguir precisamente a destinação de cada mercadoria adquirida e assim procede escriturando o CFOP correspondente a cada uma delas, sendo que nas aquisições de materiais para uso ou consumo próprio, faz o devido cálculo e pagamento do ICMS DIFAL.

Apresenta planilha contendo o total da diferença dos demais meses exigida no levantamento fiscal e o total dos itens com CFOP 2128 constantes do demonstrativo elaborado pelo notificante.

Finaliza a peça defensiva requerendo a improcedência da Notificação Fiscal.

## VOTO

A infração diz respeito à 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\$4.694,23, conforme o demonstrativo elaborado pelo notificante de fls. 5 a 8-v, no qual estão discriminadas as mercadorias consideradas de uso e consumo do estabelecimento.

O artigo 4º, inciso XV da Lei nº 7.014/96, estabelece que:

*Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

*[...]*

*XV - da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subseqüentes alcançadas pela incidência do imposto.*

Já o art. 13, I, “j”, 1, do mesmo diploma legal acima referido estabelece que:

*Art. 13. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do contribuinte ou responsável, é:*

*I - tratando-se de mercadoria ou bem:*

*[...]*

*j) relativamente ao pagamento da diferença de alíquotas:*

*[...]*

*I - o do estabelecimento destinatário da mercadoria ou bem para uso, consumo ou ativo permanente, na hipótese do inciso XV do caput do art. 4º desta Lei;*

A simples leitura dos dispositivos legais acima reproduzidos permite inferir que ocorre o fato gerador do ICMS referente à diferença de alíquotas, quando da entrada efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, cabendo a exigência do imposto junto ao destinatário, como ocorre na Notificação Fiscal em lide.

No presente caso, o próprio impugnante alega que as mercadorias arroladas no levantamento fiscal são utilizadas na prestação de serviços não alcançados pela incidência do ICMS, haja vista que o valor da alimentação, quando incluído no preço da diária, fica sujeito ao ISS.

Ora, tal alegação vai ao encontro ao que dispõe o inciso XV do artigo 4º da Lei n.7.014/96 no sentido

*de que, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.*

É certo que a prestação de serviço de hotelaria está sujeita exclusivamente ao Imposto sobre Serviços, de competência municipal, afastada a incidência do ICMS, quando o valor da alimentação estiver incluído no preço da diária, consoante o item 99 da Lista de Serviços, na redação dada pela LC 116/2003.

Vale dizer que o ICMS só incide quando da realização de operação de saída (venda) da alimentação quando o valor desta alimentação não estiver incluído no preço da diária.

Por óbvio, se assim não fosse, restaria caracterizada a bitributação, haja vista que dois entes tributantes estariam exigindo dois tributos distintos - ISS e ICMS - sobre o mesmo fato gerador, no caso o fornecimento de alimentação.

Diante disso, considerando que a exigência fiscal diz respeito ao ICMS relativo à diferença de alíquotas, portanto, a entrada de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento, a infração é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº. **269362.0017/19-7**, lavrada contra **TRANSOCEÂNICO PRAIA HOTEL LTDA.**, devendo ser intimado o notificado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.694,23**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, com os demais acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2020

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR