

PROCESSO	- A. I. N° 272041.0018/19-8
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- NAUTICOMAR HOTELARIA, SERVIÇOS E TECNOLOGIA LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0210-04/22-VD
ORIGEM	- DAT SUL / INFAS EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 19/03/2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0043-11/24-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ficou comprovado que o sujeito passivo atua no ramo de hotelaria, cujo fornecimento de alimentos e bebidas estão incluídos na hospedagem “*sistema all inclusive*”, condição esta não descaracterizada pelo autuante. Desta maneira, não é devida a exigência de ICMS a título de antecipação parcial. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em relação à Decisão recorrida que julgou improcedente os presentes autos da exigência de crédito tributário no montante de R\$ 202.974,82 em decorrência do Auto e Infração em tela, expedido em 29/11/2019, contendo a seguinte acusação” “*Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização. Deve ICMS ao Estado da Bahia*”. Multa aplicada no percentual de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

O autuado ingressou com **Impugnação** ao lançamento, fls. 217 a 220, o autuante solicitou que lhe fossem enviados documentos para o e-mail indicado, para prestar informações relacionadas a incidência de ICMS sobre mercadorias adquiridas e fornecidas pelo próprio através de prestação dos serviços de hotelaria, estando o valor incluído no preço da diária cobrada ao hóspede.

Acrescentou que fora novamente intimado para apresentar novas provas materiais no sentido de que operou exclusivamente no sistema “*all inclusive*”, e que ainda permanece por tempo indeterminado, o que atendeu, tendo encaminhado declaração de hóspedes no hotel no sistema “*all inclusive*”, histórico do processo e do ato constitutivo dos benefícios fiscais da SUDENE, demonstração dos resultados e os documentos emitidos, os sites e os contratos com as operadoras e notas fiscais de serviços.

Destacou sua idoneidade empresarial e que atua na condição de “*100% hotel*”, apresentando certidões com o intuito de comprovar sua idoneidade, e que está cadastrado na SEFAZ como empresa de hospedagem, com perfil “B”, ou seja, fornece informações de forma mais sistemática, por exemplo, totalizações por período (diário, semanal, mensal), apurando ISS em função da receita bruta e não apurando ICMS, considerando as operações interestaduais abaixo:

- Sabonetes e xampus, caneta, lápis e objetos para higiene pessoal, ficando à disposição dos hóspedes nos apartamentos para uso pessoal;
- Material elétrico, pintura, hidráulico, piscina, manutenção em geral, para conservação do estabelecimento;
- Produtos à base de farinha de trigo, caldos, molhos, etc., para o preparo de refeições; bebidas alcoólicas e não alcoólicas, leite e derivados, produtos hortifruti, aves, suínos, bovinos, caprinos, ovinos e outros;
- Camas, móveis e utensílios, colchões, ar condicionado, computadores e periféricos, dentre

outros destinados ao Imobilizado, utilizados pelos hóspedes nos apartamentos.

Disse que para fins de comprovação apresenta em anexo declaração de hóspedes juntamente com outros documentos citados, inclusive notas fiscais de serviços, os quais, ao seu entender, demonstram de forma cristalina, sem quaisquer resquícios de dúvidas que:

- o sistema de hospedagem adotado é exclusivamente o *resort all-inclusive*, onde todas as refeições e bebidas estão incluídas no valor da diária;
- as mercadorias (cama e móveis e utensílios, colchões, ar condicionado, computadores, etc.), são destinados ao ativo fixo, utilizados pelos hóspedes nos apartamentos;
- tal sistemática de hospedagem é imutável, tendo em vista que não trabalha com outro sistema.

Às fls. 323 e 324 consta **Informação Fiscal** prestada pelo autuante relativamente a outro Auto de Infração, fato este que motivou a **conversão do feito em diligência** em 30/09/2021, fl. 326, para que fosse prestada pelo autuante Informação Fiscal relacionada ao presente Auto de Infração, sendo reduzindo para o total de R\$ 105.614,66.

Após as deliberadas, a JJF proferiu o seguinte voto condutor:

VOTO

A acusação que versa nos presentes autos para efeito de exigência de crédito tributário no montante de R\$ 202.974,82, se encontra posta nos seguintes termos” “Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização”.

Em consonância com o quanto acima transcrita, quando efetivamente comprovado, a exigência do ICMS a título de antecipação parcial é devida, à luz da Lei nº 7.014/96, nas seguintes situações”

Art. 2º 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;

II - o fornecimento de mercadoria com prestação de serviços”

a) não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

b) sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual;

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Por outro ângulo, sob a ótica da Lei Complementar 116/03, depreende-se que a incidência do ICMS sobre o fornecimento de alimentação e bebidas de que tratam os artigos acima transcritos, não ocorre sobre os alimentos e bebidas oferecidos durante a refeição incluída no pacote da diária contratada pelo hóspede, pois não há fato gerador do ICMS nesta situação específica. Isto porque, a referida LC, que regula a incidência do Imposto Sobre Serviços, traz, de forma clara, essa previsão no subitem 9.01 da Lista de Serviços, conforme se pode constatar do texto normativo abaixo”

“9.01 – Hosteragem 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 Serviços).

Feitas as colocações acima pertinentes a legislação relacionada ao fato constante da autuação, passo a examinar, objetivamente, a acusação relacionada a presente autuação.

O autuado se defendeu argumentando que opera e que atua na condição de “100% hotel”, e que está cadastrado na SEFAZ como empresa de hospedagem, com perfil “B”, ou seja, fornece informações de forma mais sistemática, por exemplo, totalizações por período (diário, semanal, mensal).

Arguiu a não incidência do ICMS sobre as operações que pratica, por operar como “Hotéis 5510801”, adquirindo, em sua totalidade, mercadorias para consumo e insumos, cujo fornecimento de alimentos e de bebidas estão incluídos na hospedagem “sistema all inclusive”, portanto não é devido o ICMS antecipação parcial quando forem adquiridas e efetivamente fornecidas em decorrência da sua prestação de serviços de hotelaria, estando o valor incluído no preço da diária cobrada ao hóspede, portanto, sua atividade não é

voltada à prática de operações relativas à circulação de mercadorias, mas, de forma preponderante a prestação de serviços de hotelaria, que está sujeita ao ISQN, de competência municipal.

Elencou as mercadorias e bens que adquire e voltou a sustentar que não deve pagar ICMS em relação aos produtos que mencionou, posto que são adquiridos sem fim de comercialização e colocados à disposição dos hóspedes, como parte do serviço prestado, apresentando a título de prova material para efeito de comprovação do seu argumento, contrato de hospedagem, declarações assinadas por hóspedes atestando que a mesma ocorreu sob o sistema all inclusive, fichas de hospedagem e de reservas na condição citada, dentre outros documentos atinentes a mesma situação.

Tais argumentos e documentos trazidos pelo autuado, não foram examinados e enfrentados pelo autuante quando da Informação Fiscal, o qual se limitou a citar que “A autuada em sua defesa às fls. 214 a 319 alega improcedência da infração, contudo, há Parecer nº 000460/2011 (SEFAZ/BA de 10/01/2011 – anexo) informando que produtos destinados à refeição tem cobrança do ICMS/Antecipação Parcial”, apresentando, ao final, uma redução no valor do débito sem informar o que motivou a redução proposta.

Apesar do autuante se reportar ao Parecer acima de nº 00460/2011, dizendo que o mesmo se encontra anexo aos autos, isto não se confirma, posto que não localizei juntado aos autos tal parecer. O que consta, é uma intimação, da lavra do autuante, endereçada ao autuado via DT-e, fl. 227, que faz alusão ao Parecer nº 25531/2012, e traz a seguinte transcrição:

“ICMS. Operações de vendas de bebidas sujeitas ao regime de substituição. Adquirentes são prestadores de serviços de camarote e hotelaria. Produtos colocados à disposição para consumo na modalidade “all inclusive”. Lei nº 7.014/96, artigo 2º. Lei Complementar nº 116/2003, Lista de Serviços itens 9.01 e 17.10. RICMS/BA Decreto nº 6.284/97, artigo 355, inciso VII.

(...)

Desta forma, o entendimento é de que o consulfente quando realizar operações de vendas de bebidas destinadas a revenda, consumo e no formato “all inclusive” deverá promover a substituição tributária e recolher o ICMS, com exceção do fornecimento vinculado ao serviço de hospedagem e cobrado na diária. Vale observar que se o adquirente, eventualmente, não fornecer os produtos a seus clientes mediante prestação de serviços de hotelaria, por exemplo, fazendo a cobrança de forma dissociada, deverá proceder aos respectivos controles, emitindo documento fiscal com destaque do ICMS para fins de apuração e recolhimento ...”.

Portanto, ao contrário do quanto afirmado pelo autuante, o excerto do Parecer acima, em nada lhe favorece, na medida que exclui, de forma clara, a cobrança do ICMS, quando vinculado ao serviço de hospedagem atrelado a diária.

Este foi o argumento apresentado e sustentado pela defesa, acompanhado de farta documentação comprobatória, que deixou de ser contraditado pelo autuante, que, pelo que consta dos autos, os ignorou totalmente, situação esta que fragiliza, de forma contundente, a autuação. Desta forma, como não está comprovado nos autos que ocorreu fornecimento de alimentação ou de bebidas, de forma desvinculada da diária cobrada ao hóspede, não vejo como subsistir a exigência fiscal, razão pela qual voto pela IMPROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda Estadual, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7629/99.

VOTO

No pertinente Recurso de Ofício, observo que a decisão da 4ª JJF (Acórdão Nº 0210-04/22-VD) desonerou o sujeito passivo, julgando o auto Improcedente, zerando o débito lançado de R\$ 202.974,82, em valores históricos, o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito do Recurso de Ofício, observo que a improcedência do valor lançado decorreu do acolhimento, por parte do julgador de piso, das alegações e comprovações trazidas pelo Sujeito Passivo em sua petição impugnatória, oportunidade em que se constatou que o sujeito passivo é um empreendimento hoteleiro que opera e que atua na condição de “100% hotel”, e que está cadastrado na SEFAZ como empresa de hospedagem.

Constatou ainda que a autuada, estabelecida no município de Porto Seguro, dedica-se a atividade de hotéis, código 55.10-8- 01, conforme consta no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica e no cadastro estadual de contribuintes do ICMS – CAD-ICMS, podendo exercer outras atividades

secundárias. Conforme vasta documentação acostada, percebe-se que a mesma oferece a seus clientes o serviço tipo “*all inclusive*”, modalidade de serviço de hotelaria, onde se inclui no valor da diária todas as refeições e bebidas servidas nas instalações do estabelecimento.

Inicialmente cabe ressaltar que por força do art. 5º, § 2º, inc. XII da Lei nº 7.014/96, incluem-se entre os contribuintes do ICMS o restaurante, bar, café, lanchonete, cantina, hotel e estabelecimentos similares que efetuam o fornecimento de alimentação, bebidas ou outras mercadorias. Entretanto, deve-se observar que o serviço de hospedagem de qualquer natureza em hotéis, com fornecimento de serviço, a Lei Complementar nº 116/2003 prevê que haverá apenas tributação do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS, inclusive, sobre a alimentação, quando o valor cobrado estiver incluído no preço da diária paga pelo hóspede, ou seja, não havendo tributação do ICMS, quando do fornecimento de alimentos e bebidas integrar o valor da diária.

O ICMS incide, no caso de empresas dedicadas ao ramo hoteleiro, exclusivamente sobre as refeições comercializadas em seu restaurante, quando cobradas separadamente do preço da diária. No presente caso, os elementos trazidos pela defesa, atestam que as refeições são vendidas juntamente com as diárias no sistema de “*all inclusive*”, portanto, fora do campo de incidência do imposto estadual, descabendo, desse modo, qualquer exigência do ICMS pelas aquisições e operações que realize.

De tudo que foi exposto, me alinho ao julgador de piso quando sentenciou da seguinte forma:

“... como não está comprovado nos autos que ocorreu fornecimento de alimentação ou de bebidas, de forma desvinculada da diária cobrada ao hóspede, não vejo como subsistir a exigência fiscal, razão pela qual voto pela IMPROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.”

Assim, NEGO PROVIMENTO ao 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 interposto e manter a Decisão recorrida que julgou IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 272041.0018/19-8, lavrado contra NAUTICOMAR HOTELARIA, SERVIÇOS E TECNOLOGIA LTDA.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de fevereiro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO - REPR. DA PGE/PROFIS