

PROCESSO - A. I. Nº 272041.2046/05-9
RECORRENTE - ARRAIAL D'AJUDA ECO PARQUE LTDA. (ECO PARQUE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0332-02/06
ORIGEM - INFRAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 09/11/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0392-11/07

EMENTA: ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). Não provada a alegada existência de valores relativos a serviços ou de “valores terceirizados”. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto com base no art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/BA, apresentado contra a Decisão proferida pela 2ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0332-02/06, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado para imputar ao sujeito passivo omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao que foi informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no valor de R\$102.708,61.

Em Primeira Instância, a JJF concluiu pela Procedência “*in totum*” da infração imputada, afastando o argumento da defesa de que o imposto lançado no Auto de Infração foi calculado de forma indevida, pois os valores informados pelas administradoras de cartões não se referem a vendas de mercadorias, mas uma parte corresponderia a vendas de ingressos, não estando sujeita a ICMS, e outra parte se refere a valores que são creditados a terceiros, valores estes que são considerados como pagamento pela cessão dos pontos de vendas, conforme contratos de concessão que anexa, sobre os quais também não incidiria ICMS, e que toda a comercialização de mercadorias dentro da área do Eco Parque é de responsabilidade de terceiros, já que o estabelecimento autuado não comercializa produtos. Consignou a JJF que “*As explicações da defesa não são convincentes. Se, conforme alega, seu equipamento emissor de Cupons Fiscais (ECF), além de registrar operações de venda, é utilizado também para o registro de vendas de ingressos de pessoas no parque, isto teria de ser provado de alguma forma nos autos, não podendo simplesmente ser alegado*”.

Aduziu, ainda, a JJF que os contratos de concessão de área comercial anexados às fls. 275 e seguintes não se prestam para esclarecer o alegado pela empresa, pois se ela - dona do parque - concede áreas a terceiros para que estes nela instalem estabelecimentos comerciais, é evidente

que cada concessionário será um estabelecimento autônomo, com inscrição própria no cadastro estadual de contribuintes, cujos negócios não se confundem com os da empresa concedente – devendo cada concessionário ter seus livros, seus documentos, seus controles, independentes dos livros e documentos fiscais da empresa concedente da área, e que diante disto a conclusão é de que a simples declaração de que no ECF constam “valores terceirizados” é insuficiente como prova, já que os contratos de concessão de área comercial juntados pelo autuado apenas provam que foram cedidos espaços para que terceiros se estabelecessem, de forma contínua e ininterrupta, nas áreas especificadas nos aludidos instrumentos, obrigando-se, em contrapartida, a pagar à concedente uma comissão de 30% do valor da receita bruta de seus negócios.

Conclui a JJF que o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96 autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte prove ser improcedente tal presunção, sempre que a escrituração do estabelecimento indicar – dentre outras coisas – a existência de valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, prova essa que não foi feita.

Irresignado com o Julgado de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 600 a 603 - onde requer a reforma da Decisão da JJF e o cancelamento do presente Auto de Infração, alegando que sendo uma empresa prestadora de serviço, o que seria fato público e notório, os elementos que apresentou serviria para eliminar a presunção de que o movimento financeiro apresentado pela administradora de cartão envolveria compra e venda de mercadorias, obrigando à tributação pelo ICMS, não sendo lógico presumir que em seu faturamento com cartão não tenha venda de serviços.

Aduz, ainda, que o fato informado na defesa de que o faturamento diz respeito à venda de ingressos restou demonstrado, já que a fatura dos cartões coincide com valores múltiplos de R\$20,00 e principalmente de R\$38,00 (preços dos ingressos), seria suficiente para elidir a presunção de valores de faturamento oriundos de venda de mercadorias. Que é destituído de lógica o raciocínio adotado na interpretação dos contratos de terceirização feita pela JJF, pois a responsabilidade da comercialização definida na Cláusula décima terceira diz respeito principalmente à qualidade das mercadorias vendidas, e a proibição da venda direta no quiosque é tão somente uma forma de controle sobre o faturamento para efeito de pagamento da terceirização, por isto a existência de controle através de caixa único.

Informa que outro fato de conhecimento da SEFAZ é que todos os terceirizados do Parque são empresas constituídas, com CNPJ e inscrição estadual, o que corrobora o alegado na defesa, já que prova da figura da terceirização e de que não se pode presumir como de venda exclusiva de mercadorias os valores apontados pela administradora de cartão.

Alega que a própria indicação da sua movimentação fiscal, através dos elementos do Livro Razão, que anexa – fls. 610 a 615 - é prova material de que o faturamento apresentado pelas administradoras diz respeito à venda de serviços.

A PGE/PROFIS, às fls. 668, solicitou como subsídio ao seu pronunciamento que a Assessoria Técnica da PGE/PROFIS verificasse, em cotejo com as provas carreadas aos autos pelo contribuinte e a documentação que embasa a autuação, se é possível diferenciar o que é prestação de serviços e o que é venda de mercadorias, e se é possível separar as vendas supostamente realizadas pelas empresas concessionárias das vendas realizadas pelo autuado.

O Parecer da referida Assessoria Técnica – de nº 19/07 – fls. 669 a 672 dos autos, consigna que os contratos acostados às fls. 616 a 664 foram assinados no ano de 2006, nada tendo a ver, portanto, com o período objeto da autuação, que se reportam aos meses de janeiro a maio de 2005. No que se refere à cópia do Razão Analítico, destaca que a mesma não se reveste das mínimas formalidades necessárias a dar credibilidade às informações ali contidas, e que ainda que assim não fos-

se, ou seja, se tivesse sido juntado o próprio livro original, a tese da defesa não restaria comprovada. Conclui respondendo objetivamente as indagações da PGE/PROFIS, no sentido de que: não é possível diferenciar o que é prestação de serviço e o que é venda de mercadorias e que não é possível separar as vendas supostamente realizadas pelas empresas concessionárias das vendas realizadas pelo autuado. Ao final, destaca que cabe ao próprio autuado, a partir dos documentos de fls. 342 a 579 – Relatórios Diários das Operações TEF – e com base neles, tentar comprovar que parte da base de cálculo objeto da autuação nada teria a ver com venda de mercadorias por ele realizada.

A PGE/PROFIS, então, emite opinativo às fls. 674 e 675 – onde aduz que a tese recursal revelou-se inconsistente, já que restou comprovado que não há como separar a apurada omissão de vendas de mercadorias da supostamente alegada, mas não comprovada, frise-se, prestação de serviços. Observa que a presunção legal de omissão de saída encontra guarita na Lei do ICMS, em seu art. 4º, §4º, porquanto a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituição financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributárias sem pagamento do imposto, constituindo fato gerador do tributo, e conclui pela manutenção do julgamento de Primeira Instância, que apreciou toda as questões ventiladas nos autos, não merecendo reforma.

VOTO

Da análise da Decisão Recorrida e dos documentos acostados aos autos, entendemos que o sujeito passivo não logrou comprovar que os valores exigidos no presente lançamento de ofício se referem a vendas de ingressos – portanto prestação de serviços fora do âmbito de incidência do ICMS - e não vendas de mercadorias, ou que se referem às vendas realizadas por empresas terceirizadas, instaladas no local onde exerce sua atividade mediante contrato de concessão de área comercial.

A uma, porque os contratos acostados aos autos - às fls. 275 a 325 e às fls. 616 a 664 - e que se referem a empresas que exercem atividades tributadas pelo ICMS (comercialização de mercadorias), frise-se, foram celebrados em data e ano posterior à exigência fiscal (outubro de 2005 e no decorrer do ano de 2006, respectivamente), sendo que o período autuado se reporta aos meses de janeiro a maio de 2005. A duas, porque fica claro da leitura dos referidos contratos de concessão que as concessionárias são empresas contribuintes do ICMS, pois comercializam mercadorias diversas dentro do estabelecimento do autuado, sendo de responsabilidade destas as operações de venda dos produtos especificados e os tributos correlatos, no termos das Cláusulas terceira e sexta dos referidos contratos (redação padrão), recebendo em contrapartida o cedente um percentual sobre o valor da receita bruta da concessionária. Assim, nesta condição, são estabelecimentos autônomos, devendo ter CNPJ e inscrição estadual distintos, e ainda devendo cumprir suas obrigações tributárias, principal e acessórias, de forma autônoma, ainda que exerçam suas atividades dentro da área de outro estabelecimento. Aliás, o próprio autuado afirma na peça recursal que tais empresas têm inscrição estadual.

Na verdade, não há que se falar em terceirização de atividade – como quer o recorrente - e sim em cessão de área de sua propriedade, para que outras empresas exerçam suas atividades, de forma autônoma, mediante pagamento de um valor estipulado ao cedente.

Por outro lado, a cópia do documento que o recorrente denomina como Razão Analítico – fls. 610 a 615 - não se presta a comprovar o alegado pela empresa. Caberia ao sujeito passivo, como a JJF consignou, de posse dos Relatórios Diários das Operações TEF – dispostos às fls. 342 a 579 e em relação aos quais teve o contribuinte plena ciência, pois lhes foram entregues, conforme prova às fls. 271 dos autos – efetuar a conferência da natureza das operações no que pertine ao modo de pagamento de cada uma, fazendo o cotejo entre o que consta nos referidos Relatórios TEF e o que

foi registrado no ECF, o que possibilitaria demonstrar que de fato foram incluídos valores indevidos no levantamento fiscal.

Ora, nada disso foi feito. Reitera o recorrente a alegação de que os valores exigidos se referem a vendas de ingressos ou à venda de mercadorias pelos concessionários, sem trazer qualquer prova do que alega. Registre-se que a regra do §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 - dispositivo que serviu de base para a autuação - permite que a presunção de omissão nele estabelecida seja afastada, mediante prova da improcedência desta presunção pelo contribuinte, o que este não logrou fazer.

Do exposto, como o dispositivo citado autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte prove ser improcedente tal presunção, sempre que a escrituração do estabelecimento indicar a existência de valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, e tal presunção não foi elidida, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, mantendo a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 272041.2046/05-9, lavrado contra ARRAIAL DAJUDA ECO PARQUE LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$102.708,61, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de outubro de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

ANA PAULA TOMAZ MARTINS – REPR. DA PGE/PROFIS