

**A. I. N°** - 207185.0050/01-4  
**AUTUADO** - EMPRESA MUNICIPAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO S/A  
**AUTUANTE** - PAULO ROBERTO MENDES LIMA  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 04.04.02

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0093-02/02

**EMENTA:** ICMS. ARBITRAMENTO. OMISSÃO DE ESCRITURAÇÃO DE LIVROS FISCAIS E CONTÁBEIS, ALÉM DA FALTA DE DESTAQUE E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Procedimento embasado na impossibilidade de desenvolver fiscalização normal do estabelecimento. Justifica-se o arbitramento. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/12/01, refere-se a exigência de R\$162.070,32 de imposto, mais multa, tendo em vista que foi constatada a falta de recolhimento do ICMS apurado através de arbitramento da base de cálculo em virtude de omissão de lançamentos nos livros fiscais e contábeis, além da falta de destaque e pagamento do imposto referente às contas mensais de água, nos exercícios de 1996 e 1997.

O contribuinte impugnou o Auto de Infração, alegando nas razões de defesa que se trata de empresa pública constituída sob a forma de sociedade de economia mista, com 99,25% das ações pertencentes ao Município de Itabuna, e por isso, vinculada à Administração Pública indireta do citado Município. Disse que as tarifas cobradas à comunidade são instituídas em lei, e se destinam à manutenção desses serviços, e em sua remuneração não está embutida qualquer espécie de lucro. Argumentou que a exigência fiscal fatalmente levará à extinção do serviço ou ao encarecimento do mesmo, e o risco que se corre com a elevação dos custos, ao invés de ampliar, será reduzido o acesso da população carente a um serviço tão essencial à saúde e à vida dos cidadãos. Ressalta que o ICMS é um imposto não cumulativo, e por isso, é assegurado pela Constituição Federal o direito de abater do ICMS debitado o valor cobrado nas operações anteriores. Citou o art. 155 da Constituição Federal, a Lei Complementar 87/96, referindo-se às operações consignadas na legislação, apresentando o entendimento de que se trata de operações mercantis relativamente à circulação de mercadorias ou prestação de serviço de transporte e comunicação. Assim, alegou que a água tratada, por ser bem fora do comércio, não é passível de qualquer tipo de circulação econômica, porque os órgãos municipais não vendem, mas prestam serviço público de fornecimento da água tratada. Dessa forma, entende o defendente que a água tratada não constitui mercadoria, mas sim, bem fora do comércio, citando decisão do TIT de São Paulo. Conclui dizendo que não ocorre incidência de ICMS sobre serviço de fornecimento de água tratada em razão da não ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, transcrevendo o art. 6º inciso XVI do RICMS/97. Pede o reconhecimento do benefício fiscal da não incidência do cumprimento da obrigação principal, para não recolher o ICMS quando do fornecimento à população local da água natural tratada.

O autuante apresentou informação fiscal mantendo o Auto de Infração, dizendo que a incidência de ICMS nas operações internas efetuadas por concessionárias de serviços de abastecimento de água já foi objeto de decisões anteriores pelo CONSEF. Disse que o conteúdo do Auto de Infração não foi atacado pelo defendente, que ao final das razões defensivas pediu reconhecimento de

benefício fiscal, o que deveria ser objeto de processo específico antes de iniciada qualquer ação fiscal. Esclareceu que o arbitramento da base de cálculo foi realizado, tendo em vista que foi constatado que o autuado não efetuou qualquer escrituração fiscal das operações realizadas, não destacou nas contas mensais de água, não escriturou, nem recolheu o ICMS; as contas mensais emitidas não tinham as segundas vias arquivadas e disponíveis para exibição ao Fisco. Ressaltou que em consenso, pela proposta da própria empresa, e sob acompanhamento de preposto, foi procedido um levantamento retroativo dos valores, sendo intitulado “ALTERNATIVA PARA DETERMINAÇÃO DO FATURAMENTO DE ÁGUA DA EMASA”, fls. 19 a 171. Assim, o autuante informou que o autuado não pode questionar os resultados do levantamento fiscal porque foram observados critérios avalizados pela direção e por técnicos envolvidos na tarefa.

## VOTO

Tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado contra a entidade autárquica municipal, o Serviço Autônomo de Água e Esgoto, a defesa alegou a inexistência de previsão constitucional para a exigência do ICMS sobre o tratamento de água natural. Informou que a tarifa cobrada, apenas remunera o serviço de captação de água, seu tratamento e distribuição, fugindo à incidência do ICMS por não se constituir fato gerador deste imposto. Argumenta sobre a previsão constitucional da imunidade recíproca, baseando-se na Constituição Federal.

Vale ressaltar, que o caso em exame é semelhante ao Auto de Infração de nº 279696.0015/98-1, lavrado contra SAAE SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO, da cidade de Valença, constatando-se que as alegações defensivas foram no mesmo sentido deste PAF, ou seja, pela inexistência de fato gerador para exigência do imposto. Assim, considerando as alegações defensivas, o Auto de Infração de nº 279696.0015/98-1 foi convertido em diligência à PROFAZ para fins de orientação quanto a aplicabilidade da imunidade alegada pela defesa, ficando esclarecido que estão sujeitas ao ICMS as operações realizadas pela autarquia municipal instituída para fornecimento de água e serviços de esgoto, e que a imunidade prevista no art. 150, inciso VI, alínea “a” da Constituição Federal não beneficia as atividades do autuado, haja vista que são cobrados preços e tarifas ao usuário.

Assim, são consideradas tributadas as operações realizadas pelo autuado, ficando caracterizada a exigência fiscal, nos valores apurados pelo autuante, cujos cálculos não foram contestados pelo defendente, que não apresentou qualquer demonstrativo para contrapor o levantamento fiscal. Por isso, entendo que é subsistente o arbitramento da base de cálculo, haja vista que foram atendidos os requisitos legais, ressaltando-se que os cálculos se basearam em levantamento denominado “ALTERNATIVA PARA DETERMINAÇÃO DO FATURAMENTO DE ÁGUA DA EMASA” fornecido pela própria empresa.

Conforme se pode observar nas razões defensivas, o autuado apresentou apenas alegações de que, em virtude de sua atividade, não ocorre incidência de ICMS sobre serviço de fornecimento de água tratada em razão da não ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, sendo que não foi apresentado qualquer levantamento para contrapor os demonstrativos acostados ao PAF pelo autuante.

De acordo com o art. 123 do RPAF/99, a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada das provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99).

Conforme esclarecimentos na descrição dos fatos e informação fiscal prestada pelo autuante, o arbitramento da base de cálculo foi realizado, considerando a constatação de que o autuado não efetuou qualquer escrituração fiscal das operações realizadas, não destacou nas contas mensais de água, não escriturou, nem recolheu o ICMS; as contas mensais emitidas não tinham as segundas vias arquivadas e disponíveis para exibição ao Fisco.

O contribuinte que deixa de apresentar documentos fiscais, após regular intimação, pode inicialmente ser penalizado com multa formal, conforme art. 42, inciso XX, da Lei nº 7.014/96. Entretanto, no caso de arbitramento que resulte na exigência de imposto, a multa pelo descumprimento da obrigação acessória será absorvida pela multa relativa à obrigação principal.

No presente caso, não ficou caracterizado o extravio, não houve aplicação de penalidade. Mas, ficou caracterizado que a falta de exibição dos documentos correspondentes às contas mensais de água, e elementos relativos à escrituração fiscal impediu a realização de procedimento normal para apurar o valor real do imposto devido.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, haja vista que existem no PAF elementos suficientes para caracterizar a necessidade de arbitramento da base de cálculo.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207185.0050/01-4**, lavrado contra **EMPRESA MUNICIPAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$162.070,32**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso IV, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2002.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR