

PROCESSO - A. I. Nº 298963.0039/05-4
RECORRENTE - SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO - SAAE
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0131-04/06
ORIGEM - INFAZ VALENÇA
INTERNET - 31/10/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0345-11/06

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. Infrações comprovadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário à Decisão prolatada pela ilustre 4ª JJF, relativa ao Auto de Infração lavrado em 29/12/2005, exigindo ICMS no valor de R\$193.495,21 e multa de 100%, em razão da falta de recolhimento de ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil.

Vindos aos autos, a ilustre 4ª JJF diz “*verifico da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF, com a entrega dos papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário.*”

Observo ainda que não há o que se falar em imunidade tributária, pois em conformidade com o art. 6º, V, “a” – 2, do RICMS/97, a não incidência prevista no caput, “não se aplica às mercadorias e aos serviços relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou quando houver contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário”. Evidenciada assim a incidência do ICMS sobre as operações realizadas pelo autuado, encaixando-se perfeitamente a sua atividade, na exceção apontada. A Constituição Federal, em seu § 3º, do art. 150, é clara ao excepcionar que as vedações do inciso VI, a do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário.

Logo, o autuado é contribuinte do ICMS, pois explora, como concessionária, atividade econômica de tratamento de água e a sua distribuição à população de Valença, cujo consumo através de hidrômetro é cobrado mensalmente do usuário.

Dúvida não resta de que a água, para fins de tributação, é considerada mercadoria, posta no mercado consumidor, ou seja, no comércio, e sua circulação constitui-se em fato gerador do ICMS, aplicando-se ao presente caso os dispositivos do RICMS vigente, abaixo transcritos:

Art. 1º

§ 4º Considera-se mercadoria, para efeitos de aplicação da legislação do ICMS, qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de circulação econômica, inclusive semoventes e energia elétrica, mesmo quando importado do exterior para uso ou consumo do importador ou para incorporação ao ativo permanente do estabelecimento.

§ 5º A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento do tributo ou penalidade pecuniária, e extingue-se juntamente com o crédito

dela decorrente.

§ 6º O imposto é seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.

Art. 25. *São isentas do ICMS as operações internas efetuadas por concessionário de serviço público de abastecimento de água (Conv. ICMS Nºs 98/89, 67/92 e 151/94):*

I - nos fornecimentos de água natural canalizada:

- a) em ligações com consumo medido de até 30m³ mensais, por economia;*
- b) em ligações não medidas, para consumo residencial;*
- c) em ligações para consumo de órgãos públicos federais, estaduais e municipais;*

II - nos fornecimentos de água natural através de carro-pipa.

Deste modo, rejeito as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, por não se enquadrarem no art. 18 do RPAF/99.

No mérito, quanto à aplicação do arbitramento da base de cálculo, verifico que no Termo de Fiscalização, de fls. 05 e 06, está descrito que, o autuante, no decorrer de sua ação fiscalizadora, intimou a empresa a apresentar sua escrita fiscal e contábil, tendo sido informado, que não possuía Livros fiscais, tampouco os livros Diário e Razão. Também não foram apresentadas notas fiscais de saída ou fatura de mercadorias, sendo fornecedor de água natural.

Assim, não restou alternativa para a fiscalização, que valeu-se da apresentação, pela empresa, de prestação de contas ao TCM – Tribunal de Contas do Município, onde estão arroladas todas as despesas incorridas nos exercícios.

Outrossim, a declaração de fl. 29 da lavra do Diretor do SAAE, fundamenta as razões do autuante para aplicar o método do arbitramento da base de cálculo, como segue:

“ Senhor Inspetor

Em virtude do nosso sistema de faturamento e cobrança no exercício de 2000 ter sido substituído, ficamos impossibilitados de fornecer dados solicitados por essa Secretaria.

Declaramos que a média das contas referentes a consumo de água superior a 30 m³ corresponde a 10% (dez por cento) do faturamento anual.”

Consoante o procedimento adotado, o auditor fiscal justificou que o arbitramento da base de cálculo, do período de janeiro a dezembro de 2001, fundamentou-se no seguinte:

- 1. O contribuinte opera com água natural, mercadoria tributável, e não recolheu os impostos devidos, no período fiscalizado, o que implica em sonegação de tributos.*
- 2. Não apresentou documentos fiscais e contábeis.*
- 3. Emitiu notas fiscais-faturas sem o destaque do ICMS, violando o art. 937, I, II, e IV do RICMS/97.*
- 4. Não houve ICMS recolhido, no período fiscalizado.*

Diante do exposto, concordo que o arbitramento da base de cálculo está bem amparado, conforme requisitos apontados no art. 937, I, IV, IX, do RICMS/97, e deste modo, tem razão o autuante quando aplicou o método das despesas gerais do estabelecimento, conhecidas em virtude da prestação de contas ao Tribunal de Contas dos Municípios, para as quais se admitiu ser equivalente a 30% do valor das saídas para o mesmo período, conforme art. 938, II, “b” do RICMS/97. Considerou também os créditos fiscais, no montante de R\$ 37.610,00, conforme as entradas efetuadas pelos fornecedores Coelba, Telemar, Maxitel, dentre outras, que a fiscalização pode ter acesso.

Verifico que a assertiva da defesa, de que as saídas isentas, em conformidade com o art. 25 do RICMS/97, não teriam sido consideradas, não pode ser acatada, pois com base na declaração do próprio contribuinte, através do Diretor do SAAE, através da Carta Saae/Val. Nº 199, fl. 29 do PAF, o autuante levou em consideração que a média das contas referentes a consumo de água superior a 30m³, corresponde a 10% do faturamento anual, e somente sobre elas incidiu o ICMS, como demonstra as planilhas anexas ao Auto de Infração, onde foi efetuado o estorno de isentas da ordem de 90% (planilhas de fls. 7, 8, 10, 12, 14, 16, 18, 19, 20, 22, 24, 26, 28).

Ademais, conforme já mencionado, os créditos fiscais relativos às entradas de mercadorias, foram concedidos, mensalmente.

O lançamento tributário está substanciado nas planilhas com os cálculos das despesas gerais do estabelecimento que estão às fls. 07 a 28 do PAF. Ademais, em nenhum momento de sua defesa, o autuado se insurgiu contra os valores apurados no arbitramento, nem trouxe provas de que a infração à legislação tributária não havia ocorrido.

Aplico o disposto nos artigos 142 e 143 do RPAF/99, como segue:

Art. 142. *A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.*

Art. 143. *A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”*

Em sede de julgamento, decidiu pela Procedência do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário apresentado por advogados prepostos, a recorrente ao início expõe as funções e a finalidade da entidade autárquica municipal, (SAAE- Serviço Autônomo de Água e Esgoto) aduzindo que essas prestações de serviços não têm caráter econômico ou mercantil.

Rechaça autuação do fiscal elegendo o arbitramento, dado não se ter apurado nos autos sonegação; diz ser amplamente possível levantar as bases de lançamento do imposto no Livro da Receita Orçamentária Classificada, enviado ao Tribunal de Contas do Município, do qual o agente fiscal teve acesso.

Alude às operações internas isentas do ICMS, constantes de ligações com fornecimentos de água natural superiores a 30 m³ para órgãos públicos, e fornecimentos através carros-pipa, não computados/considerados pela autuação.

Passa o recorrente a relatar, sob título Do Direito, aspectos e considerações a respeito do lançamento de ofício citando da Revista dos Tribunais, jan-mar/1982-SP, pg. 54, que em resumo cita que a administração fazendária somente tem o objetivo de exercer sua função constitucional, nada além do que está objetivamente previsto nas regras jurídicas pertinentes.

Faz longo arrazoado acerca das Irregularidades do Arbitramento aduzindo que na lavratura do auto em comento, inverteu-se o ônus da prova, obrigando o contribuinte provar a irregularidade que não cometeu.

Cita do RICMS/BA o art. 937, incisos I, II e IV e § único, na contestação da aplicação do arbitramento.

Cita também e transcreve, ensinamentos dos mestres Hely Lopes Meireles e Celso Antonio Bandeira de Mello, acerca de atos administrativos Sem Motivação, serem nulos e ineficazes.

Volta ao comento das operações isentas, cujas ligações tenham consumo de água natural medido acima de 30 m³, desde que sejam a órgãos da administração pública.

Solicita seja retificado o lançamento para considerar isentas essas ligações com fornecimento superior a 30 m³, destinadas aos mencionados órgãos públicos.

Em seu pedido, requer seja declarada a Nulidade do auto em apreço, e no Mérito seja decidida pela Improcedência, face às razões de defesa retro indicadas.

O Parecer da PGE/PROFIS, elaborado pela ilustre procuradora Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, da apreciação das razões expostas no Recurso Voluntário apresentado, opina pelo Não Provitimento ao mesmo, fundamentando que;

- a) A operação desenvolvida pelo recorrente tem caráter econômico, adequada à exceção prevista no art. 150, § 3º da CF/88, e portanto não amparada pela imunidade recíproca;
- b) Da declaração (fl. 29) de não possuir livros fiscais, mais a inexistência de quaisquer recolhimentos no período apurado, levou a autuação eleger a arbitragem, conforme legislação aplicável;
- c) De conformidade ainda, a declaração do autuado à fl. 29, e já ter sido considerado no percentual de 90% todas as operações tidas como isentas, neste percentual já estão contidos os fornecimentos de água natural para ligações acima de 30 m³ para órgãos públicos, bem como os fornecimentos efetuados através carros-pipa.

Ressalta ilustre procuradora que a fonte desses registros foi o TCM; acaso estivessem enganados caberia ao recorrente se manifestar a respeito, o que não aconteceu.

VOTO

No presente PAF, o recorrente irrisignado com o arbitramento praticado pelo agente fiscal conforme legislação pertinente, contesta o procedimento, justificando que junto ao Tribunal de Contas do Município (TCM), deveriam ter sido levantados dados acerca dos montantes de suas operações de vendas, diferentemente do que foi praticado pela autuação.

Não apresentou escrituração fiscal, nem efetuou recolhimentos quaisquer no período auditado pelo agente fiscal, e emitiu notas fiscais ou faturas sem o destaque do ICMS.

Declaração emitida pela Direção da empresa autuado, informa da impossibilidade de fornecer os dados solicitados pela SEFAZ e que na média as contas referentes a consumo de água superior a 30 m³, correspondem a 10% do faturamento anual.

Insurge-se o recorrente também com relação a ser considerado como empresa com objetivos econômicos e mercantis, e que as suas ligações para fornecimento de água mineral a órgãos públicos, acima de 30 m³, são isentas do ICMS.

Não vejo prosperarem suas alegações, dado que conforme destaca a ilustre PGE/PROFIS, as atividades desenvolvidas pelo recorrente tem caráter econômico, em decorrência não está albergada pela imunidade recíproca, de conformidade ao excetuado no art. 150 § 3º da Constituição Federal.

Restam, assim, não isentos os fornecimentos superiores a 30 m³ de água natural, a órgãos de administração pública, os quais acham-se inclusos dentro dos nominados 10% conforme declaração acima citada.

Para a grande maioria de consumidores, que se situam dentro do percentual de 90% (consumidores até 30 m³) a isenção é prevista conforme art. 25, inc. I 'a', e mantida.

Quanto à argumentação trazida pelo recorrente, da aplicação do percentual de 30% no arbitramento, ao invés de 20% conforme preceitua o Regulamento do ICMS/BA, vejo que este fato redundou em benefício ao mesmo, dado que este percentual é de aplicação indireta, resultando em base de cálculo menor. Da mesma maneira e no sentido também benéfico para o contribuinte, o agente fiscal consignou a isenção de 90% ao lançar o demonstrativo do imposto, conforme fls. 7 a 28 dos autos.

O meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

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 298963.0039/05-4, lavrado contra **SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO - SAEE**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$193.495,21**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “I”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de setembro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS