

PROCESSO - A. I. Nº 279696.0009/05-1
RECORRENTE - SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO - SAAE
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0121-01/06
ORIGEM - INFAZ VALENÇA
INTERNET - 31/10/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0350-11/06

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE SAÍDAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovada, através dos histogramas de consumo, a falta de recolhimento do imposto relativo às operações tributáveis de saídas de água. Infração subsistente em parte, após a exclusão das ligações para consumo de órgãos públicos. Modificada a Decisão. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo recorrente contra a Decisão da 1ª JF – Acórdão JF nº. 0121-01/06 – que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual fora lavrado para exigir o débito de R\$ 18.366,37, em razão de o contribuinte ter deixado de recolher o ICMS referente às operações de saídas (vendas) de água, em volume superior a 30 m³, não escrituradas nos livros fiscais, conforme previsto no art. 25 do RICMS, cujo levantamento foi feito a partir dos histogramas de consumo apresentados pelo contribuinte, fls. 9 a 60, inerente ao período de janeiro de 2000 a dezembro de 2001.

A Decisão recorrida, após rejeitar as preliminares de nulidade do lançamento de ofício, julgou o Auto de Infração Procedente, diante das seguintes considerações:

1ª) A imunidade alegada pelo sujeito passivo diz respeito à vedação da instituição de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços dos entes políticos tributantes, extensiva às suas autarquias e fundações. Observa que de acordo com § 3º do art. 150 da CF/88, citado pelo autuado, as vedações contidas no inciso VI, não se empregam aos casos de explorações de atividades regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados ou nos quais haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário.

No que diz respeito à arguição de falta de previsão legal do fato gerador que lhe é imputado, aduz a JF que, no caso em lide, a infração está devidamente prevista no RICMS/BA que regulamenta a Lei nº. 7.014/96, que fundamenta este imposto. Ressalta que a multa está corretamente aplicada ao caso. Salaria também não haver embasamento legal para aplicação da legislação referente às empresas de pequeno porte, conforme pleiteado.

Assim, afasta os pedidos de nulidade, haja vista que o procedimento fiscal não violou as regras contidas nos artigos 18, II e IV, “a” e 39, III, do RPAF/99, considerando que a infração foi descrita de forma clara e precisa, estando embasada em levantamentos e demonstrativos extraídos dos histogramas de consumo fornecidos pelo sujeito passivo, conforme anexados aos autos, o que determinou, com segurança, a infração e o infrator, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, lhe possibilitando exercer o seu direito de ampla defesa e do contraditório.

2ª) No mérito, ressalta que o autuante utilizando-se dos histogramas de consumo, emitidos pelo autuado, elaborou planilhas referentes a cada período fiscalizado, nas quais lançou os totais do produto fornecido e em linhas separadas informou os quantitativos a serem tributados (água medida com consumo individual superior a 30m³) e aqueles amparados pela isenção prevista no

art. 25, I, “a”, do RICMS/97 (consumo até 30m³), sendo na apuração do imposto aproveitado o crédito pelas entradas de forma proporcional à participação do volume de saídas tributadas.

Registra que nos referidos histogramas não existem informações referentes a fornecimentos de água para órgãos públicos federais, estaduais e municipais ou através de carros pipa, não prevalecendo as alegações defensivas quanto à falta de atendimento, pela fiscalização, da isenção prevista, respectivamente, nos incisos I, “c”, e II, do citado artigo 25 do RICMS.

Irresignado com a Decisão, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário, às fls. 140 a 161 dos autos, onde reproduz literalmente todas as razões de sua impugnação ao Auto de Infração, objeto de análise da primeira instância, a saber:

1. Que a prestação desse serviço público não tem qualquer caráter econômico e mercantil, o que reforça a compreensão de sua natureza eminentemente de serviço público essencial à saúde da população, sendo tais serviços uma atividade administrativa do poder público, sem fins lucrativos e ou econômicos, que não podem ser confundidos com operações mercantis ou com fins lucrativos, pois as tarifas pelos serviços prestados são simbólicas;
2. Destaca que o princípio da legalidade objetiva exige do fisco uma atuação imparcial para a obtenção da verdade dos fatos, cuja função fiscal está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal. Alega que o art. 155, II, da CF/88, estabelece que o ICMS seja devido pelas operações relativas à circulação de mercadorias, sendo que o serviço público de abastecimento de água não se refere à mercancia, logo a pretensão fiscal é ilegítima.
3. Assim, sustenta que o art. 150, VI, “a”, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal determina que somente ocorre a incidência do ICMS sobre ente público nos casos de saídas de mercadorias tributáveis em que haja cobrança de preço ou tarifa. Argüiu que o Estado da Bahia não pode descumprir o citado preceito constitucional, que lhe proíbe instituir impostos sobre serviços prestados pelas autarquias, quando esses serviços são vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes, pois a imunidade recíproca, que é extensiva às autarquias, veda às pessoas jurídicas de direito público se tributarem mutuamente.
4. Argumenta que, apesar de ser uma autarquia, o autuante se equivocou ao considerá-lo como uma concessionária de serviço público, a exemplo da Embasa, que possui regime jurídico completamente diverso das autarquias.
5. Que na apuração do imposto não houve aproveitamento dos créditos fiscais relativos às aquisições de materiais e insumos utilizados no tratamento da água, contrariando o princípio da não cumulatividade do ICMS, assim como não observou a isenção prevista no art. 125 do RICMS. Assim, pede a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

À fl. 165 a 213 do PAF, o recorrente solicita a juntada dos Histogramas de Consumo de Água superior a 30m³, destinados a órgãos públicos federais, estaduais e municipais.

Às fls. 219 a 231 dos autos, o recorrente apresenta nova manifestação repetindo, outra vez, literalmente as mesmas razões de suas impugnação e do Recurso Voluntário.

Em seu Parecer, às fls. 233 a 234 dos autos, a PGE/PROFIS opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, por entender que:

1. Não tem validade a alegação do recorrente de que a prestação de serviço público de água e esgoto não tem qualquer caráter econômico e mercantil, pois é do conhecimento de todos que as empresas de água, dentre elas o autuado, cobram tarifas aos seus consumidores pelo uso de água, cobrando-lhes ainda pela prestação do serviço de água e, portanto, visando obtenção de lucro nesta atividade.
2. Também não há como se emprestar guarida à tese de que a empresa foi autuada em razão de compra de material a ser utilizado no desenvolvimento de atividade essencial ao estado, pois, conforme pode se verificar da motivação do presente lançamento, o contribuinte foi autuado pela falta de recolhimento do imposto pelo não registro das operações de saídas (vendas) de água nos livros fiscais próprios.

3. Também falece de acerto a questão da imunidade recíproca, pois, conforme se verifica do art. 150, §3º, da CF/88, as regras iminentes à imunidade recíproca não se aplica aos serviços relacionados com exploração de atividades econômicas em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário.

VOTO

Da análise das peças processuais verifico que as razões do Recurso Voluntário, tanto a título de preliminares de nulidade quanto de mérito, já haviam sido propostas pelo recorrente quando da sua impugnação ao Auto de Infração, sendo naquela oportunidade apreciadas todas as alegações de defesa.

Assim, com exceção dos documentos apensados pelo recorrente às fls. 166 a 313 dos autos, relativos a ligações para consumo de água por órgãos públicos, as razões do Recurso Voluntário não trazem qualquer fato novo capaz de modificar a Decisão recorrida, a qual se encontra devidamente fundamentada, senão vejamos:

1º) A imunidade alegada pelo recorrente diz respeito à vedação da instituição de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços dos entes políticos tributantes, extensiva às suas autarquias e fundações. De acordo com § 3º do art. 150 da CF/88, as vedações contidas no inciso VI, não se empregam aos casos de explorações de atividades regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados ou nos quais haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, como ocorre no caso concreto.

2º) A infração está devidamente prevista no art. 1º, inciso I, da Lei nº. 7.014/96, e regulamentada no art. 1º, inciso I, combinado com o art. 343, inciso LIX, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, cujo lançamento do ICMS incidente sobre a operação é diferido para o momento em que ocorrer a saída de água do estabelecimento concessionário ou permissionário de serviços públicos de distribuição para consumidor final, sendo, contudo, nos termos do art. 25, do RICMS, isentas do imposto as operações internas de água natural canalizadas efetuadas:

- 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, e;
- d) através de carro-pipa.

3º) Conforme planilhas às fls. 61 a 84 dos autos foram deduzidos os créditos proporcionais, incidentes sobre os insumos, relativos às saídas tributáveis.

4º) Do cotejo das citadas planilhas com os “Histogramas de Consumo”, às fls. 09 a 60 dos autos, se constata que o levantamento fiscal exige o ICMS referente às seguintes operações:

- a) ligações residenciais (R) superiores ao consumo de 30m³;
- b) ligações comerciais (C) superiores ao consumo de 50m³;
- c) ligações industriais (I) superiores ao consumo de 120m³, sendo desconsideradas as demais ligações a exemplo de: “S/ EXCES.”; “L.N.R.”; “H.D.P.” e “S/ HIDROM”.

5º) Dos “Histogramas de Consumo de Água” destinados a órgãos públicos, anexados pelo recorrente às fls. 166 a 213 dos autos, foram excluídas apenas as ligações objeto do lançamento fiscal, conforme acima exposto, ou seja, as ligações destinadas ao consumo de órgãos públicos com consumo superior: a 30m³ na categoria residencial (R) ou a 50m³ na categoria comercial (C), haja vista a inocorrência da categoria industrial (I), em tais ligações.

6º) Em consequência, por não estarem inseridos no levantamento fiscal original, não foram deduzidos os valores das ligações a seguir:

- a) R-1 inferiores ou iguais ao consumo de 30m³;

b) C-1 inferiores ou iguais ao consumo de 50m³;

c) H.D.P; L.N.R ou S/ HIDROM.

7º) Diante de tais considerações, o ICMS exigido fica reduzido de R\$ 18.366,37 para R\$ 15.122,78, conforme a seguir:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO DO AUTO DE INFRAÇÃO							
Data	Data	Base de Cálculo	B. Cálculo	B. Cálculo	Alíq.	Multa	ICMS
Ocorr.	Vencº	A. de Infração	A Excluir	Devida	%	%	Devido
31/1/2000	9/2/2000	10.583,94	1.006,05	9.577,89	17%	70%	1.628,24
28/2/2000	9/3/2000	4.097,23	605,45	3.491,78	17%	70%	593,60
31/3/2000	9/4/2000	5.899,52	732,32	5.167,20	17%	70%	878,42
30/4/2000	9/5/2000	3.898,76	239,10	3.659,66	17%	70%	622,14
31/5/2000	9/6/2000	5.794,23	1.368,85	4.425,38	17%	70%	752,31
30/6/2000	9/7/2000	5.691,82	1.117,38	4.574,44	17%	70%	777,65
31/7/2000	9/8/2000	4.280,64	859,92	3.420,72	17%	70%	581,52
31/8/2000	9/9/2000	3.550,00	666,95	2.883,05	17%	70%	490,12
30/9/2000	9/10/2000	5.184,76	983,72	4.201,04	17%	70%	714,18
31/10/2000	9/11/2000	2.929,88	335,35	2.594,53	17%	70%	441,07
30/11/2000	9/12/2000	4.469,70	607,96	3.861,74	17%	70%	656,50
31/12/2000	9/1/2001	2.648,05	624,27	2.023,78	17%	70%	344,04
31/1/2001	9/2/2001	7.146,58	469,32	6.677,26	17%	70%	1.135,13
28/2/2001	9/3/2001	5.337,70	2.090,77	3.246,93	17%	70%	551,98
31/3/2001	9/4/2001	6.934,64	847,98	6.086,66	17%	70%	1.034,73
30/4/2001	9/5/2001	2.666,41	488,25	2.178,16	17%	70%	370,29
31/5/2001	9/6/2001	6.338,76	960,61	5.378,15	17%	70%	914,29
30/6/2001	9/7/2001	1.825,17	568,02	1.257,15	17%	70%	213,72
31/7/2001	9/8/2001	2.163,70	689,20	1.474,50	17%	70%	250,67
31/8/2001	9/9/2001	3.445,88	439,98	3.005,90	17%	70%	511,00
30/9/2001	9/10/2001	2.833,35	852,39	1.980,96	17%	70%	336,76
31/10/2001	9/11/2001	2.806,64	842,01	1.964,63	17%	70%	333,99
30/11/2001	9/12/2001	5.283,00	1.201,44	4.081,56	17%	70%	693,87
31/12/2001	9/1/2002	2.227,00	482,52	1.744,48	17%	70%	296,56
				TOTAL DO DÉBITO	R\$	15.122,78	

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida, julgando-a subsistente em parte.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **2796996.0009/05-1**, lavrado contra **SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO - SAAE**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.122,78**, sendo R\$8.135,75, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$6.987,03 acrescido da multa de 70%, prevista no mesmo dispositivo legal e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de setembro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAÚJO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS