

**A. I. N°** - 298963.0039/05-4  
**AUTUADO** - SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO  
**AUTUANTE** - ANTONIO CALMON ANJOS DE SOUZA  
**ORIGEM** - INFAZ VALENÇA  
**INTERNET** - 03. 05. 2006

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0131-04/06

**EMENTA:** ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. Infrações comprovadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 29/12/2005, exige 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.

O autuado, através de advogado, ingressa com defesa às fls. 34 a 65, na qual tece os seguintes argumentos:

Prefacialmente, contesta a lavratura do presente Auto de Infração sob a justificativa de que o serviço que desempenha, na condição de entidade autárquica municipal, é desprovido de fins lucrativos e econômicos, ressaltando o caráter público de suas atividades e o fato de lidar com produtos inalienáveis.

Insurge-se também quanto ao arbitramento da base de cálculo procedido, alegando a falta de motivo para tanto, uma vez que o autuante não demonstrou, consoante determina a legislação, a prática de sonegação do imposto nem a impossibilidade de que fosse apurado o montante real da base de cálculo, destacando o fato de a fiscalização ter ignorado as operações internas isentas do ICMS, prevista na legislação específica, mais precisamente no artigo 25 do RICMS/BA.

Chama a atenção para o fato de que, em virtude da incorporação do valor do ICMS à tarifa legalmente cobrada pela entidade, os serviços prestados ficarão mais custosos para a comunidade local, o que implicará, seguramente, uma redução do acesso da população, de menor poder aquisitivo, aos serviços essenciais de água e esgoto.

Especificamente com relação à infração que fundamenta o presente Auto de Infração, assinala que, no caso em tela, não se configura exceção à denominada “imunidade recíproca” prescrita na alínea “a” do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal, explicando que da operação de aquisição de material para uso e consumo ou ativo imobilizado decorre para o ente público despesa e não receita.

Argüi também que a ação fiscal infringiu o quanto disposto nos artigos 9º, 12, 13 e 14 do Código Tributário Nacional, dispositivos que acolheram o aludido benefício constitucional da imunidade recíproca.

Aduz, com base nas notas fiscais em anexo, que os fornecedores da entidade são todos indústrias voltadas para a produção de medidores, de bombas e de produtos intermediários, os quais são utilizados, em geral, no tratamento de água e esgoto, não sendo, portanto, mercadorias de consumo. Nessas circunstâncias, considerando que as mercadorias constantes das notas fiscais apontadas pela autuante foram consumidas na operação, manutenção e conservação do tratamento de água, não há motivo para se falar em falta de recolhimento, no prazo regulamentar, de ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios de saídas de água.

Assevera que o autuante, em seu procedimento, contrariou os princípios que norteiam os atos administrativos, tais como da segurança jurídica e da moralidade, tendo deixado de proceder a uma adequada averiguação dos fatos, culminando na lavratura de um Auto de Infração carente de elementos probatórios, salientando que a fiscalização poderia ter se baseado, a fim de apurar o montante real da base de cálculo, na própria receita declarada pela entidade ao Tribunal de Contas do Município, assim como que não houve violação ao Termo de Fiscalização.

Por derradeiro, declara que restará comprovado que parte das ligações com consumo medido superior a 30 m<sup>3</sup>, destinava-se a órgãos públicos federais, estaduais e municipais ou para o fornecimento de água natural através de carros-pipa, operações que não se sujeitam à incidência do ICMS.

Ante o exposto, requer a declaração de nulidade do Auto de Infração em tela e, subsidiariamente, propugna pela sua improcedência.

O autuante presta informação fiscal às fls. 78 e 79, nos seguintes termos:

Em princípio, alega que o RICMS/BA considera como mercadoria tributável a água natural tratada distribuída via canalização, salientando que o próprio §3º do artigo 150 da Constituição Federal afasta a vedação da instituição de tributos na hipótese de as atividades serem exercidas nas mesmas condições de empresas particulares, a fim de que não fique prejudicada a livre iniciativa.

Sustenta, ademais, a legitimidade dos demonstrativos de débito que elaborou, destacando que foram baseados em créditos de ICMS pelas entradas, nos débitos em função das saídas, bem como nos estornos de créditos pela água não tributada.

No tocante à insatisfação, do autuado, quanto à aplicação do arbitramento da base de cálculo, argumenta que a prova material da não entrega de nenhum documento fiscal encontra-se na página 29 do presente PAF, ressaltando que a entidade criou inúmeros empecilhos à realização da ação fiscal.

## VOTO

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.

Observe 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 98/89, 67/92 e 151/94):*

*I - nos fornecimentos de água natural canalizada:*

- a) em ligações com consumo medido de até 30m<sup>3</sup> 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 m<sup>3</sup> 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 30m<sup>3</sup>, 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. 07,08,10,12, 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.*

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298963.0039/05-4, lavrado contra **SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 193.495,21**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de abril de 2006

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR