

PROCESSO - A. I. Nº 000023.8776/00-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DO MUNICÍPIO DE TAPEROÁ-BA
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ VALENÇA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16/10/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0255-11/19

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. ATIVO FIXO E USO E CONSUMO. CANCELAMENTO DO LANÇAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com base no art. 119 do COTEB c/c art. 113, § 5º, I do RPAF-BA/1999, com objetivo de improceder a autuação e extinção da ação judicial correlata, pois foi declarada a não incidência de ICMS sobre o fornecimento de água tratada pelas concessionárias de serviços públicos, inclusive deixando claro que não se caracteriza uma operação de circulação de mercadoria. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação Fiscal, proposta pela PGE/PROFIS às fls. 119/119-A, com respaldo no art. 119 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) c/c art. 113, § 5º, I do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; Decreto nº 7.629/1999), objetivando o cancelamento do Auto de Infração e consequente extinção da ação judicial correlata.

O referido foi lavrado em função da falta de recolhimento do ICMS sobre o fornecimento de água potável, da falta de comunicação à repartição fazendária da mudança de endereço do Estabelecimento e da falta de recolhimento de diferencial de alíquota relativo à aquisição de mercadorias para ativo fixo ou uso ou consumo do Estado de São Paulo, conforme a seguir transcrito:

Ocorrências apuradas:

A) ICMS a recolher nos exercícios de 92 a 94, e período 01 a 05/95 resultantes de arbitramento na base de cálculo, cujo montante real não pode ser apurado, devido a apresentação dos livros RE, RS, RI e RAICMS sem escrituração (fls 04 a 14); pela falta de emissão de documentos fiscais (sequer existe pedido de autorização), além da inexistência de recolhimentos do imposto. O contribuinte infringiu os artigos 224, 234, 235, 239, 240, 113 e 116 do RICMS/BA-89, com multa prevista no Art. 401, inciso V, alínea i do mesmo, porém, reduzida pelo Art. 42, inciso IV alínea i da Lei nº 7.014/96. O arbitramento, feito com base no Custo da Mercadoria Produzida, está apoiado no art. 91, incisos, I, II e III e parágrafo primeiro, inciso VII, alínea a do RICMS/BA-89 (fls 15 a 47). **Ex 92:** CMP: 397.769.511 + TVA 20%: 79.553.902 = Saídas arbitradas: 477.323.413 x 17% = ICMS sobre saídas arbitradas: 81.144.980 – (ICMS destacado em doc's fiscais: 24.821.377) = ICMS a recolher: Cr\$ 56.323.603 // **Ex 93:** CMP: 9.500.352 + TVA 20%: 1.900.070 = saídas arbitradas: 11.400.422 x 17% = ICMS sobre saídas arbitradas: 1.938.070 – (ICMS destacado em doc's fiscais: 460.058) = ICMS a recolher: Cr\$: 1.478.014; **Ex 94:** CMP: 55.605,58 + TVA 20%: 11.041,32 = Saídas arbitradas: 66.247,90 x 17% = ICMS sobre saídas arbitradas: 11.262,14 – (ICMS destacado em doc's fiscais: 2.295,73) = ICMS a recolher: 8.966,41; **Per 01 a 03/95:** CMP: 18.126,86 + TVA 20%: 3.625,37 = Saídas arbitradas: 21.752,23 x 17% = ICMS sobre saídas arbitradas: 3697,88 – (ICMS destacado em documentos fiscais: 784,16) = ICMS a recolher: R\$ 2.913,72

B) ICMS a recolher resultante da venda de mercadorias sem emissão de documentos fiscais. A base de cálculo foi obtida a partir de Histogramas de Consumo fornecida pela firma a partir do período 04/95, o que possibilitou a apuração do imposto (fls 48 a 110). Infração ao artigo 136 inciso I combinado com 113 e 116, com multa prevista no Art. 401 inciso V alínea h do RICMS-BA/89 – até o período 06/96; para os demais períodos, infração ao artigo 201 inciso I combinado com 116, 120 e 36, parágrafo primeiro inciso VIII, com multa prevista no Art. 915 inciso IV alínea h do RICMS-BA/96. **Ex 95:** BC = R\$ 16.961,00 e ICMS (17%) = R\$ 2.667,47; **Ex 96:** BC = R\$ 21.054,48 e ICMS (17%) = R\$ 3.579,26;

C) *ICMS a recolher resultante da aplicação da diferença de alíquotas do imposto referente a aquisição de mercadorias destinadas a uso ou ativo fixo junto ao estado de São Paulo (fls 15, 19, 20, 22, 23, 24, 50, 80, 86, 89, 92 e 98). Infração ao art. 15, § 1º e 2º e 109 inciso III do RICMS/BA/89, com multa prevista no artigo 401 inciso III alínea b do RICMS-BA/89 – até o período de 06/96; para os demais períodos, infração ao artigo 5 inciso I e 36 § 1º inciso XIII, com multa de prevista no art. 915 inciso II alínea e do RICMS/BA-96. Ex 92: BC = Cr\$ 11.615.200 e ICMS (10%) = Cr\$ 1.161.520; Ex 95: BC = R\$ 358.60 e ICMS (10%) = 35.96; Ex 96: BC = R\$ 7.636,60 e ICMS (10%) = R\$ 763,66;*

D) *Falta de comunicação à repartição fiscal da mudança de endereço do estabelecimento (fl's 111 a 113). Infração ao art. 34 inc II, com multa de 10,00 UPF-BA, prevista no art 42 inc XV al da Lei 7.014/96.6*

Posteriormente, o referido foi encaminhado a PGE, momento em que fora encaminhado à INFAZ de origem, com o objetivo de ser esclarecido qual a atividade que era desenvolvida pelo contribuinte e confirmar se realmente se tratava de captação, tratamento e distribuição de água canalizada.

O supervisor da INFAZ de Valença confirmou que o contribuinte “*exerce as atividades administrativas e técnicas que se relacionam com os serviços Públicos de Água e de Esgotos do Município de Taperoá, conforme Lei Municipal número 13 de 15 de Fevereiro de 1970 e Regulamento aprovado pelo Decreto Lei Municipal número 283/86. Anexos Lei Municipal 13/1970 e Decreto 283/86*” (fls 322).

Baseada na existência da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 607056-RJ ocorrido em 16/05/2013, onde foi declarada a não incidência de ICMS sobre o fornecimento de água tratada pelas concessionárias de serviços públicos, a PGE passou “*a acolher a tese da não incidência do imposto estadual sobre o fornecimento de água potável pelas concessionárias de serviços públicos, de forma a reconhecer a procedência do pedido e abster-se de recorrer, nos processos judiciais e administrativos em que constem a tributação do ICMS em relação a água canalizada*”.

Diante dos fatos, a PGE encaminhou a representação ao CONSEF para que seja cancelado o Auto de Infração nº 2691410004/99-8 e à consequente extinção da ação judicial correlata, com fundamento no Art. 113, § 5º, inciso I do RPAF c/c § 2º, do art. 36, do COTEB.

VOTO

Nos termos do art. 113, § 5º do RPAF, que indica a competência da Procuradoria Fiscal, órgão da Procuradoria Geral do Estado para efetuar o controle de legalidade em qualquer momento, veio ela representar a este CONSEF, com base no art. 119 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a fim de que seja cancelado o lançamento em questão.

Conforme já mencionado no relatório, o auto em questão foi lavrado em função da falta de recolhimento do ICMS sobre o fornecimento de água potável, da falta de comunicação à repartição fazendária da mudança de endereço do Estabelecimento e da falta de recolhimento de diferencial de alíquota relativo à aquisição de mercadorias para ativo fixo ou uso ou consumo do Estado de São Paulo.

As atividades exercidas pela autuada foram confirmadas pelo Ilustre Supervisor da INFAZ Valença por solicitação da PGE, ou seja, de fato o autuado exerce as atividades administrativas e técnicas que se relacionam com os serviços Públicos de Água e de Esgotos do Município de Taperoá.

Considerando que o relatório emitido pela PGE baseia-se na existência da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 607056-RJ ocorrido em 16/05/2013, onde foi declarada a não incidência de ICMS sobre o fornecimento de água tratada pelas concessionárias de serviços públicos, inclusive deixando claro que não se caracteriza uma operação de circulação de mercadoria, cuja ementa segue abaixo:

EMENTA Tributário. ICMS. Fornecimento de água tratada por concessionárias de serviço público. Não incidência. Ausência de fato gerador. 1. O fornecimento de água potável por empresas cessionárias desse serviço público não é tributável por meio do ICMS. 2. As águas em estado natural são bens públicos e só podem

ser exploradas por particulares mediante concessão, permissão ou autorização. 3. O fornecimento de água tratada à população por empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas não caracteriza uma operação de circulação de mercadoria. 4. Precedentes da Corte. Tema já analisado na liminar concedida na ADI nº 567, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, e na ADI nº 2.224-5-DF, Relator o Ministro Néri da Silveira. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Inclusive este é o entendimento deste egrégio Conselho, disposto no Acórdão CJF nº 0153-12/18 no qual acolheu a representação por unanimidade.

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACORDÃO CJF Nº 0153-12/18

EMENTA: ICMS. CANCELAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta de acordo com o art. 113, §5º, I, do Decreto nº 14.550/2013, no sentido de cancelar o presente auto de infração, tendo em vista a decisão do Supremo Tribunal Federal no Julgamento do RE 607056-RJ, que declarou a não incidência do ICMS sobre o fornecimento de água tratada pelos concessionários de serviço público. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

Diante de todo o exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação e pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo este PAF deve ser encaminhado à PGE/PROFIS para adotar as medidas cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação da PGE/PROFIS e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **000023.8776/00-0**, lavrado contra **SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DO MUNICÍPIO DE TAPEROÁ-BA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de setembro de 2019.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS