

PROCESSO - A. I. Nº 279696.0015/98-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO - SAAE
RECURSOS - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ VALENÇA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 05/05/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0057-11/22-VD

EMENTA: ICMS. NÃO INCIDÊNCIA. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) ARBITRAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. b) OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. c) DIFAL ENTRE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. 2. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. a) FALTA DE ESCRITURAÇÃO. b) FALTA DE COMUNICAÇÃO. Representação proposta com fulcro no art. 119, II, § 1º, c/c o art. 136, § 2º da Lei nº 3.956/81 – COTEB, no sentido de análise dos autos, entendo que a representação deve ser acolhida, tendo em vista que ficou devidamente comprovado que a empresa autuada se enquadra no julgamento do Supremo Tribunal Federal, que reconhece a não incidência do ICMS no fornecimento de água encanada. Modificada a Decisão recorrida. Representação **ACOLHIDA**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unanime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS (Procuradoria Estadual), no exercício do controle da legalidade do lançamento tributário, com fulcro no art. 119, II, § 1º, c/c o art. 136, § 2º da Lei nº 3.956/81 - COTEB (Código Tributário Estadual).

Envolve o presente processo exigência tributária formalizada através de Auto de Infração, lavrado em 30.12.1998, contra a empresa SAAE SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO, para exigir ICMS em razão do contribuinte ter deixado de recolher ICMS apurado por meio de arbitramento de base de cálculo no valor de R\$62.347,81 com multa de 100%, e falta de recolhimento nos prazos regulamentares de operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, no valor de R\$104.720,95, com multa de 70% e falta de recolhimento do ICMS devido por diferença de alíquotas internas e interestaduais, no valor de R\$20.216,93, multa de R\$358,70 por falta de escrituração de livro fiscal, multa de R\$358,70 por falta de comunicação da mudança de endereço, total de R\$188.003,09.

Às fls. 222/224 o lançamento foi julgado procedente, mediante Acórdão JJF nº 1549/99, na sessão de 01.12.1999, através do Acórdão nº 0045-02/03. Em seguida o contribuinte ingressou com Recurso Voluntário, Relatoria de Arivaldo de Souza Pereira, tendo a 2ª CJF negado provimento ao Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida “*in totum*”, mediante Acórdão CJF Nº 1532/00 na sessão de 17.07.200, relatoria do Conselheiro Antônio Barros Moreira Filho, conforme fls. 259/61.

Houve ainda Recurso de Revista à Câmara Superior, Acórdão nº 0442/01, fls. 308/09, que não conheceu do recurso e manteve a Decisão recorrida, Relatoria do Conselheiro José Carlos Rodeiro, na sessão do dia 28.03.2001.

Encerrado o contencioso administrativo os autos seguiram para inscrição em Dívida Ativa, conforme extrato à fl. 333.

À fl. 352, em 19.12.2019, o Procurador do Estado, Dr. José Luiz Maia Borges, encaminha o processo ao Procurador Chefe, Dr. Ricardo Villaça, sugerindo representação ao CONSEF, objetivando o cancelamento do auto para posterior extinção da execução fiscal, por imposição do art. 20 da LC 34/2009.

Às fls. 355/57, em 26.06.2020, a PGE/PROFIS, por intermédio do Dr. Hugo Coelho Regis, acolheu a manifestação objetivando o cancelamento porque o SAEE não sendo contribuinte do ICMS pelo fornecimento de água canalizada também não é pela diferença de alíquota referente a aquisição de material para uso e consumo. Opina pelo cancelamento total do Auto de Infração.

À fl. 357, em despacho do dia 08.07.2020, o Procurador José Costa Villaça entende que o pronunciamento de fls. 355/56 acha-se uniformizado no âmbito da PGE no sentido de que o precedente veiculado no RE 607056-RJ afastou a incidência do ICMS sobre o fornecimento de água canalizada. Ressalta que o crédito está em fase de cobrança judicial, e embora o reconhecimento administrativo não esteja vinculado ao curso do processo executivo, mostra-se prudente informar que a execução fiscal se encontra em curso. Encaminha o processo à PROFIS, para a necessária representação junto ao CONSEF objetivando cancelamento nos termos do art. 39, VI do RPAF e do art. 36 do COTEB.

Às fls. 360/61, a Dr. Rosana Maciel Salau, em despacho do dia 15.07.2020, diz que em procedimento de uniformização número 2016.174893-0 ajustou entendimento sobre o tema à decisão exarada pelo STF no julgamento do RE 607056-RJ que declarou não incidência sobre fornecimento de água tratada pelas concessionárias de serviço público, com reconhecimento de repercussão geral sobre o tema.

Deveras, só deveria se exigir da autuada o cumprimento de tal obrigação se demonstrada sua condição de contribuinte do ICMS, fato que não ocorrerá se esta qualificação lhe tenha sido atribuída única e exclusivamente em razão do fornecimento de água canalizada, à vista de que tal operação não está sujeita à incidência do imposto.

De tal sorte não poderá prevalecer as multas por descumprimento de obrigações acessórias cuja observância a lei impõe aos contribuintes do ICMS. Encaminha o processo à INFAZ VALENÇA para que de forma objetiva, esclareça se a empresa autuada exerce atividade econômica diversa da captação, tratamento e distribuição de água canalizada.

À fl. 386, o auditor fiscal Marco Antonio Machado de Abreu declara que a empresa autuada não exerce atividade econômica diversa da captação, tratamento e distribuição de água encanada.

À fl. 395 a Procuradora Dra. Rosana Maciel Salau, em 29.10.2021, representa ao Conselho de Fazenda pela extinção total do crédito tributário com base no disposto no art. 113, I, do RPAF, já que a autoridade competente averbou nos autos que a empresa autuada não exerce atividade econômica diversa da captação, tratamento e distribuição de água encanada.

À fl. 396, a Procuradora Assistente Dra. Paulo Gonçalves Morris Matos, em 04.11.2021, acolhe o parecer e entendeu necessário representar ao CONSEF visando a extinção total do crédito tributário apurado no Auto de Infração.

VOTO

A PGE/PROFIS ingressou com a presente representação fiscal visando desconstituir o lançamento de ofício, por acreditar que não existem nos autos elementos comprobatórios de que o autuado seja contribuinte do ICMS, haja vista a declaração pelo auditor fiscal na INFAZ de origem e o entendimento firmado de que não há incidência do ICMS para o contribuinte autuado, razão pela qual, tanto o imposto como as multas por descumprimento de obrigações acessórias não podem subsistir. Vejamos a decisão do STF a respeito da lide:

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 concessionárias 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. (RE 607056, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 10/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-091 DIVULG 15-05-2013 PUBLIC 16-05-2013)

Aprofundando as razões do julgamento, constata-se que o Estado do Rio de Janeiro recorreu de uma decisão do Tribunal de Justiça, que determinou ser **fornecimento de água potável serviço essencial, o que afasta a cobrança de ICMS por parte das empresas concessionárias.**

O Supremo votou no sentido de negar provimento ao recurso, reconhecendo que o ICMS não poderia incidir, pelo fato de o fornecimento de água encanada ser considerado serviço essencial à população, por ser água, é um bem público estadual ou federal, logo, como bem público, na essência, não é uma mercadoria. O que há na verdade é uma outorga de uso e não uma aquisição para a venda.

A jurisprudência do Supremo é no sentido de considerar que efetivamente o fornecimento de água canalizada não se refere a mercadoria, porquanto é preço público em razão da prestação de um serviço essencial (Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADIs 567 e 2224).

Analisando os autos, entendo que a representação deve ser acolhida, tendo em vista que ficou devidamente comprovado que a empresa autuada se enquadra no julgamento do Supremo Tribunal Federal, que reconhece a não incidência do ICMS no fornecimento de água encanada.

Representação ACOLHIDA. Auto de Infração IMPROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta, e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279696.0015/98-1, lavrado contra **SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO - SAEE**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de março de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS