ABASTECIMENTO DE ÁGUA — IMPOSTO — FATO GERADOR

— Cautelar. Ação direta de inconstitucionalidade. Arts. 546, 547 e 548 do Decreto n.º 32.535, de 18 de fevereiro de 1991, do Estado de Minas Gerais. Alegada infringência aos arts. 150, I e VI, § 2.º, e 155, I, "b" da Constituição Federal.

— Relevância do direito, caracterizada pela circunstância de haver-se definido, por decreto, fato gerador e base de cálculo de tributo; e, ainda, por ter-se pretendido modificar, pela mesma via, a natureza jurídica do fornecimento de água potável, encanada, às populações urbanas, transmudando-a de serviço público essencial em circulação de mercadoria.

— Periculum in mora *igualmente configurado, em face da extrema dificuldade de recuperação dos valores correspondentes ao tributo que vier a ser pago. Cautelar deferida.*

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 567
Requerente: Procurador-Geral da República
Requerido: Governador do Estado de Minas Gerais
Relator: Sr. Ministro ILMAR GALVÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em deferir a medida cautelar para suspender a eficácia dos arts. 546, 547 e 548 do Decreto nº 32.535, de 18.2.91, do Estado de Minas Gerais.

Brasília, 12 de setembro de 1991. — *Sydney Sanches*, Presidente; *Ilmar Galvão*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ilmar Galvão (Relator): A Procuradoria-Geral da República ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade, cuja inicial é do seguinte teor: "O Procurador-Geral da República, com fundamento no art. 103, VI, da Constituição Federal, vem ajuizar, perante esse Colendo Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade dos arts. 546, 547 e 548 do Decreto nº 32.535, de 18 de fevereiro de 1991, do estado de Minas Gerais, que prevêem a incidência do ICMS sobre o abastecimento

de água. É este o teor dos dispositivos impugnados:

'Art. 546. A base de cálculo do imposto incidente sobre o fornecimento de água natural, bruta, ou purificada após tratamento, é o valor da operação relativa ao fornecimento de água a consumidor final.

§ 1º O fornecedor de água, em substituição aos créditos relativos às entradas de mercadorias em seu estabelecimento e à utilização de serviços, poderá optar pelo crédito global presumido de 60% do ICMS devido.

§ 2º O crédito presumido referido no parágrafo anterior absorve todos os créditos provenientes de operações e prestações internas, interestaduais ou de importação, e o seu percentual poderá ser alterado a qualquer tempo por resolução da Secretaria de Estado da Fazenda.

§ 3º O benefício previsto neste artigo e os demais tratados nesta seção deixam de aplicar-se a fornecedor que intente ação judicial que tenham implicação com este regime especial.'

'Art. 547. O documento utilizado para cobrança relativa ao fornecimento de água natural será emitido em, no mínimo, duas vias, que terão a seguinte destinação:

I — 1ª via — será entregue ao destinatário;

II — 2ª via — presa ao bloco para exibição ao fisco.

§ 1º Fica dispensada a 2ª via, desde que o estabelecimento emitente mantenha, em arquivo magnético, microfilme ou listagem, os dados relativos ao documento.

§ 2º O documento é dispensado da Autorização de Impressão de Documentos Fiscais e de outras exigências regulamentares relativas a número de ordem, série ou subsérie.

§ 3º O documento terá as seguintes indicações:

1) nome, endereço e números de inscrição estadual e no CGC do emitente;

2) nome e endereço do destinatário, e inscrição, quando for o caso, do destinatário que tenha a água como insumo básico de sua produção;

3) data de vencimento;

4) data da leitura;

5) informação da leitura, inclusive da leitura anterior;

6) consumo faturado em m^3;

7) valor da base de cálculo;

8) alíquota aplicada;

9) valor do ICMS.

§ 4º O módulo do documento, destinado ao controle interno de recebimento pelo fornecedor do pagamento relativo ao fornecimento de água, permanecerá arquivado para exibição ao fisco, sem prejuízo da existência de microfilme ou listagem em arquivo magnético.'

'Art. 548. Os contribuintes fornecedores de água natural ficam dispensados de escrituração fiscal, obrigando-se a manter arquivados, à disposição do fisco e pelo prazo legal, os documentos ou relatórios referentes ao fornecimento e às aquisições de mercadorias e à utilização de serviços, e poderão centralizar o recolhimento do imposto em seu estabelecimento sede.

§ 1º Para o efeito de pagamento do ICMS considera-se ocorrido o fato gerador na data de recebimento do valor correspondente ao fornecimento.

§ 2º No caso de fornecimento de água de um para outro distribuidor, o pagamento do imposto será diferido para o momento da saída da mercadoria para consumidor final.'

A presente iniciativa atende à representação da Associação Nacional dos Serviços Municipais de Água e Esgoto — Assemae, que aponta os seguintes vícios de inconstitucionalidade das normas transcritas:

a) infringência dos arts. 150, I, da Constituição federal, e art. 97 do Código Tributário Nacional, uma vez que a instituição do tributo sobre água tratada não está prevista em lei, decorrendo apenas do decreto impugnado;

b) afronta ao art. 155, I, letra *b*, da Constituição federal, porque a água tratada não constitui mercadoria, mas sim bem fora de comércio, insuscetível de circulação econômica;

c) violação do art. 150, VI, § 2º, da Constituição federal, porque o imposto estadual incide, em realidade, sobre o serviço

público municipal de fornecimento de água potável.

Esclareça-se que os dispositivos impugnados tratam da incidência do imposto sobre a água canalizada, ou seja, sobre o fornecimento de água potável à população do estado, realizado pelo poder público municipal ou por empresas públicas estaduais, mediante concessão. Não alcançam, portanto, o fornecimento de água mineral, gaseificada ou aromatizada, matéria essa disciplinada nos arts. 607 e segs. do mesmo decreto.

A incidência do ICMS sobre o fornecimento de água foi inicialmente prevista no Decreto estadual nº 32.257, de 12.12.90, que, no entanto, foi expressamente revogado pelo Decreto nº 32.535, de 1991.

Requer o autor medida cautelar tendente à suspensão da execução dos dispositivos impugnados, em face da inequívoca relevância dos fundamentos jurídicos da ação, particularmente no que se refere à afronta ao princípio da legalidade tributária e a desvirtuação do campo de incidência do ICMS, definido na Constituição, e do *periculum in mora*, visto que o tributo onera serviço público essencial à população e os pagamentos realizados são praticamente irrecuperáveis pelos milhões de usuários, como bem acentua a associação interessada, nesta passagem:

'Ainda é manifesta a impossibilidade de devolver-se o tributo arrecadado. Mesmo considerando os grandes municípios quando arrecadadores do tributo há de considerar o grande número de contribuintes. Cidades do porte de Juiz de Fora, Uberaba e Montes Claros, sem mencionar a capital, emitem mensalmente mais de cem mil contas em nomes diferentes, além de englobar em uma única conta vários contribuintes (condomínios). Cada conta representa um valor segundo o consumo anotado, incidindo o tributo sobre o valor da conta. Logo, é impossível — mesmo através de um programa de computador — separar o valor arrecadado pelo contribuinte, individualmente, além do que se eventualmente estes valores forem arrecadados e depositados judicialmente para posterior devolução, receberão os acréscimos de juros e correção monetária. Em tais casos a quem devolver a parcela e em que proporção? E as contas de condomínio? Estas indagações a nosso ver não terão respostas práticas, tornando impossível a devolução de valores assim arrecadados.'

Isto posto, requer o autor que, deferida a medida cautelar e obtidas as informações do Exmo. Sr. Governador do Estado de Minas Gerais, lhe seja dada vista dos autos, para pronunciamento final sobre o mérito da ação (Constituição federal, art. 103, § 1º)."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ilmar Galvão (Relator): Tenho por presentes os pressupostos autorizadores da medida cautelar pleiteada.

Com efeito, a relevância do direito se acha caracterizada não somente pela circunstância de ter-se instituído fato gerador e base de cálculo de tributo por decreto, mas também por haver-se modificado, pela mesma via, o tratamento jurídico tradicionalmente dispensado ao fornecimento de água potável, encanada, às populações de nossas cidades e vilas, que outro não era senão o de serviço público essencial, divergindo-se, até aqui, tão-somente acerca da natureza jurídica da contraprestação, que uns sustentam tratar-se de taxa, enquanto outros, de tarifa ou de preço público.

É fora de dúvida que a abrupta assimilação da operação a uma saída de mercadoria, para efeito de exigência do ICMS, não pode ser aceita de modo pacífico, sem consideração ao direito — que, em princípio, é de ser reconhecido às respectivas concessionárias — de permanecerem exoneradas do pagamento do imposto em tela, sobre a água fornecida.

O *periculum in mora*, de sua vez, está representado pela extrema dificuldade de recuperação dos valores correspondentes ao tributo pago, mormente em face da inevitável transferência do encargo para os consumidores, na hipótese de a exigência fiscal vir a ser, afinal, considerada descabida.

Em face de tais considerações, meu voto é no sentido de conceder a liminar, para o

fim de suspender a eficácia dos arts. 546. 547 e 548 do Decreto nº 32.535, de 18 de fevereiro de 1991, do estado de Minas Gerais.

EXTRATO DA ATA

ADIn 567-7-DF (medida liminar) — Rel.: Min. Ilmar Galvão. Reqte.: Procurador-Geral da República. Reqdo.: Governador do Estado de Minas Gerais.

Decisão: por votação unânime, o Tribunal deferiu a medida cautelar para suspender a eficácia dos arts. 546, 547 e 548 do Decreto nº 32.535, de 18.2.91, do estado de Minas Gerais. Votou o Presidente. Plenário. 12.9.91.

Presidência do Sr. Ministro Sydney Sanches. Presentes à sessão os Srs. Ministros Néri da Silveira, Célio Borja, Paulo Brossard. Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Moreira Alves. Octávio Gallotti e Celso de Mello.

Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.