

10/04/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 607.056 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
RECTE.(S) : **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
RECDO.(A/S) : **CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO PAULA**
ADV.(A/S) : **LÍGIA COSTA TAVARES**
INTDO.(A/S) : **ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS DE SANEAMENTO BÁSICO ESTADUAIS - AESBE**
ADV.(A/S) : **ELIZABETH COSTA DE OLIVEIRA GÓES**

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, na conformidade da ata do julgamento

RE 607056 / RJ

e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 10 de abril de 2013.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

01/09/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 607.056 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
RECTE.(S) : **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
RECDO.(A/S) : **CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO PAULA**
ADV.(A/S) : **LÍGIA COSTA TAVARES**
INTDO.(A/S) : **ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS DE SANEAMENTO BÁSICO ESTADUAIS - AESBE**
ADV.(A/S) : **ELIZABETH COSTA DE OLIVEIRA GÓES**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio de Janeiro contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado, assim ementado:

“Tributário. ICMS incidente sobre água canalizada. Ação de rito ordinário objetivando a exoneração da cobrança e a restituição dos valores pagos a título de ICMS indevidamente incluídos pela CEDAE nas faturas referentes ao fornecimento de água encanada. Sentença que julgou improcedente o pedido inicial. Apelação do Autor. Água que não constitui mercadoria, mas sim serviço público essencial e específico. Inexistência da relação jurídico-tributária impugnada. Entendimento predominante neste Tribunal de Justiça. Incidente de Uniformização de Jurisprudência 2006.018.00005. Precedentes do STJ. Contribuinte que faz jus à restituição dos valores pagos indevidamente, corrigidos desde o desembolso e acrescido de juros de mora a contar do trânsito em julgado da decisão, observada a prescrição quinquenal. Súmula 188 do STJ. Reforma do julgado que enseja a imposição ao Réu dos ônus

RE 607056 / RJ

sucumbenciais. Provimento parcial da apelação” (fl. 152).

No extraordinário, interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, o Estado do Rio de Janeiro sustenta que o acórdão recorrido - motivado, basicamente, no enunciado da Súmula nº 130 do próprio TJRJ, o qual dispõe que o fornecimento de água limpa e potável é serviço essencial, sendo ilegal a cobrança do ICMS por parte das empresas concessionárias - violaria o art. 155, II, da Constituição Federal, já que toda a discussão travada no julgado giraria em torno de saber se a água encanada constitui mercadoria, justificando-se, assim, a incidência do ICMS, à luz do citado dispositivo constitucional.

Aduz, ainda, que,

“[p]or detrás dessa questão, jazem outras. Se, como reiteradamente orienta o STF, o fornecimento de água canalizada é remunerável somente por tarifas, em tudo por tudo idênticas às tarifas cobradas pelas concessionárias dos serviços de comunicação, de energia elétrica, de gás canalizado, etc., por que esses outros serviços sofrem a incidência do ICMS e o fornecimento de água não pode sofrê-la? Onde ficam os princípios da capacidade contributiva e da isonomia tributária nisto tudo?” (fl. 162).

A matéria teve sua repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual, em 21/10/2010.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso (fls. 254/256).

É o relatório.

01/09/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 607.056 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

As discussões relacionadas à inconstitucionalidade da incidência do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) sobre a operação de fornecimento de água encanada não são novas. O tema já foi objeto de análise, com decisão unânime desta Suprema Corte, nos autos da ADI nº 567, na qual o Ministro Relator, **Ilmar Galvão**, votou pela suspensão liminar do ICMS sobre o fornecimento de água no Estado de Minas Gerais, conforme a ementa a seguir:

“Cautelar. Ação Direta de inconstitucionalidade. Artigos 546, 547 e 548 do Decreto nº 32.535, de 18 de fevereiro de 1991, do Estado de Minas Gerais. Alegada Infringência aos arts. 150, I e VI e § 2º, e 155, 1, b, da Constituição Federal.

Relevância do direito, caracterizada pela circunstância de haver-se definido por decreto, fato gerador e base 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, transmutando-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.”

Na ADI nº 2.224-5-DF, o Ministro **Néri da Silveira**, no voto proferido, considerou relevante, para votar pela concessão da liminar, o mesmo fundamento invocado pelo Ministro **Ilmar Galvão** na ADI nº 567.

RE 607056 / RJ

Embora não se tenha conhecido dessa ação direta de inconstitucionalidade por questões processuais, na discussão do mérito, contudo, acenou-se com a tese da não tributação, via ICMS, da água fornecida como serviço público.

O objeto da referida ADI nº 2.224-5/DF consistia em declarar a inconstitucionalidade do Convênio nº 77/95 - que autorizava os Estados do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul a revogar a isenção do ICMS para a água canalizada - e da Resolução nº 2.679/96 da Secretaria do Estado de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro - “que leva à efeito o mencionado convênio dispondo sobre as operações internas com água natural”.

Na ocasião, não se conheceu da ação, sob o fundamento de que o afastamento do mundo jurídico das normas impugnadas importaria em deixar remanescer a regra geral que “isenta um absurdo”, no dizer do Ministro **Maurício Corrêa**. Sem que se tenha atacado a norma que criou a isenção, o Tribunal entendeu que não seria o caso de se conhecer de ação que “visa cancelar a isenção setORIZADA no Estado do Rio Grande do Sul”.

No caso sob exame, são impugnados tanto o Convênio nº 98/89, que concedeu a isenção, como o Convênio CONFAZ nº 77/95, ratificado pelo Governador do Estado por meio do Decreto nº 21.845/95, além das Resoluções nº 2.679/96 e nº 3.525/99 da Secretaria Estadual de Fazenda, que determinavam a incidência do ICMS sobre os serviços de fornecimento de água canalizada no Estado do Rio de Janeiro.

Na esteira dos precedentes da Corte, entendo que a incidência do ICMS sobre água potável para o consumo da população - prevista na legislação do Rio de Janeiro - gera uma situação eivada de inconstitucionalidade, destoando da materialidade desse tributo, inserta no art. 155, inciso II da Constituição Federal.

Com efeito, a Constituição Federal define o âmbito do ICMS no referido art. 155, inciso II, o qual estabelece a sua incidência sobre “operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”.

RE 607056 / RJ

Observe-se que, embora o fato gerador do ICMS seja descrito na lei que o institui, como ocorre com todos os demais tributos, sujeita-se o legislador infraconstitucional aos limites da hipótese de incidência estabelecida na Carta Magna. A lei que veicular sua hipótese de incidência só será válida se descrever uma operação relativa à circulação de mercadorias ou à prestação dos serviços taxativamente previstos no dispositivo constitucional.

Assim, analisar a extensão da hipótese de incidência prevista no art. 155, inciso II, da Constituição Federal é indispensável para a identificação do que constitui ou não fato gerador do ICMS.

Geraldo Ataliba define 'operações' como "atos jurídicos; atos regulados pelo Direito como produtores de determinada eficácia jurídica; são atos juridicamente relevantes; circulação e mercadorias são, nesse sentido adjetivos que restringem o conceito substantivo de operações".

'Circular', no dizer de Ataliba e Cleber Giardino, citados por José Eduardo Soares de Melo (ICMS: Teoria e Prática. 10. Ed. Dialética. p. 14),

"significa, para o Direito, mudar de titular. Se um bem ou uma mercadoria mudam de titular, circula para efeitos jurídicos. Convenciona-se designar por titularidade de uma mercadoria à circunstância de alguém deter poderes jurídicos de disposição sobre a mesma, sendo ou não seu proprietário (disponibilidade jurídica)".

No que se refere à noção de mercadoria, para fins de tributação do ICMS, consolidou-se, ao longo do tempo, o entendimento de que consiste em bem móvel sujeito à mercancia ou, se preferirmos, no objeto da atividade mercantil.

Dessa forma, não é qualquer bem móvel que é mercadoria, mas tão somente aquele que se submete à mercancia, ou seja, que é passível de apropriação pelo promotor da operação que o destina ao processo econômico circulatório. O bem móvel é o gênero, do qual mercadoria é a espécie.

A fundamentação que vem ensejando a classificação da distribuição

RE 607056 / RJ

de água potável como atividade mercantil - para fins de imposição tributária pelos estados-membros e pelo Distrito Federal - é construída a partir de uma concepção segundo a qual a água canalizada é um bem dotado de valor econômico, diferente daquela encontrada em seu estado natural (água bruta), já que sofre tratamento químico necessário para o consumo. Em resumo, o fornecimento de água potável caracterizaria uma operação de circulação de mercadoria.

Todavia, as águas públicas derivadas de rios ou mananciais são qualificadas juridicamente como bem de uso comum do povo, conforme os arts. 20, III, e 26, I, da Constituição Federal, não podendo ser equiparadas a uma espécie de mercadoria, sobre a qual incidiria o ICMS. O tratamento químico necessário ao consumo não tem o condão de descaracterizar a água como um bem público de uso comum de todos.

De longa data, Geraldo Ataliba questiona a incidência do imposto estadual sobre bens que não tenham a natureza jurídica de “mercadorias”, argumentando que:

“não é qualquer bem que pode ser juridicamente qualificado como mercadoria. Essa qualificação depende de dois fatores, a saber (1) a natureza do promotor da operação que a tem por objeto e (2) a destinação comercial que a ela dá o seu titular”.

Evidencia-se, assim, que os conceitos de “operação”, “circulação” e “mercadoria” permanecem umbilicalmente ligados, devendo o intérprete das leis e os aplicadores do ICMS tomá-los em suas concepções jurídicas para efeito da caracterização de sua incidência. No caso, estão ausentes os elementos que adjetivam o aspecto material da hipótese de incidência do ICMS, quais sejam: “circulação” e “mercadoria”, na medida em que as concessionárias - promotoras da operação de fornecimento de água - não detêm poderes jurídicos de disposição sobre ela, tampouco podem dar destinação comercial à água, dada a sua natureza de bem público.

Esse entendimento é corroborado pelo art. 18 da Lei nº 9.433/97, que “institui a Política Nacional de Recursos Hídricos”, ao deixar claro que a

RE 607056 / RJ

concessão do serviço público de distribuição de água canalizada constitui mera outorga dos direitos de uso, não implicando a alienação das águas, uma vez que se trata de bem de uso comum do povo, inalienável.

"Art. 18. A outorga não implica a alienação parcial das águas, que são inalienáveis, mas o simples direito de seu uso."

No mesmo sentido, o Código de Águas (Decreto n.º 24.643/34):

"Art. 46. concessão não importa, nunca, a alienação parcial das águas públicas, que são inalienáveis, mas no simples direito ao uso destas águas."

Observa-se, assim, que, ao se tributar o fornecimento de água potável, está-se conferindo interpretação inadequada ao conceito de mercadoria, o que conduz, erroneamente, à classificação de água canalizada como bem passível de comercialização. E mais. Está-se pretendendo tributar, via ICMS, serviço de saneamento básico não taxativamente previsto no art. 155, II, da Magna Carta. A água natural canalizada, ao contrário do que acontece com a água envasada, não é objeto de comercialização, e sim de prestação de serviço público. Inexiste, portanto, uma operação relativa à circulação de água, como se essa fosse mercadoria.

Em verdade, os concessionários que detêm o direito ao uso dessas águas prestam serviços públicos essenciais de competência do Estado, mediante a captação, o tratamento e o abastecimento de água de forma adequada ao consumidor final – os quais compreendem um conjunto de serviços que visam assegurar a universalidade e a qualidade do consumo de água pela população, promovendo, desse modo, a saúde pública.

A doutrina abalizada não destoia desse entendimento, a exemplo do magistério do Professor Antônio Roque Carraza (ICMS. 10. Ed. Malheiros. p. 131):

"na medida em que as águas são incontendivelmente

RE 607056 / RJ

bens públicos, segue-se que não são mercadorias, não podendo, só por isso, ensejar tributação por meio de ICMS.

Ademais, neste estado natural, a água é insusceptível de avaliação econômica, circunstância que, de per si, afasta a incidência do ICMS.

Por outro lado, o serviço domiciliar de água (água encanada e tratada), porque serviço público específico e divisível, possibilita apenas um tipo de tributação: a tributação por meio de taxa de serviço (art.145, II, segunda parte da CF). Não de imposto; muito menos de ICMS, cujas regras-matrizes estão perfeitamente delineadas no Texto Magno e não podem ter seu traçado alterado pelo legislador ou pelo agente fiscal.”

Complementa o Professor José Eduardo Soares de Melo (ICMS - teoria e prática. 10. ed. Dialética, 2008. p. 20):

“(…) [N]ão se tributa (ICMS) a água em estado bruto (bem público não destinado a comércio); a água utilizada no preparo de alimentos, higiene, etc., e a água encanada e tratada (sujeita a taxa); embora o Convênio ICMS nº 98, de 24.10.89, tenha disposto sobre a isenção no fornecimento de água natural canalizada, evidenciando que poderia (à falta de convênio) ser objeto de tributação”.

Por fim, registro a jurisprudência já há muito consolidada nesta Corte de que o serviço de fornecimento de água é submetido ao regime de preço público, e não ao de taxa, como manifesto nos embargos no RE nº 54.491/PE e nos RE 85.268/PR e 77/162/SP.

Registro, ademais, que essa discussão – sobre a remuneração do serviço público –, ao contrário do que faz parecer o recorrente, não tem qualquer relevância para o deslinde do caso concreto, pois incontroverso que se trata de um serviço público essencial posto à disposição da população, o qual, independentemente do regime jurídico de sua remuneração, não está sujeito à tributação pela via do imposto em

RE 607056 / RJ

questão.

Não bastassem todos os fundamentos já delineados, considero que a incidência do ICMS sobre o serviço de água tratada não atende ao interesse público; ao contrário, a tributação pode, inclusive, prejudicar políticas públicas de universalização do acesso a esse serviço.

Diante do exposto, voto pelo não provimento do recurso extraordinário, ratificando a jurisprudência da Corte no sentido da não incidência do ICMS sobre o serviço de fornecimento de água tratada.

01/09/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 607.056 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
RECTE.(S) : **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
RECDO.(A/S) : **CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO PAULA**
ADV.(A/S) : **LÍGIA COSTA TAVARES**
INTDO.(A/S) : **ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS DE SANEAMENTO BÁSICO ESTADUAIS - AESBE**
ADV.(A/S) : **ELIZABETH COSTA DE OLIVEIRA GÓES**

VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, temos aqui algumas questões bastante complexas.

Em primeiro lugar, no meu modo de ver, o fato de ser serviço essencial não inibe a incidência de exação. Transporte coletivo é serviço essencial e há incidência de tributos; a água, no meu modo de ver, pode ser avaliável economicamente.

Por força de tantas outras questões que esta causa suscita, peço vênua ao Colegiado para pedir vista, para trazer um voto mais aprofundado.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 607.056

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECDO.(A/S) : CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO PAULA

ADV.(A/S) : LÍGIA COSTA TAVARES

INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS DE SANEAMENTO BÁSICO

ESTADUAIS - AESBE

ADV.(A/S) : ELIZABETH COSTA DE OLIVEIRA GÓES

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Dias Toffoli (Relator), negando provimento ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelo recorrente, a Dra. Christina Aires Corrêa Lima, Procuradora do Estado e, pela interessada, a Dra. Elizabeth Costa de Oliveira Góes. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 01.09.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário

10/04/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 607.056 RIO DE JANEIRO

VOTO-VISTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
REPERCUSSÃO GERAL.
CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO.
IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES
RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE
MERCADORIAS (ICMS).
FORNECIMENTO DE ÁGUA
CANALIZADA. SERVIÇO PÚBLICO
ESSENCIAL. PRECEDENTES NO
SENTIDO DE REJEITAR A TRIBUTAÇÃO
(ADIN Nº 567/MG, REL. MIN. ILMAR
GALVÃO, E ADIN Nº 2.224/DF, RED. P/
ACÓRDÃO MIN. NELSON JOBIM).
ÁGUA, EM ESTADO BRUTO *IN NATURA*,
QUE CONFIGURA BEM PÚBLICO
ESTADUAL OU DA UNIÃO (CRFB/88,
ART. 20, III E VI, E ART. 26, I). OUTORGA
DO DIREITO DE USO DA ÁGUA QUE
NÃO IMPLICA ALIENAÇÃO PARCIAL,
NOS TERMOS DO ART. 18 DA LEI QUE
DISCIPLINA A POLÍTICA NACIONAL DE
RECURSOS HÍDRICOS (LEI Nº 9.433/97).
INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL.
MOMENTO DE CAPTAÇÃO DA ÁGUA,
POSTERIORMENTE À OUTORGA.
IMPOSSIBILIDADE DE APROPRIAÇÃO
DA ÁGUA PELO AGENTE ECONÔMICO.

RE 607056 / RJ

A PRESENÇA DE FINALIDADE ECONÔMICA NA CAPTAÇÃO DA ÁGUA, REVELADA PELA META PÚBLICA DE “RECONHECER A ÁGUA COMO BEM ECONÔMICO E DAR AO USUÁRIO UMA INDICAÇÃO DE SEU REAL VALOR” (LEI Nº 9.433/97, ART. 19, I), BEM COMO PELA COBRANÇA DE VALORES PELO USO DE RECURSOS HÍDRICOS CONFORME O VOLUME DE ÁGUA CAPTADO PELO OUTORGADO (LEI Nº 9.433/97, ART. 21, I), NÃO JUSTIFICA A INCIDÊNCIA DA TRIBUTAÇÃO. AUSÊNCIA DE TÍPICA OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA NO TEXTO CONSTITUCIONAL (CRFB/88, ART. 155, II E § 3º) NÃO SE AMOLDANDO AO FATO GERADOR PRINCIPAL DO ICMS (CRFB/88, ART. 155, II, *PRIMEIRA PARTE*). RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: A controvérsia dos autos gira em torno da possibilidade de tributação, por ICMS, da atividade de fornecimento de água canalizada, prestada pela CEDAE-RJ aos usuários através do pagamento de tarifa. Para equacioná-la, as duas teses principais, sustentadas pelo recorrente (Estado do Rio de Janeiro) e pelo recorrido (Condomínio do Edifício Paula), partem, respectivamente, das premissas de que o fornecimento de água canalizada configuraria (i) mercadoria ou (ii) serviço público essencial: na primeira hipótese, diversamente da segunda, haveria subsunção à matriz constitucional do ICMS, prevista no art. 155, II, da CRFB/88 (*Art. 155. Compete aos Estados e*

RE 607056 / RJ

ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior), o que validaria sua incidência.

O acórdão recorrido, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, afastou a tributação sobre a água encanada, considerando se tratar de serviço público essencial, e não fornecimento de mercadoria, de modo que se admitiria a cobrança apenas de tarifa frente ao cidadão.

Fundou-se, para tanto, no art. 23, II e IX (*Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; (...) IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico*), e no art. 175 da CRFB/88 (*Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado*), que disciplinam o regime constitucional do serviço público de fornecimento de água, sendo que o art. 10, I, da Lei de Greve confirmaria a classificação como serviço público essencial (*Lei nº 7.783/89, Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais: I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; (...)*).

O eminente Min. Relator Dias Toffoli, ao trazer o feito a julgamento na sessão plenária de 1º de setembro de 2011, proferiu voto no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário. Após aludir a precedentes deste Supremo Tribunal Federal sobre o tema, afirmou que a incidência do ICMS sobre o fornecimento de água canalizada encerraria “*uma*

RE 607056 / RJ

situação evada de inconstitucionalidade, destoando da materialidade desse tributo inserta no Art. 155, II, da Constituição Federal". Asseverou que somente os bens móveis submetidos à mercancia configurariam mercadoria para fins de tributação pelo ICMS, razão pela qual as águas públicas, *"qualificadas juridicamente como bem de uso comum do povo"*, não poderiam ser equiparadas à espécie daquelas, e isso ainda que após o tratamento químico necessário ao consumo. Nessa linha, aludiu ao art. 18 da Lei nº 9.433/97 e ao art. 46 do Código de Águas (Decreto nº 24.643/34), que impediriam a alienação parcial das águas públicas por força de outorgas do direito de uso. Assim, ao contrário da água envasada, a água natural canalizada, insuscetível de avaliação econômica, não seria objeto de comercialização, e sim de *"prestação de serviço público"* de natureza essencial e de competência do Estado.

Deste modo, e com amparo na lição de Roque Antonio Carrazza, afirmou o Min. Rel. que o fornecimento de água ensejaria, em tese, *"apenas um tipo de tributação: a tributação por meio de taxa de serviço (CRFB/88, art.145, II)"*, muito embora logo a seguir tenha ressaltado que a jurisprudência desta Suprema Corte se firmou no sentido de que o fornecimento de água se submete ao regime de preço público, e não de taxa. E, por fim, asseverou que a tributação do fornecimento de água por ICMS não atenderia ao interesse público, já que *"poderia inclusive prejudicar políticas públicas de universalização do acesso a esse serviço"*.

Feito o relato do ocorrido até o momento, passo a votar.

Após refletir com a devida profundidade sobre todos os aspectos constitucionais que envolvem o tema, e levando em conta principalmente que o presente recurso extraordinário está submetido a julgamento segundo a sistemática da repercussão geral, de modo que assim se firmará um precedente a ser aplicado de maneira uniforme por todo o país (CPC, 543-B, §§ 3 e 4º), alinho-me à tese que rejeita a tributação do fornecimento de água canalizada pelo ICMS, e encampada pelo i. Relator

RE 607056 / RJ

Min. Dias Toffoli. Trago apenas algumas breves reflexões acerca da temática.

De início, assento que, do ponto de vista conceitual, inexistente qualquer incompatibilidade lógica entre a classificação de determinada atividade como serviço público, no âmbito do direito administrativo, e a configuração, nesta mesma atividade, sob o ângulo material, de um fornecimento de mercadorias a ensejar a incidência do ICMS.

Com efeito, a função da classificação de atividades como serviços públicos, como se sabe, é conduzir à atração de um peculiar regime jurídico de direito público, diante do especial significado de determinadas utilidades econômicas para a interdependência social, de modo que *“o Estado reputa que não convém relegá-las simplesmente à livre iniciativa; ou seja, que não é socialmente desejável fiquem tão só assujeitadas à fiscalização e controles que exerce sobre a generalidade das atividades privadas”* (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 641).

E esse especial significado social pode se mostrar presente tanto na realização de um fazer quanto na de um dar, nesta última hipótese em típica operação de circulação econômica de mercadoria: há serviço público a revelar um fazer, por exemplo, nas atividades de telecomunicações e de limpeza urbana, e há também serviço público na atividade de distribuição de gás canalizado, que configura um dar a ensejar a tributação por ICMS. Em suma, serviço público, para o direito administrativo, é conceito absolutamente distinto de serviço público para o direito tributário, em cujo núcleo reside a configuração de um *facere*, isto é, uma obrigação de fazer (TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, Vol. IV – Os tributos na Constituição, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 368).

Nada obstante isso, a rejeição da tributação do fornecimento de água

RE 607056 / RJ

canalizada, por ICMS, se justifica por outros fundamentos.

O primeiro deles reside no caráter essencial subjacente ao fornecimento de água canalizada para a coletividade em geral que, por tal razão, afasta *in casu* a incidência tributária. As águas, em seu estado bruto in natura, foram ineludivelmente alçadas pelo constituinte à condição de bens públicos, insuscetíveis, portanto, de avaliação econômica. Podem ser estaduais, conforme disposto no art. 26, I, da CRFB/88 (*CRFB/88, Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados: I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União; (...)*), ou federais, nas hipóteses previstas no art. 20, III e VI, da Constituição (*CRFB/88, Art. 20. São bens da União: (...) III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; (...) e VI - o mar territorial*). Nota-se, portanto, que o Constituinte entendeu por excluir o Município da titularidade das águas, conforme assinala BARROSO, Luís Roberto. *Água: a próxima crise*, In: *Temas de direito constitucional*, Tomo II, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, p. 310.

Tal circunstância permanece inalterada mesmo quando haja o fornecimento através da canalização ao consumidor final. É dizer, a condição jurídica da água não muda radicalmente de figura com a mera distribuição domiciliar de água potável por concessionárias ou permissionárias aos cidadãos, razão por que não se revela possível qualificá-las juridicamente como mercadorias para fins de incidência de tributação por ICMS.

De fato, como prega a Lei que disciplina a Política Nacional de Recursos Hídricos, está sujeita à outorga do Poder Público a “derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo

RE 607056 / RJ

produtivo” (Lei nº 9.433/97, art. 12, I). Nessa hipótese, portanto, há outorga do direito de uso dos recursos hídricos públicos, sendo que a própria Lei afirma que “a outorga não implica a alienação parcial das águas, que são inalienáveis, mas o simples direito de seu uso” (art. 18).

A leitura dessa última disposição tem de ser feita em seus devidos termos. Isso significa que, em uma primeira guinada de visão, que a só outorga do direito de uso acarrete a transferência da propriedade sobre a água encontrada no domínio dos Estados ou da União. Mais que isso, tampouco se pode cogitar, partindo da própria literalidade do preceito legal, de que, uma vez promovida a intervenção do agente econômico através da captação da água, a partir de tal momento a água captada passa a ser, naturalmente, da propriedade do agente econômico, para que assim seja possível o respectivo fornecimento aos usuários finais através da rede de distribuição. Em outras palavras, o art. 18 da Lei nº 9.433/97 (Lei de Recursos Hídricos) impede que seja adquirida a propriedade sobre a água no mero momento da outorga do direito de uso, outrossim obstaculiza que haja a apropriação sobre as águas já captadas através do exercício concreto de tal direito de uso.

Nesse diapasão, não consubstancia premissa inexorável da outorga do direito de uso sobre as águas públicas que o concessionário possa, após captá-las, apropriar-se da água para conduzir o fornecimento aos usuários. Demais, a natureza de bem público não se altera ante o reconhecimento da finalidade econômica dado pela mesma Lei nº 9.433/97, que disciplina a Política Nacional de Recursos Hídricos. A rigor, o referido diploma fixa apenas e tão somente parâmetros objetivos para a cobrança pelo uso da água, com vistas a racionalizar a sua utilização pelos usuários, em nada alterando o seu caráter de bem público. Isso pode ser corroborado pelos arts. 19 e 21, I, da Lei nº 9.433/97 (*Art. 19. A cobrança pelo uso de recursos hídricos objetiva: I - reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor; II - incentivar a racionalização do uso da água; III - obter recursos financeiros para o*

RE 607056 / RJ

financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos; Art. 21. Na fixação dos valores a serem cobrados pelo uso dos recursos hídricos devem ser observados, dentre outros: I - nas derivações, captações e extrações de água, o volume retirado e seu regime de variação).

Assim, assiste razão ao acórdão recorrido quando afirma, para negar a tributabilidade da água canalizada, que *“a água, recurso natural e essencial à vida, ao desenvolvimento econômico e ao bem-estar social, constitui bem público inalienável, e o fornecimento de água potável, disponibilizada à população como serviço público, de obrigação do Estado, não enseja a perda de sua natureza, mesmo sendo delegado mediante concessão”*.

Neste cenário, o fornecimento de água canalizada, por não se tratar de operação de circulação de mercadorias, queda-se fora da incidência do ICMS de acordo com a primeira parte do art. 155, II, da CRFB/88 (*Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior*).

Outrossim, os serviços públicos de água canalizada não receberam previsão expressa na hipótese de incidência do ICMS, contidas na parte final do citado inc. II do art. 155 da CF e no corpo do § 3º do mesmo dispositivo (*CRFB/88, Art. 155. § 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País*), razão por que não revela legítima a sua cobrança por Estados e pelo DF.

Por fim, a natureza jurídica de serviço também foi reconhecida pela Lei Complementar nº 116/03, que revogou o regramento do ISS à época vigente (Decreto-Lei nº 406/68). Esta norma geral do ISS, por disposição expressa do art. 156, III, da CF/88, veio a definir em seu texto os serviços

RE 607056 / RJ

passíveis de tributação por este imposto, com exceção daqueles já tributados pelo ICMS, *verbis*:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

...

III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

Na lista anexa à aludida Lei Complementar, foram inseridas as atividades típicas das companhias de saneamento, notadamente, para o que interessa ao deslinde da questão, os itens 7.14 e 7.15, os quais foram objeto de veto presidencial, cujas razões ora transcrevemos por subsidiarem o *decisum, verbis*:

7.14 – Saneamento ambiental, inclusive purificação, tratamento, esgotamento sanitário e congêneres.

7.15 – Tratamento e purificação de água.

*A incidência do imposto sobre serviços de saneamento ambiental, inclusive purificação, tratamento, esgotamento sanitários e congêneres, bem como sobre serviços de tratamento e purificação da água, não atende ao interesse público. A tributação poderia comprometer o objetivo do Governo em universalizar o acesso a tais serviços básicos. O desincentivo que a tributação acarretaria ao setor teria como consequência de longo prazo aumento nas despesas no atendimento da população atingida pela falta de acesso a saneamento básico e água tratada. Ademais, o Projeto de Lei n° 161 – Complementar revogou expressamente o art. 11 do Decreto-Lei n° 406, de 31 de dezembro de 1968, com redação dada pela Lei Complementar n° 22, de 9 de dezembro de 1974. Dessa forma, as obras hidráulicas e de construção civil contratadas pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios e autarquias e concessionárias, antes isentas do tributo, passariam a ser taxadas, com reflexos nos gastos com investimentos do Poder Público. Dessa forma, a incidência do imposto sobre os referidos **serviços** não atende o interesse público, recomendando-se o veto aos itens 7.14 e 7.15, constantes da Lista de*

RE 607056 / RJ

Serviços do presente Projeto de Lei Complementar. Em decorrência, por razões de técnica legislativa, também deverão ser vetados os incisos X e XI do art. 3º da Projeto de Lei.

Adite-se a isso que, ontologicamente, não subsiste a distinção feita pelo Recorrente no sentido de que o fornecimento de água canalizada se apresentaria como serviços públicos *essenciais*, e não como serviços públicos *obrigatórios* (i.e., aqueles cuja prestação é de tal forma tocada pelo interesse público que cabe ao Estado exercê-la mesmo que o usuário, por ato voluntário, pretenda ilidi-la), razão por que atrairia a incidência da tributação por ICMS. Em essência, inexistente justificativa que dê suporte a tal distinção.

O fato de haver serviços em que mesmo diante do inadimplemento do usuário, por não ter recolhido a taxa pertinente, ocorrerá a prestação (e.g., esgoto sanitário e com a coleta de lixo) não retiram a sua pecha de essencial. Por outro lado, é inobjetével que o fornecimento de água canalizada, bem considerado vital à vida humana, reveste-se de obrigatoriedade, não podendo a sua distribuição ficar ao alvedrio do Poder Público ou dos particulares prestadores deste serviço (concessionários ou permissionários).

Amparar tal distinção na circunstância de que é possível que o particular opte por poços artesianos ou carros-pipas, sem que tenha de pagar, assim, qualquer remuneração pelo serviço de fornecimento de água não utilizado, como pretende o Recorrente, seria irreal e pouco pragmático sob o ponto de vista da racionalidade. Na verdade, essa opção se revela fictícia e desconsidera as diferenças sócioeconômicas existentes na sociedade brasileira.

Alguns dados ilustram bem o pano de fundo da discussão. De acordo com levantamento feito pelo IBGE, em 2011, o número de domicílios atendidos por rede geral de abastecimento de água no Brasil era de 51,8 milhões, correspondendo a 84,6% do total de unidades. Nas

RE 607056 / RJ

regiões Norte e Nordeste, que possuem os piores índices, esse percentual é de 55,9% e 79,9%, respectivamente (Fonte: IBGE. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento. PNAD 2009/2011).

Ou seja, a tão almejada universalização do serviço público de abastecimento de água canalizada no Brasil ainda é um sonho distante de boa parte da população. Se isso é verdade, como os dados fazem crer que sejam, cai por terra essa pseudo-liberdade de escolha dos cidadãos entre, de um lado, o fornecimento de água canalizada e, de outro, a construção de poços artesianos ou a contratação de carros-pipa. A rigor, ao sugerir tais opções, o Recorrente, a um só tempo, desconsidera as condições materiais de cada cidadão brasileiro (no caso da contratação de carros-pipa), bem como promove o estabelecimento de cidadãos de primeira (para os quais se disponibilizaria água canalizada) e de segunda classe (para os quais restariam os poços artesianos).

Demarco, por fim, que a tese pela rejeição da tributação do fornecimento de água canalizada é tradicional neste Supremo Tribunal Federal, notadamente a partir dos precedentes firmados na ADIn nº 567/MG, Rel. Min. Ilmar Galvão, e na ADIn nº 2.224/DF, Red. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim, nos quais se parte da premissa de que a água encanada não configura mercadoria a ensejar a incidência do ICMS. Eis a ementa destes e de outros julgados que a eles se seguiram, *verbis*:

CAUTELAR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 546, 547 E 548 DO DECRETO N. 32.535, DE 18 DE FEVEREIRO DE 1991, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. ALEGADA INFRINGENCIA AOS ARTS. 150, I E VI, PAR.2., E 155, I, "b", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Relevância do direito, caracterizada pela circunstancia de haver-se definido, por decreto, fato gerador e base de calculo de tributo; e, ainda, por ter-se pretendido modificar, pela mesma via, a natureza jurídica do fornecimento de água potável, encanada, as populações

RE 607056 / RJ

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. (ADI 567 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 12/09/1991, DJ 04-10-1991 PP-13779 EMENT VOL-01636-01 PP-00038 RTJ VOL-00138-01 PP-00060)

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RESOLUÇÃO Nº 98/89 QUE APROVOU CONVÊNIO NA FORMA DA LC 24/75, EM QUE AUTORIZA ESTADOS E O DISTRITO FEDERAL A CONCEDERAM 'A ISENÇÃO DO ICMS EM OPERAÇÕES COM ÁGUA NATURAL CANALIZADA, NAS HIPÓTESES PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO ESTADUAL'. EDIÇÃO DO CONVÊNIO 77/95, DO MINISTÉRIO DA FAZENDA, QUE AUTORIZA RIO DE JANEIRO E RIO GRANDE DO SUL A REVOGAREM A ISENÇÃO DO ICMS PARA A ÁGUA CANALIZADA. RESOLUÇÃO Nº 2.679/96, QUE LEVA A EFEITO O CONVÊNIO 77/95. REQUERIDA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS DOIS ÚLTIMOS ATOS NORMATIVOS, SOB A ALEGAÇÃO DE: 1) ERRÔNEA CLASSIFICAÇÃO DE ÁGUA CANALIZADA COMO MERCADORIA; 2) LEGITIMIDADE DOS ESTADOS E DISTRITO FEDERAL PARA FIRMAR CONVÊNIOS QUE TRATEM DE ISENÇÃO DE ICMS, NA FALTA DE LEI COMPLEMENTAR. NECESSÁRIA A COMPREENSÃO DA EXTENSÃO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS - ART. 155, II, CF, PARA IDENTIFICAR O QUE CONSTITUI OU NÃO FATO GERADOR DO ICMS. JURISPRUDÊNCIA DESTA TRIBUNAL QUE ENTENDE NÃO SER A ÁGUA CANALIZADA MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO PELO ICMS, POR TRATAR-SE DE SERVIÇO PÚBLICO. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, SE A SUSPENSÃO DA NORMA IMPUGNADA FIZER RESSURGIR NORMA ANTERIOR TAMBÉM INCONSTITUCIONAL, ESTAS

RE 607056 / RJ

DEVERÃO SER IMPUGNADAS NA INICIAL. O QUE NÃO SUCEDEU. SE DECIDIR ESTE TRIBUNAL PELA INCONSTITUCIONALIDADE DO CONVÊNIO 77/95, HAVERÁ A REPRISTINAÇÃO DO CONVÊNIO ANTERIOR - Nº 98/89. AÇÃO NÃO CONHECIDA. (ADI 2224, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 30/05/2001, DJ 13-06-2003 PP-00008 EMENT VOL-02114-02 PP-00252)

TRIBUTÁRIO. ICMS. FORNECIMENTO DE ÁGUA CANALIZADA. SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A decisão agravada está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, que possui entendimento no sentido de que não incide o ICMS sobre o fornecimento de água canalizada, uma vez que se trata de serviço público essencial e não de mercadoria. Precedentes. II - Agravo regimental improvido. (RE 552948 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 01/06/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-07 PP-01558)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL. ICMS. FORNECIMENTO DE ÁGUA POR EMPRESA DE SANEAMENTO PÚBLICO. CARACTERIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMO SERVIÇO OU ATIVIDADE COMERCIAL. NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL DO ARGUMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE A LEGISLAÇÃO INFRALEGAL ALTERAR O CONCEITO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA PARA ENCAIXÁ-LO NO FATO GERADOR DO TRIBUTO. 1. A discussão acerca da caracterização do fornecimento de água como serviço ou operação de circulação de mercadoria depende do exame da legislação

RE 607056 / RJ

infraconstitucional que define o regime de acesso e distribuição do mineral, de modo a não desafiar a interposição de recurso extraordinário. Precedente: RE 450.496-AgR, rel. min. Carlos Britto, Primeira Turma, DJ de 16.12.2005. 2. Esta Corte afastou, em cautelar de controle direto de constitucionalidade, legislação infralegal tendente à modificação dos conceitos legais dos serviços de fornecimento de água para encaixá-los na hipótese de incidência do ICMS (ADI 567-MC, rel. min. Ilmar Galvão, Pleno, DJ de 04.10.1991). Agravo regimental ao qual se nega provimento. (AI 297277 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 06/04/2010, DJe-081 DIVULG 06-05-2010 PUBLIC 07-05-2010 EMENT VOL-02400-04 PP-00869)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. COBRANÇA DE ICMS INCIDENTE SOBRE O FORNECIMENTO DE ÁGUA ENCANADA. IMPOSSIBILIDADE. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido da ilegitimidade da cobrança de ICMS sobre água encanada, uma vez que se trata de serviço público essencial e não mercadoria. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 682565 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 EMENT VOL-02368-17 PP-03640)

Mesmo enquanto atuava no Superior Tribunal de Justiça, ademais, já tive a oportunidade de perfilhar a orientação firmada por esta Suprema Corte, entendendo, à época, pela rejeição da incidência de ICMS sobre o fornecimento de água encanada, como exemplifica a ementa do seguinte acórdão por mim relatado:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. ÁGUA TRATADA. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. O fornecimento de água potável não constitui hipótese

RE 607056 / RJ

de tributação, visto que o serviço prestado se reveste de caráter público e essencial. Precedentes: AgRg no REsp 1080699/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 15/03/2010 AgRg no REsp 1056579/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 5.10.2009; AgRg no REsp 1014113/RJ, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ de 23.6.2008; AgRg no Ag 814.335/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ de 19.12.2007; AgRg no REsp 1081573/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 08/03/2010.

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1034735/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 06/12/2010)

Ex positis, voto no sentido **negar provimento ao recurso extraordinário**, assentando a inconstitucionalidade da tributação, pelo ICMS, do fornecimento de água encanada.

É como voto.

10/04/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 607.056 RIO DE JANEIRO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, há um sistema que vem funcionando em todo o território nacional, ligado ao fornecimento desse bem indispensável ao homem, que é a água.

Não me consta que até aqui tenha surgido conflito no âmbito da competência tributária ativa, considerados Estado e município: o município pretendendo a incidência do imposto sobre serviços, e o Estado a incidência do ICMS, tributo cuja própria sigla já revela a possibilidade de existir situação concreta em que envolvidos serviços, como está no inciso II do artigo 155 da Constituição Federal:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, (...);

Quando se tem, junto com o fornecimento da mercadoria – e, para mim, água é mercadoria –, a prestação de serviços, adota-se a teoria do preponderante. Reconheço que as empresas de água que se dedicam, em linhas gerais, ao saneamento – e a CEDAE, no caso, é uma empresa de água – prestam serviços. Recebo em minha residência um medidor, que vai conferir o hidrômetro, o relógio que marca a chegada dessa mercadoria canalizada – e o fato de a mercadoria ser canalizada não implica a sua descaracterização.

Indago: ainda que coloquemos a água como indispensável, como a englobar esse gênero – não espécie – serviço essencial, porque vejo nele também apanhadas certas mercadorias, esse fato descaracteriza o que fornecido como mercadoria? A meu ver, não, Presidente. Repito que, até

RE 607056 / RJ

aqui, pelo que me consta – teria que fazer pesquisa um pouco mais aprofundada –, o ICMS vem sendo cobrado em todas as contas apresentadas, não sendo, no caso do fornecimento de água, primazia do Estado do Rio de Janeiro.

A persistir o quadro decisório, teremos como assegurado a esse contribuinte, ao condomínio do Edifício Paula, a repetição do indébito, presente o período em que o tributo foi cobrado, com a incidência de juros e correção monetária, observado, claro, o quinquênio alusivo ao prazo prescricional.

Vejo que, nos precedentes levantados pelo Gabinete, existem vários formalizados em procedimentos de apreciação sumária. Refiro-me ao problema, muito embora às vezes não pareça, de cautelar no processo objetivo, ao do agravo regimental no agravo de instrumento para a subida do extraordinário e ao do regimental, também, no recurso extraordinário.

Peço vênia, Presidente, aos colegas para concluir que, no caso, tem-se a observância pelo Estado do Rio de Janeiro, como também por outros estados, do disposto na Constituição Federal.

Hugo de Brito Machado, em regime tributário da venda de água – mercadoria, repito, e não é um simples serviço –, entende ser legítima essa mesma incidência e sustenta que se tem realmente um serviço público em sentido estrito. No caso de fornecimento de água pelo Estado, diretamente ou por intermédio de concessionárias, a questão está em saber – diz ele – se tal atividade deve ser considerada serviço público, em sentido estrito – e aí, ter-se-ia a incidência apenas do imposto sobre serviço –, ou uma atividade propriamente estatal. Relevante observar que a água é bem comum. Tece considerações apontando que o Estado exerce atividade econômica de fornecimento de água, que bem poderia ser realizada por particulares, porque tal atividade é de relevante interesse coletivo. Conclui que é razoável entender-se que, no fornecimento de água, o que se dá é o transporte feito mediante a tubulação, mas de algo que ressoa como mercadoria, uma mercadoria peculiar.

Por isso, Presidente, assentando que não houve extravasamento dos

RE 607056 / RJ

limites constitucionais, do figurino constitucional referente ao tributo, peço vênia ao relator e àqueles que o acompanharam, para prover o extraordinário.

10/04/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 607.056 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, eu ouvi atentamente a explicação e o voto do eminente Ministro Marco Aurélio. E essa questão é uma questão extremamente palpitante, e eu votei, confesso que votei, não só pelo brilho dos argumentos do eminente Relator, mas também por um precedente que eu subscrevi no mesmo sentido.

Mas agora, refletindo sobre as ponderações do Ministro Marco Aurélio, imaginando que não se trata de água *in natura*, e não se trata de um simples transporte de algo que vem de fontes naturais, mas é uma água tratada, a qual, não raro, é adicionado flúor, algicidas e outros produtos químicos...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - É um produto aperfeiçoado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois é, é algo que se adiciona à natureza. E tendo em conta, também, Senhor Presidente, que a água não só em nosso país, mas em escala mundial, vem se transformando num bem cada vez mais escasso, eu gostaria de exteriorizar um pensamento em voz alta, no sentido de que, talvez, a tributação sobre esse bem escasso seja uma forma de se, pedagogicamente, indicar um uso mais adequado desse importante bem...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vossa Excelência me permite? Um doutrinador, Fábio Giusto Moroli, ressalta justamente esse aspecto apontado por Vossa Excelência, ou seja, que, no caso da água, há o acréscimo, inclusive de outros produtos, e a comercialização sob o

RE 607056 / RJ

ângulo econômico.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois não.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A premissa da nossa jurisprudência já leva isso em conta, tanto que nós nos referimos - ainda que sinteticamente, porque houve um pedido para que fôssemos concisos -, ela se refere exatamente ao pagamento desse preço público, mercê de um bem ser essencial à vida humana, exatamente para atingir esse escopo de racionalização. Ficaria completamente contraditória a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal se entendêssemos como mercadoria.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu entendo. Os argumentos de lado a lado são muito instigantes, mas, para que eu possa refletir mais uma vez - e até homenageando o brilho do voto do Ministro Marco Aurélio, a preocupação que Sua Excelência sempre traz em aprofundar o debate -, vou reformular o meu voto, Senhor Presidente, pedindo vênias ao eminente Ministro-Relator para acompanhar o voto do Ministro Marco Aurélio e dar provimento ao recurso.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 607.056

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECDO.(A/S) : CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO PAULA

ADV.(A/S) : LÍGIA COSTA TAVARES

INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS DE SANEAMENTO BÁSICO

ESTADUAIS - AESBE

ADV.(A/S) : ELIZABETH COSTA DE OLIVEIRA GÓES

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Dias Toffoli (Relator), negando provimento ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelo recorrente, a Dra. Christina Aires Corrêa Lima, Procuradora do Estado e, pela interessada, a Dra. Elizabeth Costa de Oliveira Góes. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 01.09.2011.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 10.04.2013.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Teori Zavascki.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário