

Ofício nº 370/2016/PR/GB

Brasília, 29 de julho de 2016.

Ao Senhor
Patrick Tomas
Superintendente Adjunto de Regulação
Agência Nacional de Águas - ANA
Setor Policial Sul, Área 05 – Quadra 03, Bloco “L”
70610-200 - Brasília – DF

Assunto: Ofício nº 930/2016/SRE/ANA – Imunidade tributária recíproca da Codevasf.

Senhor Superintendente Adjunto,

1. Faço referência ao ofício nº 930/2016/SRE – ANA, de 15/6/2016, por meio do qual Vossa Senhoria encaminha consulta acerca da condição tributária da Codevasf com relação à incidência do ICMS, de que trata o art. 150, VI, “a” da Constituição Federal.
2. A esse respeito, encaminho a Vossa Senhoria o Parecer nº 310/2016, da Assessoria Jurídica da Codevasf, que concluiu pela imunidade tributária recíproca da Codevasf, em razão de a Empresa executar atividades típicas do Poder Público, ser prestadora de serviço público e totalmente dependente da União, demonstrando esse reconhecimento, em diversos julgados, inclusive pelos tribunais superiores, quando reclamada ao pagamento de créditos tributários.
3. Especificamente quanto ao Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, esse assunto necessitará de manifestação expressa dos estados; em caso de negativa do entendimento da imunidade tributária da Codevasf na esfera administrativa, a matéria deverá ser judicializada.

Atenciosamente,



KÊNIA RÉGIA ANASENKO MARCELINO
Presidente



End.: SGAN O. 601 Coni. I - Ed. Dep. Manoel Novaes CEP 70.830-901 - BRASÍLIA - DF



Tel.: (61) 2028-4766

www.codevasf.gov.br

Divisão de Protocolo e Expedição

Nº 43672 / 16 Uorg SRE

Por: Frederico

Frederico de Souza B. Júnior
DPROE/CEDOC/SGE
Agência Nacional de Águas

Brasília/DF, 14 de julho de 2016.

PARECER: 310 /2016

ASSUNTO: Imunidade Tributária

REFERÊNCIA: Ofício nº 930/2016/SER-ANA

EMENTA: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA – EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO – PROVOCAÇÃO DE RECONHECIMENTO DESTA CONDIÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA OU JUDICIAL.

Submete-se a esta Assessoria Jurídica consulta acerca da condição tributária da Codevasf com relação ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, provocada pela Agência Nacional de Águas – ANA, no contexto dos valores para fins de formação da tarifa de prestação de serviço de adução de água bruta do Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias do Nordeste Setentrional – PISF.

Inicialmente, cumpre justificar a demora desta análise, calcados no volume considerável de processos nas últimas semanas, ocasião em que também exerci/exerço as funções de chefia substituta da PR/AJ/UAA, em virtude de férias/abonos de outros chefes desta Assessoria.

Registre-se que o presente parecer é um compilado do trabalho da Assessora Jurídica Tatiane Aparecida de Almeida Carvalho, bem como dos Assessores Jurídicos da 2ª e da 5ª SRs, a primeira, tendo elaborado um trabalho científico acerca da aplicabilidade da imunidade tributária recíproca às empresas públicas prestadoras de serviços públicos e os últimos, havendo ingressado com ações judiciais que culminaram com a extensão da imunidade tributária recíproca à CODEVASF, sendo que uma das decisões já foi confirmada no STF. Contudo, esta Assessoria procedeu às atualizações da matéria, além de relacionar a temática ao objeto da consulta.

A matéria em comento tem alguns dos seus mais recentes capítulos registrados no julgamento das ACOs (Ações Cíveis Originárias) nºs 958 e 865, que reconheceram a imunidade tributária da ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, com relação ao ICMS, tributo objeto da presente consulta. No julgamento dessas Ações, no âmbito do STF, também foi levada em conta a apreciação do Recurso Extraordinário 601.392, com repercussão geral, no qual o STF reconheceu ser indevida a cobrança de Imposto Sobre Serviço (ISS) relativamente a serviços prestados pela ECT. Nessa esteira, a CODEVASF também tem obtido provimentos jurisdicionais favoráveis, o que será melhor detalhado adiante. O fundamento jurídico de tais decisões reside na natureza pública dos serviços prestados pela entidade.

Por seu turno, a COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA – CODEVASF é uma empresa pública federal, cuja criação fora autorizada através da Lei 6.088/74 e, atualmente, encontra-se vinculada ao Ministério da Integração Nacional, por força do disposto no Decreto 6.129, de 20.06.2007. Como toda empresa pública, a CODEVASF tem suas finalidades estatuídas em sua lei de criação, a qual preceitua:

Art. 4º A Codevasf tem por finalidade o aproveitamento, para fins agrícolas, agropecuários e agroindustriais, dos recursos de água e solo dos vales dos rios São Francisco, Parnaíba, Itapecuru e Mearim, diretamente ou por intermédio de entidades públicas e privadas, promovendo o desenvolvimento integrado de áreas prioritárias e a implantação de distritos agroindustriais e agropecuários, podendo, para esse efeito, coordenar ou executar, diretamente ou mediante contratação, obras de infraestrutura, particularmente de captação de água para fins de irrigação, de construção de canais primários ou secundários, e também obras de saneamento básico, eletrificação e transportes, conforme Plano Diretor em articulação com os órgãos federais competentes.

Verifica-se que todas as atividades desenvolvidas pela CODEVASF têm como fim precípuo promover o desenvolvimento integrado de áreas prioritárias, o que faz primordialmente mediante a implantação de distritos agroindustriais e agropecuários. Assim, toda a gama de atividades desenvolvidas pela referida empresa pública federal são voltadas ao desenvolvimento integrado de suas áreas de atuação, sendo que todas estas guardam como traço fundamental a supremacia do interesse público consistente no referido desenvolvimento, não sendo sequer cogitada a exploração de atividade econômica (lucro).

Frise-se que a área de atuação da CODEVASF concentra-se, sobretudo, no nordeste brasileiro, sendo que a mesma coincide, em sua quase totalidade, com a área do Polígono das Secas, conforme disposto nos artigos 3º e 4º da Lei 6.088/74 e limites estatuídos na Portaria n.º 89, de 16 de março de 2005 do Ministério da Integração Nacional. Veja-se definição clara e precisa do território denominado Polígono das Secas:

O Polígono das Secas é um território reconhecido pela legislação como sujeito a períodos críticos de prolongadas estiagens. Recentemente as Áreas Suscetíveis à Desertificação – SAD, passaram a ser denominadas por força de convenções internacionais (Convenção de Nairobi), de SemiÁrido Brasileiro. Compreende os estados do Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe, Bahia e extremo norte de Minas Gerais e do Espírito Santo. O Polígono das Secas compreende uma divisão regional efetuada em termos político-administrativos dentro da zona semi-árida, apresentando diferentes zonas geográficas com distintos índices de aridez, indo desde áreas com características estritamente de seca, com paisagem típica de semi-deserto a áreas com balanço hídrico positivo, como a região de Gilbués, no Piauí.

É primordial que se destaque o fato de que todos os recursos utilizados no desenvolvimento das atividades da CODEVASF, dentre eles incluindo-se aqueles necessários ao custeio da folha de pagamento, à realização de seus investimentos, à aquisição de bens, ao adimplemento de obrigações decorrentes de condenações judiciais, etc, são provenientes do Orçamento Geral da União. Outro fator relevante é o fato de que todos os valores eventualmente auferidos no desempenho das atividades programáticas da CODEVASF são recolhidos ao Tesouro Nacional, através de Documento de Arrecadação de Receitas Federais – DARF ou Guia de Recolhimento da União – GRU.

É, ainda, nos termos da Lei Complementar nº 101/2000, uma empresa estatal dependente, *verbis*:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como:

[...]

III – empresa estatal dependente: empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária;

Considerando-se tais fatores, nota-se que a referida empresa pública não tem qualquer atividade econômica, destinando-se exclusivamente à execução das finalidades de interesse social previstas em sua lei de criação. Neste contexto, salienta-se que a referida empresa pública desenvolve típico serviço público, a teor do disposto no artigo 21, incisos IX e XVIII da Constituição Federal de 1988:

Art. 21. Compete à União:

[...]

IX – elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

[...]

XVIII – planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações;

Frise-se que a CODEVASF é empresa pública instituída com recursos públicos e mantida exclusivamente com recursos provenientes dos cofres da entidade instituidora, no presente caso, a UNIÃO FEDERAL. Nota-se assim que tal empresa pública caracteriza-se, em última análise, como conjunto de bens públicos, ainda que se constitua como universalidades dotadas de personalidade jurídica própria.

Dentre as atividades desenvolvidas pela CODEVASF, destaca-se ainda a implantação de obras de saneamento, com especial atenção, para obras de infraestrutura de esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais urbanas, etc. Nos últimos anos, a execução de tais atividades por parte desta empresa foi acentuada, uma vez que atua como verdadeira extensão do ente político que a instituíra, ao figurar como uma das principais entidades integrantes da Administração Pública Federal executora das obras de saneamento integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento em sua área de atuação, atividade que desenvolve com as mesmas atribuições delegadas ao Ministério das Cidades e Fundação Nacional de Saúde – FUNASA. Neste particular, há que se notar que tais atividades caracterizam-se também como serviços públicos típicos, nos moldes definidos pelo artigo 23 da Constituição Federal de 1988;

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

Considere-se que as atividades de implantação de infraestrutura de esgotamento sanitário e manejo de resíduos sólidos caracterizam-se ainda como ações que se prestam à preservação e restauração ambiental. Somam-se a estas outras atividades de revitalização ambiental, desenvolvidas no âmbito do programa de governo denominado “Programa de Revitalização das Bacias Hidrográficas dos rios São Francisco e Parnaíba”, dentre as quais, pode-se mencionar: o controle de processos erosivos, recomposição de matas ciliares e de topo de morro, cercamento de nascentes, proteção de áreas de recarga de lençóis freáticos, repovoamento de rios e lagoas marginais com espécies de peixes nativas das respectivas bacias, etc. É inegável que o desenvolvimento de tais atividades constitui atribuição típica do poder público, conforme disposto no art. 225 da Constituição Federal.

Dentre as principais linhas de atuação desenvolvidas pela CODEVASF, destacam-se as ações voltadas ao desenvolvimento territorial, através do incremento da empregabilidade e da renda dos atores locais. Neste campo, a CODEVASF atua, sobretudo, através da estruturação de Arranjos Produtivos Locais – APLs e da capacitação de jovens através do Projeto Amanhã. Ambos os projetos são voltados à melhoria das condições de vida das populações de baixa renda das áreas de atuação da CODEVASF, através da viabilização da melhoria dos padrões de renda daquelas.

A atuação da CODEVASF no campo dos Arranjos Produtivos Locais – APLs é realizada mediante a implementação de projetos voltados à estruturação dos meios de produção e comercialização de determinada atividade econômica cuja potencialidade fora previamente identificada em determinado território. As atividades de estruturação de APLs inicia-se pela identificação de potencialidade produtiva voltada a um dado ramo de exploração econômica agrícola, agroindustrial, extrativista, agropastoril ou aquícola. Uma vez identificada a existência de um número considerável de atores dedicados a um dado ramo de produção, a CODEVASF atua inicialmente no incentivo à organização de tais agentes, através do desenvolvimento de uma consciência de grupo e ao surgimento de uma governança local que possa conduzir a estruturação do APL. Posteriormente, parte-se para a identificação dos investimentos necessários para que se viabilize uma produção com maior qualidade e quantidade, bem como que se assegurem os meios de comercialização necessários. Tais investimentos compreendem: a implantação de pequenas unidades de beneficiamento da produção, aquisição de equipamentos e materiais necessários à produção e respectivo beneficiamento dos produtos do APL, qualificação de mão de obra, capacitação gerencial, busca por novos mercados e estratégias comerciais, etc.

A CODEVASF viabiliza as atividades necessárias à estruturação dos APLs, seja através de recursos e assistência técnica próprios, seja mediante parcerias com outras entidades públicas e privadas que tenham os mesmos objetivos. Por meio de tais ações, a CODEVASF viabiliza a diversificação das possibilidades de geração de ocupação e renda dos produtores familiares beneficiários. Assim a referida empresa pública atua como condutora do desenvolvimento local, cujo maior objetivo é o melhoramento da qualidade de vida das famílias residentes nos vales. Frise-se que todo o investimento público realizado através da CODEVASF para estruturação dos Arranjos Produtivos Locais é realizado sem qualquer custo para os beneficiários.

Outra ação relevante desenvolvida pela CODEVASF é o Projeto Amanhã, programa que, desde 1993, assegura a capacitação de jovens entre 16 e 26 anos de idade, com vistas a prepará-los para sua inserção no mercado de trabalho. Estas ações são desenvolvidas em todas as Superintendências Regionais da empresa (no total de oito, situadas nos municípios de Montes Claros/MG; Bom Jesus da Lapa/BA; Juazeiro/BA; Petrolina/PE; Penedo/AL; Aracaju/SE; São Luís/MA; Teresina/PI), sendo que, em algumas dessas regiões, a CODEVASF mantém Centros de Capacitação destinados à realização dos cursos promovidos pelo Projeto Amanhã. Frise-se que todos os cursos oferecidos são gratuitos, donde se nota que,

também nessas atividades, a CODEVASF atua na prestação de serviço público voltado ao desenvolvimento, sem que se possa identificar qualquer resquício de implementação de atividade de cunho econômico por parte da empresa.

Nos apontamentos finais deste elenco de atribuições da CODEVASF, mas, como ponto de partida de todas as suas atividades em sua área de atuação, desde a época em que foi criada, a CODEVASF, como “longa manus” da União, identifica áreas prioritárias para a implantação de distritos agroindustriais e agropecuários, elabora os projetos técnicos que assegurem o melhor aproveitamento dos recursos de água e solo daquele local e, utilizando-se exclusivamente dos recursos públicos que mantêm todas as suas atividades, realiza as ações necessárias à efetiva implantação do projeto.

Considerando a deficiência hídrica que assola sua região de atuação, via de regra, tais distritos agroindustriais e agropecuários têm como principal suporte a irrigação, que se faz mediante a captação de água e sua subsequente distribuição em canais primários e secundários que asseguram a disponibilidade de água para a produção agrícola objetivada. Assim, tem-se que a CODEVASF atua na implantação de Perímetros Públicos de Irrigação como executora da Política Nacional de Irrigação, atualmente disciplinada pela lei 12.787/2013. Esclarece-se que, no desenvolvimento das atividades voltadas à implantação de Perímetros Públicos de Irrigação, a CODEVASF atua nos mesmos moldes do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas – DNOCS, autarquia pública, integrante da Administração Pública Federal Direta, nos termos da Lei 4.229/63.

Nos últimos anos, como mais uma medida para o enfrentamento do flagelo da seca no Nordeste, foi deflagrada iniciativa para a concretização de um projeto há muito tempo cogitado na esfera pública, qual seja, a transposição das águas do rio São Francisco para outras áreas do Nordeste. Esse projeto foi nominado de PISF – Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias do Nordeste Setentrional. A participação da CODEVASF nesse empreendimento se iniciou com o advento do Decreto 8.207/2014, o qual procedeu a alterações no Decreto 5.995/2006, atribuindo a esta empresa a missão de Operadora Federal:

Art. 1º-Fica instituído o Sistema de Gestão do Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional – SGIB, para a coordenação de competências determinadas em lei dos órgãos e entidades referidos no art. 3º, quanto ao Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional – PISF, com a finalidade de alcançar, entre outros, os seguintes objetivos:

I – promover a sustentabilidade da operação referente à infra-estrutura hídrica a ser implantada pelo Ministério da Integração Nacional no âmbito do PISF;

II – garantir a gestão integrada, descentralizada e sustentável dos recursos hídricos disponibilizados, direta e indiretamente, pelo PISF;

III – viabilizar a melhoria das condições de abastecimento d’água na área de influência do PISF, visando atenuar os impactos advindos de situações climáticas adversas;

IV – induzir o uso eficiente dos recursos hídricos disponibilizados pelo PISF pelos setores usuários, visando ao desenvolvimento sustentável da região beneficiada pelo referido Projeto;

V – coordenar a execução do PISF.

§ 1º O SGIB abrangerá a área geográfica de influência do PISF, doravante denominada Região da Integração.

[...]

Art. 3º O SGIB congregará grupos de assessoramento e instituições federais e estaduais, com interferência na gestão dos recursos hídricos, assim organizado:

I – Ministério da Integração Nacional, Órgão Coordenador;

II – Agência Nacional de Águas – ANA, Entidade Reguladora;

III – Conselho Gestor;

IV – Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba – Codevasf, como Operadora Federal; e

[...]

Art. 12. Compete à Operadora Federal exercer as funções necessárias à operacionalização e à manutenção da infraestrutura decorrente do PISF.

Art. 13. A Operadora Federal observará o disposto pelo órgão regulador do SGIB.

Art. 14. O Conselho Gestor e demais integrantes do SGIB poderão apresentar sugestões quanto às funções da Operadora Federal aos titulares dos Ministérios referidos no art. 7º, inclusive detalhando:

I – os procedimentos de manutenção e operação da infraestrutura hídrica objeto do PISF;

II – os termos dos contratos de fornecimento de água, convênios e consórcios necessários à operacionalização do PISF;

III – quais as informações que serão prestadas, e em que periodicidade, ao Conselho Gestor e aos demais integrantes do SGIB;

IV – os termos do Plano de Gestão Anual, na conformidade de diretrizes do Ministério da Integração Nacional;

V – como se dará o monitoramento dos usos dos recursos hídricos no seu âmbito de atuação;

VI – os programas de indução do uso eficiente e racional da água no seu âmbito de atuação, considerando os benefícios sociais, econômicos e ambientais, na conformidade de diretrizes do Ministério da Integração Nacional; e

VII – como se dará o monitoramento contínuo dos níveis d'água do reservatório de Sobradinho, das vazões captadas e aduzidas pelos Eixos Norte e Leste, como também das vazões disponibilizadas nos portais das bacias receptoras, na instituição e manutenção de um sistema de informações do PISF, integrado ao Sistema Nacional de Informações sobre Recursos Hídricos.

A condição da CODEVASF como empresa pública prestadora de serviços públicos vem sendo reconhecida judicialmente, diante do conjunto de atribuições exercidas por esta empresa, conforme discriminado acima, que se trata de atividades nitidamente voltadas à prestação dos serviços públicos previstos no artigo 21, incisos IX e XVIII da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região foi um dos primeiros a declarar:

CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. INUNDAÇÕES DE LAVOURAS DE ARROZ NO PERÍMETRO IRRIGADO DO BETUME. PROPALADOS PREJUÍZOS SOFRIDOS. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. DANOS MORAIS AFASTADOS. JUROS DE MORA COMPUTADOS A PARTIR DO EVENTO DANOSO (SÚMULA 54/STJ). APELO PROVIDO EM PARTE.

1. (...)

2. A ação versa acerca de pedido de indenização civil por perdas e danos e foi ajuizada contra a COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E PARNAÍBA – CODEVASF, AKTIVA – ENGENHARIA LTDA. e a ADMINISTRADORA DO DISTRITO DE IRRIGAÇÃO DO PROJETO BETUME, em virtude do alegado perecimento de safras agrícolas do Autor, nos anos de 1996 e 2005, provocadas por inundações do Perímetro Irrigado de BETUME.
3. Quanto à prejudicial de prescrição, observa-se que a mesma se operou em relação à pretensão de ressarcimento dos prejuízos causados pelas perdas das safras de arroz ultimadas no ano de 1996. Sujeita-se a CODEVASF ao regime de prescrição quinquenal, posto que é empresa pública exercente de serviço público e que causou danos a terceiros.
4. Resta analisar o pleito autoral de ressarcimento de prejuízos causados pelas perdas das safras de arroz ultimadas no ano de 2005.
5. O Apelante aponta a existência de falhas nos sistemas de drenagem e/ou irrigação causadas em decorrência de responsabilidade da CODEVASF, o que ocasionou inundações que supostamente teriam atingido lote do projeto de irrigação e causou as perdas de safras que o Recorrente alega ter sofrido.
6. É possível resultar configurada a responsabilidade extracontratual do Estado nos casos de danos ensejados por omissão do poder público. Nessas hipóteses, responde o Estado com base na teoria da culpa administrativa.
7. Esta eg. Corte já assentou que: "mesmo ocorrendo motivo de força maior, a responsabilidade do Estado subsiste se, aliada àquela, verifica-se omissão da administração na realização de um serviço" (TRF 5a R. – EINFAC 99.05.36998-8 – PLENO - DJ DATA-30/03/2001).
8. No caso dos autos, competia à Recorrida zelar pela integridade do Projeto, de modo que deve ser condenada a reparar os prejuízos ocasionados aos colonos, pois, apesar de não ter concorrido mediante atos comissivos, a inundação do Perímetro se deu em razão de sua inescusável omissão, visto que não desempenhava a necessária vigilância sobre a área. Desta feita, infere-se que a Empresa Pública Apelada concorreu para o acontecimento danoso, não se podendo admitir que sua culpa seja afastada sob o argumento de força maior.
9. O dano moral não restou comprovado, razão por que resta rejeitado de plano.
10. No caso de responsabilidade extracontratual, o STJ já editou a Súmula nº 54, que estabelece que o termo inicial para incidência dos juros de mora é a data do evento danoso.
11. Apelo conhecido e provido em parte, para se fixar indenização por danos materiais valorada em R\$13.582,78 (treze mil, quinhentos e oitenta e dois reais e setenta e oito centavos), devidamente corrigida monetariamente. (grifos inexistentes no original) ¹

O Superior Tribunal de Justiça – STJ – considera, de forma clara, que a CODEVASF é **Empresa Pública prestadora de serviço público**, com atuação essencialmente ESTATAL. Veja-se transcrição do brilhante Julgamento do REsp 929758 DF 2007/0040274-3, Relator Ministro Humberto Martins, publicado no DJe em 14/12/2010:

DIREITO ADMINISTRATIVO. CODEVASF. EMPRESA ESTATAL PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. ATUAÇÃO ESSENCIALMENTE ESTATAL. INFLUXO MAIOR DE

1

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Apelação Cível n.º 500875/SE (2007.85.00.003217-6). Relator: Desembargador Federal Francisco Barros Dias. Recife/PE, 03 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br>. Acesso em: 18.09.2010.

NORMAS DE DIREITO PÚBLICO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. APLICABILIDADE DA SÚMULA 39/STJ RESTRITA A EMPRESAS QUE EXPLOREM A ATIVIDADE ECONÔMICA.

1. [...].

2. **A atividade essencial desempenhada pela CODEVASF**, que fez com que a Corte de origem a qualificasse como uma **empresa pública prestadora de serviço público**, é matéria fática, motivo pelo qual, não pode ser revista por este Tribunal Superior, em razão do óbice imposto pela Súmula 7/STJ.

3. As empresas estatais podem atuar basicamente na exploração da atividade econômica ou na prestação de serviços públicos, e coordenação de obras públicas.

4. Tais empresas que exploram a atividade econômica – ainda que se submetam aos princípios da administração pública e recebam a incidência de algumas normas de direito público, como a obrigatoriedade de realizar concurso público ou de submeter a sua atividade-meio ao procedimento licitatório – não podem ser agraciadas com nenhum beneplácito que não seja, igualmente, estendido às demais empresas privadas, nos termos do art. 173, § 2º da CF, sob pena de inviabilizar a livre concorrência.

5. Aplicando essa visão ao tema constante no recurso especial, chega-se à conclusão de que a Súmula 39/STJ – que determina a não aplicabilidade do prazo prescricional reduzido às sociedades de economia mista – deve ter interpretação restrita, de modo a incidir apenas em relação às empresas estatais exploradoras da atividade econômica.

6. Por outro lado, as empresas estatais que desempenham serviço público ou executam obras públicas recebem um influxo maior das normas de direito público. Quanto a elas, não incide a vedação constitucional do art. 173, § 2º, justamente porque não atuam em região onde vige a livre concorrência, mas sim onde a natureza das atividades exige que elas sejam desempenhadas sob o regime de privilégios.

7. Pode-se dizer, sem receios, que o serviço público está para o estado, assim como a atividade econômica em sentido estrito está para a iniciativa privada. A prestação de serviço público é atividade essencialmente estatal, motivo pelo qual, as empresas que a desempenham sujeitam-se a regramento só aplicáveis à Fazenda Pública. São exemplos deste entendimento as decisões da Suprema Corte que **reconheceram o benefício da imunidade tributária recíproca à Empresa de Correios e Telégrafos - ECT, e à Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia - CAERD**. (RE 407.099/RS e AC 1.550-2).

8. Não é por outra razão que, nas demandas propostas contra as empresas estatais prestadoras de serviços públicos, deve-se aplicar a prescrição quinquenal prevista no Decreto 20.910/32. Precedentes: (REsp 1.196.158/SE, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.8.2010, DJe 30.8.2010), (AgRg no AgRg no REsp 1.075.264/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 2.12.2008, DJe 10.12.2008). Recurso especial conhecido em parte e improvido.(grifos nosso) ²

Destaque-se ainda que a base de cálculo **do tributo em questão, receita para fins de**

formação da tarifa de prestação de serviço de adução de água bruta do PISF, é referente à consecução das finalidades precípua desta empresa pública, não tendo qualquer aplicação que se assemelhe ao desenvolvimento de atividade econômica.

Há que se considerar que a tributação é uma das formas de exercício do poder do Estado sobre o particular por representar uma forma de ingerência sobre o patrimônio do contribuinte. Mostra-se ainda como a principal forma através da qual a sociedade provê o Estado dos meios econômicos necessários ao alcance de seus objetivos fundamentais. Assim, considerada a natureza impositiva e intervencionista da relação tributária, fez-se necessário o estabelecimento de princípios e normas que assegurassem os contribuintes de eventuais arbitrariedades que poderiam ser cometidas pelos entes tributantes. Neste contexto, para salvaguardar situações e pessoas consideradas relevantes à preservação de valores tidos como primordiais para o Estado brasileiro, foram instituídas as **imunidades tributárias**. Desse modo, ao lado do estabelecimento das competências tributárias dos diversos entes da federação, criaram-se limitações ao poder de tributar, dentre as quais se destacam os princípios e imunidades tributárias.

Caracterizadas como limitação constitucional ao poder de tributar, as normas imunizantes delimitam o campo tributável posto à disposição de cada ente tributante, como leciona Sacha Calmon. Ante a tais características, as normas imunizantes criam para seus beneficiários o direito subjetivo de não serem alcançados por qualquer tributo que venha a ser instituído pelos entes tributantes, caracterizando-se assim como Cláusula Constitucional Pétrea, a teor do artigo 60, § 4º, IV da Constituição Federal de 1988, não podendo ser suprimidas pelo Poder Constituinte reformador, como já consagrado perante o STF.

No caso em apreço, há que se destacar a **imunidade tributária recíproca**, positivada no artigo 150, inciso VI, “a” da Constituição Federal de 1988:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI – instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

A referida imunidade tem duplo fundamento axiológico, seja em função da necessária observância do princípio constitucional da capacidade contributiva, seja para que se assegure a não intervenção mútua entre as pessoas políticas, de forma a preservar o equilíbrio do pacto federativo. Perante tais fundamentos, existe uma corrente respeitável de juristas³ que abraça a tese de que, ainda que a imunidade tributária recíproca não estivesse expressamente prevista em nossa Carta Magna, a mesma defluiria logicamente do princípio federativo e do princípio da capacidade contributiva⁴, caracterizando-se

³ COSTA, Regina Helena. *Imunidades Tributárias: Teoria e Análise da Jurisprudência do STF*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 128-129.

⁴ CARRAZZA. Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 21ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 689.

como norma ontológica.⁵

Frise-se que a CODEVASF, como empresa pública instituída com recursos públicos e mantida exclusivamente com recursos provenientes dos cofres da entidade instituidora, no presente caso, a UNIÃO FEDERAL, caracteriza-se, em última análise, como conjunto de bens públicos, ainda que se constitua como universalidade dotada de personalidade jurídica própria. Assim, a empresa pública prestadora de serviços públicos, como a CODEVASF, deve ser alcançada pela exoneração tributária em que consiste a imunidade tributária recíproca, uma vez que, quanto a esta são válidos os mesmos preceitos que fundamentam a própria existência da imunidade tributária recíproca. Para tanto, há que se ter como pressuposto norteador a natureza das atividades desenvolvidas pela empresa pública prestadora de serviços públicos e não sua natureza jurídica de entidade privada.

Tal entendimento tem se firmado nos últimos anos, no âmbito das decisões do Supremo Tribunal Federal. À análise da jurisprudência de nossa Corte Suprema, nota-se que o referido entendimento ganhou força, sobretudo a partir do ano de 2004, quando foram proferidas decisões emblemáticas em sede dos Recursos Extraordinários 407.099/RS⁶, 354.897/RS⁷, 424.227/SC⁸, 398.630/SP⁹ e 364.202/RS¹⁰, todos de relatoria do Ministro Carlos Velloso. Através dos referidos Recursos Extraordinários, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos insurgia-se contra a tributação que lhe era imposta por diversos municípios da federação, tendo fundamentado sua tese precipuamente no fato de ser empresa pública prestadora de serviços públicos. Veja-se um dos Ilustres Julgados do STF – Ação Cível Originária – ACO 789PI, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, data de Julgamento: 01/09/2010, a saber:

5

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 249-253

6

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Matéria Tributária. Recurso Extraordinário n.º 407.099/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 06 de agosto de 2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em 14.09.2010.

7

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Matéria Tributária. Recurso Extraordinário n.º 354.897/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 03 de setembro de 2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em 14.09.2010.

8

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Matéria Tributária. Recurso Extraordinário n.º 424.227/SC – Santa Catarina. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 10 de setembro de 2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em 14.09.2010.

9

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Matéria Tributária. Recurso Extraordinário n.º 398.630/SP – São Paulo. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 10 de setembro de 2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em 14.09.2010.

10

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Matéria Tributária. Recurso Extraordinário n.º 364.202/RS – Santa Catarina. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 28 de outubro de 2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em 14.09.2010.

Ementa: EMENTA Tributário. Imunidade recíproca. Art. 150, VI, a, da Constituição Federal. **Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT).** Empresa pública prestadora de serviço público. Precedentes. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do RE nº 407.099/RS, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 6/8/04, firmou-se no sentido de que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública prestadora de serviço público, **é beneficiária da imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, a, da Constituição da República.** Esse entendimento foi confirmado pelo Plenário desta Corte na ACO nº 765/RJ, Redator para o acórdão o Ministro Menezes Direito. 2. Ação cível originária julgada procedente.

Diante de tais posicionamentos jurídicos, a CODEVASF, quando não atendida pela via administrativa, tem procurado o reconhecimento de sua condição de empresa pública prestadora de serviços públicos, fazendo jus à imunidade tributária recíproca e, em casos semelhantes, tem tido sucesso em suas incursões na seara judicial.

Vê-se ainda que a CODEVASF não dispõe de outros recursos que não os provenientes da União, o que revela total ausência de capacidade contributiva. Por outro lado, não havendo atividades econômicas desenvolvidas pela CODEVASF, não há nenhuma possibilidade de que a aplicação da imunidade tributária recíproca, assim como de qualquer outro benefício fiscal a esta empresa, possa representar desrespeito à livre concorrência. Verifica-se que a referida empresa pública, como prestadora de serviços públicos, **é entidade de natureza híbrida**, uma vez que legalmente se revela como sendo pessoa jurídica de direito privado, enquanto as atividades por ela desenvolvidas são indubitavelmente de natureza pública e de relevante interesse para toda a sociedade. Foi em razão destes mesmos fundamentos que o **Tribunal Regional Federal da 1ª Região reconheceu a aplicabilidade da imunidade tributária recíproca à CODEVASF**, nos seguintes termos:

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. IMUNIDADE RECÍPROCA. EMPRESA PÚBLICA. REGIME JURÍDICO. SERVIÇO PÚBLICO. CODEVASF.

1. O Colendo Supremo Tribunal Federal entende que a norma constante do art. 150, VI, "a", da Constituição Federal alcança as empresas públicas prestadoras de serviço público, que não se confundem com empresas públicas que exercem atividade econômica em sentido estrito. (STF. ACO 959 / RN Min. MENEZES DIREITO Tribunal Pleno DJe-088 16-05-2008)

2. Por outro lado, a 3ª Seção desse Tribunal entendeu que o regime jurídico próprio das empresas privadas, a que se refere o art. 173, § 1º, da Constituição é pertinente apenas às empresas estatais dedicadas a atividade econômica "stricto sensu", em função do princípio da livre concorrência, o que não é o caso da **CODEVASF na atividade específica de construção da referida barragem, empregando recursos essencialmente públicos, situação em que se equipara à fazenda pública.** (TRF 1ª Região. EAC 1999.01.00.089425-2/DF, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Rel.Acor. Desembargador Federal João Batista Moreira, Terceira Seção, DJ p.9 de 26/04/2006).

3. Na hipótese, agindo a **CODEVASF** como Órgão Executor no contrato firmado entre a UNIÃO e o BID, ou seja, prestando serviço público, **é alcançado pela imunidade constante do art. 150, VI, "a", da Constituição Federal, bem como as isenções e reduções de tributos**, não incidindo em relação a ela a norma contida no art. 173, §§1º e 2º da Constituição Federal. 4. Apelação da União e remessa oficial, tida por interposta,



improvidas.¹¹

Após isso, em outra demanda, a qual inclusive foi julgada pelo STF, a CODEVASF obteve provimento judicial em seu favor, para rechaçar o recolhimento do ITR, com base na tese ora exposta, segundo decisão proferida no **Recurso Extraordinário nº 961.833**:

DECISÃO: O presente recurso extraordinário foi interposto contra acórdão que, confirmado em sede de embargos de declaração pelo E. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, está assim ementado:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, INCISO VI, ALÍNEA 'A' E PARÁGRAFOS 2º E 3º. CODEVASF. ITR. RECONHECIMENTO. PRECEDENTES DO COLENDO STF E DESTA CORTE. VERBA HONORÁRIA. FIXAÇÃO EM VALOR EXORBITANTE. DIMINUIÇÃO. PRECEDENTES DO STJ.

1. Apelação contra sentença que julgou procedente pedido para declarar a inexistência da relação jurídica tributária entre a CODEVASF e União quanto à cobrança de ITR e determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

2. A jurisprudência do STF orienta-se no sentido de que a imunidade recíproca deve ser reconhecida em favor das empresas públicas que prestem serviços públicos (RE nº 407099, Rel. Min. Carlos Velloso; RE nº 773992, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, julgado em 15/10/2014, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral – Mérito, DJe 19/02/2015; ACO-AgR nº 1331, Luiz Fuz).

3. Verificada a prestação de serviços públicos pela CODEVASF, como do desenvolvimento integrado de áreas prioritárias e a implantação de distritos agroindustriais e agropecuários; realização de obras de infraestrutura; obras de saneamento básico, eletrificação e transportes; implementação de projetos voltados à estruturação dos meios de produção e comercialização de determinada atividade econômica, deve ser reconhecida a imunidade tributária.

4. Precedente desta Corte: AR 00041197620104050000, Des. Federal Leonardo Resende Martins, Pleno, DJe 10/11/2010.

5. A jurisprudência do colendo STJ é pacífica na esteira de que é possível a alteração dos honorários advocatícios quando o valor arbitrado é exorbitante ou irrisório.

6. 'In casu', a sentença fixou em 10% sobre o valor da causa, (equivalente a R\$16.279,94), quantia essa que é exorbitante para o deslinde que teve a demanda. Diminuição dos honorários para R\$ 8.000,00 (cerca de 5% do valor da causa).

7. Apelação e remessa oficial parcialmente providas."

A parte recorrente, ao deduzir o apelo extremo em questão, sustentou que o Tribunal "a quo" teria transgredido preceitos inscritos na Constituição da República.

Sendo esse o contexto, passo a examinar a postulação recursal em causa. E, ao fazê-lo, observo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 638.315-RG/BA, Rel. Min. CEZAR PELUSO (Presidente), reconheceu existente a repercussão geral da matéria constitucional igualmente versada na presente causa, e, na mesma oportunidade, reafirmou a jurisprudência desta Corte sobre o tema, proferindo decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:



“RECURSO. Extraordinário. Imunidade tributária recíproca. Extensão. Empresas públicas prestadoras de serviços públicos. Repercussão geral reconhecida. Precedentes. Reafirmação da jurisprudência. Recurso improvido. É compatível com a Constituição a extensão de imunidade tributária recíproca à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO, na qualidade de empresa pública prestadora de serviço público.”

O exame da presente causa evidencia que o acórdão impugnado em sede recursal extraordinária ajusta-se à diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte estabeleceu – e reafirmou – na matéria em referência.

Sendo assim, e em face das razões expostas, nego provimento ao recurso extraordinário, por achar-se este em confronto com acórdão proferido pelo Plenário desta Suprema Corte (CPC/15, art. 932, IV, “b”).

Publique-se.

Brasília, 09 de maio de 2016.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator

Outrossim, desta feita com referência ao IPTU e ao ISSQN, na esteira desse consistente acumulado jurisprudencial, o Município de Bom Jesus da Lapa/BA foi impedido de seguir com execução fiscal, por terem sido declarados inexigíveis os pretensos créditos tributários, em virtude do reconhecimento da imunidade recíproca da CODEVASF pelo Juízo da Vara Federal Única da Subseção Judiciária de Bom Jesus da Lapa nos processos judiciais nºs 0001253-50.2013.4.01.3315 e 0000654-14.2013.4.01.3315.

O caso da consulta em evidência é sobre o ICMS, que é um tributo de competência estadual, previsto no art. 155, II da Constituição Federal. Por certo, a lógica do cabimento da imunidade tributária recíproca em relação à CODEVASF é a constante ao longo deste parecer.

Do exposto, opina-se que a CODEVASF faz jus ao reconhecimento de imunidade recíproca, com fulcro jurídico no art. 150, VI, “a” da Constituição Federal, relativamente aos serviços públicos que presta – inclusive no caso *sub examine*, enquanto Operadora Federal do PISF, no que concerne ao ICMS – como se demonstra vastamente neste parecer. Faz-se necessário, portanto, que o(s) Fisco(s) Estadual(Estaduais/DF) envolvido(s) seja(m) instado(s) a se manifestar(em) sobre o presente entendimento. Se houver discordância por parte da(s) Fazenda(s) Estadual(Estaduais/DF), a questão deverá ser dirimida judicialmente, mediante a propositura da(s) ação(ões) competente(s) pelas Assessorias Jurídicas Regionais respectivas.

É o parecer, que se submete à consideração superior.


Aparecida Ceila Teixeira Batista

Chefe Substituta da Unidade de Assuntos Administrativos

Despacho:

De acordo em 15/07/2016.

Aprovo o parecer supra. Ao **PR/GB**, para os devidos fins.


Túlio Ferreira Pinheiro

Chefe Substituto da Assessoria Jurídica

RECEBIDO
EM: 15/07/16
AS: 14h00
JAC

MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL

Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba - CODEVASF

Brasília, 20 de junho de 2016

Referência: Ofício nº 930/2016/SER-ANA

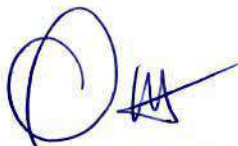
Assunto: Consulta acerca da condição tributária com relação ao ICMS

DESPACHO

PR/AJ

(c/c : AD/SE; AA; AE)

Para análise e parecer quanto à condição tributária da Codevasf com relação ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, em razão do interesse da Agência Nacional de Águas sobre a possibilidade de extensão da imunidade tributária do ICMS sobre a receita requerida para fins de formação da tarifa de prestação de serviço de adução de água bruta do Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias do Nordeste Setentrional – PISF.



ELTON SILVA CRUZ
Chefe de Gabinete

DOCUMENTO RECEBIDO

EM: 21/06/2016

AS: 08:52 hs

PR/AJ - CODEVASF

A

PR/AS/UAA,

Para análise.

em 21/06/16


Alessandro Luiz dos Reis
Chefe de Assessoria Jurídica - PRAJ
OAB/DF nº 11.699

Ofício nº 930/2016/SRE-ANA
Documento nº: 00000.033915/2016-77

Brasília, 15 de junho de 2016.

À Sua Senhoria o Senhor
José Alexandre da Costa Machado
Presidente
Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba-CODEVASF
SGAN 601, Conjunto I, Ed. Dep. Manoel Novaes
70.830-019 – Brasília – DF

Assunto: Consulta acerca de condição tributária da CODEVASF com relação ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS
Referência: processo 02501.000731/2015-24

Senhor Presidente,

1. Conforme recomendação da Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Águas, submeto consulta ao órgão jurídico competente da Codevasf acerca de condição tributária da empresa pública dependente, indagando se goza da imunidade tributária recíproca com relação à incidência do ICMS, de que trata o art. 150, VI, "a" da Constituição Federal.
2. O Parecer nº 175/2016/PF-ANA/PGF/AGU, que contém a recomendação supracitada, segue anexo.
3. Os motivos que lastreiam o interesse institucional desta Agência sobre a temática se devem à possibilidade de extensão da imunidade tributária do ICMS sobre a Receita Requerida para fins de formação da tarifa de prestação de serviço de adução de água bruta do Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias do Nordeste Setentrional –PISF, uma vez que, pelo Decreto nº 5.995/2006, cabe a esta Agência a competência regulatória do PISF.
4. Pelo fato de a CODEVASF ser uma empresa pública federal dependente, que presta serviço de natureza pública, sem finalidade lucrativa e designada como operadora oficial do PISF, a consulta é considerada pertinente, pois o inciso VI, letra "a" do art. 150 da Constituição Federal veda à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros, ou seja, aplica o instituto da imunidade tributária recíproca.
5. Por fim, ressalto que existem decisões judiciais (anexas) reconhecendo a imunidade tributária de estatais em casos semelhantes. Pode-se elencar a decisão da Ação Cível Originária 865 – Distrito Federal, do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a imunidade tributária recíproca da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, o Parecer nº 902/2016-ASJCIV/SAJ/PGR da Procuradoria-Geral da República sobre a imunidade tributária da Companhia de Gestão dos Recursos Hídricos do Estado do Ceará - COGERH, além do Acórdão do Recurso Extraordinário 607.056 do STF sobre não incidência do ICMS para abastecimento de água.

¹ Os documentos destinados a ANA devem, preferencialmente, ser encaminhados por meio do serviço de protocolo eletrônico disponibilizado no endereço www.ana.gov.br

6. Informo ainda que foi formulada a mesma consulta à Consultoria Jurídica do Ministério da Integração Nacional.

Atenciosamente,

(assinado eletronicamente)
PATRICK THOMAS
Superintendente Adjunto de Regulação

RECEBIDO
EM: 16/06/16
AS 16h09
PRIME COD. 5F61009A

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, 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.”

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 setorializada 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 eivada 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 nº 161 – Complementar revogou expressamente o art. 11 do Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, com redação dada pela Lei Complementar nº 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 inobjetable 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 DESTE 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, da 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 vênica, 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 vênha 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

Supremo Tribunal Federal

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 865 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
AUTOR(A/S)(ES)	: DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
RÉU(É)(S)	: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
ADV.(A/S)	: FERNANDO HENRIQUE SILVA VIEIRA E OUTRO(A/S)

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO ECT. CARACTERIZAÇÃO DA NATUREZA PÚBLICA DOS SERVIÇOS PRESTADOS PELA EMPRESA PÚBLICA NO JULGAMENTO DA ADPF 46. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE NO SENTIDO DE QUE A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA ALCANÇA AS EMPRESAS PÚBLICAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS. PEDIDO DEFERIDO.

DECISÃO: Cuida-se de Ação Cível Originária proposta pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT em face do Distrito Federal, na qual se requer a emissão de certidão negativa de débitos relativos ao ICMS, sob a alegação de que a autora seria alcançada pela imunidade tributária recíproca estabelecida no art. 150, VI, 'a', da Constituição da República. A presente ação decorre da inscrição em dívida ativa da requerente, promovida pelo Distrito Federal, em função do não recolhimento de ICMS relativo a operações de circulação de mercadorias.

Na origem, o Distrito Federal interpôs, perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, agravo de instrumento contra decisão da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária de Brasília que deferiu medida liminar nos

ACO 865 / DF

autos de Ação Cautelar proposta pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT visando à obtenção de Certidão Negativa de Débitos da Fazenda Pública do Distrito Federal, afirmando-se a inexistência de dívidas referentes ao recolhimento de ICMS.

Em janeiro de 2006, invocando o que ficou decidido por este STF na questão de ordem da ACO 765, rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, Dje de 4/9/2009, o TRF da 1ª Região declinou de sua competência para este Tribunal. Encaminhados os autos, foi constituída a ACO 865, também de minha relatoria.

Posteriormente, foi também ajuizada, perante aquele mesmo juízo de primeiro grau, a ação principal a qual se referia a ação cautelar, hoje consubstanciada na presente ACO. Em razão da identidade das questões discutidas nas duas ações, o Min. Eros Grau determinou, em fevereiro de 2007, que a referida ACO 865 fosse apensada aos autos da presente Ação. Considerando a identidade de matérias, julgo conjuntamente as duas ações (ACO 958 e ACO 865).

Em alegações finais, a ECT defende que *“como Empresa Pública Federal, delegatária do serviço público postal, por disposição legal e pela natureza do serviço prestado, está desobrigada de fazer acompanhar de documento fiscal as encomendas/objetos encaminhados pela mesma”*. Mais à frente, requer que *“sejam julgados procedentes todos os pedidos propostos na peça inaugural, ou seja, a emissão de certidão negativa de débitos referentes ao ICMS ante a imunidade tributária da Requerente já declarada por esta Suprema Corte”*.

Já o Distrito Federal sustenta a impossibilidade de extensão da imunidade recíproca às empresas públicas, postulando que *“não se pode reconhecer a imunidade à ECT pelo simples fato de ser empresa pública, sob pena de subversão do sistema constitucional-econômico hoje vigente”*.

Em Parecer, a Procuradoria-Geral da República se manifestou no sentido da procedência do pedido, alegando que *“confirmado que a ECT se submete a regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, tem-se que a empresa pública possui direito à imunidade do art. 150, VI, a, da Constituição Federal”*.

Pois bem, as alegações do ente requerido, já supramencionadas, se

ACO 865 / DF

colocam no sentido de que a ECT presta serviços não exclusivamente públicos, mas, ao contrário, exerce verdadeiras atividades econômicas, pelo que não se aplicaria ao caso a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, 'a' da Constituição. Entretanto, tenho que tais alegações não merecem prosperar.

A controvérsia sobre a natureza jurídica e a amplitude do conceito dos serviços postais prestados pela ECT foi objeto de debate por este Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 46, rel. para o acórdão Min. Eros Grau, Pleno, Dje de 26/2/2010. Nesta ocasião, afirmou-se o entendimento de que o serviço postal, prestado pela ECT em regime de exclusividade, não consubstancia atividade econômica estrita, constituindo modalidade de serviço público. Observe-se a ementa do julgado:

“ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, CAPUT, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGÜIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI. 1. O serviço postal --- conjunto de

ACO 865 / DF

atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado --- não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo”.

Configurada a natureza do serviço público do serviço postal, o qual abrange o conjunto de atividades que torna possível o envio de

ACO 865 / DF

correspondência, ou objeto postal, de um remetente para um destinatário localizado em endereço final e determinado, tenho que é de incidir, *in casu*, a imunidade recíproca instituída no texto constitucional em seu art. 150, VI 'a', dispositivo assim redigido:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros”;

Destaco, ainda, o entendimento firmado pelo STF no julgamento do RE 601.392, redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, Pleno, Dje de 5/6/2013, dotado de repercussão geral, no qual esta Corte deu provimento ao recurso, reformando acórdão que afirmava ser lícita a cobrança de ISS relativamente a serviços prestados pela ECT e não abarcados pelo monopólio concedido pela União. O acórdão desse julgado restou assim ementado:

“Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. 3. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade. Precedentes. 4. Exercício simultâneo de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com a iniciativa privada. Irrelevância. Existência de peculiaridades no serviço postal. Incidência da imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Por fim, observe-se que este Tribunal já enfrentou questão bastante semelhante quando do julgamento da ACO 1.095 MC-AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, Dje de 2/5/2008. Na oportunidade, discutia-se

ACO 865 / DF

também a cobrança pelo Estado de Goiás de ICMS sobre o serviço de transporte de encomendas realizadas pela ECT, restando assentado que a imunidade recíproca seria aplicável também à referida empresa. Veja-se a ementa do referido julgado:

“Agravamento Regimento em Ação Cível Originária. 2. Decisão que deferiu o pedido de tutela antecipada, nos termos do RE 407.099-5/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 6.8.2004. 3. Suspensão da exigibilidade da cobrança de ICMS sobre o serviço de transporte de encomendas realizado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. 4. Este Tribunal possui firme entendimento no sentido de que a imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, 'a', da CF, estende-se à ECT (ACO-AgRg 765-1/RJ, Relator para o acórdão Min. Joaquim Barbosa, Informativo STF nº 443). 5. A controvérsia sobre a natureza jurídica e a amplitude do conceito dos serviços postais prestados pela ECT está em debate na ADPF n. 46. 6. Agravamento Regimento desprovido”.

Tal entendimento, aliás, é de ampla e pacífica aplicação por esta Corte desde o julgamento do RE 407.099, rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 6/8/2004, firmando-se a tese de que a ECT é empresa pública prestadora de serviço público, motivo pelo qual seria abrangida pela imunidade tributária recíproca, prevista no art. 150, VI, 'a' da Constituição da República. Como exemplos da aplicação deste entendimento, cito ainda a ACO 789, rel. para o acórdão Min. Dias Toffoli, Pleno, DJe de 15/10/2010; o RE 601.392, rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe de 5/6/2013 e o AI nº 690.242-AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 17/4/2009.

Ex positis, nos termos do art. 557, §1º-A, do Código de Processo Civil c/c art. 21, §1º e art. 205, ambos do Regimento Interno do STF, **dou provimento** à presente ação para determinar ao Distrito Federal que emita as certidões negativas requeridas pela entidade autora.

ACO 865 / DF

Condeno o réu ao pagamento das custas processuais, na forma da lei, e em honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa.

Por fim, replique-se a presente decisão nos autos da ACO 865.

Publique-se. Int.

Brasília, 11 de novembro de 2014.

Ministro LUIZ FUX

Relator

Documento assinado digitalmente



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 902/2016 – ASJCIV/SAJ/PGR

Ação Cível Originária 2149 – DF

Relator: Ministro Luiz Fux

Autor: Companhia de Gestão dos Recursos Hídricos do
Ceará- Cogerh

Réu: União

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. GESTÃO HÍDRICA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO TÍPICO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA.

1 – O elemento fático que permite a avaliação da concessão ou não da imunidade tributária recíproca a ente estatal é a exclusividade na prestação de serviços públicos.

2 – Deve-se reconhecer à entidade que se presta a administrar os recursos hídricos regionais, que são, notadamente, bem públicos estaduais, como estabelecido no art. 26 do texto constitucional, as características próprias de serviço público.

3 – Parecer pela procedência do pedido da autora.

Trata-se de ação cível originária proposta pela Companhia de Gestão dos Recursos Hídricos do Estado do Ceará – Cogerh em face da União com o propósito ver declarada pelo Supremo Tribunal Federal a imunidade tributária recíproca sobre os impostos federais incidentes sobre bens, rendas e serviços.

A petição inicial informa que a autora é sociedade de economia mista estadual, criada pela Lei Estadual 12.217/93, e tem

como função “gerenciar os recursos hídricos constantes dos corpos d’água superficiais e subterrâneos do Estado do Ceará, fornecendo água bruta para todo o Estado”, o que corresponde a todo “o complexo de reservatórios de água do Estado do Ceará, que atualmente conta com mais de 130 açudes públicos, 320 quilômetros de canais, 300 quilômetros de adutoras, 2500 quilômetros de leitos de rios perenizados e 16 estações de bombeamento, garantindo com isso o abastecimento humano, industrial e agropastorial em todo o Estado do Ceará”.

Ainda que sob o formato jurídico de uma sociedade de economia mista, defende a relevância, o caráter público e a exclusividade do serviço por ela desenvolvido, na linha do que estabelecido pelo art. 23, XI, da Constituição Federal acerca da competência comum de todos os entes federados para registrar e fiscalizar as concessões de exploração de recursos hídricos nos respectivos territórios.

Em acréscimo, afirma que o desempenho de suas funções concretiza um dos instrumentos criados pelos sistemas nacional e estadual de gestão de recursos hídricos, normatizados, respectivamente, pela Lei Federal 9.433/97 e Lei Estadual 14.844/2010.

Diante desse panorama, a requerente busca o reconhecimento da imunidade tributária recíproca e, por fim, a exoneração dos impostos federais incidentes sobre o patrimônio, a renda e os serviços prestados. E, para tanto, socorre-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, concedendo o favor constitucional

a empreendimentos de porte econômico considerável, dá contornos menos rigorosos à vedação de pagamento de contraprestação ou tarifas pelos usuários e ainda alude à concentração de todas as receitas na manutenção da infraestrutura hídrica estadual.

Em decisão interlocutória, o Ministro Luiz Fux indeferiu o requerimento de tutela antecipada pela ausência da fumaça do bom direito e do perigo de demora da prestação jurisdicional. Na mesma oportunidade, ordenou a citação da União e a intimação do Ministério Público Federal para emissão de parecer.

A União apresentou contestação e fixou as seguintes premissas de defesa: (i) a inconstitucionalidade da concessão da imunidade tributária recíproca a sociedade de economia mista ante a vedação da Súmula 76 do STF¹, cujo entendimento fora extraído do art. 31 da Constituição Federal de 1946, que regulava da mesma forma a matéria; (ii) a natureza privada da sociedade de economia mista não permite o gozo de benefício atribuível a empresa pública, notadamente quando atue exclusivamente na execução de serviços públicos monopolizados, como a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT); (iii) torna-se inaceitável o fato de acionistas privados se beneficiarem do favor constitucional, típico de entes propriamente estatais; (iv) sendo a imunidade tributária recíproca essencialmente subjetiva no tocante ao ente estatal, torna-se desnecessário averiguar se há de fato prestação de serviço público ou exercício de atividade empresarial; (v) a transi-

1 As sociedades de economia mista não estão protegidas pela imunidade fiscal do art. 31, V, "a", Constituição Federal.

toriedade da concentração do capital acionário nas mãos do Estado não qualifica a autora ao benefício almejado; (vi) a pendência de julgamento dos RREE 600867 (Tema 508: Imunidade tributária recíproca para sociedade de economia mista com participação acionária negociada em bolsa de valores) e 594015 (Tema 385: Reconhecimento de imunidade tributária recíproca a sociedade de economia mista ocupante de bem público), evidenciando a controvérsia quanto à concessão irrestrita da vantagem; (vii) o julgamento dos embargos de declaração no Recurso Extraordinário 580264 deu ensejo a que o Supremo Tribunal Federal se pronunciasse pela extensão da imunidade tributária recíproca àquela entidade que personifique inteiramente o Estado e atue na realização de serviço público típico, manifestando-se na figura estatal, ainda que, juridicamente, seja entidade descentralizada e, por fim, (viii) a inadequação da autora ao regime tributário mais favorável, porquanto há cobrança de tarifa pelo serviço de distribuição de água e o eventual saldo positivo resultante dessa receita poderia ser revertido aos seus acionistas.

Ordenada a vista à Procuradoria-Geral da República para emissão de peça técnica, o órgão ministerial, por meio do Parecer 4153/2014-ASJCIV/SAJ/PGR, houve por bem pleitear a continuação da fase postulatória, com a intimação da autora para a apresentação de réplica, e a realização da fase instrutória para, a partir daí, manifestar-se acerca das teses discutidas nos autos.

Apresentada réplica pela autora, rejeitada a preliminar de intempestividade da contestação e reconhecida a desnecessidade de produção de outras provas, o Ministro Relator saneou o feito e ordenou a intimação das partes para apresentarem razões finais e do Procurador-Geral da República para confecção de parecer.

Juntadas as razões finais das partes, vieram os autos à Procuradoria-Geral da República.

Conforme salientado no parecer ministerial já citado, competente é o Supremo Tribunal Federal para o julgamento da controvérsia entre entidade descentralizada estadual e a União, satisfazendo a prescrição do art. 102, I, f, da Constituição Federal², uma vez que esse potencial conflito intrafederativo é apto a gerar desequilíbrios no particular modelo constitucional brasileiro de federalismo.

Não é outro o posicionamento da Suprema Corte em caso análogo ao presente:

CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. ART. 102, I, "F", DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – EBCT. EMPRESA PÚBLICA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO POSTAL E CORREIO AÉREO NACIONAL. SERVIÇO PÚBLICO. ART. 21, X, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. A prestação do serviço postal consubstancia serviço público [art. 175 da CB/88]. A Empresa Brasileira de Correios

2 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: [...] f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; [...]

e Telégrafos é uma empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, como tal tendo sido criada pelo decreto-lei nº 509, de 10 de março de 1969. 2. O Pleno do Supremo Tribunal Federal declarou, quando do julgamento do RE 220.906, Relator o Ministro MAURÍCIO CORREIA, DJ 14.11.2002, à vista do disposto no artigo 6º do decreto-lei nº 509/69, que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é "pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, que explora serviço de competência da União (CF, artigo 21, X)". 3. Impossibilidade de tributação de bens públicos federais por Estado-membro, em razão da garantia constitucional de imunidade recíproca. 4. O fato jurídico que deu ensejo à causa é a tributação de bem público federal. A imunidade recíproca, por sua vez, assenta-se basicamente no princípio da Federação. Configurado conflito federativo entre empresa pública que presta serviço público de competência da União e Estado-membro, é competente o Supremo Tribunal Federal para o julgamento da ação cível originária, nos termos do disposto no artigo 102, I, "f", da Constituição. 5. Questão de ordem que se resolve pelo reconhecimento da competência do Supremo Tribunal Federal para julgamento da ação.

(ACO 765 QO, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJ0-211 de 6 nov. 2008)

Instalada a competência da Suprema Corte, conclui-se pela procedência do pedido da autora.

A citada sociedade de economia mista foi criada pela Lei Estadual 12.217/93, que deferiu à entidade as seguintes funções:

Art. 2º. A COGERH terá por finalidade gerenciar a oferta dos recursos hídricos constantes dos corpos d'água superficiais e subterrâneos de domínio do Estado, visando a equacionar as questões referentes ao seu aproveitamento e controle, operando, para tanto, diretamente ou por subsidiária ou ainda por pessoa jurídica de direito privado, mediante contrato, realizado sob forma remunerada, objetivando:

- I - desenvolver estudos visando a quantificar as disponibilidades e demandas das águas para múltiplos fins;
- II - implantar um sistema de informações sobre recursos hídricos, através da coleta de dados, estatística e cadastro de usos da água visando a subsidiar as tomadas de decisões;
- III - desenvolver ações no sentido de subsidiar o aperfeiçoamento do suporte legal ao exercício da gestão das águas, consubstanciado na Lei nº 11.996, de 24 de julho de 1992;
- IV - desenvolver ações que preservem a qualidade das águas, de acordo com os padrões requeridos para usos múltiplos;
- V - desenvolver ações para que a Gestão dos Recursos Hídricos seja descentralizada, participativa e integrada em relação aos demais recursos naturais;
- VI - adotar a bacia hidrográfica como base e considerar o ciclo hidrológico, em todas as suas fases;
- VII - realizar outras atividades que, direta ou indiretamente, explícita ou implicitamente, digam respeito aos seus objetivos.

Diante de uma leitura contextualizada pela Constituição Federal, não é possível recusar à entidade que se presta a administrar os recursos hídricos regionais, que são, notadamente, bem públicos estaduais, como estabelecido no art. 26 do texto constitucional, as características próprias de serviço público.

Não se desconhece que à locução 'serviço público' reservaram-se inúmeras acepções jurídicas, umas mais expandidas e outras mais restritivas. Sabe-se, contudo, que a aplicação desse termo para designar determinada função propriamente estatal depende essencialmente da forma de Estado, variável no tempo e no espaço, e da essencialidade da incumbência atribuída aos órgãos estatais.

Pela evidente relevância, o tema ligado a gestão ou gerenciamento de recursos hídricos é recorrente nos assentos constitucionais, podendo ser observadas: (i) a competência da União para instituição de sistema nacional de administração de recursos hídricos e definição de outorga de direito de uso (art. 21, XIX); (ii) a competência comum dos entes federados para registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direito de pesquisa e exploração de recursos hídricos em seus correspondentes territórios (art. 23, XI); (iii) a competência exclusiva do Congresso Nacional para autorizar o aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas (art. 49, XVI), entre outras regulações mais genéricas³.

Por sua vez, a doutrina oferece alguns predicados que permitem afirmar com certa precisão se dada atividade merece ser denominada de serviço público. O primeiro deles é o oferecimento de determinada utilidade ou comodidade à coletividade. A um só tempo, esse quesito está a evidenciar a indispensabilidade do bem fornecido e, concomitantemente, da sua efetiva prestação pelos órgãos públicos, identificando uma obrigação clara e incontornável e os respectivos obrigados. A segunda característica é o regime jurídico estritamente de direito público, “consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor

3 Tais normas constitucionais reverberaram suas orientações na Lei Federal 9.433/97, que instituiu o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos, e na Lei Estadual 14.844/2010, que articulou a política estadual de recursos hídricos.

dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”, como bem assinala Celso Antônio Bandeira de Mello⁴.

Diante desse quadro normativo e da importância do gerenciamento de águas em território assolado pela carência desse recurso, evidenciando a indispensável participação do ente estadual nesse mister, a distribuição hídrica faz parte do rol de responsabilidades estatais e deve ser incluída na lista de serviços públicos típicos, mormente quando a falta de sua prestação puder dar causa a inúmeras violações a direitos fundamentais, tal como a vida, a saúde e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ademais, o fato de a autora ser sociedade de economia mista não é causa suficiente para obstar a concessão do benefício tributário, uma vez que a lógica inerente ao sistema tributário é a de não permitir benesses a pessoas jurídicas que, ostensivamente, praticam atividades próprias de empresa e que, em sua essência, perseguem o lucro.

Portanto, a despeito do formato jurídico conferido ao ente público, o elemento fático que permite a avaliação da concessão ou não da imunidade tributária recíproca é a exclusividade na prestação de serviços públicos. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já sufragou esse entendimento em inúmeras oportunidades:

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IPTU. IMUNIDADE. ART. 150, VI, “A” DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SOCIEDADE DE

⁴ Curso de Direito Administrativo, 19ª ed. revista e atualizada, Malheiros, 2005, p. 632.

ECONOMIA MISTA. SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. PRECEDENTES. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 11.6.2014.

1. O entendimento adotado na decisão agravada reflete a jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a imunidade tributária prevista na alínea “a” do art. 150, VI, da Constituição Federal alcança a sociedade de economia mista prestadora de serviço público essencial, sem caráter concorrencial. 2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Agravo regimental conhecido e não provido.

(RE 918704 AgR, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe-247 de 7 dez. 2015)⁵

Por outro lado, possuir acionistas privados não aparenta constituir empecilho à concessão da imunidade tributária, sobretudo no caso da autora.

Primeiramente, não há registro de distribuição de dividendos ou lucros aos mencionados acionistas e a modalidade de sociedade

5 Na mesma linha: ACO 1460 AgR, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno; ARE 861545 AgR, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, ACO 879, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno; ARE 763000 AgR, Relator Min. ROBERTO BARROSO,, Primeira Turma; ARE 816120 AgR, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma; AI 712802 AgR-ED-ED, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma; RE 749006 AgR, Relator Min. LUIZ FUX, Primeira Turma; RE 601392, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno; RE 462704 AgR, Relator Min. LUIZ FUX, Primeira Turma; AI 558682 AgR, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma; RE 631309 AgR, Relator Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma; RE 265749 ED-ED, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma; AI 351888 AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma; AI 551556 AgR, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma; RE 580264, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, entre outros.

anônima é fechada, não havendo a disponibilização de títulos em bolsas de ações ou mercados de balcão.

Outro ponto digno de nota é a alegada transitoriedade do capital acionário nas mãos do Estado. Se, de um lado, essa afirmação é verdadeira para as sociedades de economia mista, por outro, nada impede a conversão do formato jurídico da empresa pública no curso da fruição da imunidade tributária, de modo a, alterando sua finalidade pública, permitir o desempenho de atividades típicas do setor privado.

Portanto, diversamente do que defendido pela União, esse benefício tributário deve incidir enquanto a prestação de serviços públicos persistir, já que são essencialmente complementares. Se, porventura, o objeto social dessa sociedade for alterado para prever a intervenção econômica no setor, por óbvio, o benefício deve ser imediatamente retirado.

Portanto, a concessão da imunidade tributária liga-se mais fortemente à consecução do objeto social da pessoa jurídica e a eventual distribuição de lucros. Deter ações de sociedade anônima que não distribui dividendos aos seus acionistas não deve ser critério relevante para a aferição da concessão do favor constitucional.

Por fim, a vedação da cobrança de tarifas dos usuários dos serviços prestados pela autora para a fruição da imunidade tributária, nos moldes do § 3º do art. 150 da Constituição Federal, deve

ser vista com moderações, tendo em conta o alto custo dos serviços prestados em massa pelo Estado.

Sensível a essa aparente antinomia, a Suprema Corte resolveu pela viabilidade de concessão da benesse tributária independentemente de cobrança de tarifa como contraprestação, como ressaltado no seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. ART. 150, VI, A, DA CF. PATRIMÔNIO, RENDA OU SERVIÇOS. ATIVIDADES IMANENTES AO ESTADO. EXECUÇÃO POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA OU EMPRESAS PÚBLICAS. COBRANÇA DE TARIFAS COMO CONTRAPRESTAÇÃO. ABRANGÊNCIA. ATENDIMENTO DAS CONDIÇÕES INDICADAS NO RE 253.472/SP. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E DE PROVAS. EVENTUAL OFENSA SÉRIA INDIRETA. SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Esta Corte já fixou entendimento no sentido de que a imunidade prevista no art. 150, VI, a, da Constituição se aplica ao patrimônio, renda ou serviços inerentes ao desempenho de atividades imanentes ao Estado, ainda que sejam executadas por sociedades de economia mista ou empresas públicas e independentemente da cobrança por elas de tarifas como contraprestação. II – Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, quanto ao preenchimento das condições indicadas no julgamento do RE 253.472/SP e quanto à titularidade do bem abarcado pela imunidade, faz-se necessário o exame do conjunto fático-probatório dos autos, bem como a análise de normas infraconstitucionais, o que inviabiliza o extraordinário com base na Súmula 279 do STF ou porque a afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. III – Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 816120 AgR, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 162 de 21 -08-2014 PUBLIC 22-08-2014)

Por tudo o que foi consignado nos autos, deve prevalecer o direito da sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos à imunidade tributária recíproca.

Ante o exposto, opina a Procuradoria-Geral da República pela procedência do pedido da autora.

Brasília (DF), 22 de fevereiro de 2016.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República

JCCR/UASJ



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS
Setor Policial, Área 5, Quadra 3, Bloco "B", "L" e "M" – CEP 70.610-200 – Brasília-DF
Tel: (61) 2109-5448 – Fax: (61) 2109-5265 -e-mail: procuradoria@ana.gov.br

Parecer nº 175/2016/PF-ANA/PGF/AGU
Documento nº 00000.032687/2016-18
Referência: 00000.031597/2016-18

Consulta acerca condição tributária da CODEVASF - Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba. Recomendação de submissão da consulta ao órgão jurídico competente da referida empresa pública.

Trata-se de documento encaminhado a esta Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Águas para pronunciamento acerca de consulta formulada pela Superintendência de Regulação acerca da condição tributária da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba - CODEVASF, indagando se a referida empresa pública goza da imunidade tributária recíproca de que trata o art. 150, VI, "a", da Constituição Federal.

2. Preliminarmente, cumpre esclarecer que esta Procuradoria Federal, órgão jurídico vinculado à Advocacia – Geral da União, tem competência constitucional delineada pelo art. 131 da Constituição Federal, para a defesa judicial e extrajudicial dos interesses da União, cabendo-lhe as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Federal. As competências desta Procuradoria Federal, nos termos do art. 14 da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, são adstritas à defesa judicial e atividades de consultivo jurídico afeto às questões desta Agência Nacional de Águas.

3. Desta forma, não cabe a esta Procuradoria Federal responder consulta formulada acerca da condição jurídica de terceiros estranhos a esta autarquia federal, ainda mais em se tratando de consulta em tese, afeta à extensão ou não de entendimento jurisprudencial em favor de empresa pública, tal como é a CODEVASF, que tem estrutura de assessoramento jurídico próprio.

4. Os precedentes jurisprudenciais invocados na consulta formulada foram produzidos em ações específicas, ajuizadas em cada caso concreto, só tendo efeito *inter partes*. Eventual interesse da CODEVASF em ver reconhecida sua imunidade tributária recíproca para afastar a incidência de ICMS depende de provocação daquela empresa pública perante o respectivo Estado/Distrito Federal em que se realiza tal exação tributária.

5. Caso a CODEVASF não se satisfaça com a resposta apresentada pelo fisco estadual, em respeito ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, resta àquela empresa pública buscar o Poder Judiciário para a tutela dos seus interesses. A formulação da tese jurídica de imunidade tributária recíproca em favor da CODEVASF pode até ser favorecida a partir da invocação dos precedentes jurisprudenciais apresentados na consulta formulada, mas caberá ao fisco estadual ou ao Poder Judiciário acolher ou não tal argumentação.

6. Por todo o exposto, recomendo que a área técnica consulente formule a consulta diretamente ao órgão jurídico competente da CODEVASF (entidade da Administração Indireta Federal

dotada de personalidade jurídica própria), com a apresentação dos motivos que lastreiam o interesse institucional desta Agência no deslinde da controvérsia.

7. Caso a área técnica consultante pretenda uma manifestação formal da Advocacia-Geral da União sobre o tema, recomendo a formulação da consulta à Consultoria Jurídica do Ministério da Integração Nacional, pasta ministerial a que se encontra vinculada a CODEVASF.

É o Parecer.

Brasília, 9 de junho de 2016.

(assinado eletronicamente)
PAULO AILTON DA SILVA QUEIROZ JUNIOR
Procurador Federal



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO A AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS

Despacho nº 48/2016/PF-ANA/PGF/AGU
Documento nº 00000.032800/2016-65

Em 9 de junho de 2016.

Sr. Superintendente de Regulação,
Referência: Documento nº 00000.032687/2016-18

1. Aprovo o Parecer nº 175/2016/PF-ANA/PGF/AGU, Doc. Próton nº 032687/2016, acrescentando que os argumentos trazidos à baila pela área técnica parecem, em um juízo perfunctório, bastante razoáveis, o que levaria a reconhecer a imunidade tributária. Todavia, por falta de competência legal, bem como em consonância com o papel da Agência Nacional de Águas na presente situação de órgão regulador, não nos compete manifestar-se em ações de cunho e interesse exclusivo de terceiro, sob pena, inclusive, de caracterização, de algum favorecimento administrativo.
2. Assim, requer que a presente manifestação seja dada conhecimento, com o subsequente encaminhamento à Codevasf ou Ministério da Integração Nacional.

(assinado eletronicamente)
EMILIANO RIBEIRO DE SOUZA
Procurador-Chefe junto à Agência Nacional de Águas