

# Superior Tribunal de Justiça

**AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.056.579 - RJ (2008/0101251-7)**

**RELATOR** : **MINISTRO HUMBERTO MARTINS**  
**AGRAVANTE** : ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PROCURADOR** : MARCELO LOPES DA SILVA E OUTRO(S)  
**AGRAVADO** : CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO BRASBEL  
**ADVOGADO** : MICHELE VIEGAS GORDINHO E OUTRO(S)

## **EMENTA**

TRIBUTÁRIO – ICMS – FORNECIMENTO DE  
ÁGUA – NÃO-INCIDÊNCIA DO ICMS – PRECEDENTES.

1. A água fornecida à população, após ser tratada pelas empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas, não caracteriza mercadoria, razão pela qual é insuscetível de cobrança de ICMS.

2. Inteligência do art. 46 do Código de Águas e do art. 18 da Lei que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, que determinam ser a concessão do serviço público de distribuição de água canalizada mera outorga que não implica a alienação das águas, uma vez que se trata de bem de uso comum do povo inalienável.

3. Precedente: AgRg no REsp 1014113/RJ, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 27.5.2008, DJe 23.6.2008.

Agravo regimental improvido.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de setembro de 2009(Data do Julgamento)

**MINISTRO HUMBERTO MARTINS**  
Relator

**AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.056.579 - RJ (2008/0101251-7)**

**RELATOR** : **MINISTRO HUMBERTO MARTINS**  
**AGRAVANTE** : **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**PROCURADOR** : **MARCELO LOPES DA SILVA E OUTRO(S)**  
**AGRAVADO** : **CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO BRASBEL**  
**ADVOGADO** : **MICHELE VIEGAS GORDINHO E OUTRO(S)**

## **RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):**

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO contra decisão monocrática deste Relator que negou provimento ao recurso especial do agravante.

A decisão ficou assim ementada:

**"TRIBUTÁRIO – FORNECIMENTO DE ÁGUA ENCANADA – NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS – PRECEDENTES – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO."**

Para melhor ilustração do caso, eis a decisão do Tribunal de origem:

**"DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE CUMULADA COM AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS E ÁGUA.**

*Não incidência distribuição de água por concessionária de serviço público. Inexigibilidade do tributo, por não poderem as águas distribuídas ser classificadas como mercadoria. O artigo 46 do código de águas impede a alienação das águas públicas, ainda que parcial, o que as exclui da espécie 'mercadoria' do gênero "bens", por não terem sido produzidas ou adquiridas pelo distribuidor. Provimento do recurso, para julgar procedente o pedido e determinar que o primeiro apelado deixe de cobrar o ICMS, bem como devolva a importância cobrada indevidamente, respeitando a prescrição quinquenal. A Cedaee, sendo mera sociedade de economia mista, não mantém relação jurídico-tributária com o contribuinte, sendo apenas recolhadora do tributo em nome do Estado, para quem o repassa. Tendo em vista que a inclusão da Cedaee no processo se deu por comando judicial, em evidente error In iudicando, revoga-se*

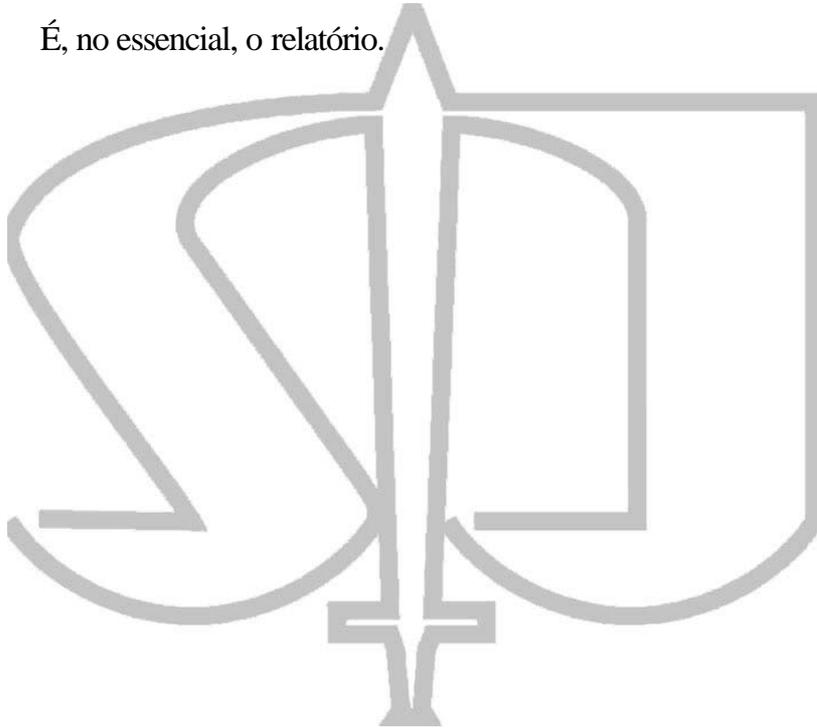
# *Superior Tribunal de Justiça*

*a condenação do recorrente a pagar-lhe honorários advocatícios.  
PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO."*

*Aduz o agravante que a matéria "merece ser examinada pelo Supremo Tribunal Federal, expediente que só é possível com o esgotamento de todas as instâncias recursais".*

Pugna, por fim, caso não seja reconsiderada a decisão agravada, submeta-se o presente agravo à apreciação da Turma.

É, no essencial, o relatório.



**AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.056.579 - RJ (2008/0101251-7)**

**EMENTA**

**TRIBUTÁRIO – ICMS – FORNECIMENTO DE ÁGUA – NÃO-INCIDÊNCIA DO ICMS – PRECEDENTES.**

1. A água fornecida à população, após ser tratada pelas empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas, não caracteriza mercadoria, razão pela qual é insuscetível de cobrança de ICMS.

2. Inteligência do art. 46 do Código de Águas e do art. 18 da Lei que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, que determinam ser a concessão do serviço público de distribuição de água canalizada mera outorga que não implica a alienação das águas, uma vez que se trata de bem de uso comum do povo inalienável.

3. Precedente: AgRg no REsp 1014113/RJ, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 27.5.2008, DJe 23.6.2008.

Agravo regimental improvido.

**VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):**

Mantenho a decisão agravada, por seus próprios fundamentos.

Nos termos dos precedentes desta Corte Superior e os do Supremo Tribunal Federal, entendo que a água fornecida à população, após ser tratada pelas empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas, não caracteriza mercadoria, razão pela qual é insuscetível de cobrança de ICMS.

Conforme preleciona Hugo de Brito Machado "*todas as mercadorias são coisas, mas nem todas as coisas são mercadorias. O que caracteriza uma coisa como mercadoria é a destinação. Mercadorias são aquelas coisas móveis destinadas ao comércio. São coisas adquiridas pelos empresários para revenda, no estado em que as adquiriu, ou transformadas, e ainda aquelas produzidas para a venda*" (Aspectos Fundamentais do ICMS. São Paulo: Editora Dialética, 1997, p. 25 e 29).

O fornecimento de água canalizada à população não configura atividade mercantil, isto porque o conceito de mercadoria deve ser entendido como um bem dentro do comércio, o que não abrange todo e qualquer bem corpóreo que entre em circulação sem conteúdo mercantil.

# *Superior Tribunal de Justiça*

As águas públicas derivadas de rios ou mananciais são qualificadas juridicamente como "bem de uso comum do povo", conforme arts. 20, III e 26, I da Constituição Federal; submete-se, assim, ao regime jurídico público, não podendo ser equiparada a uma espécie de mercadoria, para fazer incidir o ICMS.

Evidentemente, a inalienabilidade da água de rios e mananciais públicos servidas por meio de canalização, não se confunde com as águas mineiras engarrafadas, estas sim passíveis da exação por meio do ICMS.

A respeito das águas captadas dos rios e servidas por meio de canalização, temos a seguinte regulamentação do Código de Águas (Decreto 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."*

No mesmo sentido a Lei n. 9.433/97 (que Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos), determina em seu artigo 18:

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

Destes dispositivos, retiramos a conclusão de que os concessionários prestadores de serviço público não podem vender a água, pois esta não faz parte de seu patrimônio, e sim da União, já que inalienável.

O fornecimento de água canalizada, portanto, constitui serviço público essencial, cuja remuneração pode assumir a natureza jurídica tributária de taxa ou mediante contrato, cobrada por preço público ou tarifa, configurando um serviço realizado em proveito da população, e não uma venda de mercadoria.

A propósito, os seguintes precedentes desta Corte Superior:

***"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO NOTÓRIO. ICMS. FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL CANALIZADA. NÃO-INCIDÊNCIA. SERVIÇO DE CARÁTER PÚBLICO E ESSENCIAL. ADI 2.224/DF.***

*1. 'Quando o dissídio trazido no recurso especial for notório, como ocorre in casu, podem ser mitigadas diversas exigências regimentais, a exemplo da realização do cotejo analítico' (AgRg no*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*REsp 751.625/RN, Rel. Min. Massami Uyeda, Quarta Turma, DJ de 24.03.2008).*

*2. Entendimento desta Corte no sentido de que o fornecimento de água potável não constitui hipótese de tributação, visto que o serviço prestado se reveste de caráter público e essencial. Precedentes: ADI n. 2.224/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, e REsp n. 794.984/RJ, desta Relatoria, Primeira Turma, DJ de 02.10.2006.*

*3. Agravo regimental não-provido."*

*(AgRg no REsp 1014113/RJ, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 27/05/2008, DJe 23/06/2008, grifei)*

*"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. FORNECIMENTO DE ÁGUA TRATADA POR CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. NÃO-INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FATO GERADOR.*

*1. É intributável, por meio do ICMS, o fornecimento de água potável por empresas concessionárias desse serviço público.*

*2. As águas em estado natural são bens públicos e só podem ser explorados por particulares, mediante concessão, permissão ou autorização.*

*3. A água, portanto, fornecida à população, após ser tratada pelas empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas, não caracteriza mercadoria.*

*4. Esse entendimento não se aplica à água mineral engarrafada e vendida por comerciante. No caso, tributa-se a operação mercantil.*

*5. Na Adin nº 567, o tema foi analisado. O Min. Ilmar Galvão votou pela suspensão liminar de ICMS sobre o fornecimento de água no Estado de Minas Gerais, 'por ter se pretendido modificar a natureza jurídica do fornecimento de água potável, encanada, às populações urbanas, transformando-a de serviço público essencial em circulação de mercadoria'.*

*6. Na Adin nº 2.224-5-DF, o Min. Neri da Silveira, no voto proferido, considerou relevante, para votar pela concessão da liminar, o mesmo fundamento invocado pelo Min. Ilmar Galvão na Adin 567. A Adin não foi conhecida por problemas processuais. A tese de mérito, contudo, foi acenada para se reconhecer a não-tributação, pelo ICMS, da água fornecida como serviço público.*

*7. Recurso especial provido."*

*(REsp 794.984/RJ, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 5.9.2006, DJ 2.10.2006.)*

No mesmo sentido, a seguinte decisão monocrática:

# *Superior Tribunal de Justiça*

*"Sem perder de vista a missão uniformizadora deste Tribunal Superior, afilio-me à posição firmada pela Primeira Turma do STJ, adotando suas razões de decidir e entendendo que, de fato, não deve incidir o ICMS sobre a água fornecida pela concessionária de serviço público."*

(Agravado de instrumento 1.010.970/RJ, Min. Mauro Campbell Marques, DJ 31.10.2008.)

Assim, correto o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que considera a água potável encanada um serviço público essencial, e não uma mercadoria passível de circulação.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como penso. É como voto.

**MINISTRO HUMBERTO MARTINS**

Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2008/0101251-7

**AgRg no  
REsp 1056579 / RJ**

Números Origem: 20030011018737 200600102291 200613403993 200613508391 200613711062  
200700184409 83912006

PAUTA: 22/09/2009

JULGADO: 22/09/2009

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PROCURADOR : MARCELO LOPES DA SILVA E OUTRO(S)  
RECORRIDO : CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO BRASBEL  
ADVOGADO : MICHELE VIEGAS GORDINHO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

**AGRAVO REGIMENTAL**

AGRAVANTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PROCURADOR : MARCELO LOPES DA SILVA E OUTRO(S)  
AGRAVADO : CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO BRASBEL  
ADVOGADO : MICHELE VIEGAS GORDINHO E OUTRO(S)

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

# *Superior Tribunal de Justiça*

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 22 de setembro de 2009

VALÉRIA ALVIM DUSI  
Secretária

