



Apelação nº 0123153-34.2001.8.19.0001

Apelante: Rio Japan Veículos Ltda

Apelado: Estado do Rio de Janeiro

Relator: Des. Jessé Torres

ACÓRDÃO

APELAÇÃO. Ação declaratória. Repetição do indébito. ICMS. Fornecimento de água potável canalizada por concessionária de serviço público. O STJ firmou orientação de ser descabida a cobrança de ICMS sobre fornecimento de água, sob pena de enriquecimento indevido. Repetição de indébito que se acolhe. Correção monetária e incidência de juros moratórios na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09 (STF, ADI 4357 QO/DF e ADI 4425 QO/DF). RE nº 870.947. **Recurso provido.**

Revista e discutida a apelação nº **0123153-34.2001.8.19.0001**, originária do Juízo de Direito da 11ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, retornada do STJ, em que figuram, como apelante, **Rio Japan Veículos Ltda**, e, como apelado, o **Estado do Rio de Janeiro**, os Desembargadores que compõem a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro **ACORDAM**, por unanimidade, **dar provimento ao apelo**, nos termos do voto do relator.

Trata-se de ação de ação declaratória de nulidade, com pedido de antecipação de tutela e pedido de repetição de indébito, movida por Rio Japan Veículos Ltda. em face do Estado do Rio de Janeiro. Espera a concessão de antecipação de tutela para que este se abstenha de exigir o ICMS calculado sobre os serviços de água prestados pela CEDAE, e, no mérito, a procedência do pedido para que seja declarada a inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes, desconstituindo-se eventuais débitos surgidos no curso da ação e outros eventuais existentes, bem como para que seja o Réu condenado a devolver os impostos indevidamente recolhidos a título de ICMS sobre os serviços de fornecimento de água canalizada.

A inicial narra, em resumo, que: (a) a autora é usuária dos serviços de abastecimento de água e de coleta de esgoto prestados pela CEDAE, relativos a três hidrômetros instalados em seu prédio comercial, e que, a partir de 1995, o réu





determinou que a empresa passasse a incluir nos boletos de cobrança valores destacados a título de ICMS, na proporção de 18% (ICMS) sobre 28% do preço do serviço; (b) em 1999, o réu determinou que a cobrança passasse a ser de 18% sobre o total do preço dos serviços de água, resultando tais cobranças no pagamento indevido, pela autora, de R\$ 6.470,19; (c) o fornecimento de água constitui serviço público obrigatório e não porta natureza de mercadoria, motivo pelo qual não pode ser tributada pelo ICMS, podendo-se concluir pela inconstitucionalidade da legislação estadual que instituiu a respectiva cobrança; (d) a despeito da noção de não-incidência constitucional, o CONFAZ, por meio do Convênio 98/89, instituiu isenção de ICMS em operações com água natural canalizada e, posteriormente, editou novo Convênio permitindo que os Estados do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul revogassem a isenção relativa à água canalizada, o que deu ensejo ao Dec. estadual nº 21.845/95 e à Resolução da SEF n.º 2649/95, introduzindo a tributação do ICMS sobre o fornecimento de água canalizada, bem como a Resolução SEF n.º 2679/96.

A sentença julgou improcedente o pedido, com a consequência de impor à autora a integral satisfação das despesas processuais e de honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa (fls. 231-233).

Desafiou recurso de apelação, desprovido (fls. 242-269, 357-358, 361-369 e 395-396).

A autora apelante interpôs, então, recursos especial e extraordinário (fls. 401-440 e 505-538), não admitido o primeiro e admitido o segundo (fls. 631-635).

Sobreveio agravo perante o STJ, provido (fls. 659-660).

Intimação das partes sobre o julgado na Corte Superior, com manifestação da autora apelante, quedando-se inerte o réu apelado (fls. 664-668).

Manifestação ministerial pelo acolhimento do requerimento de repetição de indébito (fls. 669).

É o **relatório**.

Cuida-se de ação declaratória de nulidade, c/c pedido de repetição de indébito relativo à cobrança de ICMS sobre os serviços de abastecimento de água e de esgoto prestados pela CEDAE.

A Constituição Federal estabelece, *verbis*:

“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”.



O STJ, Corte uniformizadora da aplicação da legislação federal (CF/88, art. 105, III), firmou entendimento de ser descabida a cobrança de ICMS sobre o fornecimento de água.

Revista a sentença, o apelo, assim como o acórdão recorrido, passa-se ao cumprimento do julgado da Corte Superior. Ao apreciar a matéria versada nestes autos, proferiu julgado declarando a inexigibilidade da cobrança de ICMS (fls. 659-660), *verbis*:

“RECURSO ESPECIAL Nº 848.969 - RJ (2006/0069013-4)

RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

RECORRENTE : RIO JAPAN VEÍCULOS LTDA

ADVOGADO: MICHELE VIEGAS GORDILHO E OUTRO(S)

RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR: MÁRCIO GOMES LEAL E OUTRO(S)

TRIBUTÁRIO. COBRANÇA DE ICMS SOBRE FORNECIMENTO DE ÁGUA. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NO STJ. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA EXAME DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. DECISÃO

1. Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão proferido em ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária cumulada com pedido de restituição de indébito. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro julgou improcedentes os pedidos, considerando legal a exigência de ICMS sobre o fornecimento de água potável. Opostos embargos de declaração (fls. 498/508), restaram rejeitados (fls. 522/524). No recurso especial (fls. 530/569), a recorrente aponta ofensa aos artigos 1º e 2º da LC 87/96, 44 e 46 do Código de Águas, 12 e 18 da Lei 9.433/97, além de divergência jurisprudencial, porque a água encanada não se enquadra no conceito de mercadoria, "sobretudo para efeitos de cobrança do ICMS, já que seu fornecimento configura a prestação de um serviço público essencial à população em geral" (fl. 567). Houve contra-razões (fls. 749/768).

2. A jurisprudência do STJ está consolidada em sentido oposto ao acórdão recorrido, como demonstram os seguintes precedentes: AgRg no Ag 1.203.006/RJ; 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 03/11/2010; REsp 1.081.573/RJ, 2ª T., Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 08/03/2010; AgRg no REsp 1.034.735/RJ, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJe de 06/12/2010, este último com a seguinte ementa:

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

1. O fornecimento de água potável não constitui hipótese 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. Merece reforma, portanto, o acórdão recorrido.

3. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para declarar inexigível a cobrança de ICMS sobre fornecimento de água, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para análise do pedido de restituição de indébito. Intime-se. Brasília, 1º de agosto de 2011. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI – Relator” (Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, 03/08/2011).

Em presença de tal orientação, os pedidos devem ser julgados procedentes, sob pena de enriquecimento indevido da Fazenda estadual. No mesmo sentido o parecer ministerial (fls. 669), *verbis*:

“Tendo em vista a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento ao Recurso Especial interposto pelo apelante para declarar inexigível a cobrança de ICMS sobre o fornecimento de água, reformando o Acórdão proferido por essa egrégia Câmara Cível com alicerce no entendimento segundo o qual o fornecimento de água potável não constitui hipótese de tributação, visto que o serviço se reveste de caráter público e essencial (fls. 659/660), esta Procuradoria de Justiça opina pelo acolhimento do requerimento de repetição de indébito, que consubstanciava consectário lógico da exação indevida de tributo, afastando-se, desta forma, o enriquecimento ilícito do Estado”.

Quanto aos consectários da condenação, compete ao réu recolher custas e emolumentos, à perspectiva do art. 17, § 1º, da Lei estadual nº 3.350, de 29 de dezembro de 1999:

“Art. 17 - são isentos do pagamento de custas: (...)

IX - a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, os Territórios Federais e as respectivas autarquias, exceto quanto aos valores devidos a peritos, arbitradores e intérpretes.

§ 1º - A isenção prevista neste artigo não dispensa as pessoas de direito público interno, quando vencidas, de reembolsarem a parte vencedora das custas e demais despesas que efetivamente tiverem suportado.”

No tocante à taxa judiciária, há de seguir-se a orientação posta pela nova redação do verbete nº 76, da Súmula deste TJRJ – *“A taxa judiciária é devida por todas as autarquias federais e municipais ao Fundo Especial do Tribunal de Justiça, excluídas as estaduais por força da isenção prevista no artigo 115 e parágrafo único do Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro, competindo-lhes antecipar o pagamento do tributo se agirem na condição de parte autora e, ao final, caso sucumbentes”.*



Tem aplicação o Enunciado 42, do Fundo Especial do Tribunal de Justiça – FETJ, consoante a nova redação dada pelo Aviso TJ nº 57/2010, *verbis*:

“A isenção estabelecida no art. 115, caput, do Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro, beneficia os entes públicos quando agem na posição processual de autores, porém, na qualidade de réus, devem, por força do art. 111, II, do Código Tributário Nacional e do verbete nº 145 da Súmula do TJRJ, recolher a taxa judiciária devida ao FETJ, quando sucumbirem na demanda e a parte autora não houver antecipado o recolhimento do tributo”.

No concernente à forma de cálculo da atualização monetária e de incidência dos juros moratórios sobre as dívidas da Fazenda Pública, aos 25.03.2015, o STF (ADI 4357 QO/DF e na ADI 4425 QO/DF) manifestou-se acerca da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 12, do art. 100 da CR/88, decidindo que “fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR) nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários”.

O STF, na análise sobre a correta aplicação de correção e de juros de mora incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública, nos autos do RE nº 870.947, reconheceu a repercussão geral. Aos 10.12.2015, votaram os Min. Luiz Fux (Relator), Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, dando parcial provimento ao recurso, nos termos de seus respectivos votos. Aos 01.08.2016, após o voto-vista do Ministro Dias Toffoli, dando integral provimento ao recurso, no que foi acompanhado pela Ministra Cármen Lúcia, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes, encontrando-se suspenso o julgamento.

Releiam-se trechos do voto do relator Min. Luiz Fux, no RE nº 870.947, que menciona a orientação lavrada nas ADIs de nº 4.357 e 4.425, *verbis*:

“Regime de atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública

Já quanto ao regime de atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública, a questão reveste-se de sutilezas formais. É que, diferentemente dos juros moratórios, que só incidem uma única vez até o efetivo pagamento, a atualização monetária da condenação imposta à Fazenda Pública ocorre em dois momentos distintos:

O primeiro se dá ao final da fase de conhecimento com o trânsito em julgado da decisão condenatória. *Esta correção inicial compreende o período de tempo entre o dano efetivo (ou o ajuizamento da demanda) e a imputação de responsabilidade à Administração Pública. A atualização é estabelecida pelo próprio juízo prolator da decisão condenatória no exercício de atividade jurisdicional.*



O segundo momento ocorre já na fase executiva, quando o valor devido é efetivamente entregue ao credor. Esta última correção monetária cobre o lapso temporal entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento. Seu cálculo é realizado no exercício de função administrativa pela Presidência do Tribunal a que vinculado o juízo prolator da decisão condenatória.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nº 4.357 e 4.425, declarou a inconstitucionalidade da correção monetária pela TR apenas quanto ao segundo período, isto é, quanto ao intervalo de tempo compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento. Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação ao concluir-se a fase de conhecimento. (...).

A redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, tal como fixada pela Lei nº 11.960/09, é, porém, mais ampla, englobando tanto a atualização de requisitos quanto a atualização da própria condenação. Confira-se:

Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência **uma única vez, até o efetivo pagamento**, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Na parte em que rege a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública até a expedição do requisitório (i.e., entre o dano efetivo/ajuizamento da demanda e a condenação), o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 ainda não foi objeto de pronunciamento expresso do Supremo Tribunal Federal quanto à sua constitucionalidade.

(...).

Não obstante isso, diversos tribunais locais vêm estendendo a decisão do Supremo Tribunal Federal nas ADIs nº 4.357 e 4.425 de modo a abarcar também a atualização das condenações (e não apenas a dos precatórios).

(...).

Essa postura dos tribunais inferiores revela-se coerente. Não vislumbro qualquer motivo para aplicar critérios distintos de correção monetária de precatórios e de condenações judiciais da Fazenda Pública.

(...).

Diante desse quadro jurisprudencial sedimentado, haveria flagrante incoerência na aplicação de critérios distintos de correção monetária de precatórios e de condenações judiciais da Fazenda Pública. A mesma racionalidade que orientou a Corte no julgamento das ADIs nº 4.357 e 4.425 impõe a declaração de inconstitucionalidade do critério de atualização previsto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com redação dada pela Lei nº 11.960/09.

(...).

Por todas as razões expostas, voto no sentido de no caso concreto, dar provimento parcial ao recurso extraordinário (...) para, confirmando, em parte, o acórdão (...): (ii) manter a concessão de benefício (iii) atualizado monetariamente segundo o IPCA-E desde a data fixada na sentença e (iv) fixados os juros moratórios segundo a



remuneração da caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.

(...)

Quanto à tese da repercussão geral (...):

A fim de evitar qualquer lacuna sobre o tema e com o propósito de guardar coerência e uniformidade com o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a questão de ordem nas ADIs nº 4.357 e 4.425, entendo que devam ser idênticos os critérios para a correção monetária de precatórios e de condenações judiciais da Fazenda Pública. Naquela oportunidade, a Corte assentou que, após 25.03.2015, todos os créditos inscritos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). Nesse exato sentido, voto pela aplicação do aludido índice a todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, qualquer que seja o ente federativo de que se cuide”.

A verba honorária é devida, sendo, como é, mero efeito da sucumbência (CPC/73, artigos 19 e 20, que permanecem regentes dos encargos da sucumbência nas ações aforadas anteriormente ao CPC/2015), uma vez que a sentença foi publicada aos 04.12.2003, certo que o STJ consolidou orientação no sentido de que somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, início da eficácia do CPC/15, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais com base no vigente CPC/15. Averbese-se precedente da Corte nesse sentido, vg:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DE OMISSÃO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA JURÍDICA. LEI NOVA. MARCO TEMPORAL PARA A APLICAÇÃO DO CPC/2015. PROLAÇÃO DA SENTENÇA.

1. *Constata-se que não se configura a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil/2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.*

2. *Cabe destacar que o simples descontentamento da parte com o julgado não tem o condão de tornar cabíveis os Embargos de Declaração, que servem ao aprimoramento da decisão, mas não à sua modificação, que só muito excepcionalmente é admitida.*

3. *No mérito, o Tribunal a quo consignou que "a melhor solução se projeta pela não aplicação imediata da nova sistemática de honorários advocatícios aos processos ajuizados em data anterior à vigência do novo CPC." 4. Com efeito, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça posicionou-se que o arbitramento dos honorários não configura questão meramente processual.*

5. *Outrossim, a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a sucumbência é regida pela lei vigente na data da sentença.*

6. *Esclarece-se que os honorários nascem contemporaneamente à sentença e não preexistem à propositura da demanda. Assim sendo, nos casos de sentença proferida a partir do dia 18.3.2016, aplicar-se-ão as normas do CPC/2015.*



7. *In casu*, a sentença prolatada em 21.3.2016, com supedâneo no CPC/1973 (fls. 40-41, e-STJ), não está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual merece prosperar a irresignação.

8. Quanto à destinação dos honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, as autarquias e as fundações públicas federais, o artigo 29 da Lei 13.327/2016 é claro ao estabelecer que pertencem originariamente aos ocupantes dos cargos das respectivas carreiras jurídicas.

9. Recurso Especial parcialmente provido, para fixar os honorários advocatícios em 10% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 3º, I, do CPC/2015.

(REsp 1636124/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2016) – os grifos não constam do original.

A parte ré surte vencida, cabendo-lhe, portanto, a integral satisfação das despesas processuais e de honorários advocatícios (CPC/73, art. 20, *caput*). Sua fixação se amolda ao previsto no art. 20, § 4º, do código de ritos de 1973, que remete aos critérios do § 3º para a formulação de juízo de equidade - verba condizente com o trabalho realizado, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, bem como o tempo exigido para o seu serviço, consoante critérios de razoabilidade e de proporcionalidade. Cuida-se de demanda aforada no ano de 2001, com interposição de inúmeros recursos. O valor atribuído à causa foi de R\$ 6.470,19, que, atualizado para os dias atuais, alcançaria patamar superior. Em presença desse cenário fático-processual é que se fixa a verba honorária em R\$ 5.000,00.

Daí a Câmara haver por bem de, **declarada a inexigibilidade da cobrança de ICMS sobre fornecimento de água pelo STJ** (REsp nº 848.969, fls. 659-660), **dar provimento ao apelo**, para, reformada a sentença, **julgar procedente o pedido**, para: **(a)** condenar o réu à repetição de indébito dos valores recolhidos a título de ICMS sobre o fornecimento do serviço de abastecimento de água canalizada, a ser apurado em liquidação, observada a prescrição quinquenal; **(b)** fixar a correção monetária desde a data de cada recolhimento do tributo, até 29.06.2009, com juros moratórios em 0,5% ao mês, com base no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97; a partir de 30.06.2009 e até 25.03.2015, a atualização monetária apurada pela TR e os juros nos moldes aplicados à caderneta de poupança; a partir de 26.03.2015, atualização monetária apurada pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA-E) e os juros moratórios da mesma forma que os aplicados à poupança, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; **(c)** impor ao réu a integral satisfação das despesas processuais e de honorários advocatícios estes de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), isento do recolhimento de taxa judiciária.

Rio de Janeiro, 04 de julho de 2018

Desembargador **JESSÉ TORRES**
Relator

