



Poder Judiciário  
Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

## Acompanhamento Processual Unificado

Não vale como certidão

**Processo:** 0019174-22.2003.8.08.0024

**Órgão Julgador:** QUARTA CÂMARA CÍVEL

**Processo de Origem:** 024030191746

**Data da Distribuição:** 14/12/2010 09:02

**Ação:** Apelação

**Valor da Causa:** R\$ 236578,81

**Petição Inicial:** 201001296028

**Situação:** Baixado

**Órgão Atual:** VITÓRIA - VARA FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL

**Vara de Origem:** VITÓRIA - VARA FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL

**Motivo da Distribuição:** Distribuição Automática

**Data de Ajuizamento:** 14/12/2010

### Partes do Processo

#### Ativa

MUNICIPIO DE VITORIA  
ANTONIO JOAQUIM MAGNAGO - 000102A/ES

#### Passiva

COMPANHIA ESPIRITO SANTENSE DE SANEAMENTO-CESAN  
MARCO ANTONIO GAMA BARRETO - 009440/ES

### Decisão

**Relator :** TELEMACO ANTUNES DE ABREU FILHO

**Decisão :**

**APELAÇÃO CÍVEL Nº: 024030191746**

**APELANTE: MUNICÍPIO DE VITÓRIA**

**APELADO: COMPANHIA ESPÍRITO SANTENSE DE SANEAMENTO - CESAN**

**RELATOR: DESEMBARGADOR TELÊMACO ANTUNES DE ABREU FILHO**

### **DECISÃO MONOCRÁTICA**

Cuidam os autos de **APELAÇÃO CÍVEL** interposta pelo **MUNICÍPIO DE VITÓRIA** contra r. sentença de fls. 1005/1012 que, nos autos da Ação Anulatória ajuizada pela **COMPANHIA ESPÍRITO SANTENSE DE SANEAMENTO - CESAN** julgou procedente o pedido formulado na inicial, para reconhecer a imunidade tributária dos serviços prestados pela apelada e anular o crédito oriundo do Auto de Infração nº 1.280/01.

Em suas razões de fls. 401/412, o Município recorrente alega que o legislador constitucional não atribuiu às empresas públicas e às sociedades de economia mista a imunidade do artigo 150, IV, a, da Constituição Federal de 1988 aos serviços autuados.

Argumenta, ainda, que a condenação em honorários advocatícios não atendeu ao disposto no §4º do artigo 20 do CPC.

*É o breve relatório. Decido .*

O presente recurso pode ser julgado unipessoalmente, em conformidade com o art. 557, 1º-A, do CPC, que autoriza o julgamento de forma monocrática pelo relator, quando, a decisão recorrida estiver em confronto com a jurisprudência do C. STJ, mesmo que o confronto seja **parcial** .

Na hipótese vertente, a pretensão recursal cinge-se (i) à discussão acerca do reconhecimento de imunidade tributária às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado e (ii) a discussão acerca do arbitramento de honorários quando a Fazenda Pública for vencida.

### **Da imunidade tributária**

A despeito da valiosa fundamentação empregada nas razões da apelação, há que se observar que **a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal trilha caminho inverso ao que deseja o recorrente** , estabelecendo que as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de

serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado são imunes à obrigação tributária, conforme previsto no artigo 150, inciso IV da Constituição Federal.

A propósito destaco o posicionamento do Excelso STF por meio dos seguintes precedentes:

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ART. 150, INC. VI, ALÍNEA A, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMUNIDADE EXTENSIVA A SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA DELEGATÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS. JULGADO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça da Paraíba: Trata-se de Mandado de Segurança ajuizado pela CAGEPA - Companhia de Águas e Esgotos da Paraíba em face do Município de João Pessoa, que se insurge contra auto de infração no qual a empresa não recolhera ISSQN nos meses de Janeiro de 99 a Julho de 2003. A matéria, devolvida em sede do Recurso de Apelação, gravita em torno da possibilidade ou não da Sociedade de Economia Mista natureza jurídica da impetrante ser considerada para a proteção da imunidade tributária prevista no art. 150, VI da Constituição Federal. **A sentença a quo foi no sentido de denegar a proteção por entender que não é aplicável a mencionada regra da imunidade tributária à CAGEPA, visto que esta exerceria atividade econômica, marcada pela contraprestação dos usuários por meio de preços ou tarifas. Tal proteção só valeria para os entes da Administração Direta e estendendo às autarquias e fundações públicas. Entendo que a r. Sentença merece ser reformada.** Sabe-se que um extenso rol de atribuições originariamente cometidos à Administração Direta pode ser por esta conferido, o que se denomina 'descentralização administrativa', para maior eficácia na prestação dos serviços públicos. Neste raciocínio, várias atribuições podem ser conferidas às entidades consideradas como da Administração Indireta, que são as Autarquias, Fundações e Sociedades de Economia Mista. (...) Assim, em diversos dispositivos Constitucionais, exemplo do artigos 22, XXVII, 37, XVII, 37, XIX, 71, II, 173, §§ 1º e 2º, é possível vislumbrar a possibilidade de instituição de sociedades de economia mista como entes de descentralização das atividades da Administração Pública. **Portanto, apesar de a Sociedade de Economia Mista ter natureza de pessoa jurídica de direito privado, é constituída por capital público e privado, por isso que é denominada como mista.** A parte do capital público deve ser maior, devendo a maioria das ações estar sob o controle do Poder Público. **Desta forma, apesar da natureza privada (art.173, § 1º, II,CF), estão sob o influxo das normas de direito público, como por exemplo, devem sujeitar-se à lei de licitações e são fiscalizadas pelos tribunais de contas (art. 173, § 1º, III e art. 71, II, CF). É sob este prisma que deve ser enfrentada a questão da imunidade tributária, uma vez que trata-se de fazer a interpretação teleológica da norma constitucional ou seja, tendo em vista os objetivos que o Estado almeja ao conceder tais privilégios fiscais.** Assim dispõe o art. 150, VI, CF (...). Entendo que o fato de a sociedade de economia mista sujeitar-se às regras de direito privado e o fato de poder esse tipo de sociedade eventualmente explorar atividade econômica não lhe retiram a condição para o exercício de atividades atinentes ao poder de polícia administrativa, poder prestar serviços públicos e executar obras públicas e por essa razão, não podem ser tidas como simples exploradoras de atividade econômicas. **Quando a Constituição repele a tributação entre esferas de governo distintas, por meio do art. 150, traz a chamada imunidade recíproca cujo objetivo é o respeito ao princípio federalista que determina autonomia e cooperação entre os entes. Entendo que tal proteção deve sim ser estendida, além das autarquias, às empresas públicas e sociedades de economia mista, desde que estas prestem serviços públicos, este serviço seja de prestação originalmente obrigatória e exclusiva do Estado, e ainda, em caráter de monopólio.** É bem distinto do caso em que, através de uma sociedade de economia mista, o Ente estivesse explorando, diretamente atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada, ferindo o princípio constitucional da ampla concorrência. (...) Ainda, em caso praticamente análogo, se pronunciou neste sentido o Ministro Gilmar Mendes: 'O Tribunal concedeu medida cautelar em ação cautelar ajuizada pela Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia - CAERD para suspender os efeitos de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do referido Estado-membro em apelação, até julgamento de agravo de instrumento interposto contra decisão que não admitira recurso extraordinário da empresa no qual pretende seja reconhecido seu direito à imunidade recíproca incidente sobre o fato gerador do IPTU (CE art. 150, VI, a). Entendeu-se que, em situações excepcionais, nas quais são patentes a 4111 plausibilidade jurídica do pedido decorrente do fato de a decisão recorrida contrariar jurisprudência ou súmula do STF e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação consubstanciado pela execução do acórdão recorrido, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar mesmo que o recurso extraordinário tenha sido objeto de juízo negativo de admissibilidade e o agravo de instrumento interposto contra essa decisão ainda não se encontre sob a jurisdição do STF. Considerou-se que, no caso, o acórdão objeto do recurso extraordinário parece afrontar jurisprudência da Corte firmada no julgamento do RE 407099/RS (DJU de 6.8.2004), tendo em conta que a CAERD é sociedade de economia mista prestadora do serviço público obrigatório de saneamento básico, portanto, abrangida pela aludida imunidade tributária. Além disso, ressaltou-se ser manifesta a urgência da pretensão cautelar, porquanto, com a execução do acórdão recorrido, a companhia será obrigada a pagar os débitos tributários em discussão, gerando a inscrição em dívida ativa e as consequências oriundas desse fato' (AC 1550 MC/RO, rel. Min. Gilmar Mendes, 6.2.2007, publicada em 18/05/2007) (fls. 396-399). 2. O Recorrente afirma que o Tribunal a quo teria contrariado os arts. 150, inc. VI, alínea a, e § 3º, e 173, § 2º, da Constituição da República. Alega que: No caso ora em análise, verifica-se a exploração de uma atividade econômica, configurada na prestação dos serviços de água e esgoto, como também, verifica-se a contraprestação do pagamento de tarifas pelos usuários de tais serviços (...). [A Recorrida] desenvolve serviços que, embora de interesse do Estado, podem ser delegados/concedidos /permitidos/autorizados a terceiros (...). A imunidade recíproca somente alcança os serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado (fls. 438-439 grifos nossos). Analisados os elementos havidos nos autos, DECIDO. 3. **Razão jurídica não assiste ao Recorrente. 4. Pela jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, a imunidade tributária prevista no art. 150, inc. VI, alínea a, da Constituição da República alcança as sociedades de economia mista delegatárias de serviços públicos que não atuem em ambiente concorrencial. Na espécie vertente, tem-se a prestação exclusiva de serviço público essencial (fornecimento de água e esgoto) por ente da Administração Pública Indireta (sociedade de economia mista), e não por sociedade empresária concessionária de serviço público, circunstância que atrai a incidência da imunidade recíproca.** Nesse sentido: (...). (RE 629582, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, julgado em 11/11/2010, publicado em DJe-225 DIVULG 23/11/2010 PUBLIC 24/11/2010). Grifei.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA TUTELA. AÇÃO CAUTELAR SUBMETIDA A REFERENDO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, VI, a, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Plausibilidade jurídica do pedido (fumus boni juris) diante do entendimento firmado por este Tribunal quando do julgamento do RE 407.099/RS, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 06.8.2004, **no sentido de que as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado são abrangidas pela imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal.** 2. Exigibilidade imediata do tributo questionado no feito originário, a caracterizar o risco de dano irreparável ou de difícil reparação (periculum in mora). 3. Decisão cautelar referendada (AC 1.851-QQ, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 1º.8.2008). grifei.

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. AUTARQUIA. SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO. ATIVIDADE REMUNERADA POR CONTRAPRESTAÇÃO. APLICABILIDADE. ART, 150, §3º DA CONSTITUIÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. 1. Definem o alcance da imunidade tributária recíproca sua vocação para servir como salvaguarda do pacto federativo, para evitar pressões políticas entre entes federados ou para desonerar atividades desprovidas de presunção de riqueza. **2. É aplicável a imunidade tributária recíproca às autarquias e empresas públicas que prestem inequívoco serviço público, desde que, entre outros requisitos constitucionais e legais não distribuam lucros ou resultados direta ou indiretamente a particulares, ou tenham por objetivo principal conceder acréscimo patrimonial ao poder público (ausência de capacidade contributiva) e não desempenhem atividade econômica, de modo a conferir vantagem não extensível às empresas privadas (livre iniciativa e concorrência).** 3. **O Serviço Autônomo de Água e Esgoto é imune à tributação por impostos (art. 150, VI, a e §§ 2º e 3º da Constituição).** A cobrança de tarifas, isoladamente considerada, não altera a conclusão. Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento (RE 399.307-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, Dje 30.4.2010). grifei.

Nota-se, portanto, **o Excelso STF tem posicionamento consolidado "no sentido de que as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado são abrangidas pela imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal** (AC 1.851-QO, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, Dje 1º.8.2008).

Isso porque, quando a Constituição Federal proíbe a tributação entre as esferas federativas, estabelecendo a chamada imunidade recíproca, visa resguardar o Princípio Federalista evitando a instituição de cargas tributárias que possam desfalcas a capacidade econômica das pessoas políticas.

A imunidade recíproca abrange às sociedades de economia mista, como se observa dos precedentes colacionados, na medida em que exercem atribuições que podem ser conferidas às entidades consideradas da Administração Indireta, mediante a chamada descentralização administrativa.

Com efeito, o benefício da imunidade é conferido em razão de serem as entidades consideradas como verdadeira extensão da Administração Pública, praticando atos e prestando serviços que lhe são peculiares, como no presente caso, o saneamento básico.

No caso vertente, a recorrida, COMPANHIA ESPÍRITO SANTENSE DE SANEAMENTO - CESAN presta serviço público obrigatório de saneamento básico em caráter exclusivo enquadrando-se, pois, nas hipóteses já analisadas pelo E. STF como de pessoas imunes à exação tributária.

Sobre o tema, este Egrégio Tribunal já se manifestou:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR. ISSQN. ANULAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. ISENÇÃO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. SERVIÇO PÚBLICO OBRIGATÓRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Preliminar. Tempestividade do apelo do Município de Vila Velha. Da decisão que inadmitiu o processamento do apelo, houve a interposição de agravo de instrumento (n. 35079001125) que foi conhecido e provido. Saliente-se que referida decisão transitou em julgado aos 11 de junho de 2007. Logo, é tempestivo o apelo. Preliminar rejeitada. Unânime. 2. Mérito. A questão colocada a julgamento cinge-se em **estabelecer se os serviços de instalação e manutenção de hidrômetros configuram hipótese de incidência para o lançamento do ISSQN, bem como se a isenção contida no art. 11 do DL n. 406/1968 beneficia a companhia de saneamento**. 2.1. Se o contrato administrativo firmado entre a municipalidade e uma sociedade empresária visava a prestação de serviços de instalação e manutenção de hidrômetros então, em tese, haveria a configuração do fato jurídico tributário: execução por empreitada de obra hidráulica e outras semelhantes. 2.2. Com a promulgação da CF/88, restou vedado à União instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios (CF; art. 151, III). E o artigo 41 e parágrafos do ADCT estabelece que serão revogados após dois anos, a partir da data da promulgação da Constituição, os incentivos que não forem confirmados por lei. É o caso dos autos. 2.3. Assim, tratando-se de fatos geradores do imposto sobre serviços ocorridos após o biênio transitório do art. 41 do ADCT e sem que tenha havido confirmação, pela legislação municipal, da isenção anteriormente prevista em legislação federal (arts. 151, III, e 156, III, da CF), a tributação na espécie é constitucionalmente cabível (STF-2ª T., AgRg-RE 219.694/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01/09/2006). 2.4. Todavia, o Supremo Tribunal Federal tem firmado o entendimento que a imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, a, e seu § 2º atinge não só as empresas públicas como também as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos obrigatórios, a exemplo da CESAN. Precedentes. **2.5. Portanto, na esteira dos precedentes da Suprema Corte tem-se que incide a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, a, e seu § 2º da CF, pois a recorrente CESAN é sociedade de economia mista prestadora de serviço público obrigatório. Por consequência, nulo é o auto de infração e inexigível é o ISSQN, e defesa é a inscrição em dívida ativa**. 2.6. Honorários advocatícios majorados. 3. Apelo da recorrente CESAN provido. Unânime. 4. Apelo do recorrente Município de Vila Velha desprovido. Remessa prejudicada. Unânime. (TJES, Classe: Apelação Cível, 35030161794, Relator : CARLOS HENRIQUE RIOS DO AMARAL, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 22/09/2009, Data da Publicação no Diário: 20/11/2009). **grifei.**

Nota-se, inclusive, que a matéria fática analisada por este Sodalício amolda-se a ora apreciada, inclusive, por terem sido tributados serviços meio, àqueles necessários à prestação do serviço público essencial aos cidadãos.

Pelo exposto, não se pode acolher a irresignação recursal no tocante a alegação de que não se pode conferir imunidade tributária à recorrida.

### **Dos honorários fixados**

Deve ser acolhida a fundamentação empregada nas razões de apelação no tocante aos honorários advocatícios, visto que, a jurisprudência dominante do C. STJ estabelece que a fixação dos honorários, quando vencida a Fazenda Pública, não está adstrita aos percentuais e à base de cálculo prevista no §3º do

artigo 20 do CPC.

A propósito destaco alguns precedentes. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APRECIÇÃO EQUITATIVA. SÚMULA Nº 7/STJ. VALOR NÃO EXORBITANTE. 1. **A jurisprudência assente nesta Corte Superior de Justiça orienta-se no sentido de que, em sendo vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários advocatícios, a teor do art. 20, § 4º, do CPC, baseada na apreciação equitativa do juiz, não está adstrita aos percentuais e tampouco à base de cálculo prevista no § 3º do mencionado artigo**. 2.(...).(AgRg no Ag 1288841/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 17/12/2010). grifei.

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. AÇÃO COLETIVA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONTRA FAZENDA PÚBLICA. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS. PERCENTUAL. MAJORAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA. REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. **A jurisprudência desta Corte, em processos semelhantes a este, nos casos de execução de sentença contra Fazenda Pública, consolidou o entendimento no sentido de fixar os honorários advocatícios em 5% (cinco por cento) do valor da execução, por levar em conta a análise conjunta dos critérios previstos nos §§ 3º e 4º do artigo 20 do Código de Processual Civil**. 2. Embargos de Declaração rejeitados. (EDcl no REsp 1182177/RS, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUINTA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe 29/11/2010). Grifei.

PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. VALOR DA CAUSA, DA CONDENAÇÃO OU DO VALOR FIXO. REGIME DOS RECURSOS REPETITIVOS (ART. 543-C). RESP PARADIGMA 1.155.125/MG. SÚMULA 7/STJ. 1. **"Vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade"** (REsp 1.155.125/MG, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 10.3.2010, DJe 6.4.2010). 2. (...). (REsp 1211113/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 11/11/2010). grifei.

Diante da análise dos autos, nos termos do §4º do artigo 20 do CPC, e, considerando os parâmetros das alíneas b e c do §3º, do artigo 20, do CPC vejo que o percentual arbitrado (10% - dez por cento), diante do valor da causa - R\$ 236.578,81 (duzentos e trinta e seis mil, quinhentos e setenta e oito reais e oitenta e um centavos) - é exorbitante.

Com efeito, fixo os honorários em R\$ 11.000,00 (onze mil reais) o que equivaleria a aproximadamente 5% (cinco por cento) do valor da causa, pois, tal quantia se amolda ao disposto no artigo §4º do artigo 20 do CPC.

Por derradeiro, impõe-se registrar que a decisão proferida pelo D. Magistrado não merece reparo, a não ser no tocante aos honorários advocatícios, visto que, acerca da imunidade tributária discutida nos autos, a decisão está em conformidade com a jurisprudência consolidada neste Egrégio Tribunal e no E. STF, na medida em que reconhece a imunidade tributária à sociedade de economia mista que presta serviço público de caráter obrigatório em regime de exclusividade.

Destarte, ressoa patente **a contrariedade entre a sentença e a jurisprudência consolidada dos Tribunais pátrios no tocante aos honorários advocatícios fixados**, razão porque deve incidir na hipótese o comando capitulado no artigo 557, §1º-A, do Código de Processo Civil.

Firme a tais considerações, aplicando o permissivo contido no artigo 557, §1º-A, **CONHEÇO** do recurso, porquanto presentes os seus requisitos de admissibilidade, para **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, tão somente para alterar o quantum da condenação em honorários advocatícios**.

Publique-se na íntegra. Intimem-se as partes.

Vitória, 10 de fevereiro de 2011.

**TELÊMACO ANTUNES DE ABREU FILHO**

**Desembargador Relator**