

A Incidência Tributária Sobre o Uso da Água

Gina Copola

I - Um dos temas mais atuais com relação às preocupações do direito ambiental é o concernente aos *recursos hídricos* do planeta, que constituem o recurso natural mais precioso e essencial para a vida, tão indispensável para as atividades humanas quanto o ar que se respira.

É cediço, todavia, que a água vem se tornando cada vez mais escassa em todo o mundo, à medida que a indústria, a agricultura e a população se expandem - com desesperadoras taxas de crescimento. O nível de água dos lençóis freáticos baixou, os lagos estão diminuindo de forma avassaladora, e os pântanos estão secando. No Estado de São Paulo, por exemplo, cerca da metade dos cursos d'água estão comprometidos pela poluição.

Em contrapartida, na agricultura, nas indústrias e na vida em geral as necessidades de água aumentam a todo instante, paralelamente àquele mencionado crescimento demográfico e ao aumento dos padrões de vida das populações, que para serem atendidos exigem cada vez maior quantidade de água de boa qualidade.

Se isso tudo não bastasse, a explosão demográfica tem causado extraordinária poluição em nossos recursos hídricos, em razão do enorme derramamento de substâncias tóxicas, de dejetos, de resíduos sólidos, e de todo tipo de sujeira e detritos.

II - Diante de tudo isso que vem ocorrendo de forma concomitante em nosso planeta, restou evidente a qualquer um que precisamos consumir a água de forma criteriosa e consciente, de modo que esse recurso finito e precioso não se esgote no decorrer das próximas décadas. Deve ser necessariamente obedecida, portanto, a regra do *consumo sustentável* da água.

O consumo sustentável foi conceituado pela Resolução nº 53/95, da ONU, ratificada em 1.997, como sendo:

“a satisfação das necessidades básicas dos seres humanos, sem minar a capacidade do meio ambiente em satisfazer as necessidades de futuras gerações.”

Com todo efeito, a água precisa ser utilizada pela coletividade de forma consciente, para que tal recurso não seja eliminado, ou esgotado nas próximas décadas. Ou seja, a água deve ser usada com o mínimo de impacto ao ambiente, e sempre com a preocupação de ser conservada, preservada.

Gina Copola é autora do livro Elementos de Direito Ambiental, pela editora Temas e Idéias, RJ, 2003.

III - Em razão da relevância do tema, existe em nosso país um esparsa feixe de normas - incluindo inúmeras Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente - que cuidam da água como recurso natural imprescindível, e objeto de grande preocupação por toda a coletividade.

É imperioso ressaltar desde já que a competência para legislar sobre recursos hídricos é *privativa da União*, conforme o disposto no art. 22, inc. IV, da Constituição Federal. De tal sorte, os Estados e os Municípios não podem legislar sobre a política de recursos hídricos, ou seja, tais entes não têm capacidade para legislar sobre o assunto.

Dentre a legislação que cuida dos recursos hídricos existente, o diploma mais importante é a Lei federal nº 9.433, de 8 de janeiro de 1.997, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e regulamenta o inc. XIX, do art. 21, da Constituição Federal.

Tal diploma estabelece uma política nacional para a utilização dos recursos hídricos, e estabelece a *cobrança pelo uso da água*, conforme se depreende dos art. 19 e art. 20, do texto legal. Observa-se na lei, portanto, a figura do usuário pagador.

A cobrança pelo uso dos recursos hídricos, conforme reza o indigitado art. 19, objetiva: a) reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor; b) *incentivar a racionalização do uso da água*, e c) obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos.

Está evidenciada, dessa forma, a preocupação do legislador com a racionalização do uso da água, que, conforme consta da própria lei, constitui um dos objetivos da cobrança pelo seu uso.

Ocorre que para que isso seja possível, resta imperioso que se promova, acima de tudo, a *educação ambiental* com ênfase no racionamento dos recursos hídricos, a ser realizada com absoluta participação de toda a sociedade, que necessita modificar seu comportamento com relação a tais recursos naturais.

IV - Diante de toda a latente preocupação de se preservar a água e consumi-la de forma consciente e racional, o Poder Público tem ensaiado, estudado, e até mesmo adotado uma série de posturas e medidas para controlar o seu uso, e a medida mais ventilada e discutida atualmente é a que institui a *cobrança de tributo pelo uso da água* - repita-se que a cobrança pelo uso da água objetiva sua racionalização, conforme se lê do art. 19, inc. II, da Lei nº 9.433/97.

Analisemos, de tal sorte, a tributação pelo uso dos recursos hídricos sob o aspecto constitucional.

A competência tributária, conforme é sabido, é determinada pelo art. 145, da Constituição Federal, que reza:

“Art. 145 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do *poder de polícia* ou *pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis*, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, *decorrente de obras públicas*.

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a *capacidade econômica do contribuinte*, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

§ 2º - As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.” (Grifamos)

Resta necessário ressaltar que qualquer tributo a ser instituído pelo Poder Público deve obedecer estritamente ao dispositivo constitucional transcrito, bem como suas limitações expressamente impostas.

V - Começemos nossa análise pelos *impostos*.

Os impostos são conceituados pelo tributarista Aliomar Baleeiro nos seguintes termos:

“imposto é a prestação de dinheiro que, para fins de interesse coletivo, uma Pessoa Jurídica de Direito Público, por lei, exige coativamente de quantos lhe estão sujeitos e têm capacidade contributiva, *sem que lhes assegure qualquer vantagem ou serviço específico em retribuição desse pagamento.*”⁽¹⁾

Observa-se desde já que a cobrança de tributo pelo uso da água não pode ser instituída sob a modalidade de imposto, uma vez que no caso dos recursos hídricos, em tese, o Poder Público assegura ao usuário pagador uma vantagem em retribuição ao pagamento efetuado, que é o fornecimento de água, ao contrário do que ocorre com os impostos.

Além disso, o § 1º, do art. 145, da Constituição Federal, acima transcrito, evidencia a idéia de veiculação de riqueza na cobrança de impostos, ao contrário do que ocorre na cobrança pelo simples uso da água, hipótese em que não ocorre qualquer veiculação ou captação de riquezas.

Pelo exposto, a cobrança pelo uso da água não pode ser instituída sob a forma de imposto, e a sua cobrança sob tal modalidade resta absolutamente inviável, e em evidente descompasso com a Constituição Federal.

“No caso dos recursos hídricos, a ação do usuário pagador é simplesmente a de utilizar a água, e tal atitude, respeitosamente, não enseja qualquer fiscalização por parte do Poder Público.”

VI - Por outro lado, as *taxas*, conforme se lê do dispositivo constitucional transcrito, ou são cobradas em razão do exercício do *poder de polícia*, ou, então, são cobradas pela *utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis*, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

O *poder de polícia*, conforme é cediço em direito, nada mais é do que uma faculdade da Administração para disciplinar e restringir liberdades individuais e propriedades particulares, assim como o uso de tais liberdades e propriedades, tudo com vista ao bem-estar social da comunidade. Tal poder envolve sempre a necessária fiscalização das atividades envolvidas.

Ocorre, todavia, que o exercício do poder de polícia para fundamentar a cobrança de taxas deve ser efetivo, com a necessária fiscalização a ser exercida pelo Estado. Se assim não o for, a taxa em razão do poder de polícia não pode ser instituída pelo Poder Público.

No caso dos recursos hídricos, a ação do usuário pagador é simplesmente a de utilizar a água, e tal atitude, respeitosamente, não enseja qualquer fiscalização por parte do Poder Público. Com todo efeito, pelo simples uso da água o Estado não exerce qualquer fiscalização que fundamente o exercício do poder de polícia, que, repita-se, simplesmente não existe nos casos de cobrança pela simples utilização dos recursos hídricos postos à disposição da coletividade.

Se assim não o fosse, o Poder Público poderia instituir, de forma indiscriminada e arbitrária, taxas para todo e qualquer bem ambiental existente. Seria cobrada, por exemplo, uma taxa para a utilização do ar atmosférico, e, nesse sentido, todos que respiram estariam obrigados a pagar tal taxa.

Pelo exposto, resta absolutamente inviável, e sobretudo inconstitucional, que a cobrança pelo uso dos recursos hídricos seja instituída através de taxa em razão do poder de polícia.

1. In *Direito Tributário Brasileiro*, 6ª ed. Forense, RJ, 1.974, p. 117, com grifos nossos.

VII - As taxas, conforme é cediço, podem também ser instituídas em decorrência da *utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis*, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

Sobre a natureza dos serviços prestados pelas companhias estaduais de saneamento básico, entende Flávio Alberto Gonçalves Galvão que eles são exclusivamente de captação e disponibilização da água, e só. Diz o tributarista, que é realizada a cobrança de um valor exclusivamente pelo serviço de fornecimento da água, no qual está incluído o lucro das companhias de saneamento, e nada mais que isto. Conclui que tais serviços não possuem a natureza de serviço público, porque não há contraprestação pelo Estado envolvido. (2)

Discordamos, respeitosa mas categoricamente, de tal ilação.

Nosso entendimento, assim como da doutrina administrativista majoritária, é no sentido de que o serviço de captação, tratamento e fornecimento domiciliar de água constitui serviço eminentemente público essencial. Com todo efeito, os serviços de água atendem a incontornável necessidade pública, referindo-se a um bem que simplesmente nunca poderá faltar a todo ser humano, sendo que a sua privação por um só dia já resulta em grave prejuízo. É virtualmente inconcebível um mundo em que não existisse água à disposição, a todo tempo e lugar, e em qualquer circunstância, a todo cidadão, e se um tal serviço ou produto não constituir objeto de um serviço público essencial, então confessamos não fazer a menor idéia do que signifique essa consagrada expressão.

Não há como negar, de tal sorte, a natureza de serviço público ao serviço de tratamento e distribuição domiciliar de água.

VIII - Os serviços ora em análise são passíveis de *utilização efetiva ou potencial*, que constitui em usufruir de fato o benefício prestado ou oferecido pelo poder público, ou tê-lo à disposição para o momento em que dele necessitar, e no caso da água todos os contribuintes podem fazer uso do serviço posto à disposição, visto que tal serviço permanece sempre à disposição da população, independente de estar sendo aproveitado ou não.

O serviço precisa também ser *específico*, e isso ocorre quando é destacado em unidades autônomas de intervenção. Deve, ainda, ser *divisível*, que é aquele suscetível de ser utilizado separadamente por cada um dos contribuintes usuários do serviço, podendo ser cobrado individualizadamente de cada usuário. Com efeito, o serviço divisível é aquele destacável em unidades autônomas, individualmente mensuráveis.

É exatamente assim que ocorre com os recursos hídricos que, conforme se pode denotar, são serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição, e que podem ser utilizados efetiva ou potencialmente.

2. In palestra proferida curso *Semana de Direito Ambiental*, realizado nos dias 18 a 21 de agosto de 2003, em São Paulo, e promovido pelo Instituto dos Advogados de São Paulo - Escola Superior de Advocacia.

IX

IX - A doutrina cita expressamente os serviços de fornecimento de água como serviços públicos específicos e divisíveis. Nesse sentido, é a lição do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles. Vejamos:

“A especificidade e a divisibilidade ocorrem, em regra, nos serviços de caráter domiciliar, como os casos de energia elétrica, água, esgoto, telefonia e coleta de lixo, que beneficiam individualmente o usuário e lhe são prestadas na medida de suas necessidades, ensejando a proporcionalidade da remuneração.”⁽³⁾

E, em outra obra do saudoso mestre, lemos:

“Serviços *“uti singuli”* ou *individuais*: são os que têm usuários determinados e utilização particular e mensurável para cada destinatário, como ocorre com o telefone, a água e a energia elétrica domiciliares. (...) São sempre serviços de utilização individual, facultativa e mensurável, pelo que devem ser remunerados por taxa (tributo) ou tarifa (preço público), e não por imposto.”⁽⁴⁾

Resta cristalino, portanto, que o serviço de fornecimento de água é público específico e divisível, e passível de ensejar remuneração ao Poder Público mediante a cobrança de taxa.

X

X - Diógenes Gasparini, no mesmo diapasão, ensina que

“Específicos são os que satisfazem os usuários certos, que os fruem individualmente, designados, por alguns autores, de serviços *divisíveis*. Como exemplos temos os serviços de telefonia, postal e de distribuição domiciliar de água.”⁽⁵⁾

Observa-se, de tal sorte, que a mais autorizada doutrina pátria é no sentido de que o fornecimento domiciliar de água constitui serviço público específico e divisível, capaz de ensejar a cobrança de tributo sob a modalidade de taxa. E mais: a distribuição de água é até mesmo citada pela doutrina como exemplo de serviço específico e divisível.

“a mais autorizada doutrina pátria é no sentido de que o fornecimento domiciliar de água constitui serviço público específico e divisível, capaz de ensejar a cobrança de tributo sob a modalidade de taxa.”

3. In *Direito Municipal Brasileiro*, 6ª ed. Malheiros, SP, 1.993, p. 141, com grifos nossos.

4. In *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed. Malheiros, SP, 2.000, p. 309, com itálicos originais e negritos nossos.

5. In *Direito Administrativo*, 5ª ed. Saraiva, SP, 2.000, p. 224, com itálico original e negritos nossos.

Pelo exposto, é perfeitamente constitucional a cobrança de tributo na modalidade taxa, para o fornecimento domiciliar de recursos hídricos.

XI - Além da taxa, a cobrança pelo uso da água pode também ser realizada através de *tarifa*, que é instituída nos moldes do direito administrativo. Aliás, conforme é cediço, os serviços de fornecimento domiciliar de água em geral são realizados mediante concessão, cuja remuneração adequada é o preço público, que nada mais é do que a tarifa.

Com todo efeito, tarifa é o preço que os usuários desembolsam em favor do concessionário de serviço ou obra pública, e que resulta na própria remuneração de tal concessionário. Esse preço deve ser justo e perfeitamente capaz de permitir o pagamento do montante despendido pelo concessionário para a realização da obra ou serviço.

A tarifa, de tal sorte, é outra forma legal e adequada para a cobrança pelo uso dos recursos hídricos.

XII - Pelo exposto, e em final síntese, entendemos constitucionalmente permitida a incidência tributária sobre os recursos hídricos, uma vez que a cobrança pelo seu uso pode perfeitamente ser instituída sob a forma de tributo, na modalidade *taxa*, nos termos do art. 145, inc. II, da Constituição Federal.

Além disso, e igualmente pelo que foi declinado, também parece permitida a cobrança de tarifa pelo uso dos recursos hídricos, sobretudo quando tais serviços são exercidos mediante concessão. ■

“...tarifa é o preço que os usuários desembolsam em favor do concessionário de serviço ou obra pública, e que resulta na própria remuneração de tal concessionário. Esse preço deve ser justo e perfeitamente capaz de permitir o pagamento do montante despendido pelo concessionário para a realização da obra ou serviço.”