

REMUNERAÇÃO DO SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA NO BRASIL: TAXA OU TARIFA?

Luiz Miguel Neto

RESUMO

A remuneração do serviço público de abastecimento de água no Brasil sofreu divergências ao longo do tempo, em decorrência das distintas formas de contraprestação, sendo essas: a taxa e a tarifa. A tarifa apresenta características marcantes como maleabilidade e facultatividade pertinentes ao regime tarifário. Em contrapartida, a taxa, como espécie de tributo, caracteriza-se pela solidez e compulsoriedade. Por essa razão, torna-se salutar a análise do tema, uma vez que as diferenças pertinentes às formas de contraprestação encontram-se, ainda hoje, acaloradas na doutrina. Dessa maneira, este trabalho, por meio da pesquisa teórico-bibliográfica, visa encontrar a forma de remuneração do Estado pela prestação do serviço público de abastecimento de água. Outrossim, aponta-se distinções entre os regimes jurídicos da taxa e dos preços públicos. O capítulo 2 busca apresentar a figura do serviço público no atual direito brasileiro. O capítulo 3 aprecia a evolução do tratamento da água nas constituições brasileiras, com o objetivo de demonstrar a importância da água no atual cenário brasileiro. Por fim, o último capítulo adentra na polêmica discussão acerca da remuneração do serviço de água, apresentando conceitos de taxa e tarifa, posicionamentos doutrinário e jurisprudencial sobre a temática. Desta forma, conclui-se o presente artigo pela forma de remuneração do serviço de abastecimento de água no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Serviço público. Abastecimento de Água. Remuneração. Taxa. Tarifa.

ABSTRACT

The remuneration of the water supply public service in Brazil has suffered differences over time, due the different forms of charging by fees or rates. The rate is malleable and optional. The fees, as a kind of tribute, is characterized by solidity and compulsory. For this reason, the analysis of the theme is relevant considering the different forms of remuneration, still heated in doctrine. Thus, this paper, by theoretical-bibliographical research, aims to find the form of state compensation for providing the public service of water supply. Furthermore, it points to distinctions between the legal systems of the rate and public prices. The chapter 2 aims to analysis the public service in the current Brazilian law. The chapter 3 appreciates the evolution of water treatment in Brazilian Constitutions, to demonstrate the importance of water in Brazilian scene. Finally, the last chapter discuss the remuneration of the water public service, with fees and charges, doctrinal and jurisprudential positions on the subject. Thus, we conclude this article by way of remuneration of the water supply service in Brazil.

KEYWORDS: Public Service. Water supply. Remuneration. Fees. Rates.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	06
2. SERVIÇOS PÚBLICOS	07
2.1. Conceito de serviço público	07
2.2. Classificação dos serviços públicos	09
2.3. Competência do serviço público	11
3. SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA	14
3.1. Evolução histórica do tratamento jurídico da água nas constituições brasileiras	14
3.2. Abordagem constitucional atual sobre água	16
3.3. Execução do serviço de distribuição de água.....	18
4. REMUNERAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA	21
4.1. Remuneração	21
4.2. Posicionamento da doutrina acerca da discussão sobre taxa e tarifa no serviço público	24
4.3. Remuneração do serviço de abastecimento de água na jurisprudência	27
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	30
REFERÊNCIAS.....	32

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende abordar a discussão sobre a forma de remuneração do serviço de abastecimento de água no Brasil. Refere-se à tema de longa data, mas que ainda resulta debates acalorados tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a respeito da remuneração do serviço de água ser implementada como taxa ou tarifa.

Na elaboração desta pesquisa foi utilizado o método dedutivo e pesquisas do tipo teórico-bibliográfica. A revisão literária em livros e artigos teve por objetivo assimilar o que é o serviço público e as formas de remuneração do serviço de abastecimento de água.

Esta pesquisa torna-se expressiva, pois a forma de remuneração do serviço de água pode refletir ofensa as garantias constitucionais dos cidadãos em face do poder de tributação do Estado.

Dessa forma, capítulo 2 deste artigo atingirá a questão do serviço público no atual direito brasileiro, apresentando seu conceito, sua classificação e competência postos na doutrina do Direito Administrativo.

O capítulo 3 ficará atribuído à análise do serviço de abastecimento de água, observando a evolução histórica da água nas constituições anteriores, a atual normatização da água na Constituição Federal de 1988 e a forma de execução do serviço de abastecimento de água.

. O tópico 4 busca discutir sobre as taxas e tarifas como espécies remuneratórias, analisando o regime jurídico de cada espécie, bem como os elementos de diferenciação por meio de diferentes correntes doutrinárias e posicionamentos conflitantes da jurisprudência.

E, em conclusão, espera-se cooperar com o término da discussão em face da forma de remuneração do serviço de abastecimento de água no Brasil, aplicando o entendimento que melhor se corresponde à solução da problemática.

2 SERVIÇO PÚBLICO

É necessário observar o conceito de serviço público, bem como sua classificação e competência para compreender o fenômeno da discussão em face da forma de remuneração do serviço de distribuição domiciliar de água no Brasil.

2.1 Conceito de serviço público

Muito se discute sobre o conceito de serviço público, principalmente pela intensa modificação que o mesmo sofreu ao longo do tempo, conforme apontado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1999), há discussões acerca da abrangência do conceito de serviço público que pode ser amplo contemplando todas as atividades do Estado tais como a legislação e a atividade judiciária, ou pode ser restrito que concebe ao conceito de serviço público aquelas atividades fornecidas ao cidadão pela Administração Pública. Também se discute os substratos da definição do conceito, são eles o elemento orgânico, o material e o formal. Inicialmente estes substratos eram tratados da seguinte maneira:

1. O **subjutivo**, que considera a **pessoa jurídica** prestadora da atividade: o serviço público seria aquele prestado pelo Estado;
2. O **material**, que considera a **atividade** exercida: o serviço público seria a atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas;
3. o **formal**, que considera o **regime jurídico**: o serviço público seria aquele exercido sob regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum. (DI PIETRO, 1999, p. 96). (Grifo do autor).

Consta salientar que o conceito de serviço público foi objeto de grande embate, no qual foi questionado a sua extensão, ocorrendo a “crise na noção de serviço público”, segundo Di Pietro (1999), esta crise teve início a partir do momento em o Estado passou a desenvolver atividades reservadas, até então, ao setor privado, tais como serviços econômicos e industriais incluindo regime diverso do público, alterando o elemento formal. Outro substrato afetado foi o subjutivo, visto que o Estado passou a delegar a execução de seus serviços a particulares. Desta forma, devido a alteração de dois elementos do conceito de serviço público é que foi apontado a crise em tal conceito. Atualmente, esses elementos ainda são utilizados por parte da doutrina, mas agora insertos algumas variações (DI PIETRO, 1999).

Desta forma, o aspecto ou substrato subjetivo ou orgânico é relativo ao detentor da titularidade do serviço público, segundo Gasparini “o serviço público é um complexo de órgãos, agentes e recursos da Administração Pública. Equivalente, pois, a um organismo ou parte do aparelho estatal” (GASPARINI, 2009, p. 295). Também constatado por Di Pietro (1999) a qual toma o serviço público como incumbência do Estado, faz-se uma vinculação do serviço público ao complexo orgânico que presta o dito serviço de forma direta ou indireta. Para tal aspecto, o simples fato de a Administração Pública possuir a titularidade da execução de atividades caracteriza-se serviço público.

Outro aspecto é o formal, segundo o qual o serviço público é desenvolvido, de forma direta ou indireta, estando submisso a um regime jurídico de Direito Público (GASPARIN, 2009), nesta perspectiva o que difere a conceituação do serviço público é ele estar ou não vinculado às diretrizes próprias deste regime, em que por se tratar de atividades que findam em interesses gerais da coletividade, é necessário uma subordinação ao conjunto de normas públicas. Di Pietro (1999) ressalta que atividades comerciais ou industriais praticadas pelo Estado possuem regime híbrido, isto é, são uma mescla de Direito Público e Direito Privado.

O terceiro critério é o aspecto material do serviço público, que é a busca em atender ao interesse público, tendo, a Administração Pública, desta forma, o dever de promover a satisfação das necessidades de interesse geral (GASPARINI, 2009). Sendo assim, é serviço público todo aquele destinado satisfação de uma necessidade essencial para coletividade, tendo como fim o atendimento desta atividade, sendo plausível, para Di Pietro (1999), que tal serviço pode muito bem funcionar com prejuízo econômico, invertendo a lógica da concessão, em que o particular busca a prestação do dito serviço público para a obtenção de lucro, vantagem econômica.

Celso Antônio Bandeira de Melo toma por certo os substratos formal e o material em sua definição de serviço público:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada a satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público- portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais-, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. (MELO, 2009, p. 665)

Gasparini (2009) define o serviço público embarcando todas os aspectos supracitados, no qual aponta que a prestação de utilidades aos administrados é dever da Administração Pública, de forma direta ou indireta, em que se deverá adotar o regime jurídico de direito público, visando sempre a satisfação de interesses próprios previstos no ordenamento jurídico.

Neste sentido Hely Lopes Meirelles afirma que:

Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado (MEIRELLES, 2003, p. 319)

Complementando o tema, Justen Filho (2009) delimita o serviço público à correspondente atividade administrativa, isto é, não estão inclusos prestações típicas do legislativo e do judiciário, ponderando que há fruição de serviço individual, bem como de interesses transindividuais, citando, por exemplo, que o serviço de varrer a rua não é fruível individualmente. Leciona que as necessidades gerais a serem atendidas podem ser tanto materiais, no caso de fornecimento de cestas básicas quanto imateriais exemplificadas pelas assistências psicológicas.

Importante salientar, que decorrente do conceito embasado no substrato subjetivo, ainda que o serviço público seja próprio do Estado, é permitido que sua execução possa ser realizada tanto pela Administração Pública quanto por concessionário ou permissionários, ditos delegados. Conforme estabelece o artigo 175 da Constituição Federal de 1988, o serviço público fica a cargo do Poder público que o poderá fazê-lo direta ou indiretamente.

2.2 Classificação dos serviços públicos

É necessário estabelecer algumas classificações dos serviços públicos que podem influenciar ou mesmo justificar a sua forma de remuneração para alguns doutrinadores. Para Irene Patrícia Nohara (2011), os serviços públicos podem ser classificados quanto à delegabilidade, ao objeto, à determinação de usuários e à essencialidade.

Referente à delegabilidade, entende-se que os serviços públicos podem ser tantos próprio quanto impróprio, sendo assim, segundo Meirelles (2011), este se

trata de serviço cuja fruição não interferem nas necessidades da comunidade, pode ser delegado e ainda ser cobrado remuneração. Já os serviços públicos próprios são aqueles que estão correlacionadas ao Estado, que atendem as necessidades vitais de uma sociedade e por consequência a Administração Pública os presta de forma gratuita ou ainda por uma baixa remuneração.

Quanto ao seu objeto, há os serviços públicos sociais, econômicos ou ainda administrativos, nas palavras de Carvalho Filho (2011), aqueles perfazem atividades sociais básicas de grande relevância para a sociedade em que são inseridos, garantindo direitos sociais como os elencados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Os serviços públicos econômicos ou industriais são aqueles que resultam, ou podem resultar, na aferição de lucro, sendo que a forma de execução dos mesmos possuem aspectos empresariais (CARVALHO FILHO, 2011). Em tais atividades estão presentes, além da aferição do lucro, elementos comerciais e industriais em que o Estado executa direta ou indiretamente (DI PIETRO, 1999). Os serviços internos voltados para efetivar ou preparar outros serviços públicos são denominados de serviços administrativos (MEIRELLES, 2011).

Quanto à determinação do usuário os serviços são distinguidos pelos serviços gerais e serviços individuais. Estes, também conhecidos como *uti singuli*, conforme Nohara (2011), são prestados de forma individual, isto é, pela forma que é executado seja possível identificar ou mesmo tornar-se identificável o receptor do serviço público. Para Di Pietro “serviços *uti singuli* são aqueles que têm por finalidade a satisfação **individual e direta** das necessidades dos cidadãos” (DI PIETRO, 1999, p. 104). (Grifo do autor).

Por outro lado, os serviços gerais ou *uti universi* são serviços que se destinam a coletividade em geral, não se destinando um indivíduo específico, é gozado por toda coletividade, conforme aponta Carvalho Filho:

São aqueles prestados a grupamentos indeterminados de indivíduos, de acordo com as opções e prioridades da Administração, e em conformidade

com os recursos de que disponha. São exemplos os serviços de pavimentação de ruas, de iluminação pública, de implantação do serviço de abastecimento de água, de prevenção de doenças e outros do gênero. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 300)

Quanto à essencialidade Nohara (2011) defende que há serviços públicos propriamente ditos que se configuram por sua essencialidade presente na autonomia do Estado, o que torna defeso a delegação, a Lei 7.783/1989 (Lei de Greve) elenca alguns serviços como essenciais o “Art. 10 **São considerados serviços ou atividades essenciais: I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;**” (BRASIL, 1989). (Grifou-se).

A autora supra qualifica como de utilidade pública serviços convenientes aos cidadãos que agregam ao bem estar, tais como transporte coletivo e energia elétrica, havendo a possibilidade de delegação destes serviços.

2.3 Competência do serviço público

Inicialmente consta mencionar que a Constituição Federal de 1988 assume o federalismo como forma de Estado, conforme artigos 1º e 18º, pelos quais determina que a organização da República Federativa do Brasil compreende entes federativos autônomos, neste sentido aponta José Afonso da Silva:

Quando se fala em federalismo, em Direito Constitucional, quer-se referir a uma *forma de Estado*, denominada *federação* ou *Estado federal*, caracterizada pela união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional, autonomia federativa (SILVA, 2010 p. 99). (Grifo do autor).

Em função disso, os serviços públicos são distribuídos aos entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio de uma divisão de competências enumeradas e comuns aos mesmos, “tendo-se em vista sempre os interesses próprios de cada esfera administrativa, a natureza e extensão dos serviços, bem como a capacidade para executá-los vantajosamente” (MEIRELLES, 2011, p. 375).

Guilherme Peña de Moraes (2010) classifica a repartição de competências em plano horizontal e plano vertical, em que aquela se refere às atribuições destinadas a cada entidade federativa, de forma privativa, das quais podem ser repassadas a

outro ente e ainda de forma exclusiva, que são indelegáveis. Já no plano vertical, a competência se dá de formas comum e concorrente entre os entes, não havendo exclusão de atuação nas competências comuns, e possibilitando atividade de complementação nas competências concorrentes. Neste diapasão encontra-se as lições de Meirelles:

A Constituição de 1988 manteve a mesma linha básica de repartição de competências advinda das Constituições anteriores: poderes reservados ou enumerados à União (arts. 21 e 22), poderes remanescentes para os Estados (art. 25, §1º) e poderes indicativos para o Município (art. 30). (MEIRELLES, 2011, p. 375).

No mesmo sentido, para Carvalho Filho (2011), são reservados à União enumerados serviços privativos, tais como o de prestar, ele próprio ou quem faça as vezes, o serviço de transporte rodoviário interestadual, portos marítimos ou serviços de radiodifusão entre outros (artigo 21, XII, CF); aos Estados incumbe prestar, direta ou indiretamente, a distribuição de gás canalizado (artigo 25, §2º, CF), tendo este ente a competência para os serviços residuais, isto é, lhe são devidos todos os serviços que não os forem defesos pela Constituição, conforme prevê o artigo 25, caput, da carta de 1988, cumpre ressaltar que cabe aos Estados instituir regiões metropolitanas para integrar a organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum (MORAES, 2010); Já em relação aos Municípios, estes possuem competência para prestar, de forma direta ou indireta, serviços públicos de interesse local (art. 30, V, CF). Percebe-se que há uma predominância de interesses para se determinar a titularidade do serviço público, em que se atribui à União serviços destinados ao atendimento de interesses gerais, sendo aos Estados os serviços públicos de interesse regional e aos Municípios os de interesse local, conforme aponta José Afonso da Silva:

O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado federal é o da *predominância do interesse*, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de *predominante interesse geral, nacional*, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de *predominante interesse regional*, e aos Municípios concernem os *assuntos de interesse local* [...]. (SILVA, 2010, p. 478). (Grifo do autor).

Cumpre esclarecer que, conforme abordado por Meirelles (2011), o critério do interesse local é relativo, sendo que o interesse do Município é, via reflexa, a mesma

do Estado e da União, entretanto, quando esse interesse se destaca em relação ao regional do Estado é de competência do Município, mas quando se percebe o inverso se trata de competência daquele cujo interesse predomina, desta forma é necessário uma análise de casos concretos para se afirmar o interesse e a titularidade dos serviços quando não elencados na Constituição.

Desta forma há um conflito da titularidade do serviço público entre os Estados e Municípios, conforme observa José Afonso da Silva, “acontece que, no Estado moderno, se torna cada vez mais problemático discernir o que é interesse geral ou nacional, do que seja interesse regional ou local” (SILVA, 2010, p. 478). A Constituição vigente adota a predominância do interesse local como critério para definir quais são os serviços dos Municípios, mas de maneira igual determina que cabe aos Estados a execução de serviços de interesse em comum. Tal discussão ganha proporção quando elencada junto às grandes regiões metropolitanas, em que os serviços de caráter local, tornam-se inviáveis a execução pelos municípios de forma prejudicial aos cidadãos daquela localidade e aos demais situados nos Municípios ao seu redor, devendo ser remetido a competência ao Estado por se tratar de serviços de interesses regionais (BARROSO, 2007). Tal entendimento, por exemplo, encontra-se presente na atual Constituição do Estado de Minas Gerais:

Art. 43 – Considera-se função pública de interesse comum a atividade ou o serviço cuja realização por parte de um Município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto nos outros Municípios integrantes da região metropolitana.

§ 1º – A gestão de função pública de interesse comum será unificada.

§ 2º – As especificações das funções públicas de interesse comum serão definidas na lei complementar que instituir região metropolitana, aglomeração urbana e microrregião. (MINAS GERAIS, 1989).

Pela análise de distribuição de competências pode-se considerar que o serviço de abastecimento residencial de água é, via de regra, de competência dos Municípios, onde se enquadram nos serviços de interesse local (art. 30, V, CF), mas quando evidenciado há uma possibilidade de alteração da predominância do interesse para regional, os Estados poderão habilitar-se na titularidade de tais serviços em face do interesse comum (art. 25, §3º, CF).

3 SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA

No presente capítulo será observado a evolução do interesse das Constituições brasileiras sobre a água. O posicionamento sobre algumas nuances que a atual Constituição versou sobre a água e ainda sobre a forma de execução do serviço de abastecimento de água.

3.1 Evolução histórica do tratamento jurídico da água nas constituições brasileiras

Para melhor compreensão do tema necessário se faz analisar a evolução histórica sobre a normatização das águas nas constituições passadas.

Inicialmente a Constituição do império de 1824 nada previa, especificamente, em relação às águas, mas apontava que todos os rios pertenciam a coroa (GRANZIERA, 2003), enfatizando que o particular gozava da plenitude de sua propriedade, através do artigo 172 em seu inciso XXII, sendo inclusas as águas desta forma ao patrimônio do particular, podendo ser este indenizado se o poder público exigisse seu uso.

Foi prevista na Constituição republicana de 1891, em seu artigo 13, que a navegação interior seria legislado pela União e pelos Estados mediante regulação de lei federal, fez menção, no artigo 34, parágrafo 6º, ainda referente à legislação privativa do Congresso Nacional sobre a “navegação dos rios que obre a navegação dos rios que banhem mais de um Estado, ou se estendam a territórios estrangeiro” (BRASIL, 1891).

A Constituição republicana de 1934 versou diversas normas a despeito da água, tratando-a como domínio da União nos casos em que lagos e quaisquer correntes em terrenos de seu domínio, assim como aquelas águas que fizessem divisas de Estados, os rios que servissem de limite com outros países ou ainda aqueles que se estendessem a outros países (BARROS, 2005). As margens de rio e lago navegáveis, desde que não fossem de domínio federal, municipal ou particular,

eram de domínio dos Estados conforme orientação do artigo 21, inciso II da dita constituição.

Esta constituição previu que a União possuía competência privativa, em seu artigo 5º, inciso XIX, para legislar sobre a água e ainda sobre o regime dos portos. Já o artigo 119 dispunha que era necessária a prévia autorização ou concessão federal para o aproveitamento industrial das águas, ainda que fosse de propriedade privada, conforme aponta Wellington Pacheco Barros:

Entretanto, ficava claro, ao se observar o art. 119, da citada Constituição, que a maior preocupação relativa à água estava no fato de ser ela fonte de energia elétrica¹²⁴, estabelecendo que o aproveitamento industrial das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, dependiam de autorização ou concessão federal. Ainda, estabeleceu no art. 118 que “as minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d’água, constituíam propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial”. (BARROS, 2005, p. 46)

Ainda na Constituição de 1934 já havia a preocupação com os efeitos da seca, em seu artigo 5º inciso XV, foi estabelecido que a União detinha competência privativa para “organizar a defesa permanente contra os efeitos da seca nos Estados do Norte” (BRASIL, 1934).

Conforme o poder constituinte estabelece no artigo 177, como forma de defesa em relação aos efeitos da seca nos Estados do Norte, caberia a União seguir um plano sistemático e permanente, por meio de obras e serviços de assistência, para tanto seriam despendidos, no mínimo, 4% da receita tributária, o parágrafo 3º do mesmo dispositivo incumbia os “Estados e Municípios compreendidos na área assolada pelas secas empregarão quatro por cento da sua receita tributária, sem aplicação especial, na assistência econômica à população respectiva” (BRASIL, 1934).

Conforme aponta Barros (2005), a Constituição republicana de 1937 não alterou o domínio sobre as águas previstas na constituição anterior, porém em seu artigo 17 fez a previsão de que os Estados pudessem legislar sobre as matérias da União, possibilitando a regulamentação ou supressão de eventuais lacunas quando se trata-se de interesse de mais de um Estado.

A constituição de 1946, manteve como bens da União e dos Estados os mesmos critérios da constituição anterior, mas, conforme aponta Cid Tomanik Pompeu (2006), retirou os municípios da categoria de detentores do domínio das

águas, fato que alterou substancialmente o domínio hídrico a época. Esta constituição manteve, conforme artigo 5º, XIII, as normas de defesa contra a seca que seriam de competência da União. Observado o artigo 198 que destinava um percentual, no mínimo, de 3% da renda tributária vinculado a execuções de obras de assistência econômica e social, em combate aos efeitos da seca no Nordeste (BRASIL, 1946).

A União e os Estados mantiveram seus domínios sobre a água na constituição de 1967, mas esta constituição promoveu um intenso avanço em relação às dificuldades que o excesso ou a falta de água provocavam a população, determinando medidas de contra essas calamidades, conforme aponta Granziera:

Ao tratar da defesa contra os efeitos nocivos das águas, nota-se um avanço nessa Carta que fixou, como competência da União, em seu art. 8º, XIII, “organizar a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente a seca e as inundações” e, no inciso XIV do mesmo dispositivo, “estabelecer e executar planos regionais de desenvolvimento”. (GRANZIERA, 2003: p. 87)

Conforme avançam as constituições percebe-se o aumento do interesse do poder constituinte em relação aos recursos hídricos, quer seja pelo domínio da água por cada ente político, quer seja pelo uso dos recursos pela indústria, ou ainda pelas políticas públicas em frente a ações nocivas sobre as águas.

3.2 Abordagem constitucional atual sobre água

Inicialmente, consta mencionar que houve grande evolução referente ao interesse do constituinte em face das águas no Brasil, seja por seu domínio ou ainda sua utilização. Ademais o serviço de distribuição domiciliar de água no direito brasileiro é um dos elementos do saneamento básico, e este por sua vez está inserido em sistema geral constitucional de águas, fato que justifica a análise acerca do tema neste item, conforme aponta Luis Roberto Barroso:

A água, tendo em vista suas múltiplas utilizações no mundo moderno, mereceu numerosas referências constitucionais, diretas ou indiretas. Basta lembrar que, além de funcionar como elemento primário de saneamento, ela é indispensável para o consumo por homens e animais e elemento vital como insumo industrial ou agrícola (e.g.: resfriamento de caldeiras e irrigação) ou ainda matéria prima de outros bens (e.g.: produção de metano). Constitui meio de transporte limpo, barato e eficiente¹¹, e pode apresentar-se como importante fonte de energia, como já assinalado.

Ademais, sua preservação e conservação são hoje, compreensivelmente, alguns dos temas mais debatidos no mundo. (BARROSO, 2007, p. 03)

Conforme analisado no tópico anterior, e ainda presente na constituição em vigor o domínio das águas foi distribuído aos Estados e à União, a estes foram destinados, respectivamente, pela previsão do artigos 26, I e 20, III e VI, ambos da Constituição Federal de 1988:

Artigo 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;

Artigo 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;

[...]

VI – o mar territorial; (BRASIL, 1988)

As águas referentes aos artigos acima são de natureza distinta das previstas no artigo 176 da carta, as quais são tidas como potenciais de energia hidráulica, que são utilizadas para impulsionar os geradores das hidrelétricas, e são de propriedade privativa da União (BARROSO, 2007).

Compete privativamente à União legislar sobre águas (artigo 22, IV da CF/88), porém, esta norma estabelecida pelo poder concedente gera algumas discussões na doutrina, sob o argumento no qual o fato de que a constituição permitir que os demais entes federativos legislem sobre normas do meio ambientes (artigo 24, VI da CF/88), observando que a água está inclusa nesta espécie (BARROS, 2005).

Compete ainda à União, conforme artigo 21, XIX, da Constituição Federal de 1988, “instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso” (BRASIL, 1988), cuja finalidade é concentração das decisões acerca dos recursos hídricos e ainda o controle do uso da água por meio da outorga, estabelecer as diretrizes do desenvolvimento do saneamento básico (artigo 21, XX da CF/88), proteção ambiental e controle da poluição (artigo 24, VI da CF/88).

Paulo Affonso Leme Machado (2002) defende que os Estados possuem capacidade para legislar sobre normas de proteção ao meio ambiente, bem como de controle da poluição, desde que seja de forma suplementar à lei federal.

O autor supracitado defende que os Municípios detêm autonomia para legislar sobre normas de interesse local, para tanto, aponta que tais normas possuem caráter restrito e que além do interesse local, devidamente comprovado, a referida norma deve ser de caráter complementar, respeitando normas de emissão federal e estadual (MACHADO, 2002).

Desta forma, a União é detentora de grande função legislativa acerca das águas, sendo ela a competente privativa para legislar sobre a outorga das águas, sobre as diretrizes do saneamento básico e ainda, juntamente com os demais entes, estabelecer normas em relação ao meio ambiente e em face do controle de poluição. Passado a discussão do certame legislativo cumpre salientar a questão da competência material ou executiva da distribuição domiciliar de água no Brasil.

3.3 Execução do serviço de distribuição de água

Inicialmente consta mencionar que o serviço de abastecimento de água é uma das faces do saneamento básico, que, conforme supra mencionado, possui suas diretrizes nacionais instituídas em decorrência da inteligência do artigo 21, XX da Constituição Federal de 1988, desta forma, tais diretrizes estão previstas no ordenamento jurídico pela lei federal nº 11.445/07:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de:

a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição; [...] (BRASIL, 2007). (Grifou-se).

Importante observar que, para Marques Neto (2015), o serviço público não é apenas um privilégio dos entes federados, o mesmo é uma incumbência da qual o Estado pode utilizar-se de outras formas de execução para garantir a eficiência de sua prestação, conforme esclarece:

Contudo, há outra maneira de se entender a titularidade estatal: não como um direito especial de exclusão, mas como uma obrigação, um dever imposto pela ordem jurídica no sentido de oferecer ou desenvolver, direta ou indiretamente, uma atividade de interesse comum. A titularidade prevista na Constituição ou na lei sobre uma atividade para um ente estatal seria o correspondente à atribuição de uma competência que acarreta um dever de

atuar, associado aos poderes (prerrogativas) necessários ao exercício daquela atividade titularizada (MARQUES NETO, 2015, p. 126).

Tal serviço pode ser executado, analisando a previsão constitucional das normas contidas no artigo 175 da Constituição Federal de 1988, pela prestação do serviço público pelo próprio ente ou por terceiros, direta ou indiretamente, é de forma direta quando o responsável presta-o por seus próprios meios, pessoalmente, em contrapartida, a prestação indireta é realizada por terceiro (MEIRELLES, 2011).

A forma de prestação do serviço público pode ser centralizado, desconcentrado e descentralizado. É centralizado quando o próprio ente federado presta o serviço, por meio de seus “Ministérios, Secretarias Estaduais e Municipais, Coordenadorias, Delegacias, fazem por parte do elenco de órgãos públicos aos quais é conferida competência para as atividades estatais” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 316). É de forma desconcentrada quando o titular do serviço o presta por meio de uma repartição de funções, sem a necessidade de se constituir nova personalidade (NOHARA, 2011). Já na forma descentralizada é necessário outra personalidade para sua confecção, isto porque a prestação do serviço é delegada a terceiro, sendo da administração indireta ou particular, conforme descreve Dirley da Cunha Junior:

A prestação dos serviços públicos de forma descentralizada (ou indireta) é aquela que a Administração Pública realiza através de suas entidades da Administração Indireta (autarquias, fundações públicas ou privadas, empresas públicas e sociedades de economia mista) ou das empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas. (CUNHA JUNIOR, 2007, p. 177)

Neste contexto, a descentralização realiza-se de duas maneiras, a primeira é referente a outorga, em que para Meirelles (2011) o Estado transfere dado serviço público por meio da lei, que se o faz com a intenção de definitividade e que qualquer modificação nesta transferência deve ser realizada pelo mesmo instrumento, inclusive a revogação. Já na delegação, segundo o mencionado autor, o que se transfere é a, de forma temporária, execução da prestação pelo setor privado, o que se fará por meio de contrato mediante licitação, conforme artigo 175 da constituição. Contudo, Carvalho Filho (2011) possui um posicionamento divergente, no qual informa que o em nenhuma das possibilidades acima é transferida a titularidade, mas sim a execução da prestação de serviço e informa ainda que a distinção é

oriunda tão somente pelo instrumento de transferência, para ele, em ambos os casos ocorre a delegação, em que a legal (outorga) é dada por meio de lei, e a delegação negocial (delegação) é obtida por meio de contrato, Marque Neto acentua que a delegação:

Trata-se de um instituto jurídico por meio do qual uma parte (concedente) outorga a outra (concessionária) um plexo de direitos e obrigações atinentes à exploração de uma utilidade pelo outorgado, mas para atendimento de uma necessidade, uma obrigação ou um interesse cuja tutela seja de responsabilidade do outorgante (MARQUES NETO, 2015, p. 115).

Marques Neto (2015) acentua que as concessões se justificam principalmente por dois objetivos, o primeiro deles é em relação a necessidade do Poder Público em atrair investimentos privados para custear a infraestrutura de um serviço público e o outro é em relação a busca pela otimização da prestação pelo setor privado, ressaltando-se que esta motivação pode não se concretizar, mas, ainda assim afirma que o controle dos concessionários sejam mais brandos do que a dos agentes públicos. Somando-se os objetivos em análise é possível, segundo o dito autor, o fornecimento de qualidade de serviços públicos, dos quais sejam contínuos e atinjam uma ampla acessibilidade de seus usuários.

Por todo o exposto pode-se concluir que o serviço de abastecimento de água é uma atividade de saneamento básico, que pode ser realizada tanto pelo Município quanto pelo Estado, devendo-se analisar o critério da predominância dos interesses de cada caso concreto, analisando, ainda, que sua atividade pode ser prestada por seus próprios meios ou ainda por terceiros, restando adentrar a forma de remuneração de tal serviço.

4 REMUNERAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA

No presente capítulo será abordado a remuneração do serviço de abastecimento de água, apontando as duas formas de remuneração que podem ser exigidas do usuário, será abordada ainda os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema.

4.1 Remuneração

Carvalho Filho (2011) sustenta que a noção de remuneração de serviços é uma contraprestação de um sujeito em relação a uma utilidade fornecida, acrescenta ainda que, esta utilidade pode ser prestada sem a contraprestação quando se tratar de serviços públicos de cunho social, tais como serviços médicos ou de educação.

Conforme afirma Schwind (2010) há muitas formas de se cobrar os serviços públicos, entretanto, apenas as taxa e tarifa podem ser exigidas diretamente dos usuários, nesta linha aponta Pereira:

A remuneração do serviço pode ingressar na relação jurídica da prestação do serviço público por uma de duas vias. Ou é parte dos deveres do usuário no âmbito de uma determinada relação jurídica de prestação de serviço, ou integra uma relação jurídica de natureza tributária, coordenada com a relação de prestação de serviço público. As duas situações correspondem, respectivamente, à remuneração do serviço mediante tarifa ou taxa (PEREIRA, 2008, pag. 03)

A taxa está prevista no artigo 145, inciso II, na Constituição Federal de 1988:

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. (BRASIL, 1988) (Grifou-se).

E ainda há previsão no Código Tributário Nacional nos artigos:

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou **a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.**

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas.

[...]

Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:

I - utilizados pelo contribuinte:

a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;

b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade, ou de necessidades públicas;

III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários (BRASIL, 1966). (Grifou-se).

Cumprido esclarecer que as taxas correspondem à taxa de serviço ou de polícia, esta última versa sobre a atuação direta do Estado na disciplina ou regulação de direito do cidadão, não se confundindo com a primeira que surge como a forma de receita para o Estado vinculada a prestação de serviço específico ou sua colocação a disposição do usuário individualizado (AMARO, 2014). A taxa de serviço é devida pela efetiva fruição do mesmo pelo usuário ou ainda pela simples disponibilização do serviço a este nos casos em que se tratar de serviço compulsório, desta forma, Carrazza (2003) afirma que existem as taxas de serviço fruído e de serviço fruível, sendo esta devida quando há norma que obriga a utilização de determinado serviço. Aliomar Baleeiro salienta que o ato compulsório é o pagamento:

O serviço é *efetivo*, quando ministrado ao contribuinte a qualquer título, isto é, porque lhe interesse ou porque deva sujeitar-se a ele por sua atividade em relação a terceiros.

É *potencial*, quando compulsório, funcione efetivamente à disposição do contribuinte. **Compulsório o pagamento, não o uso.**

É *específico*, quando possa ser separado em unidades autônomas de intervenção da autoridade, ou de necessidade pública, que o justificou: p. ex., a existência do corpo de bombeiro para o risco potencial de fogo.

É *divisível* quando possa funcionar em condições tais que se apure a utilização individual pelo usuário: a expedição de certidões, a concessão de porte de armas, aferição dos pesos e medidas etc (BALEEIRO, 2003, p. 565). (Grifou-se).

Taxa é uma espécie de tributo e sendo assim está adstrita ao regime tributário o que lhe impõe algumas limitações, dentre as quais pode-se citar, segundo Hugo de Brito Machado (2013), o princípio da legalidade em que somente pode-se cobrar a determinada taxa ou aumentá-la mediante lei, ou ainda o da anterioridade que consiste em um prazo mínimo, seja pela anterioridade ao exercício financeiro e pela anterioridade nonagesimal, da qual deve-se respeitar a vacância de 90 dias da publicação da norma para a instituição ou majoração do dito tributo ao usuário. Diógenes Gasparini se posiciona de igual maneira “a taxa deve ser estabelecida por lei, já que é espécie de tributo, e obedecer ao princípio da *anualidade*, ou seja, ser instituída e estar vigente em um ano, para ser exigida no ano seguinte.” (GASPARINI, 2009, p. 306). (Grifo do autor).

Enquanto a taxa se faz presente pelo critério da obrigatoriedade, a tarifa, de forma oposta, constitui-se de maneira facultativa, sendo um vínculo avençado pelo prestador e usuário (GASPARINI, 2009). A tarifa encontra respaldo na política tarifária prevista na Constituição Federal de 1988 em seu artigo:

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 (BRASIL, 1988). (Grifou-se).

Schwind (2010) afirma que a tarifa está inserida na Constituição Federal na norma que permite, por meio de lei, a delegação dos serviços públicos e a instituição da política tarifária. Comenta ainda que há a lei 8.987/95 que, criada para regulamentar o artigo 175 da Constituição Federal de 1988, discorre sobre a política tarifária presente nas concessões em seu capítulo IV.

No que diz respeito ao serviço de abastecimento de água, segundo Carvalho Filho (2011), em referência à atual Lei 11.445/07, que dispõe sobre as diretrizes do

saneamento básico nacional, na qual em seu artigo 29, inciso I, informa que a lei estabelece que a remuneração para tal serviço deve ser, preferencialmente, por meio de tarifa. Entretanto, conforme será demonstrado no próximo tópico, há divergências doutrinárias acerca de tal posicionamento.

Resta informar que a constituição e modificação da tarifa se difere do regime da taxa, não há a necessidade de se utilizar a forma da lei, o regime tarifário é mais flexível, permite a alteração sem a necessidade de aguardar decurso de tempo ou mesmo da lei (SCHWIND, 2010). Posiciona-se de forma semelhante Jacintho Arruda Câmara:

As tarifas, por sua vez, podem ser criadas e alteradas por atos administrativos, que, por óbvio, devem ter base em lei (pois o princípio da legalidade também se faz aplicar no direito administrativo), mas não precisam ser instituídas diretamente por este instrumento (a lei). Também não lhes é aplicável o princípio da anterioridade, podendo as inovações tarifárias operar efeitos imediatamente, isto é, no mesmo exercício financeiro em que forem editadas (CÂMARA, 2009, p. 34).

:

Diante do exposto fica evidente as diferenças entre os regime de taxa e de tarifa, insurgindo na doutrina e na jurisprudência, discussões acerca da forma devida de remuneração de serviço público, em especial o serviço de abastecimento de água.

4.2 Posicionamento da doutrina acerca da discussão sobre taxa e tarifa no serviço público

Conforme observado no tópico anterior, o serviço público de abastecimento de água, obedecendo os preceitos constitucionais, há uma discussão se pode ser remunerado tanto por taxa quanto por tarifa, ocorre que, mediante tamanha diferença dos institutos em análise urge na doutrina um intenso debate acerca do mesmo, dos quais se passará o exame de alguns pensamentos.

Geraldo Ataliba (1999) faz defesa de que somente a taxa é o veículo idôneo para a remuneração dos serviços públicos em geral, para tanto informa que a Constituição Federal de 1988 faz menção expressa de que, em seu artigo 145, inciso II, os serviços públicos devem ser remunerados pelo tributo. Para o dito autor, a presente Constituição não possui o caráter sugestivo, mas sim uma norma superior e imperativa. Acrescenta a ideia de que há uma diferença na qual, o campo do serviço público está presente no artigo 175 da Constituição Federal de 1988,

enquanto o artigo 173 reserva a atuação do Estado no campo privado, devendo esta ser remunerado por preço enquanto aquela deva ser remunerada por taxa. Da mesma forma, para Roque Antônio Carrazza (2003) a remuneração do serviço público deve ser realizada por meio da taxa, acrescenta que o preço deriva de negociação entre partes iguais em um regime facultativo, diferente de uma imposição legal da taxa, sendo, para este autor, inconcebível a criação de preço por imperativo de lei. Confirma o posicionamento de Geraldo Ataliba nos seguintes *verbis*:

Depois, se admitirmos que o legislador de cada pessoa política pode, a seu talante, criar uma taxa ou um preço (para remunerar serviço público prestado ou ato de polícia praticado), indiretamente estaremos aceitando que o art. 145, II, da Carta Suprema encerra simples recomendação (passível, pois, de desacolhimento). (CARRAZZA, 2003, p. 482).

Jacinto Arruda Câmara (2009), por sua vez, admite a utilização de tarifas nos serviços públicos pelo simples fato da Constituição Federal de 1988 inserir as políticas tarifárias no contexto do artigo 175, fato que, para o autor, estabelece a admissibilidade das tarifas nos serviços públicos, inclusive nas concessões. Afirma ainda que o fato de haver dois regimes a serem escolhidos não significa a perda de força normativa da presente Constituição, reforça este posicionamento afirmando que a própria legislação é uma forma de escolha dos entes quando diz que “a da competência legislativa é discricionária” (CÂMARA, 2009, p. 31). Admitindo a tarifa, Câmara (2009) aduz que, para se determinar qual deve ser o regime jurídico adotado, antes se faz necessário condicionar, por meio de lei, se um serviço é suscetível a delegação ou não, sendo delegável o serviço deverá ser adotado o regime tarifário, caso contrário, em que o Estado preste o serviço público, este poderá optar por taxa ou tarifa, contudo, o autor reconhece a compulsoriedade do serviço como forma de exigir-lo por meio do tributo taxa de serviço.

Em contrapartida Hugo de Brito Machado (2013) assevera que a principal distinção do uso da taxa ou da tarifa é a compulsoriedade, em que, se a lei delimitar que o único meio admissível para obtenção da vantagem seja pelo serviço público, este deverá ser remunerado por taxa, caso contrário será devido o preço público. Entretanto, ressalta que a lei deve solucionar casos conflituosos, bem como, aponta, em linhas gerais, que o fato de quem presta a atividade estatal influencia a forma de receita, conforme se segue:

Assim, temos que: (a) se a atividade estatal situa-se no terreno próprio, específico, do Estado, a receita que a ela se liga é a *taxa*; (b) se a atividade estatal situa-se no âmbito privado, a receita a ela vinculada deve ser um *preço*; (c) havendo dúvida, pode a lei definir a receita como *taxa* ou como *preço*. (MACHADO, 2013, p. 445).

Luciano Amaro (2014) pondera que, em diversas divergências acerca de taxa e de tarifa demonstradas na doutrina, há uma delimitação a semântica de cada qualificativo que caracteriza o que é taxável, isto é, conceitos como “essenciais”, ou mesmo “serviços próprios” do Estado, para este autor são mutáveis, e por essa razão são incapazes de perpetuar no tempo. Para solução do impasse que envolve taxa e tarifa, Amaro (2014) expõe que há atividades que não se sujeitam à faculdade dos indivíduos em executá-las ou não, desta forma, ou o Estado determina que os indivíduos façam determinada atividade de interesse da coletividade, sob pena de sanções administrativas ou pode ele mesmo, o Estado, executar determinado serviço necessário, remunerando-se, por meio de taxa, quando possível. Desta forma equipara a taxa de serviço à taxa de polícia:

Veja-se que a atuação do Estado, nessas situações, é análoga à que ele desenvolve no exercício do poder de polícia, pois ele age: a) no interesse da coletividade; b) provocado por um fato ou coisa do particular. Se se trata de tarefas que devem ser feitas (no interesse da coletividade, e não apenas no do indivíduo), sua execução não pode ficar na dependência de um contrato com o Estado (para a cobrança de um preço público). Se o Estado executa o serviço, a prestação a ser exigida do indivíduo deve ser instituída por lei (taxa, obrigação ex lege). (AMARO, 2014, p. 67). (Grifo do autor).

O autor supracitado acrescenta que há duas possibilidades do Estado prestar o serviço público, uma delas é de forma obrigatória, quando executa o serviço que deve ser realizado, devendo ser remunerado por meio de taxa, ou de forma facultativa, quando o serviço não se demonstrar prejudicial ao interesse da coletividade, podendo o Estado escolher entre taxa ou preço público nas tarefas em que não haja o dever de agir.

Em posicionamento diverso Rafael Wallbach Schwind (2010), não idealiza a remuneração por taxa os serviços de fruição obrigatória quando estes são delegados aos concessionários. Para ele, a obrigatoriedade se dá por lei, mas após isso não há influência em sua forma de prestação ou remuneração, mesmo sendo o serviço objeto de delegação. Afirma ainda que, o fato do pagamento de tal serviço

ser obrigatório não representa que sua remuneração deva ser em forma de taxa, o autor equipara o fato da lei 8.987/95, quando permite a suspensão de fornecimento do serviço por falta de pagamento de tarifa à exigência do pagamento da tarifa do serviço, sendo este de fruição obrigatória ou não. Entretanto Schwind (2010), assevera que a tarifa pode oferecer mais benefícios aos usuários do que a taxa, e para tanto afirma que “a maleabilidade na fixação da tarifa pode propiciar vantagens relevantes aos usuários” (SCHWIND, 2010, p. 55), e ainda admite o processo de tributação mesmo nos casos de concessão quando exalta:

A alteração do valor das taxas não poderia ocorrer de modo unilateral pelo concessionário e, **caso fosse realizado pelo concedente**, estaria sujeita a procedimentos internos muitas vezes complexos e demorados. (SCHWIND, 2010, p. 55). (Grifou-se).

Diante do exposto, pode-se notar a intensa discussão doutrinária acerca da remuneração do serviço público, sendo possível constatar diversas correntes doutrinárias, com formas distintas entre si, em torno da problemática que envolve o presente artigo. Entretanto, tal discussão já ingressou nas cortes superiores de justiça produzindo jurisprudências e súmulas que envolvem os regimes tarifário e tributário.

4.3 Remuneração do serviço de abastecimento de água na jurisprudência

O embate jurisprudencial acerca da devida remuneração do serviço de abastecimento de água é de longa data, o que se deve a promulgação da Constituição de 1946, que impôs limites ao poder de tributar (CÂMARA, 2009). Pode-se notar algumas variações de posicionamento da jurisprudência ao longo do transcorrer dos anos.

Inicialmente merece destaque o notório julgamento do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário nº 54.194 EDv / PE, no qual o Sr. Ministro Hermes Lima foi o relator, de decisão datada de 25.03.1965. Na decisão em comento, o questionamento era um aumento do valor que, supostamente, não obedecia os preceitos constitucionais vigente a época, sendo o Estado o prestador de serviço de água e esgoto.

Estava em análise a constitucionalidade desses valores, desta forma iniciou-se uma intensa discussão acerca dos critérios de definição de taxa ou de tarifa. O fundamento vencedor foi o de que o critério da obrigatoriedade não era suficiente para a definição da forma de remuneração do serviço de água e esgoto, desta forma, mesmo havendo uma forte jurisprudência determinando que o regime jurídico da contraprestação por tais serviços era a de taxa, decidiram por preço público sob o argumento de que aquele caso se tratava de serviço industrial e ainda de que a obrigatoriedade não estava vinculada ao serviço de coleta de esgoto, mas sim “[...] de uma imposição de ordem sanitária, segundo a qual quem quer construa imóvel urbano há de dotar esse imóvel dos serviços de água e de esgoto” (BRASIL, 1965), os votos vencidos demonstraram o caráter compulsório do serviço característico do tributo e ainda a tradicional aplicação, do Supremo Tribunal Federal, de taxa aos ditos serviços de água e esgoto.

Em ato contínuo, foi estabelecida a Súmula 545 do Supremo Tribunal Federal de 03.12.1969, a qual preceitua que:

Preços de serviços públicos e **taxas** não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, **são compulsórias** e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu. (BRASIL, 1969) (Grifou-se)

Percebe-se que como demonstrado pelos Senhores Ministros Luiz Gallotti e Gonçalves de Oliveira, alguns dos votos vencidos no RE de nº 54.194 EDv / PE, a jurisprudência do Supremo era forte em face à compulsoriedade dos serviços em geral, servindo este julgado como precedente para a composição desta súmula.

Já em 2005 foi publicado um informativo da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça de número 265, em consonância com os precedentes, o Superior Tribunal considera a remuneração devida para a prestação do serviço de água e esgoto, sempre que compulsório, é a taxa, independente se prestado por Ente Político ou delegado, conforme se segue:

A recorrente sustenta que, quando o serviço público é prestado por terceiros, como no caso, sua remuneração se faz por meio de tarifa ou preço público, e não por taxa. Contudo a jurisprudência deste Superior Tribunal considera que o valor exigido como contraprestação pelo serviço de água e esgoto possui natureza jurídica de taxa, submetendo-se, portanto, ao regime jurídico tributário, especialmente no que diz com a observância do princípio da legalidade, sempre que seja de utilização compulsória, independentemente de ser executado diretamente pelo Poder

Público ou por empresa concessionária. Precedentes citados: REsp 530.808-MG, DJ30/9/2004; REsp 453.855-MS, DJ 3/11/2003; REsp 127.960-RS, DJ1º/7/2002, e REsp 167.489-SP, DJ 24/8/1998. (BRASIL, 2005)

Nesse sentido, encontra-se o julgamento do Recurso Especial número 848.287 – RS, datada em 17.08.2006, em que teve o Relator Ministro José Delgado, no qual foi proferido decisão acerca da remuneração do serviço de água e esgoto foi motivada pela compulsoriedade da ligação do imóvel à rede de esgoto, sendo que em suas justificativas salientou que um serviço (coleta de esgoto) deriva do outro (abastecimento de água), ainda explanou em seu voto que este era o posicionamento jurisprudencial daquela Casa de Justiça anexando precedentes de mesma natureza (BRASIL, 2006).

Entretanto, pode-se perceber uma mudança de posicionamento tanto do Superior Tribunal de Justiça em frente ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal por meio dos Embargos de Divergência em Recurso Especial – EREsp 690609/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgamento datado em 26.03.2008.

Nesse julgamento pode-se observar a comutação do posicionamento em relação a natureza da contraprestação do serviço público de abastecimento de água, que no Superior Tribunal possuía entendimentos a favor da espécie tributária, conforme informativo 265 e REsp 848.287/RS supracitados, e que nesse julgado em comento ficou adotado o posicionamento de que tal remuneração deveria se dar por meio de preço público (BRASIL, 2008), percebe-se que a fundamentação dos votos buscaram precedentes referentes à Constituição de 1946, inclusive o, também mencionado neste trabalho, RE 54.194 EDv / PE e de outros que se embasaram em semelhantes justificativas.

Diante do exposto, fica evidente que a discussão maior ao longo dos anos na jurisprudência sobre o serviço de abastecimento de água envolve, predominantemente, o critério da obrigatoriedade e a prestação industrial desse serviço, sendo por fim considerado este último critério e definido, por meio de incontáveis precedentes, a vinculação do preço público ao serviço em comento.

Entretanto, esse não parece ser o melhor entendimento sobre o tema, conforme demonstrado neste trabalho, o critério da obrigatoriedade desse serviço específico é frágil na jurisprudência, e possui críticas por parte da doutrina, todavia, é indispensável para a identificação da taxa, conforme a súmula 545 do Supremo, e

ainda é notório que o serviço de abastecimento de água potável representa uma atividade de saneamento básico, e que possui uma característica essencial para a vida, representa, desta forma, uma atividade de alta prioridade para o Estado que, conforme apresenta Amaro (2014), tem um dever de executar tal prestação para garantir o interesse da coletividade, devendo ser exigida *ex lege*, por consequente contraprestação por meio de taxa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vislumbradas as questões que envolvem a temática, tal como as diferenças que assombram a doutrina e a jurisprudência quanta a natureza jurídica da remuneração do serviço de abastecimento de água, necessário se faz apresentar uma proposta conclusiva para a solução da divergência.

Inicialmente, consta mencionar que parte da discussão que envolve a remuneração dos serviços de água está relacionada a noção do serviço público, em que se discute entre outras prisms a classificação dos serviços e sua competência. Ficando certo que a competência para o serviço em comento se dará pelo ente que detiver a predominância do interesse, no caso, o local, reservado aos Municípios, havendo discussão quando se tratar de interesses regionais dos Estados quando for estabelecidos regiões metropolitanas.

Outro aspecto pertinente é a importância que a água veio adquirindo nas constituições do Brasil, fato que demonstra uma evolução da preocupação do constituinte com esse precioso recurso, utilizado pela indústria, pelos campos e centros urbanos, sendo assim, pode-se perceber um interesse que resultou uma gama de normas constitucionais acerca da água, garantindo à União o maior potencial para legislar sobre o controle de outorga das águas, sobre as diretrizes do saneamento básico ou ainda sobre questões que envolvem o meio ambiente.

Quando a discussão emerge em relação à forma de remuneração do serviço de água é possível notar posicionamentos doutrinários conflitantes sobre a ideal espécie a ser utilizada, sendo que alguns se posicionam pela taxa, outros pela tarifa e há doutrinadores que defendem a escolha do titular. Não há um consenso na doutrina, apesar de que o posicionamento majoritário é em defesa das tarifas. Passando por uma análise na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, foi possível constatar uma divergência, que já se apresentava em 1965, a respeito dos critérios de escolha da espécie tributária e do preço público e ainda, em período recente, que esta divergência se manteve presente nos julgados até recente consolidação do posicionamento em favor das tarifas nos serviços públicos de abastecimento de água.

Entretanto, tal decisão não parece ser a correta, conforme apresentado, o serviço de abastecimento é tido como essencial, uma atividade de saneamento básico, o mínimo a ser oferecido a coletividade. Considerando ainda a importância que a água vem adquirindo nas constituições, seja pelas diretrizes de saneamento básico ou pelas questões ambientais, fica claro que sua utilização não pode ficar a incumbência de contratos, uma vez que quando não prestado na forma devida pode ocasionar transtornos a toda coletividade, tais como doenças em virtude do não tratamento da água, ou ainda pela dificuldade de seu acesso em determinadas regiões.

Desta forma, deve o Estado executar o serviço de abastecimento de água, como forma de resguardar o interesse da coletividade, a lei deve exigir a submissão da prestação aos usuários, e em decorrência se o Estado desejar uma contraprestação, deve exigí-la por meio de taxa, mediante vinculação legal.

E ainda se o serviço de água for delegado, mediante intensa fiscalização, entende-se que as garantias fornecidas pelo regime tributário é direito do cidadão. Isto é, se o Estado, como titular do serviço de abastecimento, quando conveniente ao interesse da coletividade, delegar a execução do serviço, deverá garantir os direitos que os cidadãos detêm em face dos tributos aplicando a espécie tributária taxa.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 5. ed., 8ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARROS, Wellington Pacheco. **A Água na Visão do Direito**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2005

BARROSO, Luis Roberto. **Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11 agosto/setembro/outubro, 2007. Disponível na Internet: < <http://goo.gl/Kjuum5> > Acesso em: 26 fev. 2016.

BRASIL. **Constituição (1824) Constituição Política do Império do Brazil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em <<http://goo.gl/Jp86m8>>. Acesso em 29. Fev. 2016.

_____. **Constituição (1891) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em < <http://goo.gl/lvIPvu> >. Acesso em 29. Fev. 2016.

_____. **Constituição (1934) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1934. Disponível em < <http://goo.gl/LNhEEQ> >. Acesso em 01. Mar. 2016.

_____. **Constituição (1946) Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1946. Disponível em < <http://goo.gl/FNTI0L> >. Acesso em 01. Mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Embargos de divergência no recurso extraordinário nº 54.194/PE – Pernambuco. Relator Ministro Hermes Lima. **Pesquisa de jurisprudência**, Acórdãos, julgado em 25.03.1965. Publicado em 23.06.1965 Disponível em: < <http://goo.gl/RO927a> >. Acesso em 14. Mai. 2016

_____. **Constituição (1967) Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1967. Disponível em < <http://goo.gl/qJKC1e> >. Acesso em 01. Mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 545.** Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu. Datada de 10. Dez. 1969. Disponível em: <<http://goo.gl/ibG7UR>>. Acesso em: 14. Mai. 2016

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: < <http://goo.gl/0xscKP> >. Acesso em: 02.05.16.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** In Vade Mecum acadêmico de direito / organização Anne Joyce Angher. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

_____. **Lei 7.783/89 de 28 de Junho de 1989.** Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: < <http://goo.gl/K5o0tZ> >. Acesso em: 19.04.16

_____. **Lei 8.987/95.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: < <http://goo.gl/PHNon8> >. Acesso em: 13.05.16

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo 265 da Primeira Turma**, período 17 a 21. Out. 2005. Disponível em: < <https://goo.gl/gZhGUJ> >. Acesso em: 15. Mai. 2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial número 848.287/RS – Rio Grande do Sul. Relator Ministro José Delgado. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, julgado em 17. Ago. 2006. Publicado em 14. Nov. 2006. Disponível em: < <https://goo.gl/uvtLT2> >. Acesso em: 15. Mai. 2016.

_____. **Lei 11.445/07.** Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990,

8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: < <http://goo.gl/UfHm9f> >. Acesso em: 19.04.16

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial número 690.609/RS – Rio Grande do Sul. Relatora Ministra Eliana Calmon. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, julgado em 26.03.2008. Publicado em 07. Abr. 2008. Disponível em: < <https://goo.gl/dr1vb3> >. Acesso em: 15. Mai. 2016.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas Concessões**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 11º Ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Recursos Hídricos – Direito Brasileiro e Internacional**. Malheiros Editores: São Paulo, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 37. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. Malheiros Editores. 26ª Ed. 2009. São Paulo.

MINAS GERAIS. **Constituição do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 1989. Disponível em: < <https://goo.gl/zVbMP2> >. Acesso em: 19.04.16.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **A posição dos usuários e a estipulação da remuneração por serviços públicos**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12, novembro/dezembro/janeiro, 2008. Disponível na Internet: < <http://goo.gl/XY4z2E> > Acesso em: 03.MAI. 2016.

POMPEU, Cid Tomanik. **Direito de Águas no Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.