

DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À ÁGUA POTÁVEL: O FORNECIMENTO DE ÁGUA E A HIPÓTESE DE SUSPENSÃO POR INADIMPLEMENTO DO USUÁRIO DO ARTIGO 40, V, DA LEI 11.445/2007 – LEI DE SANEAMENTO BÁSICO.

Thaís Salgado Silva

RESUMO

A água é um recurso natural que exerce papel fundamental na manutenção da vida da Terra. O artigo 6º da Constituição Federal garante aos indivíduos o direito à saúde e alimentação, não sendo específico quanto à garantia de acesso à água potável necessária ao consumo. Por legislação extravagante, o acesso à água potável foi definido como direito dos indivíduos. Ademais, sob o viés constitucional, a proteção da água encontra respaldo no artigo 225 da Constituição Federal no que tange a proteção do meio ambiente equilibrado, pois é considerado bem corpóreo passível de proteção pelo ordenamento jurídico. A elaboração desta pesquisa foi realizada através do método teórico-bibliográfico, tendo como enfoque discutir o acesso à água potável como direito fundamental em face da possibilidade de suspensão do serviço de água prevista no artigo 40, V da Lei 11.445/2007 (Lei de Saneamento Básico). Justifica-se tal análise pela relevância da água para o desenvolvimento da vida humana, devendo a discussão das hipóteses de suspensão do abastecimento de água ser apresentada com direto enfoque aos usuários. Dessa maneira, finda-se a presente pesquisa com a análise das espécies remuneratórias comumente aplicáveis, quando se há cobrança do serviço público em face do usuário (taxas e tarifas), ressaltando-se diferenças e aplicabilidade de cada uma das espécies, expondo uma análise de qual sistema remuneratório seria mais benéfico ao usuário.

PALAVRAS-CHAVE: Água potável. Lei de Saneamento Básico. Remuneração. Abastecimento de Água. Suspensão

ABSTRACT

The water is a natural resource that plays a fundamental role in the maintenance of life on Earth. The article 6 of the Federal Constitution guarantees individuals the right to health and nutrition, not specific about to guarantee access to potable water for consumption. By extravagant legislation, access to potable water was defined as a fundamental right for individuals. Moreover, the article 225 of The Federal Constitution supports a water protection regarding the protection to a balanced environment, considered tangible property subject to protection by the law. This research, performed by theoretical and bibliographical literature, aims to discuss the access to potable water as a fundamental right face of the possibility of the water service suspension provided in article 40, V of Law 11.445/2007 (Law of Basic Sanitation). It justified this analysis considering the importance of water for the development of human life, being the discussion of suspension cases the water supply be provided with direct approach to users. In this context, this research analysis the commonly applicable remuneration species, when consumers pays for the public service(fees and charges), highlighting differences and applicability of each species, exposing an analysis of remuneration system which would be more beneficial to the user.

KEYWORDS: Potable Water. Law of Basic Sanitation. Remuneration. Water Supply. Suspension.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À ÁGUA POTÁVEL.....	7
2.1 Evolução dos Direitos Fundamentais.....	8
2.2. Titularidade da água	9
2.2.1 Classificação dos bens públicos.....	11
2.3 Do direito à água potável e a universalização de acesso	12
3 DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL	14
3.1 Evolução Histórica da atual Lei de Saneamento Básico	14
3.1.2 Definição e Princípios Fundamentais da Lei de Saneamento Básico	15
3.2 Conceituação de serviço público	16
3.2.2 Contratos de Concessão e Permissão na Prestação de Serviço Público.....	17
3.3 Distribuição de competências na Constituição Federal	18
3.3.2 Do serviço público de água no ordenamento jurídico brasileiro	19
3.3.2 A competência do município para a prestação do serviço de distribuição de água...	20
4 REMUNERAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA.....	21
4.1 Conceituação e Espécies de Taxas.....	21
4.1.2 Taxa de serviço	22
4.2 Tarifa	23
4.2.1 Taxa ou Tarifa?	23
4.3 Natureza da contraprestação pecuniária na Lei 11.445 de 2007.....	25
4.4 Possibilidades da interrupção do serviço de água na Lei do Saneamento Básico	27
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	30
REFERÊNCIAS	32

1 INTRODUÇÃO

A água é o principal recurso natural de manutenção da vida na Terra. Ela exerce papel fundamental nas indústrias, agricultura, pecuária e, principalmente, na expansão e abastecimento das cidades. O acesso à água potável é condição primordial para a qualidade de vida do homem. Por essa razão, os países que sofrem com sistemas de saneamento precários, ou mesmo inexistente, são aqueles que revelam altas taxas de mortalidade pela deficiência na qualidade do serviço de água ofertado a população.

Dada a prerrogativa de essencialidade do serviço público de água, o estudo deste tema torna-se pertinente, pois o fornecimento de água potável, diante das garantias constitucionais de acesso a saúde e alimentação, tornam-se imprescindíveis para a análise das hipóteses de suspensão do artigo 40 da Lei 11.445/2007 (Lei de Saneamento Básico), como ênfase a hipótese do inciso V da referida Lei.

Essa pesquisa assume relevância em face da utilidade da água para a vida humana e o impacto gerado pela suspensão do fornecimento para os usuários.

Dessa forma, o capítulo 2 deste artigo abordará a temática do direito fundamental de acesso à água potável, titularidade da água na Constituição Federal e classificação do bem inserta na doutrina administrativa.

O capítulo 3 será destinado à análise da prestação do serviço público de saneamento no Brasil, com enfoque na Lei 11.445/2007 e as competências legislativas da Constituição Federal de 1988.

O tópico 4 busca discutir as taxas e tarifas como espécies remuneratórias comumente aplicáveis, diferenciando-as e apresentando possibilidade de suspensão do abastecimento em face do inadimplemento do usuário.

Na elaboração desta pesquisa foi utilizado o método dedutivo e pesquisas do tipo teórico-bibliográfica. A revisão literária em livros, teses, dissertações, monografias e artigos tiveram por objetivo compreender o direito fundamental de acesso à água potável e as possibilidades de interrupção do fornecimento de água, com enfoque no inadimplemento do usuário como hipótese autorizativa da suspensão.

Para finalizar, através da pesquisa documental, ilustramos o presente artigo com julgados a respeito da matéria proferidos pelos nossos tribunais.

2 DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À ÁGUA POTÁVEL

A água é recurso natural que exerce papel fundamental no desenvolvimento da vida. Segundo Machado (2002, p.13), “a existência do ser humano – por si só – garante-lhe o direito a consumir ar e água”. A sua distribuição hidrogeológica no planeta não está vinculada a determinações políticas, pois muitos dos considerados países ricos sofrem com problemas de disponibilidade de recursos hídricos. Por outro lado, a renovação do seu ciclo natural ocorre por um conjunto de fatores climáticos, geológicos e ambientais (RIBEIRO, 2008, p.26).

A disposição para o consumo deve ser avaliada na proporção do desenvolvimento da própria sociedade que se analisa. Quanto maior esse grau, maior será o próprio consumo de água. Novas necessidades, novos anseios e novas buscas impactam diretamente o meio ambiente. Segundo Ribeiro (2008), “o uso da água aumenta de acordo com a urbanização e com a renda da população”. Essa situação ocorre pela quantidade de água empregada no processo produtivo de mercadorias.

A problemática da qualidade da água se conecta intrinsecamente ao grau de agressão ao meio ambiente. A disponibilidade do recurso está limitada a ausência de poluentes, substâncias tóxicas, bactérias e outros agentes que inviabilizem o consumo. Por isso, a viabilidade de acesso e disposição ofertada poderão se tornar motivações para se iniciar diversos conflitos civis.

A Constituição Federal não traz expressamente no rol dos seus direitos fundamentais o acesso à água potável como direito básico a vida humana, porém claramente afirma sob a “a inviolabilidade do direito à vida” (CF, artigo 5º, caput). Por clara necessidade afirmamos que o direito à vida só poderá ser exercido na sua plenitude se os indivíduos tiverem acesso à água de qualidade. Portanto, conforme Machado (2002, p.13), “negar água ao ser humano é negar-lhe o direito à vida; ou em outras palavras, é condená-lo à morte”.

Nessa perspectiva, a análise do rol dos direitos fundamentais deverá ser realizada de forma extensiva, primando-se por uma interpretação holística que compreenda o acesso à água potável como condição fundamental para a garantia do direito à saúde e alimentação dos indivíduos.

Ademais, aprende-se que o acesso à água potável é requisito essencial a manutenção da vida humana. Esse direito é uma das facetas do direito à vida. Dessa forma, o respeito pelo acesso a água de qualidade contempla o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana insculpido no artigo 1º, III da Constituição Federal.

2.1 Evolução dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais consistem em porção dos direitos humanos positivados no ordenamento jurídico. A lógica de sua existência esta baseada em dois fundamentos básicos: o Estado democrático de Direito (CF, artigo 1º, caput) e a Dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, III). O rol catalogado desses direitos encontra-se disposto no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais - artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Os direitos fundamentais são o resultado de construção histórica, considerados na lógica de tempo e espaço. O lema da Revolução Francesa (Liberdade, Igualdade e Fraternidade) propulsionou a institucionalização gradativa dos direitos fundamentais.

Os movimentos sociais foram instrumentos de propulsão e efetivação desses direitos, sendo variados conforme o momento histórico em que se analisa. Segundo Bobbio (1992):

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 1992, p.05).

Não há como se falar em direitos, se esses não estiverem contextualizados em evoluções históricas. A conquista é almejada passo a passo. As necessidades são diversificadas em virtude da própria necessidade. Aspira-se por novos ares, novas liberdades e novos direitos.

Posteriormente, ratifica que:

[...] O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos dos interesses, das classes no poder e transformações técnicas. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. (BOBBIO, 1992, p.18-19).

Os direitos fundamentais de 1ª Dimensão (BOBBIO, 1992, p.32) refletem um momento histórico marcado pela busca da “Liberdade” (*Liberté*), o que se traduziria na redução da atividade estatal na vida dos indivíduos, acarretando as chamadas “prestações negativas”.

Os direitos fundamentais de 2ª Dimensão (BOBBIO, 1992, p.32-33), emergem no contexto de “Igualdade” (*Egalité*), no qual a intervenção do estatal faz-se necessária para a

promoção dos direitos básicos dos indivíduos. As chamadas “prestações positivas” esta associadas aos direitos sociais.

Os direitos fundamentais de 3ª Dimensão (BOBBIO, 1992, p.33) no contexto da “Fraternidade” (*Fraternité*) embasam os pressupostos direcionados à humanidade, iniciando a preocupação com o meio ambiente e a conservação dos seus elementos. Nessa concepção, insere-se a defesa do meio ambiente equilibrado, sendo tal garantia respaldada no artigo 225¹ da Constituição Federal. O referido artigo dispõe sobre a proteção do meio ambiente por um viés de coletividade e da manutenção essencial a qualidade de vida dos indivíduos.

A água, bem corpóreo, é um dos elementos que compõe o meio ambiente. Por essa dada afirmativa, aplica-se às águas o enunciado do artigo 225 da CF, entendendo-se que, embora se trate de uma concepção genérica, a defesa do meio ambiente estende a garantia de proteção aos elementos que compõe a biota natural, sendo de grande relevância a preocupação com a água devido à própria sobrevivência e existência humana.

O direito de proteção ao meio ambiente é reiterado na Constituição Estadual de Minas Gerais, estando enfatizada a necessidade do equilíbrio ambiental como fator imprescindível para a efetiva e sadia qualidade de vida (MINAS GERAIS, artigo 214).

Na legislação brasileira é importante destacar outros dispositivos como o Código de Águas, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6938/81); Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9433/97) como instrumentos de proteção a água.

2.2. Titularidade da água

Anteriormente a Constituição Federal de 1988, as águas poderiam assumir em algumas circunstâncias o caráter de bens particulares, permitindo assim a discussão no campo do direito privado (SARRETA, 2013, p.104). Todavia, essa discussão não se aparta das conceituações trazidas pelo Código de Águas de 1934 que já previa estipulação dos rios como águas públicas.

Destaque-se que o emprego do vocábulo “água” refere-se ao elemento natural, apartado do sentido econômico. Todavia, os recursos hídricos denotam utilização de um bem com valor econômico (SARRETA, 2013, p.107)

¹**Artigo 225:** Todos têm direito ao meio ambiente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e AA coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações(CF, artigo 225, caput).

Contudo, essa divergência fora sanada a partir dos novos delineamentos dos artigos 20 e 26 da Constituição Federal, bem como subsidiada pelo fundamento da nova ordem afirmativa trazida pelo artigo 1º, I da Lei 9.433/97- Lei de Recursos Hídricos², que considera a água como um bem de domínio público.

O domínio público da água almejado pelo inciso I não se refere ao intuito de propriedade do Poder Público federal ou estadual da água, mas apenas de gestor de um bem que é de interesse de toda a coletividade (MACHADO, 2002, p.25).

Sob análise mais aprofundada na seara do direito administrativo, a expressão “domínio público” é imprecisa, mas importante no que concerne aos “Bens Públicos”. Segundo Marinela (2014),

O domínio público em sentido amplo é o poder de denominação ou de regulamentação que o Estado exerce sob os bens do seu próprio patrimônio (sobre os bens públicos), ou em face dos bens de titularidade privada que sejam importantes para a sociedade (isto é, sobre os bens particulares de interesse público) ou, ainda, atingindo a coisas inapropriáveis individualmente, mas de fruição geral da coletividade (MARINELA, 2014, p.855).

A conceituação em sentido amplo diz respeito à tutela jurídica do Poder Público sobre os bens das pessoas jurídicas de direito público interno, bem como daqueles que por assumirem uma titularidade coletiva merecem a proteção estatal, como por exemplo: águas, jazidas, fauna, flora, espaço aéreo.

Em sentido estrito, a expressão “domínio público, pode ser entendida como:

Essa expressão pode ser utilizada em sentido estrito, referindo-se aos bens públicos que são destinados ao uso público individualmente ou em geral, visto como o conjunto de bens destinados à coletividade, que poderão ser classificados como: bens públicos de uso comum do povo ou bens de domínio público (MARINELA, 2014, p.855).

Dada uma classificação majoritária, os bens públicos são categorizados como “todos os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, podendo ser corpóreos, incorpóreos, móveis, imóveis, semoventes, créditos, direitos e ações” (MARINELA, 2014, p.856).

² Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:
I - a água é um bem de domínio público;

Embora não seja pacífico o conceito de bens públicos quanto aos bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito privado, Bandeira de Mello (2009, p.904) amplia a noção de bem público para uma correlação de mesmo regime jurídico, sendo que se os bens particulares estiverem afetados por uma atividade pública, ficarão submissos ao mesmo regime dos bens públicos.

2.2.1 Classificação dos bens públicos

Quanto à titularidade ou propriedade dos bens públicos, o texto constitucional no artigo 20 enumera rol ligado a questões de interesse nacional, como a segurança e a economia do país. Especificamente sobre a tutela da água em esfera federal, vislumbra-se a proteção “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” (CF, artigo 20, III) e o mar territorial (CF, artigo 20, VI).

Os bens públicos de titularidade do Estado estão definidos no artigo 26 da Constituição Federal, sendo que a tutela da água vem por meio da proteção das “águas superficiais ou subterrâneas, fluentes emergentes e em depósito” (CF, artigo 26, I).

Quanto à destinação, os bens de uso comum do povo são aqueles que se destinam a utilização geral pelos indivíduos. A destinação decorre da própria natureza do bem ou por previsão legal (MARINELA, 2014, p.862).

Os bens de uso especial são aqueles destinados à execução dos serviços públicos. Ex: prédio das repartições públicas (MARINELA, 2014, p.863).

Os bens dominicais ou de patrimônio disponível são aqueles que pertencem à administração pública, mas não possuem destinação especial (MARINELA, 2014, p.863).

Por outro aspecto, alguns doutrinadores incluem na classificação de bens públicos uma categoria de coletividade, no qual se exterioriza por meio de uma característica de bem difuso (FIORILLO, 2011, p.62). O direito ao meio ambiente equilibrado (artigo 225 da CF) encaixa-se nessa concepção, pois se trata de direito pertencentes a “todos”.

O conceito de bem difuso é preceituado no artigo 81, I da lei no 8.078/90, como aquele marcado por um caráter transindividual, objeto indivisível e titularidade indeterminada ligada por circunstância de fato.

A transindividualidade caracteriza-se por uma dimensão coletiva, e não apenas individual. A indivisibilidade manifesta-se por uma abstração de pertencimento geral, mas que especificamente não pertence a ninguém (FIORILLO, 2011, p.60).

A titularidade desse direito material poderia ser exercida por brasileiros e estrangeiros residentes no país, resguardos pelo princípio da dignidade da pessoa humana bem como a proteção constitucional garantida ao estrangeiro residente no país (FIORILLO, 2011, p.63).

A finalidade preceituada deve ser respeitada, tendo em vista o respeito ao caráter do meio ambiente como bem difuso, imprescindível à sadia qualidade de vida (FIORILLO, 2011, 63).

A proteção ao bem ambiental não se restringe apenas a coletividade presente, estendendo a sua tutela a proteção das futuras gerações

2.3 Do direito à água potável e a universalização de acesso

O Brasil possui 16% da água doce do planeta, distribuída de forma irregular. As bacias hidrográficas, com seus ecossistemas próprios, alimentam as cinco regiões brasileiras com distintos ritmos hidrológicos. Cerca de 68% dos recursos hídricos estão no Norte; 3% no Nordeste e 6% no Sul (SARRETA, 2013, p.76).

Em 2010, a Assembleia Nacional da Organização das Nações Unidas – (ONU) reconheceu o “o acesso à água de qualidade e ao saneamento básico como direitos humanos básicos”. O Relatório de Desenvolvimento Humano – RDH (2006), entendeu “o acesso à água como uma necessidade humana elementar e um direito fundamental.” Todavia, a dificuldade do acesso esta calcada na problemática da desigualdade das relações econômicas e de poder.

Segundo a portaria nº 1.469/00 do Ministro da Saúde, a água potável é definida como a “a água para consumo humano, cujos parâmetros microbiológicos, físicos, químicos e radioativos atendam ao padrão de potabilidade e que não ofereça riscos à saúde” (Portaria nº 1.469/00, artigo 4, inciso I). Por sua vez, o padrão de potabilidade esta relacionado com a natureza e teores das impurezas.

A distribuição de água potável é obrigatória no Sistema de Abastecimento de água para o consumo humano e no sistema intitulado “solução alternativa de abastecimento de água para o consumo humano”.

O artigo 4, II e III, da referida norma define os ditos sistemas como:

Sistema de abastecimento de água para o consumo humano como a instalação por conjunto de obras cíveis, materiais e equipamentos destinados à produção e à distribuição canalizada de água potável para as populações, sob a responsabilidade do Poder Público, mesmo que administrada em regime de concessão ou permissão (Portaria nº 1.469/00, artigo 4, II).

A solução alternativa de abastecimento de água para o consumo humano é toda modalidade de abastecimento coletivo de água distinta do sistema do Sistema de Abastecimento de água, incluindo, entre outras, fonte, poço comunitário, distribuição por veículo transportador, instalações condominiais horizontais e verticais (Ministério da Saúde, Portaria nº 1.469/00, artigo 4, III).

A distribuição de água no Brasil é ato vinculado, não cabendo análise de discricionariedade. As regras acima mencionadas são de cumprimento obrigatório pela União, Estados e municípios.

Pela análise da universalização de acesso pelo eixo do viés econômico, claramente identifica-se a água como recurso natural limitado, no qual sua valoração econômica subordina-se “ao preço da conservação, da recuperação e da melhor distribuição desse bem” (MACHADO, 2002, p.32).

A legislação brasileira condicionou a cobrança das águas à outorga, segundo artigo 20, caput da lei 9.433/1977. De forma objetiva, a cobrança pelo uso de recursos hídricos objetiva reconhecer a água como um bem dotado de valor econômico bem como indicar ao usuário o seu real valor.

O uso é gratuito é para consumo próprio e higiene pessoal. Esse fornecimento é encarado como uma prestação obrigatória pelo Poder Público. De acordo com a agenda 21O consumo de água varia de país para país, mas, em parâmetros gerais, um ser humano residente na zona urbana consome aproximadamente 40 litros de água por dia. (ONU, AGENDA 21, p. 290)

3 DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

Neste capítulo elucida-se o conceito de saneamento básico conforme a Lei 11.445/2007, esclarecendo os princípios que fundamentam a referida legislação. Expõe-se o conceito de serviço público, bem como se busca delimitar a competência dos entes federativos quanto ao direito de uso da água, proteção ambiental e programas de saneamento. Busca-se analisar o abastecimento de água como perspectiva inserida na prestação do saneamento básico.

3.1 Evolução Histórica da atual Lei de Saneamento Básico

A história da evolução da Lei de 11.445/2007 perpassa pela própria história do saneamento básico no Brasil. É fato que a norma jurídica busca sistematizar os anseios e necessidades da população por intermédio de institutos jurídicos, porém, o rito legislativo não alcança a celeridade da necessidade social. A descrição que se segue fundamenta-se em uma linha do tempo apresentada no Panorama do Saneamento Básico no Brasil, organizado pelo Ministério das Cidades no ano de 2009.

O saneamento básico, na antiguidade, foi tratado de forma restrita, estando incipientes os estudos que relacionavam a temática ambiente e saúde. O acesso as mínimas condições de saneamento eram encaradas como “privilégio” por aqueles que poderiam pagar. Os romanos foram pioneiros na organização político institucional das ações de saneamento (PANORAMA DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL, 2011, p.43).

Na Idade Moderna, a formação de uma classe intelectual impulsionou a criação das escolas e o desenvolvimento das ciências naturais. Estabeleceu-se uma relação entre saúde e meio ambiente, propiciando-se o fortalecimento da saúde pública (PANORAMA DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL, 2011, p.44).

A revolução francesa marcou a Idade Contemporânea por intenso processo de revisão dos direitos humanos. Os problemas de saúde foram priorizados, estabelecendo-se condutas que promovessem o aumento da expectativa de vida, aumento das taxas de natalidade com conseqüente diminuição das taxas de mortalidade (PANORAMA DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL, 2011, p.44).

Na década de 70 ressalta-se a instituição do Plano de Metas e Bases para a ação do governo que definiu metas para o setor de saneamento, constituindo as primeiras bases do

Plano Nacional de Saneamento – PLANASA (PANORAMA DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL, 2011, p.45).

Em 1995 foi sancionada a Lei de Concessões e Permissão do Serviço Público (Lei 8987/95), sendo essa um marco para a prestação do serviço público, conforme previsão do artigo 175 da Constituição.

Em 1999 foi realizada no Brasil a 1ª Conferência Nacional de Saneamento, apontando para a necessidade de universalização do acesso ao saneamento e a necessidade da qualidade no atendimento (PANORAMA DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL, 2011, p.47).

Em 2003, em torno de 3.457 cidades, por intermédio de seus representantes foram iniciados os primeiros debates acerca das premissas da Política Nacional de Saneamento. Em 2005 uma nova conferência foi realizada objetivando reforçar as estratégias do saneamento aliada ao desenvolvimento urbano (PANORAMA DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL, 2011, p.48).

Em 05 de janeiro de 2007, após aprovação do Congresso Nacional, é sancionada no Brasil a Lei 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e institui a Política Federal de Saneamento Básico.

3.1.2 Definição e Princípios Fundamentais da Lei de Saneamento Básico

O primeiro conceito de saneamento básico com o qual trabalhamos é aquele disposto no artigo 3º da Lei 11.445/2007. Por esse, vislumbra-se saneamento básico como “o conjunto de serviços, infra-estrutura e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo das águas pluviais urbanas”.

Segundo o Instituto Trata Brasil, o saneamento básico é definido como “o conjunto de medidas que visa preservar ou modificar as condições do meio ambiente com a finalidade de prevenir doenças e promover a saúde, melhorar a qualidade de vida da população, a produtividade do indivíduo e facilitar a economia” (MANUAL DE SANEAMENTO BÁSICO, 2012, p.09).

Por ambas as definições apresentadas, vislumbra-se o saneamento básico como o conjunto de atividades necessárias e indispensáveis a saúde e a manutenção do meio ambiente equilibrado.

A Lei Federal estabeleceu as diretrizes nacionais para o saneamento básico e definiu uma Política Federal de Saneamento Básico. O artigo 2º da lei 11.445/2007 enumera doze

princípios explícitos ao eixo do saneamento básico, sendo esses norteados para universalidade de acesso dos usuários; atividades integrantes do saneamento básico prestadas de forma adequada à saúde pública e à proteção do meio ambiente; disponibilidade de oferta dos serviços em todas as áreas; adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais; articulação com políticas públicas de desenvolvimento urbano e regional, voltadas para a melhoria da qualidade de vida, no qual o saneamento básico seja fator determinante; eficiência na prestação dos serviços; emprego de tecnologias apropriadas; transparência das ações; controle social; segurança, qualidade e regularidade; integração das infra-estruturas e serviços de gestão eficiente dos recursos hídricos e, por fim, a adoção de medidas de fomento à moderação do consumo de água.

Destarte, os princípios vinculam a prestação do serviço público a parâmetros balizadores devendo a Administração Pública, ou seus agentes delegados, no exercício da sua atividade prezar pela obediência e respeito a tais fundamentos.

3.2 Conceituação de serviço público

Preceitua a Constituição Federal de 1988 que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos. O artigo 175 estabelece as formas de delegação, direitos e política tarifária. Embora o conceito não seja uniforme, o mesmo se baseia fundamentalmente em serviços prestados por órgãos públicos ou por delegação a particular. Nessa hipótese, embora a execução seja realizada por terceiro, a titularidade do serviço permanece com a Administração Pública.

Segundo Meirelles (2014, p.387), “o serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controle estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.

Marinela (2014, p.545) entende o serviço público como:

Toda a atividade de oferecimento de utilidade e comodidade material, destinada à satisfação da coletividade, mas que pode ser utilizada singularmente pelos administrados e que o Estado assume como pertinentes a seus deveres e prestá-las por si mesmo, ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de direito público, total ou parcial (MARINELA, 2014, p.545).

A autora identifica o serviço público por um conjunto de elementos de base material e formal, sendo que o substrato material “consiste na prestação de uma utilidade fruível singularmente aos administrados e que o estado assume como próprias, podendo prestá-las ou

não” (MARINELA, 2014, p.545). Por outro lado, “o elemento formal caracteriza-se na prestação de um serviço de interesse geral da coletividade (MARINELA, 2014, p.545).

Urge ressaltar que, o serviço prestado com o intuito de beneficiar um grupo específico ou interesses individuais aparta-se do conceito de serviço público, pois foge do elemento formal caracterizador do serviço público, no que tange ao interesse geral da coletividade no serviço prestado.

Quanto ao regime administrativo, Marinela (2014) expõe que os serviços públicos seguem regras de direito público e, por essa razão submetem-se ao regime jurídico administrativo. Os doutrinadores divergem quanto aos princípios aplicáveis, porém são unânimes quanto à incidência dos princípios constitucionais do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

Um marco fundamental para o estudo dos serviços públicos no ordenamento jurídico brasileiro é a Lei 8987/95, pois foi o primeiro instrumento normativo a regular as formas delegação do serviço público (contratos de concessão e permissão) De acordo artigo 6º da referida lei, a prestação do serviço público, em linhas gerais, deve ser realizada de forma contínua, eficiente, segura e atual aos usuários.

3.2.1 Contratos de Concessão e Permissão na Prestação de Serviço Público

A Lei 8987/95 regula o regime de concessão e permissão da prestação dos serviços públicos previstos na Constituição Federal, trazendo para a seara do direito administrativo a regulação necessária para o contrato de concessão e permissão do serviço público.

O artigo 2º, I do citado diploma define normas gerais, considerando como poder concedente a União, Estados, Distrito Federal ou Município em cuja competência se encontre o serviço público, procedido ou não da execução de obra pública objeto de concessão ou permissão.

A concessão de serviço público é definida no artigo 2º da Lei 8987/95, como sendo a “delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas” Essa atividade é desempenhada por conta e risco do concessionário e por prazo determinado” (BRASIL, Lei 8987/95, artigo 2º).

A permissão, por sua vez, caracteriza-se como sendo “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa

física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco” (BRASIL, Lei 8987/95, artigo 2º, IV).

No contrato estabelecido entre o poder concedente e a concessionária/permissionária ficará estabelecido o objeto do contrato, área e prazo, conferindo ao poder concedente o dever de fiscalização em cooperação com os usuários.

Outra espécie de concessão não abarcada pela lei 8987/95 refere-se à chamada Parceria Público Privada – PPP. Considerada como concessão especial, é regulada pela Lei 11.079/04 e considerada como o contrato administrativo de concessão, na modalidade administrativa ou patrocinada. O artigo 4º, I, II e III da mencionada lei, considera que os contratos dessa espécie exigem um valor mínimo de 20 milhões de reais; prazo mínimo de 5 a 35 anos e a execução de um objeto complexo.

3.3 Distribuição de competências na Constituição Federal

A organização-político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, Estados, Distrito Federal e Municipal, todos autônomos, nos termos do artigo 18 da Constituição Federal. O Estado Federado funda-se sob a premissa de descentralização política, autonomia (compreende a ideia de auto-organização, autogoverno e auto-administração) e repartição constitucional de competências.

A Constituição estabeleceu um conjunto de atribuições, fixando dois grandes eixos de competências federativas, sendo a competência material ou administrativa responsável pela prestação de serviço público (competências comuns ou exclusivas) e a competência legislativa para a criação de leis (competência concorrente).

A competência exclusiva estabelecida no artigo 21 da Constituição cabe apenas a União, enquanto que no artigo 23, a competência comum é aquela definida como de atribuição de todos os entes federativos. A competência concorrente está prevista no artigo 24 da CF, cabendo a União, Estados e Distrito Federal legislar sobre as matérias específicas no referido artigo.

Nessa ótica, o saneamento básico está inserido no sistema das águas, com competência prevista no artigo 21, XX; o sistema de gerenciamento de recursos hídricos com competência no artigo 21, XI; os critérios de outorga de uso da água no artigo 21, XIX da Constituição Federal.

3.3.1 Do serviço público de água no ordenamento jurídico brasileiro

A competência para legislar sobre as águas foi originariamente fragmentada entre a União e os Estados Membros conforme o artigo 20, III e artigo 26, I da Constituição Federal. A competência dependerá do tipo de atividade que se realizará.

A Constituição de 1988 estabeleceu artigo 176 à responsabilidade pela água empregada com potenciais de energia hidráulica à União. Garante-se, nos termos do artigo 20, § 1º do texto constitucional, a participação nos resultados do recurso explorados a fins de geração de energia elétrica.

A Constituição Estadual de Minas Gerais, versando sobre a organização do Estado elucidada, no bojo do artigo 12, os bens de domínio público patrimonial dos Estados, deixando certo que as águas superficiais, subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito são de domínio do Estado, com ressalva para aquelas que na forma de Lei Federal pertencem a União (I), as ilhas fluviais e lacustres não pertencem a União (II) e os lagos situados em terreno de seu domínio.

Segundo a Lei 9.433/97 (Lei de Recursos Hídricos), quanto à outorga do uso da água, a competência caberá a União ou estado sob cuja titularidade se encontre. Dessa forma, caberá a União estabelecer os critérios de outorga nos limites do artigo 21, XIX da Constituição Federal.

Os critérios para o direito de outorga estão estatuídos na Lei de Recursos Hídricos e, conforme artigo 11, caput, tem como objetivo “assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos das águas e o efetivo exercício de dos direitos do acesso à água”; “priorizar o consumo humano e a dessedentação animal” (artigo 1º, III) e “proporcionar o uso múltiplo das águas” (artigo 1º, inciso IV).

A competência legislativa concernente a proteção ambiental foi concorrentemente estabelecida entre a União e Estados, cabendo aos três entes federativos (União, Estado, Município) o dever proteger o meio ambiente e combater a poluição (CF, artigo 24).

As atividades de saneamento básico ficaram adstritas a competência da União conforme leitura do artigo 21, XX da Constituição Federal, sendo que a União poderá fixar por meio de lei ordinária parâmetros nacionais quanto à prestação do serviço.

Sobre esse aspecto, tendo o serviço de abastecimento de água potável como um dos eixos que engloba o sistema de saneamento básico, estabelece o artigo 8º da Lei 11.445/97 a forma como será exercida a titularidade desses serviços, deixando certo a necessidade de uma

política pública de saneamento básico, com elaboração de planos, sistemas de aplicação, controle, fiscalização, direitos e deveres do usuário.

3.3. 2 A competência do município para a prestação do serviço de distribuição de água

Entendimento majoritário coaduna o posicionamento de que há competência implícita dos municípios para a prestação do serviço de abastecimento de água potável, conforme fundamento no artigo 30, inciso V da CF/88. Referido dispositivo estabelece os liames para a organização e prestação dos serviços públicos locais, sob o regime de concessão ou permissão. Todavia, essa competência deverá ser exercida com observância as diretrizes do artigo 21, inciso XX da Constituição que primam pelo desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos (DANTAS, 2009, p.72).

Tende-se a considerar que dado a particularidade do serviço ofertado nos municípios, os agentes públicos, valendo-se do conhecimento das particularidades de cada região podem planejar e executar com mais eficiência os serviços públicos ofertados pelo Estado. Tal conduta não se desvincula da cooperação técnica e financeira da União e dos Estados, pois o saneamento básico e uma forma de cuidado e atenção à saúde da população.

De acordo Alochio (2007), quando a prestação do serviço público ocorrer de forma direta, o mais viável será que os Estados e Municípios valham-se do Princípio da cooperação para que possam atuar conjuntamente. Dessa forma, prevalece a competência do município, salvo quando a prestação do serviço envolver regiões metropolitanas.

Conforme artigo 25, parágrafo 3º da Constituição Federal, as regiões metropolitanas correspondem às aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamento de municípios limítrofes para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas comuns.

A norma prevista no referido artigo tem por objetivo esclarecer que em determinadas circunstâncias há prevalência de interesse comum de vários municípios, algo mais amplo que o município isolado, os quais estão afetados ao Estado. Nesse caso, a competência pela prestação dos serviços públicos não será mais de interesse exclusivamente local, transformando-se, segundo Barroso (2007, p.13), “em serviços de interesse regional ou estadual”.

4 REMUNERAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA

A remuneração dos serviços públicos é a forma pela qual os usuários pagam pela utilização do serviço público prestado. Anteriormente foram abordadas questões concernentes a titularidade e a forma de exercício dos serviços públicos, tendo sido claro a prestação realizada diretamente pela Administração Pública ou quando essa ocorre por intermédio dos seus agentes concessionários e permissionários.

Neste aspecto, há de se ressaltar que embora haja diversas formas de remuneração pela prestação do serviço público, entende-se que a cobrança atribuída aos usuários pelo custo do serviço público poderá ser realizada por meio de taxas e tarifas.

Inicialmente, as duas espécies remuneratórias divergem pelo regime jurídico que importa submissão das taxas aos princípios constitucionais tributários e garante uma maior segurança jurídica aos usuários.

Por essa razão, o dado capítulo tem como objetivo esclarecer as duas espécies remuneratórias, enfocando-as na Lei 11.445 de 2007, até findar no inadimplemento como possibilidade de suspensão do serviço de água.

4.1 Conceituação e Espécies de Taxas

De acordo com a Constituição Federal (CF) de 1988, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir 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 (CF, artigo 145, II).

No mesmo entendimento, o artigo 77 do Código Tributário Nacional (CTN) estabelece as condições em que as taxas serão cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, acrescentando que 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.

De acordo Ricardo Alexandre (2015),

As taxas são tributos retributivos ou contraprestacionais, uma vez que não podem ser cobrados sem que o Estado exerça o poder de polícia ou preste ao contribuinte, ou coloque à sua disposição um serviço público específico e divisível (ALEXANDRE 2015, p.26)

O ente competente para instituir e cobrar taxa é aquele que presta o respectivo serviço ou o que o exerce o referido poder de polícia (Constituição Federal, artigo 25, parágrafo 2º)

A taxa, como espécie do gênero tributo, consiste numa prestação pecuniária compulsória, em moeda ou valor, e que não se constitua ato ilícito, mediante prestação de atividade vinculada (Artigo 3º CTN).

A taxa de polícia, como uma das espécies de taxas previstas na Constituição Federal, é definida como a prestação que tem como fato gerador no exercício do poder de polícia, atividade administrativa instituída sobre supremacia do interesse público sobre o privado (ALEXANDRE, 2015.p.27).

A cobrança de taxas pelo exercício do poder de polícia deve ser regular, respeitando o devido processo legal e sem desvio de poder (ALEXANDRE, 2015, p.27).

O artigo 78 do CTN conceitua o poder de polícia como aquele que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

4.1.2 Taxa de serviço

Vislumbrada como espécie do gênero taxa, observa-se que a taxa de serviço está prevista no artigo 145, II da Constituição Federal. Dispõe o texto legal que a sua cobrança esta vinculada a disponibilização de serviços públicos específicos e divisíveis, ou seja, uma relação em que se é possível identificar o usuário do serviço.

Nesta toada, o artigo 79, incisos II e III do Código Tributário Nacional reforçam o entendimento acerca da especificidade e divisibilidade do serviço efetivamente prestado.

A divisibilidade do serviço está presente quando o Estado consegue identificar o usuário da prestação do serviço, enquanto que a especificidade ocorre pela razão do contribuinte por qual serviço e qual à proporção que esta utilizando (ALEXANDRE, 2015, p.30).

As taxas, como espécie do gênero tributo, sujeitam-se aos princípios constitucionais tributários, porém estão pontualmente limitadas pelo princípio da legalidade (artigo 150, inciso I, CF) e da anterioridade (artigo 150, III, alínea b, da CF). Por essa razão, as taxas de serviço público somente poderão ser cobradas se tiverem sido instituídas por lei, e não

poderão ser exigidas no mesmo exercício que a lei instituidora houver sido publicada (SCHWIND, 2010, p.46).

A proteção gerada por esses dois princípios evita que o contribuinte seja surpreendido por cobranças desprovidas de regulação prévia, garantindo assim uma maior segurança jurídica nas relações.

4.2 Tarifa

Segundo Schwind (2010, p.47), “as tarifas correspondem a um valor fixado administrativamente mediante um contrato de delegação de serviço público, por vezes com base na em proposta formulada pelo concessionário na licitação”.

A fixação da tarifa não decorre de lei formal, podendo ser modificada pelo poder concedente sem a necessidade de edição de lei formal que estabeleça alteração de valor. A tarifa poderá sofrer reajustes periódicos, de acordo índices predefinidos no contrato de delegação (SCHWIND, 2010, p.47).

A tarifa tem fundamento no artigo 175, parágrafo único, inciso III da Constituição Federal, e o referido dispositivo ainda trata especificamente da possibilidade de delegação da prestação do serviços públicos. Neste ensejo, o inciso III, prevê a edição de lei que disponha sobre a política tarifária que devera ser aplicada nessas situações.

A Lei 8997 de 1995(Lei de Concessões) foi editada com o intuito de regular a política tarifária, estabelecendo o artigo 9º, capítulo IV da referida lei que a tarifa do serviço público será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e será preservada pelas regras previstas na lei de concessão, pelo edital e pelo próprio contrato.

Nesta modalidade, os contratos prevêem mecanismos de revisão das tarifas para que se mantenha o equilíbrio econômico financeiro da concessão (artigo 9, parágrafo 2, lei 8987 de 1995), não dependendo esses da edição de lei formal que estabeleça essa alteração. O processo é mais célere, pois o concessionário, como agente delegado, que assume os riscos do serviço, busca um mecanismo que lhe garanta lucro pelo serviço prestado (SCHWIND, 2010, p.47).

4.2.1 Taxa ou Tarifa?

A remuneração dos serviços públicos pode ser delineada por dois segmentos, que embora sejam de regimes totalmente distintos, podem ocasionar alguma confusão conceitual.

Como dito, a taxa é uma espécie de tributo que tem como fato gerador uma contraprestação estatal, em razão do exercício do poder de polícia ou pela efetiva utilização de serviços públicos específicos ou pela sua mera disponibilidade.

As taxas estão submetidas a um regime de direito tributário (direito público) e o produto de sua arrecadação é de receita derivada (ALEXANDRE, 2015, p.37). É de caráter compulsório, pois a mera disponibilidade do serviço é fato gerador para sua cobrança.

A tarifa ou preço público é outra forma de remuneração dos serviços públicos, distinta das taxas. Embora também possua um caráter contraprestacional, o seu regime jurídico é de caráter contratual. A receita das tarifas é originária, provindo da exploração direta do Estado. Conforme Alexandre, (2015, p.38) “a relação contratual no qual se baseia a remuneração por tarifa exige a prévia manifestação do particular para que estabeleça vínculo obrigacional”.

É salutar ressaltar que, no que tange os preços públicos, é comum que o sujeito ativo seja uma pessoa jurídica de direito privado, o que usualmente ocorre nos serviços públicos delegados (concessão, permissão ou autorização), mas podendo ainda competir a titularidade a um ente de direito público. É dúplice essa possibilidade para a tarifa.

A fim de complementar tal conceituação, urge ressaltar o julgamento do Recurso Extraordinário 209.365-3/SP, de maneira que a remuneração dos serviços específicos e divisíveis passou a ser guiada pela seguinte lógica:

Serviços públicos propriamente estatais: são aqueles em cuja prestação o Estado atue no exercício de sua soberania, visualizada sob o ponto de vista interno e externo; esses serviços são indelegáveis, porque somente o Estado pode prestá-los. São remunerados, por isso mesmo, mediante taxa.

Serviços públicos essenciais ao interesse público: são os serviços prestados no interesse da comunidade. São remunerados mediante taxa.

Serviços públicos não essenciais: são aqueles que, quando não utilizados, não resulta dano ou prejuízo para a comunidade ou para o interesse público. Esses serviços são, em regra, delegáveis, vale dizer, podem ser concedidos e remunerados mediante preço público (STF, Tribunal Pleno, RE 209.365-3, SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j,04.03.1999, DJ 07.12.2000.P.50).

Pelo exposto, ressalta-se que no regime jurídico de taxa e tarifas são bastante diversos, pondo-se de um lado os princípios tributários, menos flexíveis e que oferecem uma maior segurança jurídica aos usuários, enquanto que as tarifas são mais flexíveis, permitem mutabilidade de valores a qualquer tempo, de forma a se restabelecer pela via administrativa o equilíbrio financeiro do contrato.

4.3 Natureza da contraprestação pecuniária na Lei 11.445 de 2007

A análise da natureza contraprestacional do serviço de abastecimento de água na Lei 11.445 de 2007 surge mediante conturbada análise de qual espécie remuneratória deveria ser adotada, sem grandes precisões a respeito do cabimento da taxa ou tarifa.

O artigo 29, inciso I do referido dispositivo legal aponta que o abastecimento de água e esgotamento sanitário deverá ser realizado preferencialmente na forma de tarifas ou preços públicos, que poderão ser estabelecidos para cada um dos serviços ou para ambos conjuntamente.

À luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), as contraprestações cobradas pelos usuários pelos serviços de água e esgoto são preços públicos, pois nem toda contribuição prestada por serviço é taxa (RE nº 54.491. Rel. Min Hermes Lima. Julg.15/10/1963).

No agravo regimental nº 791.189/RS-AgR, o STF também manifesta entendimento quanto ao quantitativo cobrado a título de fornecimento de água e esgoto, dizendo que esse tem caráter de tarifa, não se constituindo assim em tributo (AI nº 791.189/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 13/6/11).

No Recurso Extraordinário nº 201.630/DF-AgR, reitera-se a decisão do Supremo acerca do caráter de contraprestação do serviço de água e esgoto, não sendo devido o enquadramento como tributo (RE nº 201.630/DF-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 2/8/02).

O Ministro Relator Ricardo Lewandowski, no Recurso Extraordinário nº 544.289/MS-AgR, também reitera o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o quantitativo cobrado dos usuários das redes de água e esgoto é tido como preço público (RE nº 544.289/MS-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJE de 19/6/09).

Pelo entendimento do STF acerca da natureza jurídica da contraprestação pelo serviço de água e esgoto, o Superior Tribunal de Justiça, que entedia ser de regime tributário a natureza jurídica da remuneração cobrada pelas concessionárias em face dos usuários, viu-se obrigado no REsp nº 887.908/MS a se reposicionar, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STF (REsp nº 887.908/MS. Rel.Min. Luiz Fux. Julg.14.8.2007).

Dessa forma, há uma padronização de jurisprudência, no sentido de que a cobrança pelos serviços de abastecimento de água e esgoto configura tarifa.

As conseqüências pela definição da natureza do regime de cobrança pelo serviço água fundam-se na proteção no âmbito do direito tributário ou do direito do consumidor.

De acordo Bolzan (2009, p.172), “a primeira repercussão diz respeito à incidência do princípio da legalidade”. Caso a contraprestação pecuniária tenha caráter de taxa, a sua instituição ou majoração dependerá da existência de lei em obediência ao artigo 150, I da Constituição Federal. Por outro lado, caso a natureza seja de tarifa, mesmo não incidindo diretamente o princípio da legalidade, o legislador deverá se nortear pelos princípios implícitos e explícitos do artigo 37 da Constituição Federal. Esse é o posicionamento do STF e STJ.

Todavia, caso houvesse incidência do Código de Defesa do Consumidor (CDC), estar-se-ia a tratar de uma relação de consumo, aplicando-se os conceitos de consumidores e fornecedores. Neste ensejo, conforme qualificação explanada artigo 3º do CDC, a Administração Pública Direta e Indireta inclusa no conceito de fornecedor do Código de Defesa do Consumidor.

Quanto à definição de consumidor, os artigos 4º e 22º do CDC tutelam a proteção dos consumidores pelos serviços prestados por pelos órgãos públicos, bem como por suas permissionárias ou concessionárias (artigo 22, parágrafo único do CDC).

Assim, tendo em vista a entendimento da lei 11.445/ 2007 sobre a aplicação de uma política tarifária para os serviços de abastecimento de água e esgoto, aplicam-se nessa seara os institutos de garantias aos usuários do Código de Defesa do Consumidor.

Por derradeiro, é importante destacar que a jurisprudência vem entendendo como legal a cobrança de tarifa mínima em razão da prestação de determinados serviços público.

Nesse entendimento, Alochio (2007), define que:

A política de prestação de serviços poderá fixar valores mínimos de cobrança (elementos financeiros), desde que tais valores estejam motivadamente demonstrados como necessários à manutenção da disponibilidade do sistema de saneamento. O móvel para a cobrança da tarifa (ou taxa) mínima, então, não será o elemento financeiro, mas, eis o ponto relevante, o seu elemento finalístico que é manter o serviço regular (ALOCHIO, 2007, p.89).

Por esse entendimento, a tarifa mínima defendida por esses autores está vinculada a manutenção da rede como condição de regularidade do serviço, e não pela mera disponibilidade do serviço ofertado.

Todavia, discorda-se aqui deste entendimento, pois a cobrança por um serviço em que há possibilidade de fruição, não implica no necessário aproveitamento daquele serviço. Essa caracterização é típica dos serviços potencialmente disponíveis no regime jurídico das taxas. Pelo exposto, entende-se que as taxas mínimas buscam apenas viabilizar a atividade do concessionário na prestação do serviço. O usuário é chamado a dividir essa responsabilidade do concessionário.

4.4 Possibilidades da interrupção do serviço de água na Lei do Saneamento Básico

A suspensão do fornecimento de água é uma hipótese prevista no artigo 40 da Lei 11.445/2007, porém é considerada como situação excepcional à luz do Princípio da Continuidade elencado no artigo 2º do referido dispositivo, pois a norteia-se pela prestação contínua e regular do serviço.

Dessa maneira, é necessário compreender em quais hipóteses é cabível a suspensão do fornecimento de água do artigo 40 da Lei de Saneamento Básico.

O inciso I do referido dispositivo busca a tutela para as situações de emergência, sendo claro que a interrupção ocorrerá para a proteção do interesse público das pessoas e bens envolvidos.

O inciso II caracteriza a interrupção do serviço para atender as situações relativas ao próprio serviço, que acarretem a manutenção ou melhoria do serviço oferecido.

No inciso III, a suspensão do fornecimento, esta calcada na indisponibilidade do usuário em permitir a instalação de aparelhos medidores, sendo essa uma norma de saneamento imprescindível para a aferição do consumo.

O inciso IV prevê a possibilidade de suspensão para aquelas hipóteses em que o usuário manipula os instrumentos necessários a verificação do consumo de água.

Por fim, o inciso V consagra a hipótese de suspensão mediante inadimplemento do usuário do serviço, devendo essa estar condicionada a notificação prévia do usuário.

Nessa toada, estabelece o parágrafo 2º do artigo 40 que, nas hipóteses dos incisos III e V, prazo mínimo de aviso será de 30 dias da data prevista para a suspensão.

Quanto à hipótese de suspensão por inadimplemento, ressalta-se jurisprudência consoante ao entendimento da licitude da suspensão:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO ADMINISTRATIVO E DO CONSUMIDOR - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - COPASA - SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ÁGUA EM VIRTUDE DA INADIMPLÊNCIA DO CONSUMIDOR - DÉBITO ATUAL - COMUNICAÇÃO PRÉVIA -

ADMISSIBILIDADE - DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZADOS –
RECURSO (MINAS GERAIS, TJMG, 2015).

A ementa citada alude ao preceito legislativo do artigo 40, §§ 1º e 2º da Lei 11.445/2007, sendo esses: débito atual e a comunicação prévia a usuário. Dessa forma, o regime tarifário instituído pela Lei de Diretrizes do Saneamento Básico para o serviço de abastecimento de água e esgoto (artigo 29, I), faculta ao concessionário a possibilidade de suspensão do fornecimento de água mediante atendimento dos requisitos acima mencionados.

O pagamento é discutido como um dever do usuário, que não pode se escusar do pagamento das faturas mensais de consumo, independentemente do seu recebimento.

Afere-se que o não pagamento das tarifas por usuários isolados provocaria um desequilíbrio financeiro do contrato, onerando a própria coletividade. Nesse sentido, Câmara (2009), aduz que:

Sustenta-se que, caso fosse exigida do prestador de serviço público a continuidade da prestação nos casos de inadimplência, poderia haver, na hipótese do crescimento do número de devedores, risco para a manutenção do sistema como um todo. Haveria, por assim dizer, um risco sistêmico, provocado pela assunção de custos pela prestadora de serviço público sem a devida contraprestação imediata (CÂMARA, 2009, p.108).

Um limite de suspensão imposto pela legislação refere-se ao artigo 40, parágrafo 3 que prevê condições em que, embora haja inadimplemento, deverá haver manutenção do fornecimento do abastecimento como ocorre nos estabelecimentos de saúde, a instituições educacionais e a usuários beneficiados pela tarifa social.

O texto legal é omissivo quanto ao prazo que deverá ser aplicado, sendo certo que dado o caráter coletivo que se tutela, o prazo mínimo deverá ser superior a 30 dias, visto ser esse o prazo mínimo de aviso prévio (ALOCHIO, 2007, p.109).

Pelo exposto, conforme anteriormente explanado, é sabido que o serviço público é uma prestação de atribuição da Administração Pública, sendo que a descentralização do serviço poderá ser realizada por outorga ou delegação. Na delegação a administração pública permanece com a titularidade serviço, mas a execução do mesmo é delegada ao particular.

Quanto à forma de remuneração, o posicionamento que majoritariamente encontramos na doutrina, concerne à adoção pelo regime tarifário. Aduzem que artigo 175 do texto constitucional optou pelo regime tarifário, acrescentando que o próprio artigo 29 da Lei de Diretrizes Básicas (Lei 11.445/2007) possibilita a aplicação da tarifa para a contraprestação pelo abastecimento de água e esgoto.

Contudo, diante das duas espécies remuneratórias comumente aplicadas a cobrança em face do usuário, ou seja, aplicação da taxa ou tarifa, vislumbro que a adoção do pelo regime tarifário é muito mais vantajoso ao concessionário, pois a lei lhe permite suspender o fornecimento de água mediante inadimplemento e aviso prévio ao usuário. Por outro lado, caso fosse aplicado às taxas como regime remuneratório, não poderia haver a suspensão do serviço de água, sendo necessário inscrever os inadimplentes em dívida ativa e proceder a execução fiscal.

De outra maneira, os prazos prescricionais são estendidos na cobrança de tarifa, sendo-lhes aplicado o prazo decenal do Código Civil. Há maior benefício para o concessionário, em contrapartida ao prazo de quinquenal de das taxas.

De outra sorte, quanto ao que denominam de tarifa mínima, compreendo que se trata de taxa por pagamento da mera disponibilidade do serviço, pois de fato, mesmo que não haja consumo, há pagamento pelo serviço. Todavia, os defensores da política tarifária justificam ser devido tal pagamento pela inserção do usuário ao sistema de fornecimento disponível.

Por fim, compreendo que caso fosse adotado o sistema de taxa para a remuneração do serviço público de água, os usuários do serviço público estariam mais resguardados da possibilidade de suspensão do fornecimento do serviço. Acredito que dada à essencialidade da água na manutenção da vida humana, a taxa como espécie remuneratória estenderia a concepção de proteção da dignidade humana do artigo 1º, III da Constituição Federal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste artigo foi observada a pertinência da temática de estudo quanto à necessidade e imprescindibilidade da água como elemento fundamental à vida. A distribuição hidrogeológica da água foi apresentada como fator independente da capacidade financeira e do poder aquisitivo dos países, sendo esse determinado, exclusivamente, por causas naturais.

Quanto à qualidade de distribuição de água ofertada a população, fez-se necessário expor a correlação existente entre o saneamento básico e as principais causas de mortalidade nos países periféricos. A Constituição Federal de 1988 não traz expressamente o direito de acesso à água potável como direito fundamental dos indivíduos, porém expressamente garante o direito à saúde e vida, tendo a água, por legislação extravagante, assumido papel de direito fundamental. Por essa razão, tendo vislumbrado a água como elemento fundamental à vida, não se pode apartá-la de proteção constitucional.

Pelo viés ambiental, demonstrou-se a proteção da água como elemento corpóreo componente do meio ambiental, com previsão no artigo 225 da Constituição Federal.

O abastecimento de água potável no ordenamento jurídico, regulamentado como atividade de saneamento básico, é preconizado na Lei 11.447/2007, conhecida como Lei de Saneamento Básico. Ademais, as competências legislativas fixadas na Constituição Federal foram detalhadas com o intuito de se compreender a atuação de cada ente federado.

Dessa maneira, tendo esta pesquisa enfocando na hipótese de suspensão do serviço de abastecimento de água por inadimplemento do usuário, traz-se à tona a discussão relativa ao regime tarifário aplicado. Foi demonstrado que a determinação pelo regime tarifário está pacificado nos tribunais, não se aplicando o regime tributário das taxas.

Todavia, a discussão que permeia a definição pelo regime remuneratório reflete diretamente nas consequências para o usuário. Diante do regime tarifário, no qual a prestação do serviço ocorre por concessionários, à majoração tarifária independe da edição de lei, sendo-lhe cabíveis a aplicação de acordos ou aditivos para restabelecer o equilíbrio financeiro do contrato. Este regime estende uma maior proteção ao concessionário para que a sua atividade permaneça lucrativa.

Por outro lado, caso fosse adotado o regime de taxa, a majoração de alíquotas deveria estar precedida de lei anterior, sendo também limitado pelo regime da anterioridade.

Nesse toada, a discussão pela possibilidade de suspensão diante do inadimplemento do usuário (artigo 40, V, Lei 11.445 de 2007) torna-se relevante, pois diante do regime tarifário, põe-se o serviço de abastecimento como prestação facultativa e, por essa razão, confere-se ao

concessionário o poder de suspensão do abastecimento de água do usuário em face do inadimplemento débito atualizado e mediante aviso prévio. Todavia, caso adotassem o regime de taxas, a prestação teria natureza compulsória e, por isso não se poderia suspender o fornecimento de água. Quanto ao inadimplemento no caso de taxas, o procedimento de cobrança se realizaria através da inscrição em dívida ativa e posterior execução fiscal.

A pesquisa também apresentou as chamadas tarifas mínimas no regime tarifário, sendo essas um dever do usuário de assumir um pagamento mínimo face o concessionário, mesmo que não utilizado o serviço, pela mera inserção do usuário ao sistema de rede.

Por essas razões, discordo do posicionamento pacificado, pois vislumbro que ocorre uma transferência do ônus do concessionário prestador do serviço para o usuário. Entendo que tal cobrança por tarifas mínimas tem o mesmo fator das taxas cobradas pela mera disponibilidade do serviço.

Afilio-me a idéia de que, dado a imprescindibilidade do fornecimento de água para a manutenção da vida humana, seria mais benéfico aos usuários a opção pelo regime tributário, pois haveria um maior resguardo ao direito de acesso à água potável, consubstanciando assim direitos fundamentais básicos e indispensáveis à vida humana. Não há como se apartar a necessidade de vida do ser humano do consumo da água. As variantes estão conectadas e indispensáveis a uma vida digna.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário esquematizado**. 9ª edição. São Paulo: Editora Método, 2015.
- ALCHIO, Luiz Henrique Antunes. **Direito do Saneamento**: Introdução à lei de diretrizes nacionais de saneamento básico. Campinas: Millennium Editora, 2007.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- BARROSO, Luiz Roberto. Saneamento Básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo – REDAE**. nº 11, agosto/set/out. 2007. Salvador, Bahia. ISSN 1981 -1861. Disponível em: <http://goo.gl/DKgKR>. Acesso em: 08 de abril de 2016.
- BRASIL. **Constituição do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte/MG: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: <http://goo.gl/dNECZO>. Acesso em: 22 de maio de 2016.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília/DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://goo.gl/wUgZP>. Acesso em: jan/2016.
- BRASIL. **Lei 8987/95: Lei de Concessões de Permissões**. Brasília, 1995. Disponível em: <http://goo.gl/gta18n>. Acesso em: jan/2016.
- BRASIL. **Lei 9.433/97: Lei de Recursos Hídricos**. Brasília, 1997. Disponível em: <http://goo.gl/1ZeD6>. Acesso em: jan/2016
- BRASIL. **Lei 11.445/2007: Lei de Saneamento Básico**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://goo.gl/Bt55F>. Acesso: jan/2016.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.914**, de 11 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://goo.gl/jO4rYo> Acesso: jan/2016.
- MINAS GERAIS. TJMG. **Acórdão: 1.0024.10.243157-4/001**. Relator: Des. Áurea Brasil. Relatora do Acórdão: Des. Áurea Brasil. Data do Julgamento: 26/03/2015. Data da Publicação: 07/04/2015. Disponível em: <http://goo.gl/IpsyUB>. Acesso em: jan/2016.
- BRASIL. Ministério das Cidades. **Panorama do Saneamento Básico no Brasil**: elementos conceituais para o saneamento básico. V.1. Brasília. 1ª edição, 2011. Disponível em: www.cidades.gov.br. Acesso em: 30 de janeiro de 2016.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 887.908/MS**. Rel.Min. Luiz Fux. Julgamento: 14.8.2007. Disponível em: <http://goo.gl/3EAx18>. Acesso em: Acesso em: 18/05/2016.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE nº 544.289/MS-AgR**. Rel. Min.Ricardo Lewandowski. DJE: 19/6/09. Disponível em: <http://goo.gl/lc3hbZ>. Acesso em: 18/05/2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE n.º 54.491/PE**. Rel. Min Hermes Lima. DJ: 15/10/1963. Disponível: <http://goo.gl/3EAX18>. Acesso em: 18/05/2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE n.º 201.630/DF-AgR**. Rel. Min. Ellen Gracie DJ: 02/08/2002. Disponível: <http://goo.gl/eQiwVA>. Acesso em: 20/05/2016.

BOBBIO, N. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

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

DANTAS, Camila Pezzino Balaniuc. A questão da competência para a prestação do serviço público de saneamento básico no Brasil. In: PICINNI, Juliana; FORTINI, Cristiana (org). **Saneamento Básico: estudos e pareceres à luz da lei 11.445/2007**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.27-84. ISBN 978-85-7700-243-6.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

INSTITUTO TRATA BRASIL. Manual do Saneamento Básico. 2012. Disponível em: <http://goo.gl/N3zx4z>. Acesso em: 30 de janeiro de 2016.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Recursos Hídricos: direito brasileiro e internacional**. Malheiros Editores, 2002.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8ª edição. Niterói: Impetus, 2014.

MEIRELLES, H.L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª edição. São Paulo: Malheiros Editora, 2014.

OLIVEIRA, Elayne Leal de. **O direito penal ambiental e a prestação de serviço à comunidade como instrumento de implementação do direito de acesso à água potável**. 2009. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009. Disponível em: <http://goo.gl/6yoGrH>. Acesso em: jan2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Confederação das Nações Unidas sobre o meio ambiente e desenvolvimento: agenda 21**. Disponível em: <http://goo.gl/Lckx6q>. Acesso em: jan2016.

RIBEIRO, Wagner Costa. **Geografia Política da Água**. São Paulo: Annablume, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

SAKER. João Paulo Pelegri. **Saneamento básico e desenvolvimento**. São Paulo, 2007. 145 p. Dissertação de Mestrado em Direito Público e Econômico. Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2007. Disponível em: <http://goo.gl/KEZvqR>. Acesso em: jan/2016.

SARRETA, Catia Rejane Liczbinski. **Sociologia do Direito à água percepções sociais, ambientais e culturais dos atores diante do direito universal à água e do processo de privatização.** 2013. 266 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013. Disponível em: <http://goo.gl/CIXsg7>. Acesso em: jan/2016.

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