ASPECTOS JURÍDICOS DA COBRANÇA PELA UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS

CID TOMANIK POMPEU*

1 — Introdução. 2 — Os bens públicos no direito brasileiro. 3 — A natureza jurídica das águas. 4 — O domínio das águas públicas. 5 — O poder de polícia. 6 — A outorga do direito de uso das águas públicas. 7 — O poluidor-pagador e o usuário-pagador. 8 — A natureza jurídica da contraprestação. 9 — Os vários usos das águas e o usuário-pagador. 10 — A Constituição do Estado de São Paulo, de 1989. 11 — A lei nº 7.663, de 30 de dezembro de 1991. 12 — As águas subterrâneas. 13. Outras leis e propostas correlatas. 14 — Leis adicionais e o Regulamento da Lei nº 7.663/91. 15 — Conclusão.

1. *Introdução*

Na elaboração de normas jurídicas sobre águas, é importante levar em consideração, entre outros elementos: (i) o tipo de estado a que se destina, se unitário ou federal; (ii) as disposições constitucionais, em especial no que tange às competências e, se for o caso, sobre o domínio dos corpos de água; e (iii) o sistema jurisdicional vigente no país, se jurisdição una, quando todas as lesões de direito devem ser levadas a um mesmo aparelhamento judicial, ou jurisdição dupla, também denominada contencioso administrativo, quando a maioria das questões que envolvem a Administração são dirigidas a uma justiça administrativa.

Em alguns países, existem, ainda, juízes ou tribunais especializados para as questões relativas às águas, os quais, em determinadas localidades, decidem apenas matéria de fato, não de direito, cabendo esta aos órgãos jurisdicionais do Estado.[1]

1 POMPEU, Cid Tomanik — em *Modelos para Gerenciamento de Recursos Hídricos*, Coleção ABRH de Recursos Hídricos, p. 24, NOBEL/ABRH, SP, 1987.

* Presidente do Comitê Brasileiro, da *International Association for Water Law (IAWL)*. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP).

Deve-se ter presente, igualmente, a estabilidade dos usos e direitos preexistentes. O desconhecimento destes pode provocar conflitos sociais e iniqüidades.[2]

Às vezes, é aconselhável que sejam editadas normas legais de duração temporária, para que os novos preceitos possam ser gradativamente assimilados pelos usuários e, também, pela Administração.

Na abordagem dos aspectos jurídicos da cobrança pela utilização dos recursos hídricos, em nosso país, portanto, é conveniente discorrer um pouco a respeito da classificação dos bens públicos no direito brasileiro, por estarem as águas inseridas nessa categoria.

Da mesma forma, são premissas indispensáveis para o bom entendimento da matéria, a identificação da natureza jurídica e do domínio desses recursos, objeto que são da aplicação do princípio *usuário-pagador.*

A focalização do poder de polícia administrativa é muito importante, porque a Administração o exercita na regulamentação, na fiscalização e no controle do uso dos recursos hídricos, nas decisões individuais, quando expede as outorgas e, também, na coerção.

Como o estudo da problemática da cobrança pelo uso dos recursos hídricos leva, conseqüentemente, a considerações a respeito dos institutos do *poluidor-pagador*, e do *usuário-pagador*, da natureza jurídica da contraprestação efetuada pelo usuário, e, ainda, dos usos economicamente mais representativos da água, estes aspectos estão abordados nesta exposição.

Uma vez que, no Estado de São Paulo, a matéria tem origem em disposições da Constituição estadual e da Lei nº 7.663/91, serão elas examinadas, para que possa haver interpretação bastante uniforme e, se possível, estabelecer alguma unidade terminológica a respeito dos seus termos.

Sendo apenas uma das fases do ciclo hidrológico, mas suscetível, muitas vezes, a tentativas de separá-las das demais normas relativas aos recursos hídricos, as águas subterrâneas merecerão análise mais detalhada.

A lei sobre a Política Estadual de Saneamento e os estudos sobre a Política Estadual do Meio Ambiente, assim como o Projeto de Lei em tramitação na Assembléia Legislativa, pelas interfaces que apresentam com a Lei nº 7.663/91, em fase de regulamentação, serão focalizados. O mencionado estudo, em especial na parte relativa às águas subterrâneas, por sua vinculação com os aspectos ligados aos temas *usuário-pagador* e *rateio de Custo.*

Para que se possa ter visão global das normas, legais e regulamentares, previstas pela Lei nº 7.663/91, indispensáveis à aplicação do princípio do *usuário-pagador*, no Estado de São Paulo, estarão elas aqui relacionadas.

Iniciemos, portanto, cuidando da questão dos bens públicos no direito brasileiro.

2 SOLANES, Miguel — *Derechos sobre Aguas — Seguridad y estabilidad juridicas, implicaciones para el desarrollo y conservación de los recursos hidricos, em Annales Juris Aquarum III,* em Annales Juris Aquarum III, do III Congresso Mundial de Derecho y Administración de Aguas, da Associación Internacional de Derecho de Aguas, pp. 335-349, Valência, 1990.

2. *Os bens públicos no direito brasileiro*

É da tradição dos países que codificaram seu direito civil com base no código napoleônico a colocação dos bens públicos no respectivo código. Embora matéria de direito administrativo, essa inclusão junto ao direito privado serve para determinar quais os bens particulares, cuja conceituação legal, pela sua variedade, de outra forma seria bastante complexa.

Filiado ao sistema romano-germânico de direito, o direito brasileiro não fugiu ao modelo francês e, no Código Civil, de 1916, classificou como públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados e Municípios permanecendo todos os demais particulares, seja qual for a pessoa a que pertençam[3]. A essas entidades, por alterações constitucionais posteriores, deve ser acrescentado o Distrito Federal.

Segundo o Código, esses bens só perdem a inalienabilidade que lhes é peculiar nos casos e formas prescritos em lei[4].

Em enumeração exemplificativa, o Código Civil divide os bens públicos em: (i) *bens de uso comum do povo*: os mares, rios, as estradas, ruas e praças; *(ii) bens de uso especial*: os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal; e (iii) *bens dominicais*: os que constituem o patrimônio da União, dos Estados, ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades[5]. Conforme observado, na relação deve ser incluído o Distrito Federal.

À lista dos bens de uso comum, no Código, deve ser acrescentado o *meio ambiente*, por força do disposto no art. 225, da Constituição Federal de 1988. Sua colocação nessa categoria, todavia, em termos práticos, não é fácil, haja vista o conceito de meio ambiente aceito pela doutrina e pela legislação.

Veja-se, por exemplo, que, em sentido amplo, a expressão *meio ambiente* pode designar o "*conjunto, em determinado momento, de agentes físicos, químicos e biológicos e de fatores sociais suscetíveis de produzir efeito direto ou indireto, imediato ou a termo, sobre os organismos vivos e as atividades humanas*"[6]. Pode, ainda, significar "*conjunto de todas as condições e influências externas que afetam a vida e o desenvolvimento de um organismo*[7], ou, "o complexo de relações entre o mundo natural e o ser vivo, as quais influem na vida e no comportamento do mesmo ser"[8].

A Lei de Bases do Ambiente, de Portugal, define ambiente como "o conjunto

3 Art. 65, do Código Civil.

4 POMPEU, Cid Tomanik — *Os Reservatórios de Água e as Linhas de Transmissão*, em Revista DAE, nº 102:68-72.

5 Art. 66, I, II a III.

6 *Vocabulaire de l'Environnement*, Conseil International de la Langue Française. HACHETTE, Paris, *sub voce envionnement*.

7 Glossário de Termos Usuais em Ecologia, Academia de Ciências do Estado de São Paulo, 1980, *sub voce meio ambiente*.

8 DOTTI, René Ariel, em *Enciclopédia Saraiva do Direito, apud* MILARÉ, Édis. Tutela Jurídica do Meio Ambiente, RT nº 605:20-25.

de sistemas físicos, químicos, biológicos e suas relações e dos fatores econômicos, sociais e culturais com efeito direto ou indireto, mediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida do homem" .[9]

No Brasil, a legislação ambiental federal define-o como "conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas"[10].

Por isso, incluir tal conjunto entre os *bens públicos de uso comum,* no sentido corrente adotado pela legislação e doutrina tradicionais, não é matéria simples.

Os *bens públicos de uso comum* são insuscetíveis de direito de propriedade, embora a tradição permita empregar o termo para designar o titular da relação jurídica, ao qual se confia a sua guarda e gestão. Nesse sentido, as pessoas jurídicas de direito público são os *titulares* e o povo e, também, o Estado de seus *beneficiários*[11].

Mediante os institutos da *autorização administrativa,* da *permissão administrativa e da concessão administrativa,* outorgadas pelo titular do domínio, os aludidos bens podem ser utilizados, privativamente.

O uso dos bens públicos, por particular, pode ser dividido em *comum*, exercido em igualdade de condições, por todas as pessoas, ou *privativo*, com exclusividade, mediante título conferido pela Administração. O *uso comum*, por sua vez, pode ser *ordinário*, sem exigências, ou *extraordinário*, dependente de outorga. Pode ser, ainda, *normal*, isto é, de acordo com a destinação do bem, ou *anormal*, em desacordo com ela, mas compatível com o fim próprio a que o bem esteja afetado[12].

Em princípio, a regra é a da utilização gratuita do *bem público de uso comum*, embora, como prevê o Código Civil, esse uso possa ser retribuído, conforme as leis da União, dos Estados e dos Municípios a cuja administração pertencer[13]. No mesmo sentido, o *uso comum* das águas pode ser gratuito ou retribuído, de acordo com as leis e os regulamentos da circunscrição administrativa a que pertencerem[14].

Ao contrário do que ocorre com o *uso comum*, o *uso privativo* geralmente não é gratuito[15]. A tese da onerosidade desse uso, para alguns, baseia-se no fato de que o beneficiário deve compensar a comunidade pela desigualdade de desfrute do seu bem[16].

9 Lei nº 11/87, de 7 de abril, art. 5º, 2, "a".

10 Lei nº 6.938, de 31-8-81, art. 3º, I.

11 CRETELLA JÚNIOR, José — *Tratado do Domínio Público.* Forense, SP, p. 301; BUZAID, Alfredo, RDA 84:323-324; REALE Miguel — *Caracterização dos bens públicos*, em Direito Administrativo, Forense p. 229, 1969.

12 ZANOBINI, Guido — *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. IV, p. 31, 1958; LAUBADÈRE, André de — *Traitè Elementarie de Droit Administratif*, 5ª ef., p. 176, 1970; e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella — *Uso Privativo de Bem Público por Particular*, pp. 10-17, Ed. Rev. Tribunais, 1983.

13 Art. 68.

14 Código de Águas, art. 36, § 2º.

15 CAETANO, Marcelo, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Forense, RJ, pp. 438-439, 1977.

16 COTRIM NETO, A.B. — *Da Utilização Privada dos Bens Públicos de Uso Comum*, em RDA 90:470-476.

3. *A natureza jurídica das águas*

Delinear o regime jurídico de um instituto, bem como definir-lhe a natureza jurídica, é situá-lo, de maneira precisa, no sistema jurídico a que pertence[17].

Ao ordenamento jurídico de cada país cabe definir a natureza jurídica das águas nele existentes. No Brasil, a Constituição Federal, de 1988, praticamente, publicizou todas as águas, ao reparti-las entre a União e os Estados, sem deixar espaço para a inclusão das águas municipais, das particulares e das comuns, como anteriormente existia[18].

Pelo fato de pertencerem à União e aos Estados, pessoas jurídicas de direito público, inserem-se elas na categoria de *bens públicos*, podendo ser, principalmente, de *uso comum e dominicais*.

Entre essas águas, a determinação da natureza jurídica dos lagos artificiais, destinados a atividades relacionadas com a prestação de serviços públicos, é matéria de grande importância, não só para aqueles que os utilizam, como para terceiros interessados e para as autoridades públicas. Esses lagos podem ser classificados como *públicos, de uso comum ou dominicais*, se alimentados por águas públicas ou dominicais. Quando construídos e administrados por concessionário público, as suas águas não perdem a natureza pública, ressalvado sempre o direito do concessionário ao seu uso exclusivo, nos termos da concessão. Terceiros que venham a ser autorizados a utilizar-se das águas de lago artificial, construído por concessionário, se aproveitam as águas em razão das obras por este excutadas, devem indenizá-lo pelos benefícios auferidos[19].

Por se tratar de bens públicos, a classificação das águas deve estar de acordo com o Código Civil, que "*oferece as coordenadas para a classificação fundamental que informa todo nosso sistema jurídico*"[20]. Sendo assim, podem elas ser, predominantemente, de uso *comum* ou *dominicais*, já que a categoria *uso especial* não se lhes aplica com facilidade.

4. *O domínio das águas públicas*

A Constituição Federal de 1988 estabelece que, praticamente, todas as águas são públicas, do domínio da União, dos Estados e, por extensão e analogia, do Distrito Federal. Pelos termos empregados na Lei Magna, deixaram de existir, em tese, as águas comuns, as municipais e as particulares, previstas no Código de Águas[21].

17 CRETELLA JÚNIOR, José, *Tratado do Domínio* ..., p. 389, 1984.

18 POMPEU, Cid Tamanik — *Recursos Hídricos na Constituição de 1988*, Revista Águas e Energia Elétrica, nº 14:42-49 e Revista de Direito Administrativo RDA, RENOVAR/FGV, vol. 186, RJ, pp 10-25.

19 POMPEU, Cid Tomanik — *Naturaleza Juridica de los Lagos Artificiales*, em Annales Juris Aquarum, vol. II, Tomo I, da Asociación Internacional de Derecho de Aguas, Caracas, Venezuela, 1976, pp. 31-53 e Revista DAE nº 105:37-48.

20 CRETELLA JÚNIOR, José — *Tratado do Domínio* ..., pp. 297-298.

21 POMPEU, Cid Tomanik — *Recursos Hídricos na* ... .

Para a identificação do domínio das águas situadas no Distrito Federal, entendemos que deve ser empregada a analogia, para assemelhá-las às estaduais. Nesse ponto, nossa interpretação, com a devida vênia, é diversa da de CRETELLA JÚNIOR, quando, baseando-se no art. 16, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal de 1988, que declara incluírem-se entre os bens do Distrito Federal aqueles que lhe vierem a ser atribuídos pela União, na forma da lei, afirma que "*no momento, não existem bens públicos distritais*"[22]. Apoiamo-nos, para tanto, no fato de a Lei Magna, ao definir os bens da União, enunciar quais são eles, inclusive os que lhe pertenciam no momento da sua promulgação. Trata-se da totalidade dos bens[23]. Relativamente aos Estados, a Constituição apenas declarou que, entre os bens destes, portanto, entre os já existentes, *incluíam-se* outros[24]. O mesmo verbo *incluir* foi empregado no tocante ao Distrito Federal[25].

À União, em termos constitucionais, pertencem os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos do seu domínio, 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[26], e o mar territorial[27].

Aos Estados e, como foi visto, por analogia, ao Distrito Federal, cabem as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, as decorrentes de obras da União[28]. Essas águas, embora de rios estaduais, deixaram de pertencer aos Estados, devendo alguma lei federal definir-lhes o domínio[29].

Quanto ao domínio, as águas públicas devem ser objeto de discriminação e registro[30]. Essas medidas, todavia, têm efeito apenas declaratório e não constitutivo, uma vez que a questão dominial é resolvida pela localização e características daqueles recursos naturais, apurada segundo critérios hidrológicos e não jurídicos. Ao Direito cabe apenas declará-las, após a definição técnica.

5. *O poder de polícia*

Ensina BRANDÃO CAVALCANTI que, na expressão poder de polícia, está compreendido, em sentido amplo, "*o exercício do poder sobre as pessoas e as coisas, para atender ao interesse público*", incluindo "*todas as restrições impostas pelo*

22 CRETELLA JÚNIOR, José — *Dos Bens Públicos na Constituição de 1988*, Revista dos Tribunais nº 653:16-48.

23 Art. 20, I a XI.

24 Art. 26, I a IV.

25 Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 16, § 3º.

26 Art. 20, III.

27 Art. 20, I.

28 Art. 26, I.

29 Art. 26, I, *in fine*.

30 Decreto-lei nº 2.281, de 5.6.40 e Decreto-lei nº 5.417, de 16.4.43.

poder público aos indivíduos, em benefício do interesse coletivo, saúde, ordem pública, segurança, e, ainda mais, os interesses econômicos e sociais"[31].

Essa polícia, denominada *polícia administrativa*, é exercida de três modos: pela *regulamentação*, por *decisões particulares*, e pela coerção[32].

No ordenamento jurídico brasileiro, o Código Tributário Nacional define poder de polícia como a atividade da Administração pública 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. O exercício desse poder é regular quando desempenhado pelo órgão competente, nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder[33].

A polícia *dos bens dominiais*, também denominada *autotutela dominial*, visa a proteger não apenas a constituição física do bem público, impedindo-lhe a degradação, mas, também, impedir a prática abusiva de terceiros, que possam estragá-los[34]. No campo das águas públicas, a *autotutela*, o poder de polícia do Estado, apresenta-se sob os mais variados aspectos. Como tais águas se prestam à navegação, à irrigação, à produção de energia elétrica, à pesca, a usos industriais, a abastecimento público e à recreação, a polícia administrativa abrange todos esses casos[35].

Nesse sentido, a Constituição Federal dá como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a fiscalização das concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos em seu território. É o exercício do poder de polícia administrativa. De acordo com a Constituição, lei complementar fixará normas para a cooperação entre essas pessoas jurídicas públicas[36].

6. *A outorga do direito de uso das águas públicas*

Nos termos da Constituição Federal, à União, além de legislar privativamente sobre águas[37], compete definir critérios de outorga de direito do uso dos recursos hídricos, o que, na verdade, é uma forma de exercício do poder de polícia administrativa, como visto acima[38].

31 BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles, *Tratado de Direito Administrativo*, Ed. Forense, SP, vol. V, p. 46, 1968.

32 POMPEU, Cid Tomanik — Regime Jurídico de Polícia das Águas Públicas /1 — Polícia da Qualidade, Ed. CETESB, SP, p. 28, 1976.

33 Lei nº 5.172, de 25.10.66, art. 78 e parágrafo único.

34 CRETELLA JÚNIOR, José, Tratado do Domínio Público ... p. 117.

35 POMPEU, Cid Tomanik, *Regime Jurídico da Polícia...* . p. 27.

36 Art. 23, XI e parágrafo único.

37 Art. 22, IV.

38 Art. 21, XIX.

Em virtude do instituto da recepção, as normas do direito anterior, que não conflitam com a nova Constituição, são recebidas pelo ordenamento jurídico por esta regulado. Com isso, os preceitos do Código de Águas referentes à outorga do direito de uso das águas públicas, ajustados às normas ambientais posteriores, permanecem vigentes, em especial no tocante às derivações[39] e aos despejos[40].

Em razão do disposto no art. 43, do Código de Águas, as águas públicas não podem ser derivadas para as aplicações da agricultura, da indústria e da higiene, sem a existência de *concessão administrativa*, no caso de utilidade pública e, não se verificando esta, de *autorização administrativa*, dispensada na hipótese de derivações insignificantes[41].

As outorgas são feitas por tempo fixo, nunca excedente de trinta anos, determinando-se prazo razoável para início e conclusão das obras, sob pena de caducidade[42].

A concessão não importa alienação parcial das águas públicas, que são *inalienáveis*, mas no simples direito ao seu uso[43].

As concessões ou autorizações, para derivação que não se destine à produção de energia hidrelétrica, são outorgadas pela União, pelos Estados ou pelo Distrito Federal, conforme seu domínio sobre as águas a que se referir[44].

Posteriormente, o Governo Federal introduziu a figura da *permissão administrativa*, para a outorga de direito de uso de água, nas derivações insignificantes, para as quais o Código de Águas havia dispensado a *autorização administrativa*. Foram consideradas insignificantes as derivações que apresentarem até 20% (vinte por cento) da média das vazões mínimas no trecho do curso de água em que se verificar a derivação. Em nenhum caso, o volume derivado pode exceder $1 m^3/s$ (um metro cúbico por segundo). Se a vazão residual do curso atingir, nos períodos de estiagem, o valor mínimo já verificado, a permissão fica automaticamente suspensa, até que seja restabelecido fluxo que permita preservar o referido mínimo[45].

Os mencionados institutos, do Direito Administrativo, podem ser assim definidos:

(i) *concessão*: contrato segundo o qual a "*Administração delega ao particular a execução remunerada de serviço ou de obra pública, ou lhe cede o uso de um bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais*"[46];

(ii) *autorização: "ato administrativo discricionário, pelo qual se faculta a prática de ato jurídico ou de atividade material, objetivando atender diretamente a*

39 Arts. 43-52.

40 Arts. 111-112.

41 POMPEU, Cid Tomanik, *Regime Jurídico da Concessão de Uso das Águas Públicas*, em Revista de Direito Público, nº 21:160-173.

42 Código de Águas, art. 43, § 2º.

43 Código de Águas, art. 46.

44 Código de Águas, art. 62.

45 Portaria nº 468, de 31.3.78, do Ministro de Estado das Minas e Energia.

46 LOPES MEIRELLES, Hely — *Direito Administrativo Brasileiro*, 13ª ed. atualizada, SP, Ed. Revista dos Tribunais, pp. 217-218, 1987.

interesse público ou privado, respectivamente, de entidade estatal ou de particular, que sem tal outorga seria proibida"[47];

(iii) *permissão:* ato "*discricionário, pelo qual se faculta a execução de serviços, ou o uso de bem público, no interesse geral, que sem tal outorga seriam proibidos*"[48].

O critério utilizado pelo Governo Federal, para definir como *permissão* o ato de outorga do direito de uso das águas, nas derivações insignificantes, foi desvinculado de critérios técnico-jurídicos. Pelo que se depreende, a escolha da *permissão administrativa* deveu-se, apenas, à necessidade de encontrar, no Direito Administrativo, um ato que possibilitasse controlar aquelas derivações.

Aliás, mesmo o emprego dos institutos da *autorização administrativa* e da *concessão administrativa*, por ALFREDO VALLADÃO, no Código de Águas, afastou-se da antiga doutrina francesa, que surgiu para conciliar a interpretação do Código Civil com as leis administrativas. De fato, com a declaração de dominiais, pelo referido Código, dos cursos de água navegáveis (*rivières*), aptos ao transporte, os ribeirinhos passaram a ter direito de uso sobre os cursos não navegáveis. Com base nessa legislação, e nas ordenanças administrativas, construiu-se teoria segundo a qual a *concessão,* que criava direito para o concessionário, seria adotada para os cursos navegáveis, dominiais, e a *autorização* aplicada aos ribeirinhos, para os rios não navegáveis. Esta não criava o direito de uso, pois este já existia em virtude do Código, mas, apenas, declarava que a derivação pretendida não impedia o bom regime das águas[49].

Como se vê, ao invés de adotar critério fundado na natureza jurídica da água, à semelhança do existente na França e na Bélgica, VALLADÃO preferiu o da espécie de uso, de utilidade pública, ou não.

7. *O poluidor-pagador e o usuário-pagador*

Em muitos países, como no Brasil, as águas públicas são consideradas bem inalienável, outorgando-se apenas o direito ao uso[50]. Cobra-se geralmente a remuneração dos serviços ligados ao seu fornecimento, como a adução, o transporte, a distribuição ou regularização. Por esse motivo, na legislação paulista, o que se visa cobrar não é o valor material do *bem econômico água*, mas o do *direito à sua utilização.*

A cobrança pela utilização dos recursos hídricos já está incorporada à tradição de vários países, em especial no tocante ao emprego dos corpos de água para transporte e diluição dos despejos. Por isso, tem sido mais fácil a aceitação do princípio *poluidor-pagador* do que o do *usuário-pagador.*

Adotando, em 1934, medidas próximas ao atual princípio do *poluidor-pagador*, o Código de Águas declara a ninguém ser lícito conspurcar as águas que não

47 POMPEU, Cid Tomanik — *Autorização Administrativa,* SP., Ed. Revista dos Tribunais, p. 173, 1992.

48 POMPEU, Cid Tomanik, *Autorização ...,* 174.

49 POMPEU, Cid Tomanik, *Autorização ...,* p. 66.

50 Código de Águas, art. 46..

consome, com prejuízo de terceiros, sendo os trabalhos para a salubridade das águas executados à custa do infrator, o qual, além da responsabilidade criminal, se houver, responde pelas perdas e danos que causar e pelas multas previstas nos regulamentos administrativos[51].

Embora devendo ser interpretado em consonância com a legislação ambiental posterior, o Código de Águas admite que, mediante expressa autorização administrativa, e se os interesses relevantes da agricultura ou da indústria o exigirem, as águas podem ser inquinadas, mas os agricultores ou industriais devem providenciar para que elas se purifiquem, por qualquer processo, ou sigam o seu esgoto natural. Pelo favor concedido, os agricultores ou industriais devem indenizar os poderes públicos ou os particulares lesados[52].

A aplicação do princípio *poluidor-pagador*, no âmbito dos países desenvolvidos, constou do *Guiding Principles Concerning the International Economic Aspects of Environmental Policies*, aprovado pelo Conselho da OCDE, em 26.5.72, e foi adotado pela Organização, em 14 de novembro de 1974[53].

Muitas soluções para os problemas da água são encontradas em escala regional, em especial quando existe mercado comum que obriga à adoção de medidas semelhantes, para que não haja vantagem de um país sobre outro. Surgem, nesses casos, fundos comuns, que permitem aos menos providos de recursos participarem de ações idênticas às dos demais[54]. Essa questão deverá ser enfrentada pelo Brasil, a partir da efetiva implantação do MERCOSUL.

Em caráter regional, o princípio *poluidor-pagador* foi aprovado pela Comunidade Econômica Européia — CEE, em 14.11.73, e recomendado aos países membros, em 3.3.75. O programa de ação para adotá-lo foi aprovado, em 22 de novembro de 1973. No âmbito da Comunidade, portanto, vigora recomendação no sentido de que cada Estado-membro aplique o princípio no seu país, fazendo com que as pessoas, singulares e coletivas, de direito privado ou público, responsáveis por poluição, paguem as despesas para evitá-la ou reduzi-la[55].

Embora menos facilmente aceita, a cobrança pela utilização da água, configurada no princípio *usuário-pagador*, é considerada excelente ferramenta para a melhor eficiência na alocação dos recursos hídricos. Na Conferência das Nações Unidas sobre água, de Mar del Plata, em 1977, por exemplo, em várias recomendações visando à eficiência da utilização da água, foi defendida a adocão de escalas de tarifas que reflitam o custo econômico real da água[56].

51 Arts. 109-110.

52 Arts. 111-112.

53 Anexo, letra A, "a", em OECD and the Environment, pp. 24-27, Paris, 1986.

54 POMPEU, Cid Tomanik — *Contaminación de aguas superficiales, subterrâneas, maritimas y costeras*, em Annales Juris Aquarum, do III Congresso Mundial de Derecho y Administración de Aguas, da Associación Internacional de Derecho de Aguas, pp. 445-457, Valência, 1990.

55 Recomendação 75/436/Euratom/CECA/CEE, em Comissões .... pp. 7-9, Bruxelas, 1987.

56 UN B 8, "b"; 19, "h"; 39, "g" e 44, "l", em *Plan de Acción de Mar del Plata*, Instituto Nacional de Ciencia y Tecnica Hídricas — Centro de Economia, Legislación y Administración del Agua, Mendoza, Argentina, pp. 9, 18, 31 e 36, respectivamente, 1978.

Esse princípio foi, igualmente, recomendado pela OCDE, em 1978[57].

A fixação de preço para a utilização da água deve ser adotada cada vez mais, como meio para distribuir os custos de administração entre os usuários, para proporcionar incentivos adequados ao seu uso eficiente e como restrição efetiva ao mau uso, aos despejos e à contaminação dos recursos hídricos[58].

Os vários sistemas legais apresentam diversas alternativas para cobrança pelo uso da água, que vão desde o fornecimento de pessoal para os serviços, da cessão de terras, da contribuição para as obras, passando pelas contribuições de melhoria, cobrança por superfície irrigada ou por volume utilizado, até chegarem à combinação de mais de um dos critérios[59]. Há, até, proposição no sentido de se imaginar um hipotético mercado de água.

Na França, o critério para cobrança é o de metros cúbicos, para água de abastecimento, e de quantidade de substâncias contaminantes, nos despejos[60]. A cobrança é feita na medida em que as pessoas, públicas ou privadas, usuárias das águas, tornem necessária ou útil a intervenção da agência financeira da bacia, ou em que se beneficiem com essa intervenção. Decreto em Conselho de Estado fixa as modalidades de aplicação dessas disposições[61].

Os preços costumam ser graduados e calculados de modo que cresçam com o aumento do consumo, estabelecendo-se sanções para o excesso de utilização, ou falta de pagamento[62].

Na Espanha, a contraprestação pelo uso das águas cabe aos beneficiados pelas obras. A lei estabelece um *"cânon de regularização"*, para os beneficiados pelas obras de regularização das águas superficiais e subterrâneas, para ressarcir o Estado das despesas com a sua execução, assim como dos gastos de exploração e conservação. Pela utilização de águas beneficiadas por outras obras, é adotada uma *"tarifa de utilização de água"*[63].

No Equador, a Lei de Águas de 1971 prevê uma *taxa* anual, calculada sobre os metros cúbicos, para todos os usos concedidos, exceto para fins culinários[64].

Para estabelecer o valor a ser cobrado, aconselha-se que se precise o sentido

57 *Water Management Policies and Instruments*, de 05.04.78, item, 5, *in fine*, em OECD and the Environment, Organisation for Economic Co-operation and Development, p. 47, Paris, 1986.

58 Internacional Association for Water Law, AIDA II, Conclusão nº 37, em Annales ..., vol. II, tomo I, p. ccxc. Caracas, 1976.

59 LÓPEZ, Joaquim M.R. — *Deficiencias en las Legislaciones Vigentes*, em Annales ..., vol. 2, Tomo 1, p. 239; UNITED NATIONS, Department of Economic and Social Affairs Abstraction and Use of Water: a Comparison of Legal Regimes, pp. 157-171, N. York, doc. ST/ECA/154.

60 CAMPET, Charles, *Los aspectos financieros de la lucha contra la cotaminación de las águas* ..., em Annales ... vol. II, Tomo 3, p. 1.240; THÉRY, Jean François — *Legislation, Règlementation et Organisation Administrative dans le Domaine de l'Eau*, p. 15, Imprimerie Nationale, Paris, 1970.

61 Lei nº 64-1.245, de 16.12.64, art. 14.

62 TAMIR, Ora — *Legal and institutional criteria needed to provided effective instruments for the rational and integrate inventory, development, conservation and use of water resources, at the local* (District ou Project) *level*, em Annales, vol. II, Tomo 2, pp. 961-962.

63 Lei nº 29/1985, de 02.08.85, arts. 104-107 e RD 849/1986, de 11.04.86, arts. 296-312.

64 DAINES, David Rainay e FALCONI, Gonzalo — *Water Legislation in the Andean Pact Coutries*, ed. Logan, Utah, 1974.

dos termos *valor*, *custo e preço*: (i) *valor* é o grau de utilidade e de importância dos recursos, em termos econômicos, tanto pelos diversos fins de utilização, como pelo local de aproveitamento; (ii) *custo*, o produto das inversões necessárias ao aproveitamento; e (iii) *preço*, a quantia cobrada pela utilização da água pelos beneficiários, que pode ser maior ou menor que o custo, de acordo com a política econômica adotada[65].

No direito brasileiro, A Constituição Federal de 1988 assegura, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e ao Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de recursos hídricos, para fins de geração de energia elétrica nos respectivos territórios, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração[66]. Esse pagamento tem recebido a denominação genérica de *royalty*[67].

No Anexo "C", item III, do Tratado de Itaipu, celebrado em Brasília, em 26.04.1973, entre o Brasil e o Paraguai[68], está previsto que a Itaipu pagará às Altas Partes Contratantes, em montantes iguais, *royalties*, em razão da utilização do potencial hidráulico[69].

Na atual legislação federal, sobre defesa do meio ambiente, é prevista, ao *poluidor* e ao *predador*, a imposição de recuperar ou indenizar os danos causados e, ao *usuário*, a de contribuir pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos[70].

8. *A natureza jurídica da contraprestação*

Tanto no caso do *poluidor-pagador*, como no do *usuário-pagador*, a doutrina não é pacífica quanto à natureza jurídica da contraprestação decorrente. Em se tratando de matéria de interesse, convém examinar algumas classificações e alguns conceitos a respeito dos tipos de receita pública existentes, para que se possa acompanhar o entendimento e as divergências da doutrina.

Essas receitas recebem classificação constitucional, legal ou jurisprudencial, de acordo com as peculiaridades do respectivo ordenamento jurídico que, apesar de seu caráter empírico e de seus defeitos lógicos, acaba por incorporar-se ao respectivo direito objetivo. Com isso, classificações teóricas, que com ela se incompatibilizam,

65 COPLANARH/CORDIPLAN — *Estratégia y Políticas Nacionales de Conservación de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente*, p. 30, Caracas, 1975.

66 Art. 20, § 1º, e Leis nºs 7.990, de 28.12.89 e 8.001, de 13.03.90.

67 Compensação ou prestações pagas ao titular de um direito, pelo uso deste, Cf. The Living Webster Encyclopedic Dictionary of the English Language, *sub voce royalty*, Chicago, 1975.

68 Tratado para o aproveitamento hidrelétrico dos recursos hídricos do Rio Paraná, pertencentes em condomínio aos dois países, desde e inclusive o Salto Grande de Sete Quedas ou Salto de Guairá até a foz do Rio Iguaçu.

69 Art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.001, de 13.03.90.

70 Lei nº 6.938, de 31.08.81, art. 4º, VII.

são destituídas de eficácia jurídica. De qualquer forma, prestam-se como excelente instrumento para estudo[71].

HELY LOPES MEIRELLES divide os preços remuneratórios de bens, utilidades ou serviços oferecidos aos interessados pelo Poder Público, ou por seus delegados, em preços públicos e *preços semipúblicos* ou *quase-privados*[72].

Para ele, *tarifa* é preço público fixado pela Administração, prévia e unilateralmente, por ato do Executivo, para as utilidades e serviços industriais prestados por seus órgãos ou delegados, sempre em caráter facultativo para os usuários. Se a lei autorizar a remuneração de utilidade ou do serviço por preço, a tarifa pode ser estabelecida e modificada por decreto, em qualquer época do ano, desde que o usuário sirva-se da utilidade pública tarifada. Toda utilidade pública não essencial à coletividade, mas de interesse de determinadas pessoas ou grupos, deve ser remunerada mediante *tarifa*, para que beneficie e onere unicamente aqueles que a utilizam[73]. Já os *preços semipúblicos* ou *quase-privados* não são prévia e unilateralmente fixados pela Administração, mas surgem de atos negociais entre a Administração e o particular, para aquisição ou utilização de bens públicos, tais como a de certos logradouros ou locais públicos (praças, ruas, boxes de mercado etc.)[74].

ALIOMAR BALEEIRO assinala que, havendo prestação de coisa concreta e material, como a água, trata-se de preço público. Mas este se configura juridicamente como taxa, se o contribuinte, por lei, é obrigado ao pagamento, use ou não use a coisa, queira ou não o serviço, como, por exemplo, o proprietário de imóvel que, tendo manancial próprio, é inscrito obrigatoriamente como consumidor de água[75].

Para visão global das receitas das entidades públicas, no direito brasileiro, é interessante examinar a classificação elaborada por BILAC PINTO, com base nos ensinamentos de SELIGMAN, que é a seguinte:

1. Vantagem particular como consideração exclusiva / interesse público acidental / *preço-quase-privado*: pagamento voluntário efetuado pelo indivíduo por um serviço ou bem vendido pelo governo, tal como se fosse uma pessoa privada;

2. Vantagem particular menor, mas ainda preponderante / interesse público de alguma importância / *preço-público*: pagamento efetuado pelo indivíduo por um serviço ou um bem vendido pelo governo, tendo em vista, sobretudo, uma vantagem particular sua, mas, em segundo lugar, no interesse da comunidade;

3. Vantagem particular mensurável/interesse público de importância menor/ *taxa*: pagamento que se destina a cobrir o custo de cada serviço periódico, empreendido pelo governo, principalmente no interesse público, mas conferindo ao contribuinte uma vantagem particular mensurável;

71 PINTO, Bilac — *As Classificações Teóricas da Receita Pública*, em Revista Forense nº 144:529-539.

72 Finanças Municipais, Ed. Revista dos Tribunais, p. 20, SP, 1979.

73 Ob. cit., p. 21.

74 Ob. cit., pp. 25-26.

75 Direito Tributário, 4ª ed. p. 313, cit., do STF: RE nº 54.491, Pleno, de 03.05.1965, RTJ 33/147; RE nº 54.194, de 14.10.1963, rel. Gallotti, RF 207/75; RE nº 39.527, rel. V. Boas, RTJ 10; RE nº 17.466/1952, DJ 1955 ap. 203, p. 3.109. Autores CELESTINO ARENA, Finanza Pubblica, 1963, I, p. 501/2; RUBENS GOMES DE SOUZA, RF 139/67 e CAIO TÁCITO, RDA 44/518.

4. Vantagem particular de alguma importância/interesse público como consideração preponderante/*contribuição de melhoria*: pagamento efetuado, uma vez por todas, para cobrir o custo de melhoramento, específico para a propriedade imóvel, empreendido no interesse público; é arrecadada pelo governo na proporção do benefício particular auferido pelo proprietário; e

5. Vantagem particular como resultado puramente acidental / interesse público como consideração exclusiva: princípio das faculdades ou da capacidade / *imposto*: contribuição obrigatória do indivíduo para o governo, destinada a cobrir despesas feitas no interesse comum, sem ter em conta as vantagens particulares obtidas pelos contribuintes[76].

Com base nessa classificação, e utilizando os dados fornecidos pelo direito positivo brasileiro, pode-se chegar ao seguinte resultado, relativamente à receita pública ordinária:

(i) *contratual*: decorrente do exercício de suas atribuições e da utilização de seus bens ou serviços;

(ii) *penas pecuniárias*: aplicações do Código Penal e de outras leis;

(iii) *tributos* (obrigatórias): (a) *taxas* — arrecadadas 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 à sua disposição; (b) *contribuição de melhoria* — arrecadada dos proprietários de imóveis valorizados por obras públicas, que têm como limite o total da despesa realizada e como limite individual o acréscimo do valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado; (c) *impostos* — aqueles previstos na Constituição Federal;

(iv) *contribuições parafiscais*: SESC, SENAC, SENAI, SESI, LBA, as previdenciárias etc.[77]

A distinção entre taxa e preço ou tarifa tem sido objeto de muitas controvérsias, sendo mesmo considerada tormentosa[78].

Invocando Giannini, GERALDO ATALIBA declara que a distinção entre *taxa* e *tarifa* decorre da relação entre a pessoa pública exigente e a pessoa privada que a atividade administrativa contempla, atribuída pela lei. Pode se tratar de relação contratual, na qual a base da obrigação de pagar está na vontade das partes, ou de relação que surge em virtude de lei, relegadas as vontades destas à mera função de movimentar o mecanismo previsto na lei. Na primeira hipótese, teremos o *preço*, ou *tarifa* e, na segunda, a *taxa*[79].

O significado dos vocábulos não costuma ser o mesmo, em todos os lugares. Segundo ATALIBA, para a doutrina de muitos países, a taxa não é incluída entre os tributos (Portugal, Espanha e Alemanha). Em outros, somente parte dos autores

76 PINTO, Bilac — ob. cit.

77 POMPEU, Cid Tomanik — *Aspectos Legais e de Tarifas*, em DEPARTAMENTO DE ÁGUAS E ENERGIA ELÉTRICA — DAEE, Capacitação Básica em Irrigação — Programa de Treinamento Técnico, vol. 4, pp. 46/61, SP, 1984.

78 ATALIBA, Geraldo — *Considerações em Torno da Teoria Jurídica da Taxa*, em Revista de Direito Público, vol. 9:43-54, julho/setembro de 1969.

79 Considerações ..., pp. 43-54.

estuda o tema como de Direito Tributário (Itália e França). A taxa, para esse autor (num entendimento que mais tarde abandonou, mas é provido de lógica), é mera forma, colocada ao arbítrio do legislador. Este dá ou não forma de taxa — estrutura tributária — ao pagamento, sendo livre não só para criar uma entidade como preço ou como taxa, como para transformar qualquer taxa em preço ou preço em taxa. Basta, para isso, mudar o regime jurídico da relação que tem por objeto o pagamento. A única realidade substante é a troca de utilidade por quantia em dinheiro. O que o legislador disciplina é o pagamento da utilidade. Só depois de posta a lei é que o jurista, examinando-lhe as peculiaridades, pode determinar se se trata de taxa ou preço. Admite o autor que não é apenas o nome dado pelo legislador, mas, o *regime jurídico* da *relação* jurídica que define o instituto, a despeito do nome recebido[80].

Essa é exatamente a orientação do Código Tributário Nacional, ao estatuir que a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes, para qualificá-lo: (1) a denominação e demais características formais adotadas por lei; e (2) a destinação legal do produto de sua arrecadação[81].

Mais tarde, como dito, esse autor repudiou a tese exposta, atribuindo-a válida apenas perante a Constituição de 1946, antes da Emenda nº 18, de 1º.12.1965 (embora no artigo citado haja feito referência expressa à Constituição Federal de 1967). Após a Emenda, e até a Constituição de 1988, segundo ele, para a remuneração de serviço público é exigida *taxa*.

A mudança de interpretação é irrelevante para o ponto em exame, quando se procura demonstrar a diversidade terminológica existente no âmbito da legislação comparada, para que, na realidade brasileira, não se fique preso a denominações adotadas em outros países, para o mesmo fato, mas que refletem figuras jurídicas distintas[82].

Também sob o aspecto terminológico, BILAC PINTO salienta que "*na linguagem administrativa e legislativa italiana, o vocábulo taxa é usado para indicar institutos diferentíssimos uns dos outros, tais como o imposto, o preço público, o preço político e a contribuição. Em outros países, como nos da língua inglesa, ele significa sempre o conceito para o qual na Itália se usa a palavra imposto*"[83].

Em voto proferido em Acórdão do Supremo Tribunal Federal, o Ministro SAMPAIO COSTA posiciona-se no sentido de que as tarifas ou preços são rendas do Estado, sem caráter regulamentar e decorrem da utilização dos bens e serviços, e são cobradas somente dos que deles se utilizam[84].

Para CAIO TÁCITO, a noção de *preço público*, tanto no plano da elaboração legislativa, como no da exegese jurisdicional, já adquiriu foros de autonomia, referindo-se o *preço público* a usos facultativos. Para identificá-lo não é suficiente o

80 Considerações ... pp. 43/54.

81 Lei nº 5.172, de 25.10.66, art. 4º.

82 ATALIBA, Geraldo — *Taxas e Preços no Novo Texto Constitucional*, em Revista de Direito Tributário, vol. 47:142-155, ed. Rev. Tribunais, SP, 1989.

83 Ob. cit. p. 534.

84 TÁCITO, Caio, Direito Administrativo, ed. Saraiva, SP, p. 270, 1975.

nome dado pelo legislador, devendo o intérprete descer à intimidade das relações jurídicas e econômicas, de modo a poder diagnosticar intrinsecamente a finalidade da prestação[85].

HUGO DE BRITO MACHADO entende que o Estado pode cobrar preços pelo fornecimento de bens de existência corpórea (mercadorias). Pode, também, cobrar *preço público*, ou *tarifa*, pela prestação de serviços públicos. Havendo dúvida quanto ao âmbito público ou privado da ação, a lei pode definir a receita como *taxa*, sujeita aos princípios da legalidade e da anterioridade da lei ao exercício financeiro correspondente, ou como *preço*[86].

RUY BARBOSA NOGUEIRA e PAULO ROBERTO CABRAL NOGUEIRA lecionam que "*os preços públicos* são parte das *Receitas Originárias*, assim denominadas porque sua fonte é a exploração do patrimônio público ou a prestação de serviço público. Por isso mesmo são também chamadas *Receitas Industriais ou Patrimoniais*, porque provenientes da exploração de serviços, bens, empresas ou indústrias do próprio Estado"[87].

O conceito, como visto, muda de acordo com o enfoque adotado pelos estudiosos, perante o Direito Constitucional, Administrativo, Econômico, Tributário e Financeiro. A doutrina vai desde a negação da existência da categoria jurídica *preço-público*, por alguns tributaristas, até à sua plena aceitação, pelos administrativistas. Nota-se que certas posições estão presas à dicotomia *direito privado-direito público*, sem levar em conta o momento categorial dos institutos, quando descomprometidos com qualquer desses ramos.

Na França, o Tribunal Administrativo de Toulouse reconheceu, no tocante à natureza jurídica, que os pagamentos, *redevances*, pelo uso da água[88], possuem um caráter próprio, que escapa às classificações tradicionais, tais como impostos, taxas, taxa parafiscal, pagamento ou remuneração por serviços prestados. No mesmo sentido, decidiu o Conselho de Estado, entendendo tratar-se de tipo novo, que a Administração pode livremente organizar, tendo em vista as disposições, bastante sucintas, da lei[89].

9. *Os vários usos das águas e o usuário-pagador*

As formas de utilização das águas públicas de *uso comum* são bastante variadas, devendo estar adequadas à natureza do bem usufruído. Essa utilização pode ser consuntiva ou não, do recurso natural, pode manter sua qualidade ou piorá-la, pode, ainda, ser exclusiva ou não, aplicando-se-lhe as hipóteses enumeradas, quando examinado o uso dos bens públicos, no item 2, supra.

85 Ob. cit., pp. 271-272.

86 Caderno de Pesquisas Tributárias, vol. 10, Taxa e Preço Público, pp. 137-138 e 141, co-edição Ed. Resenha Tributária — Centro de Estudos de Extensão Universitária, 2ª tiragem, SP, 1991.

87 *Apud* Machado, Hugo de Brito, em Caderno ..., vol. 10, Taxa e Preço Público, p. 139.

88 Renda, censo, foro.

89 Rec. 838; Cah,. Jur. El. Gaz 1972, nº 253 p. 12, *apud* LAMARQUE, Jean — *Droit de la Protection de la Nature et de l'Environnement*, pp. 241-242, LGDJ, 1973.

Antes de se discutir ou propor a participação de cada uso setorial, é importante definir se o que será cobrado é o uso da água, em qualquer curso, ou, apenas, naqueles em que a Administração vai atuar, para melhorar as condições de utilização. É necessário, ainda, definir claramente o sujeito passivo da cobrança. As peculiaridades da bacia hidrográfica também precisam ser levadas em conta[90].

Em termos práticos e de forma resumida, a utilização das águas públicas para as atividades econômicas mais representativas, no direito brasileiro, obedece ao seguinte:

A) *Produção de energia hidrelétrica*

A outorga cabe à União, mesmo nos rios do domínio dos Estados, conforme previsto na Constituição Federal[91], no Código de Águas, na legislação complementar, e em normas regulamentares[92], devendo a União articular-se com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos[93].

Os Estados, o Distrito Federal e os municípios têm direito à participação no resultado da exploração de recursos hídricos no respectivo território, para fins de geração de energia elétrica, ou à compensação financeira[94].

Na produção de energia hidrelétrica, a cobrança pela utilização da água é, s.m.j., mais consentânea com o rateio de custo de obras e aos ganhos do setor elétrico, em razão de obras feitas por terceiros, em especial pelo Estado, direta ou indiretamente. A participação no resultado, ou a compensação financeira, representa, na verdade, pagamento pelo uso da água, no caso, até das do domínio da União.

B) *Irrigação*

As outorgas para derivação são dadas pelo titular do domínio sobre a água, ou por quem deste receba delegação. Em caso de lagos artificiais, seu proprietário deve participar do processo.

Saliente-se que, entre os demais usos das águas, a irrigação é a detentora de maior tradição no tocante ao pagamento pelo uso daquele recurso.

A remuneração pela utilização das águas, para irrigação, pode ser efetuada tanto pelo sistema *contratual* (tarifas ou outra forma de remuneração), como por meio de *taxas*, cabendo a escolha ao poder público envolvido, de acordo com critérios de oportunidade e conveniência.

No Brasil, a lei que trata da Política Nacional de Irrigação declara que a

90 Constituição Estadual, art. 211.

91 Art. 21, XII, "b".

92 Código de Águas, arts. 139-190 e Regulamento aprovado pelo Dec. nº 41.019, de 26.02.57, principalmente.

93 Constituição Federal, art. 21, XII, "b".

94 Constituição Federal, art. 20, § 1º.

utilização de águas públicas, para fins de irrigação e atividades decorrentes, depende de *remuneração* a ser fixada de acordo com a sistemática estabelecida em regulamento[95]. Na prática, tem sido adotada a *tarifa*[96].

C) *Saneamento*

Embora a concessão para a exploração dos serviços de saneamento básico de caráter local seja do município, a outorga da concessão para o uso da água cabe ao titular do domínio desta, ou a organismo que para isso receba delegação.

O mesmo ocorre relativamente às autorizações para o lançamento de despejos, que devem, ainda, atender à legislação ambiental. Neste caso, a aplicação do princípio do *poluidor-pagador* é mais facilmente aceita, sendo os critérios de cobrança bastante variados.

No que se refere ao *usuário-pagador*, deveria ser, preliminarmente, resolvida a questão do benefício aos utilizadores.

D) *Usos industriais*

As autorizações são outorgadas pelo titular do domínio sobre a água, o mesmo ocorrendo relativamente ao lançamento de efluentes.

Cabem aqui as mesmas observações feitas em relação ao saneamento.

E) *Navegação e transporte*

A Constituição Federal declara competir à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de transporte aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território[97]. O mesmo ocorre relativamente aos portos fluviais e lacustres[98].

Cabe à União legislar sobre regime de portos e navegação, lacustre e fluvial[99].

Sendo aos Estados reservadas as competências não vedadas pela Constituição[100], os transportes aquaviários que não se encontram sob a égide da União são estaduais.

Para os serviços de navegação e transporte aquaviário, que se beneficiem com serviços ou obras efetuados pelo Estado, pode ser instituída uma forma de pagamento.

95 Lei nº 6.662, de 25.06.1979, art. 21.
96 Portaria nº 285, de 22.11.90, do Ministro da Agricultura, por exemplo.
97 Art. 21, XII, "e".
98 Art. 21, XII, "f".
99 Art. 22, X.
100 Art. 25, § 1º.

10. *A Constituição do Estado de São Paulo*, de 1989

A Constituição do Estado de São Paulo prevê a instituição, por lei, de um sistema integrado de recursos hídricos, congregando órgãos estaduais e municipais e a sociedade civil, devendo o Estado assegurar meios financeiros e institucionais para:

(i) a utilização racional das águas superficiais e subterrâneas;

(ii) a prioridade dessas águas para abastecimento às populações;

(iii) o aproveitamento múltiplo dos recursos hídricos;

(iv) o rateio dos custos das respectivas obras, na forma da lei;

(v) a proteção das águas contra ações que possam comprometer o seu uso atual e futuro;

(vi) a defesa contra eventos críticos, que ofereçam riscos à saúde e segurança públicas e prejuízos econômicos ou sociais;

(vii) a celebração de convênios com os Municípios, para a gestão, por estes, das águas de interesse exclusivamente local;

(viii) a gestão descentralizada, participativa e integrada, em relação aos demais recursos naturais e às peculiaridades da respectiva bacia hidrográfica; e

(ix) o desenvolvimento do transporte hidroviário e seu aproveitamento econômico[101].

A fim de garantir tais ações, é prevista a cobrança pela utilização dos recursos hídricos, de *acordo com as peculiaridades de cada bacia hidrográfica*, na forma da lei[102].

O produto da cobrança deve ser aplicado em serviços e obras hidráulicas e de saneamento, de interesse comum, previstos nos planos estaduais de recursos hídricos e de saneamento básico[103].

A mesma Constituição estatui que os *preços públicos* são fixados pelo Executivo, observadas as normas gerais de Direito Financeiro e as leis atinentes à espécie[104].

11. *A Lei nº 7.663, de 30 de dezembro de 1991*

Para atender às disposições constitucionais enumeradas, a Lei estadual nº 7.663, de 30.12.91, estabeleceu normas de orientação à Política Estadual de Recursos Hídricos, bem como ao Sistema Integrado de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Entre os princípios enunciados por essa norma, estão:

(i) o do reconhecimento do recurso hídrico como bem público de valor econômico, cuja utilização deve ser cobrada, observados os aspectos de quantidade, qualidade e as peculiaridades da bacia hidrográfica[105]; e

101 Art. 205, I a VII.
102 Art. 211.
103 Art. 211.
104 Art. 159, parágrafo único.
105 Art. 3º, III.

(ii) o do rateio do custo das obras de aproveitamento múltiplo de interesse comum, ou coletivo, entre os beneficiados[106].

Com os meios financeiros e institucionais previstos na lei, e em seu regulamento, o Estado deve promover ações integradas nas bacias hidrográficas, visando ao tratamento de efluentes e esgotos urbanos, industriais e outros, antes do lançamento nos corpos de água[107].

A lei em exame estabelece alguns critérios para a cobrança pela utilização dos recursos hídricos e abre campo ao Regulamento, para instituir outros.

São critérios legais a serem considerados:

(i) *no uso ou na derivação:*

a) a classe de uso preponderante em que estiver enquadrado o corpo de água, no local do uso ou da derivação;

b) a disponibilidade hídrica local;

c) o grau de regularização assegurado por obras hidráulicas;

d) a vazão captada e seu regime de variação;

e) o consumo efetivo; e

f) a finalidade a que se destina[108].

(ii) *na diluição e no transporte e assimilação de efluentes de sistemas de esgotos e outros líquidos, de qualquer natureza*:

a) a classe de uso em que for enquadrado o corpo de água;

b) o grau de regularização assegurado por obras hidráulicas;

c) a carga lançada;

d) o regime de variação do lançamento, ponderando-se, dentre outros, os parâmetros orgânicos e físico-químicos dos efluentes; e

e) a natureza da atividade responsável pelos mesmos[109].

Os responsáveis pelos lançamentos, ainda que pagando, não ficam desobrigados do cumprimento das normas e dos padrões legalmente estabelecidos, relativos ao controle da poluição das águas[110].

O produto da cobrança deve ser aplicado em serviços e obras hidráulicas e de saneamento, de *interesse comum*, previstos nos respectivos planos[111].

Ao Departamento de Águas e Energia Elétrica — DAEE compete efetuar a cobrança pela utilização dos recursos hídricos, *nas condições estabelecidas no inciso I, do art. 13 da lei* (entenda-se art. 14, I), cujo produto constitui receita do Fundo Estadual de Recursos Hídricos — FEHIDRO[112].

Com a devida vênia, a lei poderia ter sido mais clara no tocante à autorização para a criação do FEHIDRO, haja vista a Constituição Federal vedar a instituição

106 Art. 3º, IV.
107 Art. 6º.
108 Art. 14, I.
109 Art. 14, II.
110 Art. 14, § 1º.
111 Art. 37, II.
112 Art. 7º, III, das Disposições Transitórias (que faz remissão ao art. 13, I, quando deve ser ao 14, I), e art. 36, V, da Lei.

de fundos, de qualquer natureza, sem esse prévio pronunciamento do Legislativo[113]. No mesmo sentido, estatui a Constituição do Estado de São Paulo[114].

Ao invés de instituir o Plano Estadual de Recursos Hídricos — PERH, a lei limita-se a remeter a questão a uma lei futura[115], e menciona o FEHIDRO como já existente[116]. O mesmo ocorre relativamente ao Sistema Estadual de Recursos Hídricos. Nos termos da Constituição Estadual, ambos devem ser instituídos por lei[117] e a Lei nº 7.663/91 a eles se refere como existentes[118].

Os *critérios* e as *normas para a fixação dos preços públicos e a definição de instrumentos técnicos e jurídicos,* necessários à implantação da cobrança pelo uso da água, deverão constar do Projeto de Lei relato ao *Segundo Plano Estadual de Recursos Hídricos*, a ser aprovado em 1995[119].

Conforme nencionado, a Constituição Estadual prevê o rateio do custo das obras de aproveitamento múltiplo de recursos hídricos, na forma da lei[120]. A Lei nº 7.663/81, em seção de certa forma confusa e com dispositivo inconstitucional, como será demonstrado, dispõe sobre a matéria classificando as obras em que *interesse comum* ou *coletivo*, e estabelece alguns procedimentos a serem adotados. Outros deverão constar do Regulamento[121].

Neste ponto, convém procurar interpretar as expressões *interesse comum* e *interesse coletivo*, constantes da lei, para que se possa aplicar o dispositivo em seu exato sentido. Num primeiro enfoque, entende-se que *interesse comum* se refere a pessoas *indeterminadas*, que interessa a todos, e que *interesse coletivo* refere-se a um número ou categoria *identificáveis*. Essa interpretação é reforçada porque o *caput* do artigo coloca, como alternativas, o *uso múltiplo, o interesse comum e o interesse coletivo*, e pelo fato de a lei não dever abrigar palavras inúteis, ou sinônimos. Com efeito, ensina CARLOS MAXIMILIANO que sempre se deve atribuir a cada palavra a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva, e que o texto deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativa, nula, ou sem significação. Como a regra é de se supor que os textos foram redigidos com atenção e esmero, não se presume a existência de palavras supérfluas, ou sem força operativa[122].

Ao empregar o termo *beneficiados*, a lei aproximou-se da *contribuição de melhoria decorrente de obra pública*, dela apenas diferenciando ao prever o rateio

113 Art. 167, IX.
114 Art. 176, IX.
115 Art. 16.
116 Art. 35.
117 Art. 205.
118 Art. 21.
119 Art. 8º, V, das Disposições Transitórias.
120 Art. 205, II.
121 Art. 15.
122 *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 2ª ed., Ed. da Livraria do Globo, P. Alegre, pp. 270-271, 1933.

dos custos segundo critério *social* e *pessoal*, graduado conforme a capacidade econômica do contribuinte e não a valorização de imóvel, como exige aquele tributo[123].

A própria lei, por outro lado, previu o caso de impossibilidade prática para identificação dos beneficiados, para o conseqüente rateio de custos[124].

De qualquer forma, adotou caminho estranho para o rateio, pois, ao invés de dirigir-se àqueles que têm ou teriam o encargo de executar a obra — e este é o verdadeiro espírito do rateio de custos —, no caso destas serem públicas, referiu-se aos seus *beneficiados*, que são os administrados, pessoas físicas ou jurídicas.

Esse enfoque faz com que pareça se estar instituindo, de forma incorreta, um tributo, e tornando inaplicável a disposição relativa à *negociação sobre o rateio de custos entre os beneficiados*, contida no art. 15, I. Tal matéria precisará ser bem esclarecida no regulamento.

Como um complicador a mais, o parágrafo único do art. 15, que não constava do Projeto de Lei nº 590, de 1990, do qual se originou a lei examinada, em flagrante inconstitucionalidade, declara que o rateio do custo das obras de que trata o artigo será efetuado segundo critério social e pessoal e graduação de acordo com a capacidade do contribuinte, facultado aos órgãos e entidades competentes identificar, respeitados os direitos individuais, *a origem de seu patrimônio e de seus rendimentos*, de modo a que sua participação no rateio não implique a disposição de seus bens. Embora a intenção seja boa, a intromissão na economia interna das pessoas físicas ou jurídicas é inconstitucional[125]. Mesmo com a ressalva de respeito aos direitos individuais, falta ao legislador estadual competência para determinar a identificação da origem do patrimônio e dos rendimentos de qualquer pessoa, para fins de cobrança de parcela de custo de obra.

Nos termos da lei, o estabelecimento de critérios e normas relativas ao rateio dos custos das obras de uso múltiplo dos recursos hídricos, ou de interesse comum ou coletivo, entre os beneficiados, é competência do Conselho Estadual de Recursos Hídricos — CRH[126], constituindo-se o produto receita do Fundo Estadual de Recursos Hídricos — FEHIDRO[127].

12. *As águas subterrâneas*

Como a implantação do princípio usuário-pagador alcança a explotação desses recursos hídricos, e em virtude de se antever conflito entre as normas existentes e estudos a respeito da Política Nacional do Meio Ambiente, convém que se discorra um pouco sobre a matéria, no âmbito estadual.

123 Constituição Federal, art. 145, III; Código Tributário Nacional, arts. 5º, 81/82; Decreto-lei nº 195, de 24.02.67.

124 Art. 15, III.

125 Constituição Federal, art. 5º, X.

126 Art. 25, V.

127 Art. 36, X.

Em junho de 1988, na vigência da Constituição Federal de 1967 (Emenda nº 1/69), que colocava as águas subterrâneas sob a égide da União, mas que estavam sem disciplina federal, o Estado de São Paulo promulgou lei[128] relativa à proteção daquelas águas para, com isso, controlar as subjacentes ao seu território. Por impedimento constitucional da época, a lei não pôde tratar de determinados aspectos, como, por exemplo, da extração, das outorgas e do controle, salvo nos casos de prejuízo para as águas superficiais estaduais. No tocante às sanções, o diploma apoiou-se, basicamente, na legislação ambiental, uma vez que o Código de Águas é carente, nesse campo.

Como a Carta Federal, de outubro de 1988, incluiu as águas subterrâneas entre os bens dos Estados, ao Regulamento da lei foi possível tratar das outorgas e do controle do uso daquelas águas, baseando-se em normas legais como o Código de Águas e outras disposições federais. Além de proporcionar suporte legal à ação dos órgãos públicos de controle dos recursos hídricos, o Regulamento da lei[129] representa valiosa contribuição para o direito de águas nacional, haja vista, por omissão da União, no mínimo desde 1967, quando entrou em vigor o Código de Mineração, aquelas águas estarem aguardando proteção jurídica[130].

Pelo Regulamento, ao Departamento de Águas e Energia Elétrica — DAEE compete administrar as águas subterrâneas do Estado no campo da pesquisa, captação, fiscalização e acompanhamento de sua interação com as águas superficiais e com o ciclo hidrológico, mantendo registros indispensáveis à avaliação, ao conhecimento do comportamento hidrológico dos depósitos naturais e ao controle e à fiscalização da extração da água.

À CETESB — Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental cabe prevenir e controlar a poluição dessas águas, mantendo os serviços indispensáveis.

A Secretaria da Saúde compete fiscalizar as águas subterrâneas destinadas ao consumo humano, quanto ao atendimento aos padrões de potabilidade e aplicar as sanções previstas na legislação sanitária.

Ao Instituto Geológico do Estado estão cometidas as pesquisas e os estudos geológicos, o controle e arquivo de informações de dados geológicos dos poços, para o conhecimento dos aqüíferos e da geologia do Estado.

Ao Conselho Estadual de Recursos Hídricos cabe baixar as normas para o cumprimento do Regulamento, competindo ao Grupo Técnico de Águas Subterrâneas (GTAS), vinculado ao Conselho, coordenar a ação dos entes administrativos envolvidos.

Ao dispor sobre as sanções, o Regulamento apoiou-se nas legislações ambiental e sanitária. A previsão da revogação e caducidade das outorgas, e da responsabalidade por danos aos depósitos naturais das águas, ou à sua gestão, nele constantes, são aplicáveis pelo Estado com base no poder de polícia inerente à Administração, no que se refere à tutela dos bens públicos.

128 Lei nº 6.134, de 02.06.88.

129 Dec. estadual nº 32.955, de 07.02.91.

130 Tramita no Senado, em ritmo lento, principalmente por divergências a respeito da definição do órgão federal que vai gerir aquelas águas, o Projeto de Lei nº 39/91, decorrente do Projeto de Lei da Câmara nº 7.127/86, resultante de substitutivo ao Projeto enviado pelo Executivo, pela Mensagem nº 0007/86.

As normas para a emissão das Licenças de Execução e de Operação de poços tubulares profundos e a outorga para a explotação de águas subterrâneas, pelo DAEE, foram disciplinadas por portaria[131].

Em decorrência das alterações introduzidas pela Constituição Federal de outubro de 1988, torna-se possível que outra lei estadual seja aplicada, no tocante às sanções, em especial no descumprimento das disposições sobre os aspectos quantitativos das águas em apreço. Essa lei, s.m.j., pode e deve ser a de nº 7.663/91, para a unidade da ação estadual de gestão dos recursos hídricos do domínio do Estado[132].

13. *Outras leis e propostas correlatas*

13.1 Política Estadual de Saneamento

Embora a Constituição Estadual preveja a edição de uma lei complementar instituindo o Código de Saneamento Básico[133], em 31 de março de 1992, foi promulgada lei sobre a Política Estadual de Saneamento[134]. Esse diploma, um tanto prolixo para uma lei, e que, com a devida vênia, deveria ter recebido revisão mais acurada, em especial no tocante à técnica legislativa, prevê o rateio direto ou indireto do custos das ações, dos serviços e das obras de saneamento, de interesse regional, plurimunicipal, comum ou coletivo, segundo critérios e normas a serem estabelecidos em regulamento. Para isso, atender-se-ão os princípios e as diretrizes seguintes: (i) a construção das obras dependerá de estudo de viabilidade técnica, econômica, social e ambiental, no qual devem ser estabelecidos o rateio de custos e as normas de retorno dos investimentos; e (ii) as aplicações devem considerar a capacidade econômica e a situação sanitária, social e ambiental das regiões ou comunidades a serem beneficiadas[135]. Essas medidas devem estar em conformidade com as disposições do art. 6º, da Lei nº 7.663/91, para que sejam evitados caminhos divergentes ou sobreposições.

13.2 *Meio Ambiente*

13.2.1. Projeto de Lei nº 53, de 1992

Tramita na Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo o Projeto de Lei em epígrafe, dispondo sobre a Política Estadual do Meio Ambiente, seus fins, mecanismos de formulação e aplicação, o qual, na parte relativa à composição do Conselho Estadual do Meio Ambiente — CONSEMA[136], é, com a devida vênia, inconstitucio-

131 Portaria DAEE nº 12, de 14.03.91.
132 Lei nº 7.663, art. 3º, I.
133 Art. 23, parágrafo único, nº 13.
134 Lei nº 7.750, de 31.03.1992.
135 Art. 7º, I e II.

nal, por padecer de vício de iniciativa, uma vez que a Constituição Estadual declara competir exclusivamente ao Governador a iniciativa das leis que disponham sobre a criação de funções na administração direta ou autárquica[137].

13.2.2 Anteprojeto de Lei Complementar instituindo o Código de Proteção ao Meio Ambiente

Por estar prevista na Constituição Estadual a edição de lei complementar instituindo o Código de Proteção do Meio Ambiente, foi divulgado um anteprojeto oficial relativo ao assunto.

O estudo, ao tratar dos setores ambientais[138], neles inclui as águas subterrâneas[139], talvez porque, como demonstrado no item 12, por falta de outro apoio legal, a lei e o decreto estadual vigentes apoiaram-se, no tocante às sanções, na legislação ambiental.

Essa medida, todavia, com a devida vênia, é desaconselhada, porque provoca a duplicidade no tocante à gestão dos recursos hídricos, já que as águas subterrâneas nada mais são do que a água, em uma de suas fases, no ciclo, hidrológico, devendo, portanto, acompanhar a legislação estadual sobre recursos hídricos[140].

A gestão das águas subterrâneas, é bom frisar, está incorporada à estrutura e ao sistema implantados pela Lei nº 7.663/91.

14. *Leis adicionais e o Regulamento da Lei nº 7.663/91*

O exame do texto da Lei nº 7.663/91 revela que o legislador deseja implantar, em especial, a parte financeira do Sistema Estadual de Recursos Hídricos, de forma gradativa. Por isso, previu a edição de outras leis, para complementar a atual[141].

A Lei nº 7.663/91 prevê:

(i) lei específica e respectivo regulamento, dispondo sobre as condições de aplicação prioritária do produto da participação do Estado ou a compensação financeira, resultantes do aproveitamento hidroenergético em seu território, em programas de desenvolvimento[142];

(ii) lei instituindo o Plano Estadual de Recursos Hídricos — PERH[143];

(iii) lei aprovando o Plano Estadual de Recursos Hídricos, cujo projeto deve ser encaminhado à Assembléia Legislativa até o final do primeiro ano do mandato do Governador do Estado, com prazo de vigência de quatro anos[144].

136 Art. 12.
137 Art. 24, § 2º, I.
138 Arts. 64 a 145
139 Arts. 117-123.
140 Lei nº 7.663/91, art. 3º, I.
141 Art. 8º, das Disposições Transitórias.
142 Art. 5º, § 2º.
143 Art. 16.
144 Art. 18.

(iv) lei autorizando a criação das Agências de Bacia e dispondo sobre sua vinculação aos Estados, organização administrativa e personalidade jurídica[145];

(v) lei específica dispondo sobre a compensação aos municípios que sofrem restrições ao seu desenvolvimento em razão da implantação, por decreto, de áreas de proteção, até a promulgação da Lei nº 7.663/91, desde que tais áreas estejam discriminadas no Plano Estadual de Recursos Hídricos[146]; e

(vi) lei aprovando o Segundo Plano Estadual de Recursos Hídricos, prevista para 1995, definindo os critérios e as normas para a fixação dos *preços-públicos* e dos instrumentos técnico-jurídicos necessários à implantação da cobrança pelo uso da água[147].

Nos termos da Lei nº 7.663/91, o seu regulamento deverá conter, evidentemente, entre outras matérias entendidas necessárias para sua aplicação:

(i) previsão de meios financeiros e institucionais para ações integradas nas bacias hidrográficas, visando ao tratamento de efluentes, antes de seu lançamento aos corpos de água[148];

(ii) critérios e normas para cadastramento e outorga de direitos de uso para derivação de água e lançamento de efluentes[149];

(iii) diretrizes quanto aos prazos para cadastramento e outorga de direito de uso das águas de cursos, depósitos, superficiais e subterrâneos[150];

(iv) procedimento recursal, relativo às sanções previstas na lei[151];

(v) forma de cobrança pela utilização dos recursos hídricos[152] (deve ser lembrado que a cobrança está prevista para a fase posterior à lei mencionada no inciso V, do art. 8º das Disposições Transitórias, que estabelecerá os critérios e as normas para a fixação dos *preços-públicos* e definirá os instrumentos técnico-jurídicos necessários à implantação da cobrança pelo uso da água);

(vi) estabelecimento de critérios e normas para o rateio de custo das obras de uso múltiplo, ou de interesse coletivo[153];

(vii) diretrizes e critérios para financiamento ou concessão de subsídios para a realização de obras de uso múltiplo ou de interesse coletivo[154];

(viii) critérios e prazos para a elaboração e aprovação dos relatórios previstos no art. 19, da lei[155];

(ix) definição da composição, organização, competência e funcionamento do Conselho Estadual de Recursos Hídricos e dos Comitês de Bacias Hidrográficas[156];

145 Art. 29, § 2º.
146 Art. 6º das Disposições Transitórias.
147 Art. 8º das Disposições Transitórias.
148 Art. 6º.
149 Art. 10.
150 Art. 10, parágrafo único.
151 Art. 12, § 3º.
152 Art. 14.
153 Art. 15.
154 Art. 15, III.
155 Art. 19, § 5º.
156 Arts. 22, I e II, e 23, § 2º.

(x) disciplina da decisão, pelo CRH, dos conflitos entre os Comitês de Bacias Hidrográficas"[157];

(xi) forma de organização do Comitê Coordenador do Plano Estadual de Recursos Hídricos — CORHI[158];

(xii) condições gerais a serem observadas pelos convênios entre o Estado e os municípios, para a delegação do gerenciamento, por estes, dos recursos hídricos de interesse exclusivamente local[159]; e

(xiii) normas sobre o FEHIDRO[160].

15. *Conclusão*

À vista do exposto, podemos chegar às seguintes conclusões:

(i) os bens públicos, no direito brasileiro, estão, basicamente, definidos na Constituição Federal e no Código Civil. Tais bens são inalienáveis, só perdendo essa característica nos casos e formas previstos em lei;

(ii) o uso dos bens públicos por particular pode ser *comum* ou privativo, sendo que o uso comum pode ser *ordinário* ou *extraordinário, normal ou anormal. O uso comum* é exercido, em igualdade de condições, por todas as pessoas. O *uso privativo* é exercido com exclusividade, mediante outorga. O *uso comum ordinário* independe de outorga administrativa. O *uso comum extraordinário*, em geral, depende de licença ou autorização. O *uso comum normal* é feito de acordo com a destinação do bem, e o *anormal* contrasta com aquela destinação, mas com ela é compatível;

(iii) segundo o Código Civil brasileiro, os bens públicos são: de *uso comum do povo* (tais como os mares e os rios), de *uso especial* (edificações e terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento público) e *dominicais* (que constituem o patrimônio das pessoas públicas, objeto de seu direito pessoal ou real);

(iv) insuscetíveis de direito de propriedade, os *bens públicos de uso comum têm como titulares* as pessoas jurídicas de direito público em cujo patrimônio estão incluídos, e como *beneficiário*, o povo;

(v) o *uso comum do povo*, geralmente, é gratuito, podendo ser retribuído, na forma da lei;

(vi) o uso privativo dos *bens de uso comum*, ressalvadas as disposições constitucionais expressas, depende de *autorização administrativa, concessão administrativa, ou permissão administrativa*, outorgadas pelo titular do seu domínio;

(vii) as águas públicas, no direito brasileiro, são, em regra, *bens públicos de uso comum* ou *dominicais*;

(viii) o *uso comum* das águas públicas de uso comum pode ser gratuito ou retribuído. O *uso privativo* geralmente deve ser retribuído;

(ix) no exercício do poder de polícia administrativa referente às águas públicas

157 Art. 25, VIII.

158 Art. 28.

159 Art. 32, parágrafo único.

160 Art. 35.

do seu domínio, ao Estado cabe expedir, nos termos da lei federal, as outorgas de direito de uso dos recursos hídricos e fiscalizar os aproveitamentos em rios da União, conforme lei complementar federal;

(x) nas outorgas para uso das águas públicas, como estas são inalienáveis, o que se confere é o direito ao uso, mediante *concessão administrativa*, nos casos de utilidade pública, e de *autorização administrativa*, nos demais. Para as derivações insignificantes, o Governo Federal instituiu a *permissão administrativa*;

(xi) o princípio do *poluidor pagador* já existia em legislações antigas, inclusive no Brasil, no Código de Águas, sendo presentemente adotado e reconhecido válido pela maioria dos países desenvolvidos;

(xii) o princípio do *usuário-pagador*, tradicional no campo da irrigação, vem, aos poucos, sendo aplicado para outros setores de uso dos recursos hídricos, em geral em relação aos utilizadores beneficiados por obras, serviços ou atuação dos poderes públicos;

(xiii) a denominação da retribuição pelo uso da água é bastante diversa, variada segundo o ordenamento jurídico e os costumes de cada país;

(xiv) os critérios para cobrança pelo uso da água são diversos e vão, desde o fornecimento de pessoal para os seviços, da cessão de terras, da contribuição para as obras, às contribuições de melhoria, à superfície irrigada, ao volume utilizado, até chegarem à combinação de mais de um;

(xv) a doutrina nacional e a estrangeira não são pacíficas a respeito da natureza jurídica da contraprestação paga pelos usuários dos bens públicos, se *taxa, tarifa, preço-público*, ou até *preço* sem outra caracterização; na França, foi entendido tratar-se de novo tipo de remuneração;

(xvi) no Brasil, muitos tributaristas optam pela *taxa*, um tributo, e os administrativistas são praticamente unânimes no sentido de que se trata de preço-público;

(xvii) perante o direito positivo brasileiro, temos as tarifas cobradas dos irrigantes e os "royalties" pagos pela produção de energia hidrelétrica; a Lei nº 7.663/91, de São Paulo, define o pagamento como *preço-público*, sendo que a Constituição declara caber ao Executivo a sua fixação;

(xviii) no Estado de São Paulo, a Constituição prevê a instituição, por lei, de um sistema integrado de gerenciamento de recursos hídricos, congregando órgãos estaduais e municipais, devendo o Estado assegurar meios financeiros e institucionais para as várias ações nela previstas;

(xix) segundo a Constituição, para garantir tais ações, a utilização dos recursos hídricos do domínio do Estado deve ser cobrada de acordo com as peculiaridades de cada bacia hidrográfica, na forma da lei, e o produto da cobrança aplicado em serviços e obras hidráulicas e de saneamento de interesse comum, previstos nos planos estaduais de recursos hídricos e saneamento;

(xx) promulgada a Lei nº 7.663/91, em atendimento às disposições constitucionais, ela, ao invés de instituir o Plano Estadual de Recursos Hídricos — PERH, remeteu a matéria à lei futura; como o legislador de amanhã não está preso às determinações do legislador de hoje, relativamente a normas de mesma hierarquia, essa matéria deixou de entrar, imediatamente, no direito positivo;

(xxi) a lei nº 7.663/91 instituiu alguns critérios para a cobrança pelo uso dos

recursos hídricos estaduais, mas, para aplicar a cobrança de forma gradativa, remeteu novamente o assunto a uma futura lei, que deve estabelecer os critérios e as normas para fixacão dos preços públicos e a definição dos instrumentos técnicos e jurídicos necessários. Essa lei deverá ser aprovada em 1995;

(xxii) no tocante ao rateio do custo das obras de aproveitamento múltiplo dos recursos hídricos, a lei introduziu algumas expressões novas, tais como *interesse comum e interesse coletivo*, que precisarão ser melhor definidas no regulamento;

(xxiii) o regulamento deverá, igualmente, explicar quem é *beneficiado*, que, na verdade, deveriam ser apenas os que se utilizam das águas, pois, deixar o vocábulo com sentido genérico transforma a cobrança em tributo, uma vez que o beneficiário das obras públicas é o povo;

(xxiv) o parágrafo único, do art. 15, da lei, na parte que dá faculdade aos órgãos e entidades competentes, para identificar a origem do patrimônio e das rendas dos beneficiados é inconstitucional; e

(xxv) à Lei nº 7.663/91, e às leis nela previstas, deve caber a disciplina das águas subterrâneas, juntamente com as de superfície, para que se evite a divisão da gestão desses importantes recursos hídricos; caso contrário, até a aplicação do princípio *usuário-pagador* poderá ser dificultada.