

ASPECTOS JURÍDICOS DO USO DE INSTRUMENTOS ECONÔMICOS NA GESTÃO AMBIENTAL: A NOVA POLÍTICA DE RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL

Marcia Cristina Frickmann Young¹

Carlos Eduardo Frickmann Young²

Sumário: Este artigo examina aspectos jurídicos para a efetiva implementação do princípio do usuário pagador como nova ferramenta para a gestão ambiental no Brasil. São apresentados os elementos necessários para a adoção de espécies tributárias como forma de cobrança pelo uso dos recursos ambientais, e, dada a complexidade e restrições legais inerentes à criação de impostos e taxas, demonstra-se que a categoria de preços públicos é a mais adequada para os fins pretendidos. Como caso concreto, é discutida a estrutura legal por trás das reformas nos sistemas de gestão de recursos hídricos no Brasil, concluindo-se que as brechas ainda existentes na regulamentação da nova legislação certamente levará a uma grande quantidade de conflitos judiciais.

LEGALASPECTS OF THE USE OF ECONOMIC INSTRUMENTS IN ENVIRONMENTAL MANAGEMENT: THE NEW WATER RESOURCES POLICY IN BRAZIL

Abstract: This article examines legal aspects for the effective implementation of the user-pays principle as a new tool for environmental management in Brazil. The necessary elements for the adoption of fiscal instruments are presented as a way to charge for the use of environmental resources and, given the complexity and legal restrictions associated with new taxes, it is shown that the category of public prices is the most adequated for desired objectives. As a concrete case study, the legal structure behind the reforms in the Brazilian water management system is discussed, concluding that the gaps yet remaining in the implementation of the new legislation will certainly lead to a considerable number of legal disputes.

1. MEIO AMBIENTE, DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O rápido crescimento econômico das sociedades modernas trouxe consequências preocupantes para um conjunto de bens coletivos e individuais, como os recursos ambientais e o patrimônio histórico-cultural, direta ou indiretamente ameaçados de destruição. Como reação a esse

1 Advogada (PUC/RJ) e Mestranda em Análise da Informação Geográfica e Estudos Populacionais (ENCE/IBGE). Email: marcia.young@openlink.com.br

2 Economista (PhD, Universidade de Londres; MSc e Ba, UFRJ). Professor Adjunto do Instituto de Economia da UFRJ. Email: young@ie.ufrj.br

problema, a crescente preocupação com o meio ambiente e o surgimento de uma nova série de demandas sociais passou a exigir uma grande reciclagem em todas as ciências, inclusive nas áreas de ciências sociais. Entre os novos temas que surgem com destacado interesse está a questão dos interesses difusos, ensejando uma nova conduta para o Direito e sua função.

Surge assim a necessidade de construção de uma nova ordem jurídica baseada em um compromisso com os três pilares do desenvolvimento sustentável: a eficiência econômica, a justiça social e a preservação ambiental. Uma das principais características deste momento de transformações está no fato da sociedade perceber que o Estado já não é capaz de dar solução sozinho aos novos problemas. As novas formas de organização dessa sociedade, consolidada pelas organizações não governamentais (ONGs) com forte influência coletivista, pressionam para modificar as formas tradicionais de estruturação estatal, principalmente no que se refere ao sistema jurídico.

Essa questão é abordada no relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, mais conhecido por Relatório Brundtland (WCED, 1987) e que estabeleceu as bases conceituais do desenvolvimento sustentável. O documento propõe um regramento jurídico da conduta humana, da sociedade e do Estado em face do meio ambiente. Ao “direito humano fundamental a um meio ambiente adequado à saúde e bem-estar de todos os homens”, formulou princípios-deveres, dentre o quais (Oliveira, 1995, p.11-13):

- o estabelecimento de uma responsabilidade social fundada na equidade entre as gerações ao realizar um “empréstimo” ambiental em relação ao futuro, não se questionando opinião, licença ou voto dos potenciais prejudicados;
- a implementação da solidariedade e da igualdade internacionais, prevenindo simultaneamente o desenvolvimento às custas da espoliação e degradação da qualidade de vida de outros povos;
- a atribuição como meta econômico-social o chamado “desenvolvimento sustentável”, que consiste no progresso da atividade econômica compatível com a utilização racional de recursos ambientais, representando a rejeição ao desperdício, da ineficiência e do desprezo por estes recursos.

Através da adoção destes princípios jurídicos relativos ao meio ambiente, surge a responsabilidade que deve ser assumida pelo Poder Público de cada país na preservação do meio ambiente. Para promover esta ação, há a necessidade de estruturar-se o serviço público para que possa fiscalizar, monitorar, planejar, executar políticas de natureza pública ou privada, desenvolver pesquisas e estudos técnicos específicos com quadro técnico próprio. Essas atividades também resultam em despesas e, conseqüentemente, exigem do Poder Público normas e práticas para o custeio da proteção ambiental.

Portanto, torna-se indispensável a atribuição ou imputação aos agentes poluidores, da responsabilidade da integração do valor das medidas de

proteção ambiental nos seus custos de produção, o que se denomina princípio do poluidor-pagador ou, de forma mais abrangente, princípio do usuário (do recurso ambiental) pagador. Este princípio impõe ao poluidor ou outros usuários de recursos ambientais o pagamento dos custos das medidas de prevenção e controle da poluição que foram resultantes de sua ação.

Esse ponto foi aprofundado pela Conferência Internacional de Direito Ambiental, realizada em 1991 no Rio de Janeiro como evento preparatório à Conferência Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92). Este evento destinou-se a comprometer a comunidade jurídica nacional e estrangeira à busca de um futuro melhor, em cujo esforço o Direito se presta como instrumento fundamental ao regradar a conduta humana, normatizando padrões éticos consolidados pela moral e os costumes que vêm sendo modificados com o desenvolvimento da sociedade, respondendo simultaneamente à satisfação dos seus anseios (Oliveira, 1995, p.8).

Discutiu-se dentre várias propostas, a utilização e a importância do Direito Tributário que, através da implementação da tributação ambiental, pode ser utilizado como poderosa ferramenta de transformação na tarefa de provocar uma reação imediata e modificadora dos padrões de comportamento considerados ultrapassados. Entendeu-se o Direito Tributário como veículo para adequação de instrumentos econômicos de controle e preservação ambiental. Através da tributação ambiental, é possível implementar uma política efetiva do princípio do poluidor-pagador com a utilização de espécies tributárias, quer para aferir recursos aos órgãos ambientais, quer para alcançar uma conscientização e alteração de comportamento por parte dos contribuintes em face ao meio ambiente.

A utilização das espécies tributárias como instrumentos econômicos torna-se, assim, uma alternativa no sentido de suprir recursos à prestação de serviços públicos ambientais, e também funciona para orientar a atuação dos contribuintes em face ao meio ambiente. Necessita, entretanto, de sistematização e enfoque jurídico próprio para justificar a sua adequação aos princípios fundamentais da tributação, como a legalidade, a proporcionalidade e a destinação pública dos tributos.

O objetivo deste texto é examinar esse marco institucional para a aplicação do princípio do usuário pagador no Brasil, tomando como exemplo as recentes transformações na legislação sobre recursos hídricos. A conclusão é a de que não há problema de incompatibilidade entre tal princípio e a estrutura jurídica pré-existente, cuja regulamentação é tema fecundo que deve merecer atenção crescente dos formuladores de política pública.

2.A TUTELA CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE

O Direito Ambiental é um novo campo de atuação da ciência jurídica, possuindo características peculiares, conceitos próprios mas aguardando uma organização normativa, objeto de sistematização que permitirá a construção de uma nova ordem jurídica fincada em bases diversas da ora

vigente, totalmente voltada para a construção social:

“O Direito ambiental não é, contrariamente ao que se pretende, se crê e se repete, um Direito unilateralmente favorável à defesa do meio ambiente, é um direito de compromisso entre interesses divergentes, o do desenvolvimento industrial e o da qualidade de vida das comunidades humanas” (Lacoumes 1988, p.30).

Seguindo esse princípio, a Constituição Federal dedica capítulo exclusivo ao meio ambiente, onde o tem como parte da ordem social, tratando-se de direito social do homem (Cap.VI do Título VIII, art. 225), e instituindo o Direito Ambiental ao destacar seu núcleo normativo. É estabelecido que todos os cidadãos têm direito à conservação da natureza através de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

É delegado ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o sistema físico e biológico no qual vivem os homens e os outros organismos, para as presentes e futuras gerações.³ O Poder Público ficou incumbido de impor e prestar condutas preservacionistas para que seja salvaguardado o direito à qualidade do meio ambiente como manifestação de direito à vida, onde todos têm direito a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Assim, também possui o dever de protegê-lo, incumbindo ao Estado observar e resguardar a aplicação eficaz desse direito e o racional aproveitamento dos recursos naturais, observando a capacidade de regeneração e estabilidade ecológica, apoiando-se na indispensável solidariedade coletiva.

É reconhecido a todos os cidadãos e instituições de fins ambientais e ecológicos a legitimação processual para a defesa do meio ambiente e qualidade de vida, assim como ao Ministério Público federal e estadual, onde a lei fixa as sanções penais, administrativas e civis⁴.

A Lei nº 6.938/81, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, obteve reforço tanto no artigo 225 quanto no artigo 23 do texto constitucional, constituindo o Sistema Nacional do Meio Ambiente e o Cadastro de Defesa Ambiental. A Política Nacional do Meio Ambiente objetiva não só a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental mas também compromete-se a assegurar as condições para o desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendendo os princípios já previstos na constituição e constituindo outros que asseguram a tutela jurídica do meio ambiente.

A Constituição estabelece a obrigação de estudo prévio de impacto ambiental para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, instituindo a necessidade de licenciamento. O Decreto nº 99.274/90, em seu artigo 19, refere-se ao sistema a ser utilizado para caracterização do devido licenciamento de cada atividade

3 Definição de meio ambiente usada pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente.

4 Revista dos Advogados 18/50, junho 1985.

potencialmente poluidora. São elaborados três tipos de licenciamento:

1- Licença prévia (LP). Na licença prévia é realizada uma análise prévia do projeto, onde a administração autoriza o prosseguimento de estudos fazendo algumas exigências contendo requisitos básicos a serem obedecidos nas fases de localização, instalação e operação observados os planos municipais, estaduais ou federais de uso do solo. A licença prévia não autoriza o início de obras ou atividades que não estejam dentro dos padrões mínimos exigidos pelas normas ambientais.

2- Licença de instalação (LI). Na licença de instalação é autorizado o início da implantação do projeto, desde que, de acordo com as especificações constantes do projeto executivo aprovado.

3- Licença de operação (LO). Na licença de operação, após verificações necessárias, é autorizado o início da atividade licenciada e o funcionamento dos equipamentos de monitoramento e controle da poluição, de acordo com o previsto nas licenças anteriores.

A concessão das licenças é realizada através de política gerida e fiscalizada pelo SISNAMA - Sistema Nacional de Meio Ambiente, regulamentado através da lei nº 6.938/81, em seu artigo 6º, com respectiva redação alterada posteriormente pelas leis nº 7.804/89 e nº 8.028/90. O SISNAMA possui competência para: a concessão das licenças, que deve ser feita tendo em vista os princípios da tutela ambiental e os preceitos legais pertinentes; a definição das áreas prioritárias de ação governamental relativas ao equilíbrio biológico, atendendo aos interesses da União, Estados e Municípios; o estabelecimento de critérios e padrões de qualidade ambiental e as normas relativas ao uso e manejo dos recursos ambientais; o desenvolvimento de pesquisas orientadas para o uso dos recursos ambientais; a difusão de tecnologia de manejo do meio ambiente; a divulgação de dados e informações ambientais e a formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico; a preservação dos recursos ambientais com vistas a sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida; a implantação ao poluidor e ao predador da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

O Estado atuando como interventor no que concerne à proteção do meio ambiente, se investe de poder para tanto. Através da atividade da administração pública, o Estado é capaz de utilizar instrumentos econômicos como a taxa, para a implementação de uma política ambiental satisfatória às necessidades sociais. Tal posicionamento é possível graças ao poder de polícia ambiental, concedido pelo poder público aos órgãos administrativos ambientais, que se valem deste meio jurídico para atuar como gestor do patrimônio coletivo. Para tal, existe todo um aparato institucional obediente aos princípios legais que servem como limitadores da lei aplicável, ao tratar de atividade que a lei tenha como discricionária, evitando o uso abusivo de poder. No direito positivo brasileiro, encontramos a conceituação de poder de polícia no Código Tributário Nacional, regulamentado pela Lei nº 5.172, de

25/10/88, artigo 78:

“Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando o 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, do exercício da atividade econômica dependentes de concessão do poder público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos.

Parágrafo único: considera-se regular o exercício do poder de polícia 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.”

Outro elemento presente na na lei nº 6.938/81, definitiva da Política Nacional do Meio Ambiente e fundamental para os propósitos deste texto, é o artigo 4º,VII, que define juridicamente o princípio do usuário pagador como “imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”. A utilização de espécies tributárias para esse fim é discutida nas próximas seções.

3.DIREITO TRIBUTÁRIO E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO USUÁRIO-PAGADOR NO BRASIL

3.10 princípio do usuário pagador na legislação brasileira

A determinação de medidas próximas ao princípio do usuário pagador já estava prevista no Código de Águas de 1934:

“ (...) o Código de Águas admite que, mediante expressa autorização administrativa, e se os interesses da agricultura ou da indústria o exigirem, as águas podem ser inquinadas, mas os agricultores ou industriais devem providenciar para que elas se purifiquem, ou sigam o seu esgoto natural. Pelo favor concedido, os agricultores ou industriais devem indenizar os poderes públicos ou os particulares lesados” (Pompeu 1997, baseado nos arts. 111-112 do Código de Águas).

A utilização das espécies tributárias como instrumentos jurídicos efetivos na captação de recursos para a adoção e aplicação do princípio usuário pagador já era cogitada na década de 70 (por exemplo, ver Moreira Neto, 1977). Não se trata, portanto, de matéria inovadora, como fazem constar os já referidos artigo 4º e parágrafo 3º do artigo 14 da Lei Federal 6.938/81, obtendo respaldo no parágrafo 2º do art. 225 da Constituição da República; que determinam o dever de impor ao usuário do meio ambiente uma contribuição pela utilização dos recursos ambientais.

Esta orientação de ordem financeira também já está consagrada de forma expressa em algumas Constituições Estaduais vigentes. A Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 211, estabelece a cobrança dos recursos hídricos, segundo as peculiaridades de cada bacia, de modo a garantir a utilização racional, aproveitamento múltiplo e determinar a adoção da tributação das atividades econômicas como instrumento de proteção ambiental. A Constituição Fluminense, no artigo 258, parágrafo 1º, XVIII, incumbe ao Poder Público, “estabelecer política tributária visando à efetivação do princípio poluidor-pagador e o estímulo ao desenvolvimento e implantação de tecnologias de controle e recuperação ambiental mais aperfeiçoadas”. A Constituição do Estado da Bahia, em seu artigo 214, XIII, obriga ao Estado e aos Municípios, através da atuação da Administração direta e indireta, a estabelecer, na forma da lei, a tributação das atividades que utilizem recursos ambientais e que impliquem potencial ou efetiva degradação

Contudo, ainda há uma enorme distância entre estas propostas “no papel” e legislações efetivas que normatizam a cobrança pelo uso do recurso como instrumento de gestão ambiental. Em particular, a definição da categoria jurídica mais adequada para efetuar a cobrança é ainda alvo de polêmica, dadas as características e limitações de cada uma e a complexidade da legislação tributária no Brasil. O objetivo das subseções seguintes é mostrar, em linhas gerais, os fundamentos necessários para a implementação do princípio do usuário-pagador no Brasil.

3.2 Espécies tributárias

Para a efetiva implementação de instrumentos tributários de caráter ambiental é preciso obedecer aos fundamentos jurídicos da tributação, matéria de grande complexidade. Um dos problemas concretos na aplicação do princípio do usuário pagador é a definição da espécie tributária a ser assumida pelo instrumento econômico proposto. Esta questão é usualmente omitida no debate acadêmico, particularmente entre os economistas, mas é de fundamental importância para assegurar a validade jurídica do instrumento a ser proposto.

O tributo é uma prestação compulsória, feita em dinheiro ou em valor que se possa exprimir. É uma prestação pecuniária obrigatória, proveniente do poder de império do Estado, soberania esta que corresponde a uma obrigação de todos os cidadãos que à ele estão submetidos para que contribuam, desde que não se constitua sanção de ato ilícito. O tributo obedece prontamente ao princípio da legalidade, já que é quem o institui através de lei formal, onde se observa todas as formalidades exigidas na Constituição da República, pré-requisito para sua validade. Trata-se de uma receita derivada porque decorre do patrimônio do particular; é exigido e cobrado pelo Estado em decorrência de seu poder de império, correspondendo, portanto, a uma prestação compulsória, sendo ainda receita legal e de direito público (Rosa Jr., 1995).

Assim também ocorre com o princípio da tipicidade tributária, definido no artigo 97 do Código Tributário Nacional (CTN), que exige que sejam fixados no fato gerador, desde já, todos seus aspectos, sejam objetivos, subjetivos,

espacial, temporal e valorativos. Todos os elementos da obrigação tributária são caracterizados, evitando que haja interferências por parte da autoridade administrativa ou judiciária.

A vinculação da autoridade administrativa justifica-se pela obrigatoriedade do procedimento do lançamento da obrigação tributária. Logo, uma vez instituído o respectivo tributo e ocorrendo o fato gerador, o Estado não poderá deixar de cobrar o tributo (pois o momento em que ocorre o fato gerador é o mesmo momento em que se concretiza a obrigação tributária).

A obrigação tributária é o vínculo jurídico pelo qual o Estado, com base exclusivamente na legislação tributária, pode exigir do particular uma prestação tributária, seja positiva ou negativa. Possui três fases: a lei, o fato gerador e o lançamento.⁵

Na primeira fase, ou seja, a lei propriamente dita, caracteriza-se a obrigação tributária de forma abstrata, definindo uma hipótese de incidência. Tal obrigação se concretizará quando efetivamente ocorrer o fato gerador, isto é, quando materializar-se a situação prevista na lei, consagrando a segunda fase, transformando a obrigação tributária de abstrata em concreta. Nestas duas fases, a obrigação tributária tem natureza ilíquida, porque o fisco não sabe que ocorreu o fato gerador, quem é o sujeito passivo da obrigação, etc.

A natureza jurídica específica do tributo é determinada somente através do exame do fato gerador da obrigação tributária, tal qual dispõe o artigo 4º do CTN, não possuindo importância para definição do tributo a destinação do produto de sua arrecadação e a denominação adotada assim como as demais características adotadas pela lei.

No lançamento temos a terceira fase. É o conjunto de medidas adotadas pela autoridade administrativa para verificar a ocorrência do fato gerador, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido e identificar o sujeito. O lançamento formaliza e individualiza a obrigação tributária, transformando-a em obrigação líquida, constituindo o crédito tributário.

Entretanto, o crédito tributário só se tornará exigível depois que o sujeito passivo for regularmente notificado para tomar ciência do procedimento do lançamento e deixar transcorrer o prazo legal sem impugná-lo.⁶

A Constituição de 1988 atribui natureza tripartida aos tributos (art.145): impostos, taxas e contribuições de melhoria. Essas espécies tributárias apresentam em comum determinadas características, mas diferenciam-se

5 O fato gerador da obrigação tributária é expressão utilizada pelo Código Tributário Nacional, que caracteriza a situação jurídica que, ocorrendo, determina a incidência do tributo. Entretanto, a doutrina adota outras expressões para o termo que o CTN denomina fato gerador, sendo sinônimos: fato jurígeno, fato tributável, situação de fato, fato imponível, suporte fático, etc.

6 O exame do art. 156 do Código Tributário Nacional nos informa da extinção do crédito tributário que provoca o fim da obrigação tributária. Não existe crédito tributário sem obrigação tributária precedente. Entretanto poderá haver obrigação tributária sem crédito tributário, como nos casos em que o fisco decai do direito de constituir o crédito tributário pelo lançamento.

pela natureza jurídica específica do fato gerador que as institui.⁷

O imposto é conceituado como sendo o tributo cuja obrigação tem como fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte (CTN, art. 16). A taxa tem seu fato gerador definido como o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização efetiva ou potencial de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição (CTN, art. 77). A contribuição de melhoria é o tributo que tem por fato gerador a valorização imobiliária decorrente de obra pública, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resulta para cada imóvel beneficiado (CTN, art. 81).

O fato gerador possui importância fundamental para a diferenciação dos tributos em gênero (impostos, taxas e contribuição de melhoria) e em espécie (cada espécie de imposto). Através desta circunstância de fato em decorrência da qual nasce um tributo, é que se constitui o aspecto objetivo da relação jurídico-tributária. De acordo com essa visão, os empréstimos compulsórios e contribuições parafiscais posicionam-se como taxa ou imposto, dependendo do exame de seu fato gerador descrito na lei. Se o fato gerador estiver vinculado a uma atividade estatal específica, devem ser considerados como taxas. Se, no entanto, seu fato gerador independer de qualquer atividade específica, devem ser posicionados como impostos.⁸

A vinculação do tributo é, portanto, crucial para caracterizá-lo. As taxas são tributos vinculados, ou seja, seu fato gerador depende sempre de uma atuação estatal. São objeto de competência comum de todos os entes políticos. Entretanto as leis que as instituem devem definir seus fatos geradores vinculando-os a uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte, para que se caracterize como tal, porque, se o fizerem, os entes políticos só podem cobrar as taxas se os serviços públicos existirem efetivamente.

Cabe ainda notar que é considerando irrelevante e desprezível o nome dado pela lei ao respectivo tributo. O Artigo 4º do Código Tributário Nacional determina que a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: a denominação e demais características formais adotadas pela lei; e a destinação legal do produto da sua arrecadação.

⁷ Embora possam existir divergências em relação à natureza tripartida dos tributos.

⁸ A vinculação ou não do tributo refere-se à hipótese de incidência do tributo, que ao ser examinada o seu aspecto material, ou consiste em uma ação estatal, ou em uma atividade inteiramente estranha a atuação estatal. Logo, o tributo vinculado é aquele cuja obrigação tem por hipótese de incidência uma situação dependente de uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte. São tributos vinculados as taxas (art.145, II e III, C.F.) e a contribuição de melhoria (art. 77 e art. 81, CTN). Já o tributo não-vinculado é aquele cuja obrigação tem por hipótese de incidência uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte. São tributos não-vinculados os impostos (art.145, I, C.F.; art. 16, C.T.N). As contribuições especiais e o empréstimo compulsório não existindo autonomamente como espécies tributárias, podem ser considerados como tributos vinculados ou não-vinculados, dependendo do exame da hipótese de incidência, descrita na lei que a institua, estarem ou não vinculados a uma ação estatal.

Esta consideração obteve respaldo em decisão de inconstitucionalidade de algumas taxas instituídas por municípios que na realidade não passavam de impostos, fato que levou a determinar a natureza jurídica dos tributos obtido através do exame do fato gerador. Tal procedimento trata-se de uma verdadeira garantia do próprio Sistema Tributário Nacional no intuito de garantir o equilíbrio do sistema federativo que poderia ser abalado “se fosse lícito o legislador ordinário iludi-lo, pela troca dos nomes de cada tributo para a invasão do campo tributário reservado a competência diversa.” (Baleiro, 1992, citado em Rosa Jr., 1995)

Assim, não basta se rotular de taxa determinada espécie de receita tributária para que a mesma assim seja caracterizada. Somente através do exame do fato gerador poderá precisar a espécie tributária correta. Além disto, o fato de se denominar incorretamente a espécie tributária por si só, já é o suficiente para que a lei que a instituiu seja considerada inconstitucional, sendo necessário que tenha havido verdadeira violação de sua essência. Entretanto, há de se considerar que efetivamente tenha ocorrido o dolo, pois, ao contrário, poderemos estar diante de um mero erro técnico financeiro.

A capacidade contributiva do sujeito passivo é outro fator de diferenciação das espécies tributárias. O tributo contributivo é o que encontra sua justificativa na própria capacidade contributiva, cujos fatos geradores consistem em situações denotadoras de capacidade contributiva; são tributos fundados na capacidade contributiva os impostos e contribuição de melhoria.

O tributo comutativo ou retributivo baseia-se no princípio custo/benefício ou da equivalência, como acontece com as taxas e as contribuições. São tributos graduados pela capacidade contributiva (taxas), cujos fatos geradores não se consubstanciam em situações reveladoras da capacidade contributiva. Têm como fato gerador um fato da administração pública (o serviço público), e não uma manifestação de riqueza do contribuinte; sofrem a incidência do princípio da capacidade contributiva apenas na quantificação da correspondente obrigação; e as bases de cálculo ou alíquotas são variáveis em função de situações subjetivas do contribuinte conexas com o custo dos serviços públicos sujeitos às taxas.

3.3 As limitações ao poder de tributar

O poder de tributar é exercido pelo Estado por delegação do povo. O Estado encontra-se investido de poder de soberania para obter das pessoas juridicamente a ele subordinadas as contribuições pecuniárias necessárias à consecução de seus fins, prestados pelos cidadãos de forma compulsória. O artigo 150, incisos I, II e III, a e b da Constituição Federal, ressalta os principais direitos individuais no que concerne à matéria tributária. Através desta abordagem, consagra o chamado “Estado de Direito”, onde o governo está baseado em uma idéia de justiça, que se formaliza através da instituição de princípios e normas jurídicas que objetivam a garantia do cidadão contra eventuais abusos de poder por parte do Estado.

A doutrina jurídica diferencia poder de tributar e poder de polícia. Através desta diferenciação, conceitua poder de polícia como o poder que o Estado

possui para restringir o direito de cada um em favor do interesse da coletividade. Assim, vincula os tributos com finalidade meramente fiscal ao poder de tributar, e poder de polícia aos tributos com fins extra-fiscais, como instrumentos de intervenção no domínio econômico.

No Brasil, tanto o poder de tributar quanto o poder de polícia, encontram limitações nas disposições constitucionais e normas complementares relativas à matéria tributária, inclusive na repartição das receitas assim geradas entre as pessoas políticas que convivem na federação. Através de processos legislativos constitucionais dá-se a repartição de competências tributárias e a repartição de fontes de receitas.

As limitações constitucionais ao poder de tributar resultam de princípios gerais de direito tributário que decorrem de todo o sistema jurídico tributário brasileiro e se encontram em sua maioria na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional. Tais princípios são classificados como expressos quando claramente delimitados nas normas jurídicas; implícitos quando resultam do regime federativo do sistema tributário nacional; gerais referindo-se a todos os tributos e específicos quando pertinentes a determinados tributos.

Entre os vários princípios constitucionais abordados, podemos considerar princípios retores da tributação: a legalidade, a não-surpresa (anterioridade, anualidade e vigência da lei) e o princípio da irretroatividade.

O princípio da legalidade está fundamentado no fato do poder de tributar decorrer diretamente da Constituição Federal e, portanto, só poder ser exercido através da lei. Assim, o ato do Estado que cria a tributação deve ser legislativo, tanto em sentido formal quanto material (vale dizer: lei escrita e estrita), e a norma jurídica deve preexistir ao exercício do poder de tributar. O princípio da legalidade é a base para aplicação dos princípios da irretroatividade e da anterioridade, todos fundamentados no princípio basilar da capacidade contributiva do cidadão.

O princípio da anterioridade expressa a idéia de que a lei tributária seja conhecida com antecedência, de modo que os contribuintes, pessoas naturais ou jurídicas, saibam com certeza e segurança a que tipo de gravame estarão sujeitas no futuro imediato, podendo desta forma organizar e planejar seus negócios e atividades.

O princípio da irretroatividade da lei tributária define a necessidade de assegurar-se às pessoas segurança e certeza quanto a seus atos futuros em face da lei, atuando como uma negativa retrooperante à lei.

Assim, indiretamente, estes princípios obrigam os governantes a planejarem com um mínimo de antecedência a política tributária, atendendo a segurança jurídica, que tem por objetivo assegurar aos cidadãos uma expectativa precisa de seus direitos e deveres em face da lei. Antes de impor o tributo, seja qual for sua natureza, ao Estado cabe examinar a realidade subjacente atribuindo-lhe medida e valor. Deve o agente estatal, escolher os fatos, atos e situações considerados a fazer nascer a obrigação de pagar o respectivo tributo ao estado. A definição do chamado fato gerador torna-se imprescindível já que,

como suporte fático da tributação, sua pesquisa possui importância fundamental e consubstancia a realidade econômico-social ao ser ajuizada.

O princípio da tipicidade possui peculiaridade ante aos demais, o qual nunca é expresso na Constituição e nas leis, nominalmente. Trata da especificação do conteúdo da lei tributária, a norma. É o lado funcional do princípio da legalidade que originalmente limita-se a requerer lei em sentido formal. Tipificada significa rigorosamente legislada, cerrada, para evitar que haja interferência tanto pelo administrador quanto pelo juiz, na sua modelação, visando assim a uma melhor proteção para o contribuinte. A tipicidade do tributo, assim como suas espécies, dos impostos em particular, em face ao nosso sistema constitucional congrega o concurso nas leis complementares e ordinárias.

O artigo 97 do Código Tributário Nacional consagra o princípio da tipicidade ao estabelecer a estrutura da norma tributária sendo formada por definição do fato gerador, fixação das bases de cálculo e alíquotas, a majoração dos tributos, as infrações à lei fiscal e suas penalidades (ver Oliveira, 1995 para uma descrição dos princípios tributários expressos na Constituição Federal).

3.4 Competência para tributar

Todo ente político tem poder de tributar, que consiste no exercício do poder geral do Estado aplicado no campo da imposição de tributos. A Constituição da República estabelece três tipos de competência para a instituição de tributos: competência privativa, comum e residual.

A competência privativa é aquela conferida pela Constituição de forma exclusiva a um ente político para a instituição de determinados tributos. A sua atribuição feita pela Constituição Federal a um determinado ente político exclui a das demais pessoas de direito público. No caso de desrespeito, a lei pertinente será inconstitucional por invasão de competência privativa daquele outro ente. São tributos privativos os impostos, empréstimo compulsório e contribuições especiais.

A competência comum é aquela concedida pela Constituição indiscriminadamente a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para instituir determinados tributos. Tal competência comum, não significa que um mesmo tributo possa ser instituído por mais de um ente. Isso porque a competência não será somente da pessoa de direito público que tiver a atribuição administrativa para prestar o serviço público, no caso da instituição de taxas; ou executar a obra pública, se tratando de contribuição de melhoria. O artigo 77 do Código Tributário Nacional versa acerca do âmbito das respectivas atribuições dos entes federativos no que concerne a cobrança de taxas explicitado no artigo 80 do referido código e compatíveis à Constituição Federal, Constituições dos Estados, Leis Orgânicas dos Municípios e legislação correlata.

A competência residual caracteriza as situações de fato e de direito não previstas pela Constituição Federal mas que podem constituir hipótese de incidência da instituição de tributos. A Constituição da República estabelece

em favor da União a competência residual no tocante a tais situações por ela não previstas. Portanto, o tributo residual é aquele instituído como objeto do exercício desta competência. Compete à União, mediante lei complementar, instituir outros impostos não previstos no artigo 153 da Constituição Federal.⁹

A não-cumulatividade dos impostos residuais constitui pressuposto à sua instituição, isto é, devem incidir apenas sobre o valor acrescido de circulação da riqueza, e não sobre o valor total de cada operação. Por isso, os tributos residuais não podem ter fato gerador ou base de cálculo próprios discriminados na Constituição, evitando a ocorrência da bitributação ou de *bis in idem*.¹⁰

3.5 Finalidade

Além do fator gerador, o outro critério de classificação das espécies tributárias mais relevante à matéria ambiental é o de finalidade (Oliveira, 1995).

O tributo fiscal é aquele instituído com o objetivo de proporcionar recursos ao Estado para o cumprimento de suas finalidades, ou seja, a satisfação das necessidades públicas. Os tributos parafiscais se destinam ao custeio de atividades paralelas às atividades da administração pública direta, como a seguridade social.¹¹

O tributo extrafiscal é aquele cuja instituição visa a sua utilização pelo Estado como instrumento para intervenção no domínio econômico ou social, atendendo a outros fins que não a arrecadação, mas geralmente se destinando a corrigir situações sociais indesejadas e a conduzir a economia. Todavia, a intenção de arrecadação pelo Estado não desaparece, ficando apenas em segundo plano. Caracterizam-se como tributos extrafiscais o imposto de importação, exportação, imposto sobre produtos industrializados, operações de crédito, câmbio e seguro, imposto territorial urbano e rural progressivo no tempo.

A finalidade extrafiscal desses impostos é a razão da Constituição ressalvá-los do princípio da legalidade tributária, sendo facultado ao Poder Executivo,

9 A criação dos tributos residuais deve-se dar somente através de lei complementar, pois o exercício da competência residual deve ser considerado como exceção em matéria de competência impositiva.

10 Ocorre a chamada bitributação quando dois entes federativos, dotados de competência constitucional concorrente para o exercício do poder impositivo, decretam contemporaneamente imposto idêntico ao mesmo contribuinte, com fundamento no mesmo fato gerador. Diferentemente ocorre *bis in idem* quando a mesma entidade tributante exige, em relação ao mesmo contribuinte, dois ou mais tributos com base no mesmo fato gerador.

11 As contribuições parafiscais, embora possam ter uma finalidade extra-fiscal, caracterizam-se pelo fato de não serem arrecadadas pela União, mas por outras entidades, públicas ou privadas, designadas pela lei em proveito de suas próprias finalidades, como por exemplo INSS, OAB, CREA, SENAI, SESC, SESI, sindicatos etc. A expressão parafiscal designa, portanto, atividade paralela, isto é, ao lado do fisco, porque não se destinam aos cofres da União, não se misturam com suas outras receitas tributárias. São arrecadadas por órgãos paraestatais em razão dos serviços que prestam, paralelos aos do Estado. Assim, determinadas pessoas jurídicas de direito privado também têm capacidade ativa para exigir o cumprimento das referidas prestações cumpridas, já que a própria Constituição Federal permitiu que as contribuições parafiscais sejam arrecadadas, ficando letra morta o disposto no artigo 119 do Código Tributário Nacional, que não mais prevalece sobre a matéria.

atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos mencionados impostos, por força no disposto do artigo 153, parágrafo 1º da Constituição da República.

Dada essa diferenciação, é preciso definir-se a finalidade do tributo a ser instituído como forma de aplicação do princípio usuário pagador. Caso o objetivo principal o tributo seja financiar a ação pública na gestão ambiental, a categoria mais adequada é a de tributo fiscal. Contudo, caso o objetivo principal seja o de alterar o comportamento dos agentes sócio-econômicos, o tributo deve ser enquadrado como extrafiscal (e, portanto, com maior flexibilidade ao Poder Executivo para determinar alíquotas).

3.6 Preços públicos

O debate apresentado nas seções anteriores tem implicações cruciais para a aplicação do princípio do usuário pagador. A proposta usual dos economistas a respeito fala, de forma genérica, em imposto ambiental.¹² Nesse caso, haveria vantagens para os órgãos públicos na medida em que o uso da receita estaria desvinculado do seu fato gerador (o uso do recurso ambiental). Mas esse instrumento seria muito pouco flexível pois exigiria o respeito a um conjunto maior de limitações ao poder de tributar. Por outro lado, se a cobrança for através de taxa, existe maior flexibilidade para a determinação da cobrança, mas em compensação o valor cobrado e o uso da receita estariam vinculados ao serviço prestado. A complexidade desses problemas tornam pouco atraente o uso de espécies tributárias como categoria de cobrança pelo recurso ambiental.

Por isso, um número crescente de especialistas aponta para outra possível interpretação sobre a natureza jurídica dos instrumentos de cobrança baseados no princípio do usuário pagador: é a de que eles devem ser preços públicos, e não tributos. Para tal é preciso compreender a diferenciação entre receitas derivadas e originárias.

Os tributos são receitas derivadas, provenientes do patrimônio do particular e obtidas pelo Estado mediante seu poder de constranger o pagamento de valores. Nas espécies tributárias clássicas, o que vale é o interesse público, tratando-se de receitas obrigatórias de economia pública, impostas aos cidadãos em razão de sua soberania, no desempenho de atividades em que prevalece o interesse público.

Já as receitas originárias são as que procedem do patrimônio do Estado ou do exercício de suas atividades (Pompeu, 1997). São, portanto, preços - receitas voluntárias que o Estado auferir através da exploração do seu próprio patrimônio ou de sua atuação em atividades paralelas agindo como particular e não investido de seu poder de império. Nesses pagamentos predomina o interesse privado por se tratar de receitas contratuais, não estando os indivíduos obrigados a realizá-las e satisfazê-las. Por isso, não se confundem com os tributos, não estando submetidos ao exame dos princípios constitucionais retores da tributação (embora há de se ressaltar que a taxa é

¹²O pioneiro na proposição de impostos corretivos que internalizassem os custos ambientais foi o economista A.C. Pigou (1879-1959).

muitas vezes confundida com o preço, já que ambas as receitas são obtidas pelo Estado em razão da prestação de serviços públicos divisíveis).

Cabe ainda diferenciar, dentre as receitas originárias, preços quase-privados e preços públicos. Os primeiros referem-se aos pagamentos voluntários por bens ou serviços vendidos pelo Estado, onde o interesse é exclusivamente privado, ou seja, o Estado age como qualquer agente privado. Os preços públicos também referem-se a pagamentos voluntários efetuados por bens ou serviços vendidos pelo Estado que beneficiam diretamente o indivíduo pagador, mas que também resultam em benefícios para a comunidade. A Tabela 1 abaixo, baseada em Rosa Jr. (1995), resume a classificação das receitas públicas a partir da análise dos diferentes graus de interesse público:

Tabela 1. Classificação de receitas públicas

| Classificação | Características |
|---------------------------|---|
| Preços quase-privados | A atividade financeira do Estado refere-se exclusivamente ao interesse privado. O Estado age como particular, no campo estritamente contratual não exercendo sua soberania, não sendo denominado de preço privado apenas por ter o Estado como um dos sujeitos da relação. |
| Preços públicos | O interesse privado na atividade financeira desenvolvida pelo Estado se apresenta em um grau menor, apesar do interesse privado ainda preponderar sobre o interesse público. O Estado tende a monopolizar o exercício da atividade financeira para evitar que o particular tenha controle sobre os preços. |
| Taxas | Receitas públicas onde o interesse público prepondera sobre o interesse privado. A taxa seria o pagamento feito pelo indivíduo ao Estado para atender o custo de cada serviço que é executado para servir ao interesse público, mas do qual resulta em uma vantagem para o particular. |
| Contribuições de melhoria | Receitas públicas decorrentes de atividades onde se destaca o interesse público, resultando, todavia em uma vantagem para uma determinada classe ou grupo de indivíduos. A contribuição de melhoria corresponde a um pagamento feito pelos cidadãos que se beneficiariam pela valorização de imóvel às custas de obras públicas feitas pelo Estado que em contrapartida obtém o ressarcimento do custo dos serviços realizados através do pagamento do tributo. |
| Impostos | são cobrados pelo Estado ao particular pelo exercício de uma atividade que visa exclusivamente o interesse público, Trata-se de uma contribuição obrigatória devida que permite ao Estado a execução de serviços que são necessários ao cumprimento de suas finalidades. |

Fonte: Rosa Jr. (1995)

Na medida em que a cobrança baseada no princípio do usuário pagador pelo acesso a recursos naturais resulta também em benefício para a comunidade, a categoria a ser usada é a de preço público, e não preço quase-privado. Cabe, contudo, reafirmar que a diferenciação entre preço público e taxa é mais delicada pois, para definir-se como preço público, o instrumento de cobrança deve estar calcado na utilização de bem público dominial e não no poder de polícia ou na utilização efetiva ou potencial de serviço público (ao que corresponderia a taxa de polícia ou a de serviço público, respectivamente - ver Pompeu, 1997).

Assim, é crescente o consenso de que, dado o marco jurídico brasileiro, a

categoria mais adequada para a aplicação do princípio do usuário pagador é a de preço público (Seroa da Motta, 1998; Lanna *et al.* 1997; Pompeu 1997). Esse ponto é aprofundado na próxima seção, que debate a nova política para a gestão de recursos hídricos no Brasil.

4. COBRANÇA PELO USO DA ÁGUA NO BRASIL

4.1 Histórico da gestão de recursos hídricos

O histórico legislativo brasileiro versando sobre o tema águas é bastante antigo. Pode-se citar as Ordenações do Reino, na forma da Resolução de 17/08/1775; o Alvará de 27/11/1804, e a Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas. O Código Civil de 1916 trouxe a preocupação com a proteção dos recursos hídricos e atribuiu um regime geral das águas submetendo a normas de direito comum.

O principal marco divisório, no entanto, foi o Código de Águas (Dec. 24.643 de 17/01/1934), que formou o quadro normativo que trata especificamente do tema. O Código de Águas abordou a proteção dos recursos hídricos através da regulamentação da apropriação da água principalmente com vistas a sua utilização como fonte geradora de energia elétrica, possuindo mecanismos capazes de assegurar a utilização sustentável dos recursos hídricos, bem como garantindo o acesso público às águas. Tratando-se de lei complementar, foi sendo adaptada aos preceitos constitucionais vigentes de modo a condicionar-se às transformações nas necessidades sócio-econômicas.

Por esse sistema, apoiado extensivamente em diretrizes regulatórias, os serviços de saneamento são providos por concessionários definidos pelas autoridades locais (estaduais ou municipais). Esse enfoque é usualmente referido na literatura como comando-e-controle.¹³ A determinação dos padrões de qualidade ambiental é de competência do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), órgão colegiado que tem a finalidade de assessorar, estudar e propor as diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente natural. Estes parâmetros são normalmente baseados na experiência internacional. Cabe ao IBAMA (no nível federal) e aos órgãos ou entidades estaduais e municipais a responsabilidade pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental. A exigência de estudos de impacto ambiental (EIA) e relatórios de impactos ambientais (RIMA) constitui a base de avaliação para o licenciamento das atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, sendo este o principal instrumento disponível para a gestão ambiental. A elaboração dos estudos de impactos ambientais fica a cargo de consultor independente, contratado pelo proponente do pedido de licença. O cumprimento é monitorado e sanções (multas, fechamento, detenção) são aplicadas no caso de descumprimento, determinadas de forma diferenciada pelas agências locais de controle.

Entretanto, esse sistema apresenta muitos pontos falhos. Em primeiro lugar, a

¹³A recente Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9605, de 12/02/1998) é um exemplo desse tipo de enfoque para a preservação ambiental fortemente baseado em penalidades e sanções.

ação dos órgãos ambientais é reativa, sendo que a expansão de suas atividades é normalmente resultado do agravamento de problemas não resolvidos. Segundo, os procedimentos atuais de EIA e RIMA são passíveis de várias críticas (Magrini, 1996) pois existe pouca clareza quanto aos critérios adotados e, na prática, não se observa a apresentação de alternativas tecnológicas e locacionais, sendo bastante restritas as áreas de influência consideradas nos estudos. Além disso, o princípio de independência da equipe responsável pela elaboração dos estudos entra em contradição com a prática de permitir-se ao proponente do projeto a indicação e contratação dessa equipe.

A fiscalização também apresenta sérios problemas devido à escassez de recursos humanos e financeiros, em virtude da crise do estado brasileiro em seus diversos níveis, e à fraca integração entre esses distintos níveis de governo. Além disso, a rigidez do sistema de padrões e licenças retira flexibilidade dos gestores ambientais, tornando-os muito pouco efetivos no sentido de criar estímulos aos agentes sociais para que adotem práticas mais adequadas ao ambiente. Uma vez “dentro” dos padrões de emissão, há pouca motivação para que o agente melhore sua performance. Por outro lado, no caso de indústrias estabelecidas sob um padrão tecnológico prévio à definição dos padrões ambientais, os custos de readaptação podem ser significativos, o que levaria em alguns casos até ao fechamento da indústria com enorme custo social. Assim, apesar do elevado custo de regulação, a geração de receitas fiscais é pequena e o custo sócio-econômico elevado, pois as principais penalidades implicam na redução das atividades econômicas (existe um número máximo de vezes que o estabelecimento pode ser multado), criando-se uma tendência a fazer “vista grossa” quando um agente de grande importância econômica, ou o próprio Estado, é cronicamente responsável por emissões acima dos padrões.

Esses pontos levaram a que a gratuidade do uso da água fosse questionada. Cabe lembrar que as taxas tradicionalmente pagas pelos usuários dos serviços de abastecimento não se referem a o valor do bem econômico água *per se*, mas à remuneração dos serviços de saneamento (fornecimento e, se for o caso, esgotamento) de “trazer e buscar” a água. O princípio do usuário-pagador, diferentemente, é aplicado no sentido de fazer com que o órgão controlador da água adote medidas para que as pessoas singulares e coletivas, de direito público ou privado, responsáveis pelo consumo, paguem as despesas para evitá-lo ou reduzi-lo. Através da cobrança, os agentes poluidores devem indenizar o poder público e/ou os particulares lesados. Não se trata, portanto, de uma desculpa para “pagar e continuar poluindo” ou “privatizar” o recurso mas, através do encarecimento do recurso, estimular ações que favoreçam o seu uso mais racional. Como apontam Lanna *et al.* (1997, p.37):

“É nesta situação que a sociedade pode decidir pela intervenção do Poder Público - no limite, estabelecendo a propriedade estatal do recurso, que passa a não ser mais de livre acesso - no sentido de racionar e racionalizar os recursos.”

4.2A Lei federal 9.433/1997

A regulamentação da cobrança pelo uso da água ensejou na instituição da Lei de Recursos Hídricos - Lei nº 9.433, que entrou em vigor em 08/01/1997. A nova Lei de Recursos Hídricos veio estabelecer uma política de combate ao desperdício permitindo aos entes federativos estabelecerem um preço para a captação da água. Através da estipulação de um preço é possível que este sirva de elemento fundamental na conscientização dos usuários, de forma a implementar a idéia de que a água é um recurso finito e que lhe é atribuído um valor que ao ser arrecadado gera uma receita que pode ser utilizada como recurso financeiro para a melhoria da qualidade da própria água captada.

Após seis anos de debates e da apresentação de alguns projetos de lei, a Lei de Recursos Hídricos (autoria do deputado Aroldo Cedraz) foi sancionada em 08.01.97 pelo presidente de República com 12 vetos (para uma discussão sobre os entraves políticos em torno dessa lei ver Seroa da Motta, 1998). A nova lei institucionaliza os conceitos de “usuário-pagador” e o de “poluidor pagador”, desonerando os cofres públicos. O reconhecimento da unicidade da outorga do direito de uso significa que a água só poderá ser usada por quem tiver permissão para fazê-lo, e a cobrança pelo uso da água deverá gerar receitas consideráveis. Os recursos deverão ser aplicados prioritariamente na bacia onde são recolhidos, viabilizando financeiramente o setor. O objetivo é criar mecanismos locais para administrar, planejar, controlar, comercializar, fiscalizar, preservar e recuperar o potencial hídrico, simultaneamente arrecadando recursos para a realização de projetos, desde a construção de barragens sofisticadas até redes de abastecimento de água e saneamento básico.

Outro elemento inovativo do modelo proposto é a gestão descentralizada por comitês de bacias hidrográficas, envolvendo os distintos níveis de governo, mas também usuários e comunidades locais. O papel do Estado deixa de ser normativo para ser o de coordenar e integrar a gestão das diversas bacias, centralizar informações e intermediar conflitos.¹⁴ Este conceito de gestão participativa foi inspirado nas experiências alemã e francesa de comitês de bacia, onde as decisões referentes ao gerenciamento dos recursos hídricos é resultado da discussão entre todas as partes envolvidas (para uma revisão das experiências internacionais de gestão, ver Seroa da Motta 1998; Seroa da Motta *et al.* 1996; Mendes e Seroa da Motta 1997; e Borsoi e Torres 1997). A constituição de alguns comitês de bacia no Brasil foi prévia a essa lei, mas as ausências de caráter jurídico e de autonomia fiscal e orçamentária tornavam sua ação pouco efetiva. Trata-se, portanto, de um grande desafio, na medida em que a tradição brasileira sempre foi bastante centralizadora, e a proposta dos comitês de bacia com bastante destaque para a

Não há especificação da forma pela qual a cobrança será exercida. Contudo, por tratar-se de pagamento voluntário pelo uso de bem público e em função do já debatido na seção anterior, a cobrança deverá ser estabelecida através de preço público, e não tributo (no caso, taxa). Isso garantirá grande

¹⁴A outorga continua sendo controlada pela União no caso de águas sob seu domínio, constitucionalmente definidas como rios e lagos que banham mais de uma unidade da Federação, ou que sirvam de fronteira interestadual ou internacional.

autonomia e flexibilidade ao gestor para a fixação do valor a ser cobrado. Embora o artigo que fazia explicitamente a distinção entre outorga pelo uso dos recursos hídricos e outorga para concessão de serviço público tenha sido integralmente vetado, está subentendido pelo princípio dos usos múltiplos da água que tanto o setor elétrico quanto o setor de saneamento necessitarão pleitear a outorga pelo uso da água por parte dos comitês de bacia (Borsoi e Torres 1997).¹⁵

Por outro lado, caso não haja a fixação por instância superior de valor mínimo pela água, é possível que haja *dumping* por parte de algumas bacias interessadas na atração de investimentos produtivos nas suas áreas de atuação. Tal prática poderá resultar em perda de eficiência econômica do sistema como um todo, e deterioração da qualidade ambiental nas bacias em questão.

A resolução deste e de outros aspectos práticos de funcionamento, tais como a especificação do poder de outorga e detalhamento da repartição dos recursos arrecadados, dependerá dos dispositivos legais complementares a serem elaborados para a regulamentação e funcionamento do sistema. Os conflitos inerentes a essa regulamentação deverão ser inúmeros pois, como aponta Seroa da Motta (1998, p.53):

“A cobrança é sem dúvida uma das questões mais sensíveis por duas razões. Primeiro porque sem a cobrança a gestão não cria um fato novo, pois não adquire um poder fiscal autônomo dos interesses setoriais. Por outro lado, a sua aplicação consigna um poder político federativo ao comitê de bacia por gerar altas somas de recursos próprios e, assim, cria incentivos a um conflito político e burocrático. Por último, se a cobrança e suas receitas catalisam parceiros, os critérios de cálculo do valor e aplicação de receitas os antagonizam, ou seja, a parceria e o processo participativo serão um jogo no qual a soma de benefícios terá de ser positiva. E tais benefícios serão basicamente medidos pela diferença dos ganhos e perdas econômicas advindas da cobrança. ”

4.3 Legislações estaduais

A mudança na regulamentação sobre recursos hídricos não se dá apenas a nível federal. Antes mesmo do sancionamento da lei federal, vários estados já haviam criado legislação própria prevendo a cobrança pelo uso da água respeito da matéria. Em comum, a presença de critérios de cobrança baseados no enquadramento de metas de qualidade ambiental, e considerações sobre disponibilidade, características hídricas e tipo de uso. Contudo, existem diferenças importantes nos critérios de cobrança, conforme sintetiza o quadro abaixo, extraído de Seroa da Motta (1998):

¹⁵Ou seja, além da obtenção da concessão do serviço de geração de energia elétrica e da concessão para a prestação do serviço de saneamento junto aos respectivos órgãos reguladores competentes.

Tabela 2. Critérios de Cobrança nos Textos das Legislações Estaduais

| Estado | Aplicação das receitas fora da bacia | Receitas aplicadas em Fundo | Atingir melhor padrão ambiental | Alterar ocupação espacial | Condições socioeconômicas do usuário | Objetivos econômicos regionais |
|-----------|--------------------------------------|-----------------------------|---------------------------------|---------------------------|--------------------------------------|--------------------------------|
| SP (1991) | X | X | | | | |
| CE (1992) | X | X | | | | |
| DF (1993) | | | | | | |
| MG (1994) | | | X | X | X | X |
| PR (1995) | | | | | | |
| SC (1994) | X | X | | | | |
| SE (1995) | X | X | | | | |
| RS (1995) | | | | | | |
| BA (1995) | X | | X | X | X | X |
| RN (1996) | X | X | | | X | |
| PB (1996) | X | X | | | | |
| PE (1997) | X | X | | | | |

Fonte: Seroa da Motta (1998)

Como estes Estados já incorporaram a gestão participativa dos recursos, será menos complicado implantar o sistema de cobrança. Para fazê-lo, será necessário um modelo capaz de determinar os valores da contribuição de acordo com as necessidades locais e características sócio-econômicas e geofísicas (dados hidrológicos, pluviométricos, vazão dos rios, qualidade da água, etc.). Assim, todos os modelos terão que ser adaptados à nova lei federal. Cada bacia deverá ter sua autoridade local preservada, possuindo poderes para definir, fiscalizar, aplicar, cobrar e reinvestir nas suas prioridades e com a participação dos interessados locais.

Como exemplos de legislações estaduais avançadas no assunto, pode-se citar os casos de São Paulo e Rio Grande do Sul. Em São Paulo o processo foi aberto ao debate inclusive em audiências públicas. Dentre os fundamentos jurídicos do anteprojeto, destacam-se (Pompeu, 1997):

- a cobrança pela utilização das águas de domínio estadual já está determinada na Constituição de São Paulo e é admitida pelo Código de Águas e pela Lei sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (6.938/91), além de ser prática adotada em vários países e ser recomendada por organismos internacionais.
- tratando-se de bem público incluído entre os seus demais bens, os Estados têm o poder-dever de exercer sobre eles a auto-tutela administrativa, bem como poder de outorgar o direito de seu uso
- a contraprestação a ser paga pela utilização da água consiste em receita originária do Estado, ou seja um preço (e não tributo), pois configura-se como a retribuição do uso de um bem público

Existem propostas alternativas no que se refere às formas de realização, administração e vinculação do produto da cobrança. Os órgãos mais ligados à gestão ambiental e de recursos hídricos (SRHSO/SMA/CETESB) propõem

vinculação do produto da cobrança e sua administração aos comitês de bacia onde foi arrecadado (podendo haver repasses de até 50% para outras bacias, desde que haja benefícios para a própria jurisdição). O Departamento de Águas e Energia Elétrica (DAEE) propõe uma forma mais genérica de aplicação, desvinculando o uso do recurso ao local de sua arrecadação (a ser definido pelo Plano Estadual de Recursos Hídricos), e cabendo ao Estado a administração de 50% do produto da cobrança. As propostas também diferem no volume de recursos a ser repassado ao Fundo Estadual de Recursos Hídricos (FEHIDRO). Esse conflito espelha interesses diferenciados dos agentes envolvidos, e a resolução política a ser alcançada será de vital importância pois os demais Estados da União serão certamente influenciados pela experiência pioneira de São Paulo.

Outra experiência em curso que também merece atenção refere-se ao Rio Grande do Sul. A Lei estadual 10.350/1994 estabelece em seu artigo 1º que “a água é um recurso natural de disponibilidade limitada e dotado de valor econômico que, enquanto bem público de domínio do Estado, terá sua gestão definida através de uma Política de Recursos Hídricos nos termos desta Lei”. A cobrança pelos diversos usos da água, tanto com o objetivo de obter financiamento para a gestão quanto para incentivar o uso adequado do recurso, é apresentada como princípio regente de tal Política (art 3, IV).

Há forte influência da experiência internacional (francesa, em particular) de agências de bacia: a descentralização da gestão é assegurada pela criação de comitês de gerenciamento de bacia hidrográfica envolvendo representantes dos usuários da água, da população da bacia e dos órgãos da administração pública. Além disso, prevê-se a criação de agências de região hidrográfica, com o intuito de assessorar tecnicamente os comitês de bacia (art.20, I, II e III) e também arrecadar e aplicar os valores correspondentes à cobrança pelo uso da água de acordo com o plano de cada bacia (art. 20, VI).

Os valores da cobrança serão estabelecidos nos planos de Bacia Hidrográfica (art.33), sob a forma de preço público pois artigo constitucional já definiu a cobrança pelo uso da água através de tarifa (Lanna *et al.*, 1997). Cabe ressaltar que a legislação do Rio Grande do Sul é peculiar no estabelecimento de cobrança mínima, cabendo aos comitês decidir se optam ou não por majorá-la, seguindo o exemplo do caso francês.

A vinculação no uso dos recursos arrecadados na bacia de origem é outra característica importante. O art. 32 estabelece que os valores arrecadados “serão destinados a aplicações exclusivas e não transferíveis na gestão dos recursos hídricos da bacia hidrográfica de origem”, mas tal cobrança está vinculada à existência de intervenções dentro da bacia, sendo vedada a cobrança para outros fins (art 32, I). Os custos administrativos também estão definidos: até 8% dos recursos para o comitê e agência locais e até 2% para o órgão ambiental estadual (art. 32, II e III). Obras de uso múltiplo terão custos rateados segundo critérios a serem estabelecidos através de regulamentação complementar (art.34).

5. CONCLUSÃO

Está claro que os fundamentos para a aplicação do princípio do usuário-pagador já estão estabelecidos no Brasil. Contudo, ainda existe uma enorme indefinição sobre a sua regulamentação. Algumas tendências gerais já podem ser observadas, como a opção pela categoria de preço público como forma de cobrança e a descentralização e maior participação da sociedade civil através do gerenciamento em comitês de bacia. Entretanto, os pontos a serem esclarecidos ainda são muitos, e espera-se que a intensidade dos conflitos sobre aplicação e interpretação da regulamentação aumente de forma acelerada nos próximos anos. Essa área deverá receber, portanto, atenção crescente do sistema judiciário brasileiro, que certamente será acionado para intermediar os inúmeros conflitos que surgirão.

6. REFERÊNCIAS

- Antunes, P. de B. *Curso de direito ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed. 1990.
- _____. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1996.
- Baleeiro, A. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense. 1992.
- Borsoi, Z.M.F.; e Torres, S.D.A. “A política de recursos hídricos no Brasil”. *Revista do BNDES*, v.4, n.8, p.143-166. 1997.
- FEEMA- Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente. *Legislação ambiental básica: coletânea de legislação federal e estadual de meio ambiente*. Rio de Janeiro: FEEMA. 1992.
- Lacoumes, P. *Revista Judice* (Sindicato da Magistratura Francesa), p. 30. 1988.
- Lanna, A.E, Cánepa, E.M. e Pereira, J.S. “O princípio usuário pagador e a legislação de recursos hídricos do Rio Grande do Sul” *II Encontro da Sociedade Brasileira de Economia Ecológica*, São Paulo, 6-8 Novembro. 1997.
- Machado, P.A.L. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores. 1996.
- Magrini, A. “Análise de impacto ambiental”, in Margulis, S. (ed.) *Meio ambiente: aspectos técnicos e econômicos*. Rio de Janeiro/Brasília: IPEA. 1996.
- Mendes, F.E., e Seroa da Motta, R. *Instrumentos econômicos para o controle ambiental do ar e da água: uma resenha da experiência internacional*. Rio de Janeiro/Brasília: IPEA. (Texto para Discussão 479) 1997
- Moreira Neto, D. de F. *Introdução ao direito ecológico e urbanístico*. Rio de Janeiro: Forense. 1977.
- Oliveira, J. D. de. *Direito tributário e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Renovar. 1995.

- Pompeu, C.T. “Fundamentos jurídicos do anteprojeto de cobrança pelo utilização das águas do domínio do Estado de São Paulo”. Trabalho apresentado na *Audiência Pública sobre Anteprojeto de Lei de Cobrança pelo Uso da Água*, São Paulo, 5 Agosto. 1997.
- Rosa Jr., L.E.F. da. *Manual de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar. 1995.
- Seroa da Motta, R. 1998. *Utilização de critérios econômicos para a valorização da água no Brasil*. Rio de Janeiro: SEMA/SERLA/GTZ. 1998.
- Seroa da Motta, R.; Ruitenbeek, J.; e Huber, R. *Instrumentos econômicos na gestão ambiental: o caso da América Latina e Caribe*. Rio de Janeiro/Brasília: IPEA. (Texto para Discussão 440) 1996.
- Silva, J.A. da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2º ed. 1995.
- WCED - World Comission on Environment and Development. *Our common future*. Oxford: Oxford University Press. 1987.