



Professor Titular ANDRÉ RAMOS TAVARES
DIREITO ECONÔMICO DA INFRAESTRUTURA

O Regime Jurídico das Águas e dos Recursos Hídricos.

1. Água encanada não é mercadoria, mas bem de uso comum do povo. STF, Plenário, Relator Ministro Dias Toffoli, Recurso Extraordinário n. 607.056/RJ, julgamento 10.04.2004.

a. Relatório:

“Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio de Janeiro contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele estado assim ementado:

‘ [...] Ação [...] objetivando a exoneração da cobrança e restituição dos valores pagos a título de ICMS indevidamente incluídos pela CEDAE nas faturas de fornecimento de **água encanada**. [...] **Água que não constitui mercadoria**, mas sim serviço público essencial e específico [...]”

b. Voto do Ministro Relator Dias Toffoli:

“[...]A fundamentação que vem ensejando a classificação da distribuição de água potável como atividade mercantil - para fins de imposição tributária pelos estados-membros e pelo Distrito Federal - é constituída a partir da concepção segundo a qual a água encanada é um bem dotado de valor econômico, diferentemente daquela encontrada em seu estado natural (água bruta), já que sofre tratamento químico necessário para o consumo. [...]”

Todavia, as águas públicas derivadas de rios ou mananciais são qualificadas juridicamente como bem de uso comum do povo, conforme os arts. 20, III e 26, I, da Constituição Federal, não podendo ser equiparadas a uma espécie de mercadoria, na qual incidiria ICMS. [...]

Esse entendimento é corroborado pelo art. 18 da Lei 9.433/97, que ‘institui a Política Nacional de Recursos Hídricos’ ao deixar claro que a concessão do serviço público de distribuição de água canalizada constitui mera outorga dos direitos de uso, **não implicando a alienação das águas, uma vez que se trata de bem de uso comum do povo, inalienável [...]** (Sem grifos no original).

2. Proibição da extração de águas subterrâneas em imóvel particular servido pela rede pública de abastecimento. STJ, Primeira Turma, Relatora Ministra Regina Helena Costa, AgRg no AREsp 263253, j. 21.05.2015.

a. ementa:

“[...] EXPLORAÇÃO DE ÁGUAS SUBTERRÂNEAS POR MEIO DE POÇO ARTESIANO. NECESSIDADE DE OUTORGA. [...] I - É firme a orientação desta Corte Superior no sentido de ser necessária a outorga do ente público para a exploração de águas subterrâneas através de poços artesianos. II - [...]”

b. relatório e voto da relatora:

“[...]”

Trata-se de agravo interposto de decisão que negou seguimento ao recurso especial manifestado por MECÂNICA CANOAS LTDA, com fundamento no art. 105, III, alínea a e c, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fl. 361e):

‘[...]1. É ilegal a exploração de água subterrânea sem prévia outorga do Poder Público. Constatado o uso ilegal, é de ser ordenado o tamponamento do poço artesiano.

2. Existindo a rede pública de abastecimento, a ligação a esta é obrigatória, sendo vedada a exploração de outras fontes de captação de água. Art. 45 da Lei nº 11.445/2007.



3. São legais as restrições ao uso dos recursos hídricos subterrâneos constantes do artigo 96 do Decreto Estadual nº 23.430/74. Recurso desprovido.'

Nas razões do recurso especial, a agravante aponta, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 96 da Lei 24.643/34; 12, § 1º, I e II, da Lei 9.433/97 e Lei 11.445/07, bem como Leis estaduais. Alega, em essência, que [...] (b) é direito do proprietário do imóvel de perfurar e captar águas de poços artesianos, sendo inconstitucional a obrigatoriedade e exclusividade de uso da rede do serviço público (fls. 374/388e). [...]

Decido. Sobre o tema, **é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que 'o inciso II do art. 12 da Lei n. 9.433/97 é claro ao determinar a necessidade de outorga para a extração de água do subterrâneo. Restrição essa justificada pela problemática mundial de escassez da água e que se coaduna com o advento da Constituição de 1988, que passou a considerar a água um recurso limitado, de domínio público e de expressivo valor econômico'** [...] (Original não grifado)

3. Compensação financeira por área de inundação de reservatório de usina hidrelétrica aos Estados necessariamente nos moldes do art. 20, § 1º da CB. Impossibilidade, por norma estadual, estabelecer critério de compensação de municípios via ICMS. STF. RE 253906/MG, Relatora Min. Ellen Gracie, j. 23.09.2004, DJ 18.02.2005.

a) ementa:

"REPARTIÇÃO DO ICMS. ART. 158, IV E 161, I, DA CF/88. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. USINA HIDRELÉTRICA. RESERVATÓRIO. ÁREAS ALAGADAS. 1. Hidrelétrica cujo reservatório de água se estende por diversos municípios. Ato do Secretário de Fazenda que dividiu a receita do ICMS devida aos municípios pelo "valor adicionado" apurado de modo proporcional às áreas comprometidas dos municípios alagados. 2. Inconstitucionalidade formal do ato normativo estadual que disciplina o "valor adicionado". Matéria reservada à lei complementar federal. Precedentes. 3. Estender a definição de apuração do adicional de valor, de modo a beneficiar os municípios em que se situam os reservatórios de água representa a modificação dos critérios de repartição das receitas previstos no art. 158 da Constituição. Inconstitucionalidade material. Precedentes. 4. Na forma do artigo 20, § 1º, da Constituição Federal, a reparação dos prejuízos decorrentes do alagamento de áreas para a construção de hidrelétricas deve ser feita mediante participação ou compensação financeira. Recurso extraordinário conhecido e improvido."

b. Voto da Relatora:

"O ato do Secretário de Fazenda do Estado de Minas Gerais buscou equiparar a inundação de terras municipais ao fato gerador do ICMS, para efeito de cálculo adicionado de modo a fazer com que a repartição do ICMS fosse proporcional também às áreas inundadas de municípios em que a produção de energia efetivamente não ocorreu.

[...]

Alega o Estado recorrente, que o regramento questionado traduz medida de justiça para com os municípios que se vêem na incumbência de suportar os gravames resultantes do alagamento de seu território. A fórmula adotada pela unidade federada não é, porém, solução consentânea com a Constituição Federal. **Registro que, a teor do disposto no artigo 20, § 1º da Constituição Federal, a recomposição pelos prejuízos decorrentes da inundação de áreas para a construção de hidroelétricas se faz mediante o instituto da participação ou compensação financeira, que constituirá receita originária do ente federativo que suporta a exploração [...]** (original não grifado)