

NÃO INCIDE IMPOSTO SOBRE O USO DA ÁGUA

Gina Copola¹

I – A água – composta por dois átomos de hidrogênio e um de oxigênio – é o recurso natural mais precioso que é fornecido à humanidade, é essencial para a vida e indispensável para todas as atividades humanas. E, por isso, deve ser respeitada, tratada, cuidada e conservada por toda a coletividade já que é um bem de todos e finito. Por isso, devemos obedecer ao *consumo sustentável da água*.

O consumo sustentável foi conceituado pela Resolução nº 53/95, da ONU, ratificada em 1.997, como sendo: “*a satisfação das necessidades básicas dos seres humanos, sem minar a capacidade do meio ambiente em satisfazer as necessidades de futuras gerações.*”

Com todo efeito, a água deve ser usada com o mínimo de impacto ao ambiente, e sempre com a preocupação de ser conservada, e preservada.

II - Dentre a legislação que cuida dos recursos hídricos existente, o diploma mais importante é a Lei federal nº 9.433, de 8 de janeiro de 1.997, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e regulamenta o inc. XIX, do art. 21, da Constituição Federal.

Tal diploma estabelece uma política nacional para a utilização dos recursos hídricos, e estabelece a cobrança pelo uso da água, conforme se depreende dos art. 19 e art. 20, do texto legal. Observa-se na lei, portanto, a figura do usuário pagador.

¹ Advogada com grande experiência em direito público e ramos correlatos. Pós-graduada em Direito Administrativo pela FMU. Ex-Professora de Direito Administrativo na FMU. Publicou os livros Elementos de Direito Ambiental, Desestatização e Terceirização, A lei dos crimes ambientais comentada artigo por artigo, A improbidade administrativa no Direito Brasileiro. Co-autora do livro Comentários ao Sistema Legal Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos. Autora de cerca de mais de duas centenas de artigos, com mais de 700 publicações, sobre temas de direito administrativo e ambiental.

A cobrança pelo uso dos recursos hídricos, conforme reza o indigitado art. 19, objetiva: a) reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor; b) incentivar a racionalização do uso da água, e c) obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos.

Está evidenciada, dessa forma, a preocupação do legislador com a racionalização do uso da água, que, conforme consta da própria lei, constitui um dos objetivos da cobrança pelo seu uso.

Ocorre que para que isso seja possível, resta imperioso que se promova, acima de tudo, a **educação ambiental** com ênfase no racionamento dos recursos hídricos, a ser realizada com absoluta participação de toda a sociedade, que necessita modificar seu comportamento com relação a tais recursos naturais.

Nessa toada, a Lei nº 9.984/2000, criou a AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO (ANA), que é a agência reguladora cujo objetivo é dar cumprimento ao que dispõe a supracitada Lei nº 9.433/1997.

E conforme consta do endereço eletrônico da ANAⁱ

“A Cobrança pelo Uso de Recursos Hídricos de domínio da União é um dos instrumentos de gestão da Política Nacional de Recursos Hídricos, instituída pela Lei nº 9.433/97, e tem como objetivos dar ao usuário uma indicação do real valor da água, incentivar o uso racional da água e obter recursos financeiros para recuperação das bacias hidrográficas do País”

(...)

“Em função de condições de escassez em quantidade e/ou qualidade, a água deixou de ser um bem livre e passou a ter valor econômico. Esse fato contribuiu para a adoção de um novo paradigma de gestão desse recurso, que compreende a utilização de instrumentos regulatórios e econômicos, como a cobrança pelo uso da água.”

III – Diante de toda a preocupação de se preservar a água, o Poder Público tem adotado uma série de posturas e medidas para controlar o seu uso, e uma delas é a que institui a equivocada cobrança de tributo pelo uso da água - repita-se que a cobrança pelo uso da água objetiva sua racionalização, conforme se lê do art. 19, inc. II, da Lei nº 9.433/97.

Mas uma forma equivocada de se cobrar pelo uso da água é a de impor a cobrança de impostos, como o ICMS.

O imposto fora conceituado pelo tributarista ALIOMAR BALEEIROⁱⁱ nos seguintes termos:

“Imposto é a prestação de dinheiro que, para fins de interesse coletivo, uma Pessoa Jurídica de Direito Público, por lei, exige coativamente de quantos lhe estão sujeitos e têm capacidade contributiva, sem que lhes assegure qualquer vantagem ou serviço específico em retribuição desse pagamento.”

Observa-se desde já que a cobrança pelo uso da água não pode ser instituída sob a modalidade de imposto, uma vez que no caso dos recursos hídricos, em tese, o Poder Público assegura ao usuário pagador uma vantagem em retribuição ao pagamento efetuado, que é o fornecimento de água, ao contrário do que ocorre com os impostos.

Além disso, o § 1º, do art. 145, da Constituição Federal, evidencia a ideia de veiculação de riqueza na cobrança de impostos, ao contrário do que ocorre na cobrança pelo simples uso da água, hipótese em que não ocorre qualquer veiculação ou captação de riquezas.

Pelo exposto, a cobrança pelo uso da água não pode ser instituída sob a forma de imposto, porque está em evidente descompasso com a Constituição Federal.

É o que consta, inclusive, do endereço eletrônico da ANAⁱⁱⁱ. Vejamos:

Perguntas mais frequentes sobre Cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União

2 - Essa cobrança é mais um imposto?

- **Resposta:** Não. Essa Cobrança é uma remuneração pelo uso de um bem público, cujo preço é fixado a partir de um pacto entre os usuários da água, a sociedade civil e o poder público no âmbito dos Comitês de Bacia Hidrográfica – CBHs, a quem a legislação brasileira estabelece a competência de pactuar e propor ao respectivo Conselho de Recursos Hídricos os mecanismos e valores de Cobrança a serem adotados na sua área de atuação.

IV - Ademais, o fornecimento de água tratada à população não caracteriza uma operação de circulação de mercadoria, motivo pelo qual não há que se falar em cobrança de ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços, por ausência do fato gerador.

Nesse diapasão, decidiu o egrégio Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº **607.056-RJ**, relator Ministro DIAS TOFFOLI, Plenário, julgado em 10/04/2013, com a seguinte ementa:

EMENTA

Tributário. ICMS. Fornecimento de água tratada por concessionárias de serviço público. Não incidência. Ausência de fato gerador.

1. O fornecimento de água potável por empresas concessionárias desse serviço público não é tributável por meio do ICMS.

2. As águas em estado natural são bens públicos e só podem ser exploradas por particulares mediante concessão, permissão ou autorização.

3. O fornecimento de água tratada à população por empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas não caracteriza uma operação de circulação de mercadoria.

4. Precedentes da Corte. Tema já analisado na liminar concedida na ADI nº 567, de relatoria do Ministro **Ilmar Galvão**, e na ADI nº 2.224-5-DF, Relator o Ministro **Néri da Silveira**.

5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

E consta do v. voto condutor:

Na esteira dos precedentes da Corte, entendo que a incidência do ICMS sobre água potável para o consumo da população - prevista na legislação do Rio de Janeiro - gera uma situação eivada de inconstitucionalidade, destoando da materialidade desse tributo, inserta no art. 155, inciso II da Constituição Federal.

Com efeito, a Constituição Federal define o âmbito do ICMS no referido art. 155, inciso II, o qual estabelece a sua incidência sobre “operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”.

E mais:

Observa-se, assim, que, ao se tributar o fornecimento de água potável, está-se conferindo interpretação inadequada ao conceito de mercadoria, o que conduz, erroneamente, à classificação de água canalizada como bem passível de comercialização. E mais. Está-se pretendendo tributar, via ICMS, serviço de saneamento básico não taxativamente previsto no art. 155, II, da Magna Carta. A água natural canalizada, ao contrário do que acontece com a água envasada, não é objeto de comercialização, e sim de prestação de serviço público. Inexiste, portanto, uma operação relativa à circulação de água, como se essa fosse mercadoria.

E conclui:

·
Não bastassem todos os fundamentos já delineados, considero que a incidência do ICMS sobre o serviço de água tratada não atende ao interesse público; ao contrário, a tributação pode, inclusive, prejudicar políticas públicas de universalização do acesso a esse serviço.

Diante do exposto, voto pelo não provimento do recurso extraordinário, ratificando a jurisprudência da Corte no sentido da não incidência do ICMS sobre o serviço de fornecimento de água tratada.

O Ministro LUIZ FUX, ofertou voto-vista, para acompanhar o Ministro relator, e ressaltar com muita propriedade que *“a água é um bem público estadual ou federal e, logo, como bem público, na essência, não é*

uma mercadoria”. E, ainda, o Ministro FUX colacionou precedentes do e. STF no sentido de que não é permitida a cobrança de ICMS pelo uso da água.

Ou seja, os Estados não podem cobrar ICMS pelo uso da água – é sabido que o ICMS é tida como a mais relevante receita para os Estados – uma vez que não há qualquer circulação de mercadoria, e a cobrança transborda os limites do art. 155, inciso II, da Constituição Federal, e da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, que estabelece as normas gerais do ICMS, a chamada Lei Kandir.

Com todo efeito, o fornecimento de água potável por empresas concessionárias não é tributável por meio do ICMS, tendo em vista que não caracteriza uma operação de circulação de mercadoria, conforme já decidiu o e. Supremo Tribunal Federal, e, de tal sorte, o consumidor sujeito a tal cobrança, pode ingressar com uma *ação de repetição de indébito* contra a Fazenda Pública do Estado, cujo prazo prescricional é de cinco anos.

V – Mas qual a natureza jurídica da remuneração dos serviços de água e esgoto, prestados por concessionária de serviço público?

O e. Superior Tribunal de Justiça sumulou o tema para decretar que se trata de tarifa ou preço público. Trata-se da Súmula nº 407, do e. STJ.

Nessa esteira, decidiu o e. Supremo Tribunal Federal, nos autos do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 995762-SP, relator Ministro GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 29/11/2019, com a seguinte ementa:

“Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Tributário. 3. A cobrança pelos serviços de água e esgoto não consubstancia tributo. Natureza jurídica de tarifa ou preço público. Precedentes. 4. Falta de interesse processual na cassação do acórdão por ofensa à cláusula de reserva de plenário. Matéria de fundo relativa à natureza do valor cobrado dos usuários pelos serviços de água e esgoto cuja apreciação redundaria em resultado desfavorável ao recorrente. 5. Ausência de argumentos

capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. Sem majoração da verba honorária”

Ainda no mesmo sentido, já havia decidido no passado o e. STF, nos autos do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº **784175**, relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013, assim ementado:

“EMENTA DIREITO TRIBUTÁRIO. COBRANÇA PELO SERVIÇO DE ESGOTO SANITÁRIO. NATUREZA JURÍDICA. TARIFA. ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. OFENSA REFLEXA. SÚMULA STF 636. A cobrança pelos serviços de água e esgoto não consubstancia tributo. Trata-se de preço público. Precedentes. (...) Agravo regimental conhecido e não provido”

Tem-se, portanto, que não pode incidir imposto – dentre eles, o ICMS – sobre o uso da água.

ⁱ www.ana.gov.br

ⁱⁱ *Direito Tributário Brasileiro*, 6ª ed. Forense, RJ, 1.974, p. 117.

ⁱⁱⁱ www.ana.gov.br