

De acordo.

À apreciação do Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral do Estado.

Rio de Janeiro, 03 de abril de 1991

Fábio Giusto Morolli  
Procurador-Chefe da Procuradoria Tributária

## PARECER Nº 10/91, DE DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

*Taxa de utilização de recursos hídricos do domínio estadual.  
Estudo da Lei nº 1.803, de 25 de março de 1991.*

Senhor Procurador-Geral:

1. O Presidente da Assembléia Legislativa promulgou a Lei em epígrafe com evidentes inconstitucionalidades, apontadas desde o trabalho de Comissões, passando pelo veto Governamental, também no Parecer nº 04/91-HMS e no próprio Visto aposto a esse Parecer pelo Procurador-Assessor que responde pelo expediente da Subprocuradoria Geral do Estado.
2. Vem-nos a presente consulta voltada à possibilidade de instituir-se “uma retribuição pela utilização do bem do patrimônio estadual”, caso em que se recomendaria a colaboração desta Procuradoria Geral no sentido de aprimorar-se a legislação (Visto, de 16 de abril de 1991, fls. 8).
3. Deste modo equacionada a questão, passo ao aconselhamento solicitado, dentro do invocado espírito de colaboração com os Poderes estaduais, o que ademais, se inscreve como poder-dever dos membros da Procuradoria Geral do Estado (art. 2º, XI, da Lei Complementar nº 15, de 15 de novembro de 1980).
4. Tem razão, desde logo, o ilustre Procurador-Assessor JOÃO GUILHERME SAUER, em seu Visto, ao vislumbrar a possibilidade de salvar a iniciativa dos legisladores que levaram à edição da Lei nº 1.803/91: embora com graves vícios técnicos, alguns dos quais intransponíveis, o que nela se pretende de fundamental — **a retribuição pela utilização dos recursos hídricos do patrimônio estadual** — tem perfeito e seguro respaldo jurídico no ordenamento nacional.
5. Para demonstrá-lo, é necessário, desde logo, distinguir as três modalidades de utilização tratadas na Lei nº 1.803/91, pois diferentes serão suas respectivas inserções constitucionais: a **captação de água**, o **lançamento de efluentes líquidos** e a **geração de energia elétrica** (art. 1º, I, II e III, da lei citada).

Essa distinção é relevante, uma vez que, em relação à **captação de água** e à **utilização para geração de energia** o Estado está integralmente adstrito às prescrições das legislações de **águas e energia** privativas da

União (art. 22, IV, da Constituição), ao passo que, com relação ao **lançamento de efluentes líquidos**, a legislação estadual pode estabelecer normas de polícia ambiental concorrentemente com as normas gerais baixadas pela União (art. 24, VI, da Constituição).

Como se vê, esta última matéria se queda melhor no Direito Ambiental.

6. Mas não ficam aí as distinções a serem tomadas em conta, há uma outra, não menos importante, atinente à utilização captatória, simples, de águas públicas e à utilização específica para a geração energética. É que, embora as águas públicas tenham sua disciplina geral na lei federal (Código de Águas), as águas públicas **estaduais**, que estão arroladas no art. 26, I, da Constituição, se submetem às regras de **gestão patrimonial** específicas de cada Estado-membro, o que se garante pela regra de autonomia federativa (art. 18, da Constituição); distintamente, os potenciais de energia hidráulica, onde quer que se encontrem, não importando a natureza das águas ou a titularidade do domínio, são destacados, por uma ficção jurídica, para se constituírem em bens da União (art. 20, VIII, da Constituição), cabendo-lhe, em consequência, gerir com exclusividade o seu aproveitamento, embora em articulação com os Estados onde se situem (art. 21, XII, "b", da Constituição).

7. Observadas essas distinções, a Lei nº 1.803/91 pode **ser perfeitamente aproveitada no que se refere à gestão patrimonial hídrica de domínio estadual**, que são as águas descritas na linguagem atualizada no art. 26, da Constituição, sobre a qual assim já me manifestei no meu **Curso de Direito Administrativo**:

"Outra classificação, mais moderna, atenta para as características físicas do domínio hídrico, classifica-as em águas superficiais, subterráneas, fluentes, em depósito e emergentes. Essa melhor técnica de classificação foi a utilizada pelo legislador constitucional para caracterizar o domínio hídrico dos Estados-membros (art. 26, I." (9ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1990, p. 300).

8. Essa gestão patrimonial exclusiva do Estado, todavia, desde a reserva de privatividade atribuída à União para legislar sobre águas, em geral, fica condicionada às prescrições do Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934 e legislação abrogativa posterior), especialmente no que se refere ao **aproveitamento das águas** (Inciso II, do referido Código).

Em outros termos: a intenção de obter remuneração pela **utilização captatória** das águas públicas estaduais é perfeitamente admissível, sob

o ponto de vista jurídico, desde que sejam observadas certas regras inarredáveis da legislação federal aplicável. Como se exporá, algumas dessas regras vêm perfeitamente ao encontro do que o Procurador JOÃO GUILHERME SAUER indicou como a **mens legislatoris** e, por isso, são também de **oportuna** observância pela legislação estadual de gestão.

9. Desde logo, as águas públicas, como de resto, quaisquer correntes ou nascentes de água, devem atender gratuitamente às primeiras necessidades de vida, ainda que para tanto, careçam de acesso através de servidões de passagem:

"Art. 34 — É assegurado o uso gratuito de qualquer corrente ou nascente de água, para as primeiras necessidades da vida, se houver caminho público que a torne acessível.

Art. 35 — Se não houver este caminho, os proprietários marginais não podem impedir que os seus vizinhos se aproveitem das mesmas para aquele fim, contanto que sejam indenizados do prejuízo que sofrerem com o trânsito pelos seus prédios.

§ 1º — Essa servidão só se dará, verificando-se que os ditos vizinhos não podem haver água de outra parte, sem grande incômodo ou dificuldade.

§ 2º — O direito do uso das águas, a que este artigo se refere, não prescreve, mas cessa logo que as pessoas a quem ele é concedido, possam haver, sem grande dificuldade ou incômodo, à água de que carecem."

10. Atendida essa franquia fundamental, o uso das águas públicas se submete à lei, pois, assim é que se deve entender a expressão originária "**regulamentos administrativos**":

"Art. 36 — É permitido a todos usar de quaisquer águas públicas, conformando-se com os regulamentos administrativos."

Esse uso todavia, pode ser tanto **gratuito** quanto retribuído deferindo-se às unidades políticas o respectivo regramento, sendo assim, a meu ver, como se deve entender o art. 36, § 2º, do Código de Águas, à luz do princípio da autonomia federativa (art. 18, da Constituição):

"§ 2º — O uso comum das águas pode ser gratuito ou retribuído, conforme as leis e regulamentos da circunscrição administrativa a que pertencerem."

Se essa utilização depender de **derivação**, que vem a ser o desvio de massa líquida considerável para aplicações da agricultura, indústria e

higiene, será necessário a anuência do titular do domínio hídrico, através de **autorização** ou de concessão:

“Art. 43 — 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, que será dispensada, todavia, na hipótese de derivações insignificantes.

§ 1º — A autorização não confere, em hipótese alguma, delegação de poder público ao seu titular.

§ 2º — Toda concessão ou autorização se fará por tempo fixo, e nunca excedente de trinta anos, determinando-se também um prazo razoável, não só para serem iniciadas, como para serem concluídas, sob pena de caducidade, as obras propostas pelo petitionerário.

§ 3º — Ficará sem efeito a concessão, desde que, durante três anos consecutivos, se deixe de fazer o uso privativo das águas.”

A **autorização**, um ato administrativo discricionário e precário, poderá ser onerosa ou não, mas a **concessão**, de natureza contratual, dependerá de prévia licitação e será sempre onerosa, expressando sua obrigatória comutatividade:

“Art. 44 — A concessão para o aproveitamento das águas que se destinem a um serviço público será feita mediante concorrência pública, salvo os casos em que as leis ou regulamentos a dispensem.

Parágrafo único — No caso de renovação será preferido o concessionário anterior, em igualdade de condições, apurada em concorrência.”

11. A legislação estadual deverá observar, de resto, outras regras estabelecidas na legislação federal, de modo especial, no que tange à derivação, nos artigos 43 a 52, do Código de Águas, além das quais poderá impor as suas próprias, no uso de poder de gestão patrimonial, mas não poderá se afastar das modalidades especiais previstas: **autorização** e **concessão**.

12. Entendo, portanto, que cabe ao órgão estadual competente para a gestão hídrica do Estado — a SERLA — ao qual incumbirão as atividades administrativas correspondentes, em especial, a **outorga de autorização ou de concessão de utilização de águas públicas**, contribuir com elementos técnicos e burocráticos, que deverão ser considerados em conjunto com elementos jurídicos aqui indicados, preparando uma **minuta de anteprojeto de lei**, que atenda cabalmente ao pretendido no inciso I, do art. 1º, da Lei nº 1.803/91.

13. Finalmente, **last but not the least**, cabe uma referência à natureza jurídica da **remuneração**, que vier a ser estipulada nos atos de autorização ou nos contratos de concessão, conforme o caso.

Estou de acordo com as razões precisamente expostas pelo Procurador HUGO MAURÍCIO SIGELMANN afastando o enquadramento dessa remuneração no gênero tributo e, em especial, na espécie taxa.

Parece-me claro, outrossim, que a retribuição referida no art. 36, § 2º, do Código de Águas, acima transcrito, se refere a um **preço público**.

Com efeito, a doutrina caracteriza o preço público por dois elementos jurídicos reconhecidos como determinantes:

- 1º — prestação de um bem ou serviço pelo Estado e
- 2º — livre manifestação da vontade do interessado.

O segundo elemento, a **ausência de compulsoriedade**, recebeu elegante tratamento na pena de SAMPAIO DÓRIA, como se pode ler na seguinte passagem:

“Segundo um critério bastante exato, o de se investigar a natureza das relações que se estabelecem entre o Poder Público e o indivíduo na oportunidade da percepção daquelas receitas, podemos destacar, de um lado as contribuições que derivam de uma obrigação contratual e, de outro, as que brotam de uma obrigação *ex lege*. Numa hipótese, trata-se de obrigação de Direito Privado, na outra, cuida-se de obrigação de Direito Público. Isto porque, ao utilizar seu próprio patrimônio, o Estado se equipara aos particulares, obtendo suas rendas sem coação, e oferecendo, em contrapartida, específicos bens ou serviços. Pelo contrário, quando se serve de patrimônio alheio ao seu, o poder político, mediante constrição legal, e por força exclusiva de sua soberania, arrecada rendimentos sem imediata compensação de vantagem, em virtude da ocorrência de uma dada situação de fato evidenciadora de riqueza e de capacidade contributiva, à qual a lei faz corresponder o nascimento de uma obrigação de débito, o débito tributário (é a teoria do fato gerador).

É que no caso das receitas originárias ou contratuais o indivíduo não sofre, em tese, diminuição alguma no seu patrimônio, pois o pagamento de um certo preço é compensado pela obtenção de uma utilidade ou gozo de um serviço. Já, porém, em se tratando de receitas derivadas ou *ex lege*, existe o decréscimo patrimonial do cidadão, de

vez que, à satisfação de tributos, não corresponde uma imediata ou específica vantagem.

.....  
Em síntese, portanto, as receitas originárias, ou "preços" derivam de uma relação contratual, ao passo que as derivadas, ou "tributos", de uma relação *ex lege*."  
("Parecer", in R.D.A. 70/487).

A essa lúcida lição acrescentaríamos, apenas, que a relação unilateral, decorrente da autorização ou da permissão, tem também natureza negocial, tanto que HELY LOPES MEIRELLES denomina tais atos de **atos negociais**, doutrina a que tenho seguido rigorosamente (in *Curso, op. cit.*, 9ª ed., p. 122 e 123).

14. Para encerrar com o enquadramento de um especialista, lembrável é a distinção entre taxa e preço público de BERNARDO RIBEIRO DE MORAIS:

"Assim, o preço público não se confunde com a taxa. Embora sejam ambos contribuições pecuniárias, a taxa é contribuição compulsória; e o preço público, não compulsória. A taxa é exigida pelo Estado exclusivamente, enquanto que o preço público pode ser exigido tanto pelo Estado como pela concessionária de serviço público. A taxa tem apenas duas causas jurídicas, fundamentadas em razão do exercício regular do poder de polícia, ou em serviços públicos específicos e divisíveis prestados ou colocados à disposição dos contribuintes: o preço público é devido em razão da venda de um bem, seja material, serviço público (só o efetivamente prestado) ou direito. A taxa, como tributo, não é contraprestacional; enquanto que o preço público é contraprestacional."

(*Doutrina e Prática das Taxas*, São Paulo, Ed. R.T., 1976, p. 103).

15. Face a todo o exposto, e em conclusão, recomendo:

- a) Que a SERLA estude, por suas áreas técnicas e jurídicas, um texto alternativo à Lei nº 1.803/91, sob a orientação e com os balizamentos aqui expostos.
- b) Que, vazado o estudo em forma de anteprojeto de lei, seja o texto submetido a esta Procuradoria Geral para exame.
- c) Que, uma vez aprovado o anteprojeto pela Procuradoria Geral, seja enviado ao Excelentíssimo Senhor Governador para que, se o de-

sejar, o ofereça em substituição à Lei nº 1.803, com o aproveitamento de seu espírito e intenção de alcançar sua finalidade.

É o Parecer, s.m.j.

Atenciosamente

Diogo de Figueiredo Moreira Neto  
Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa