

Cadernos de Direito Empresarial

Nº 1 • DEZEMBRO 2003



Cadernos de Direito Empresarial

Nº 1 • Dezembro 2003

- 03 O Seguro Saúde: Sua natureza e descabimento da incidência do Imposto Sobre Serviços - ISS
SEVERINO SILVA
- 14 Operações de Seguro - O Tratamento Tributário das Comissões de Corretagem
FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA
- 22 A Lei da Cobrança Pelo Uso da Água no Estado de São Paulo: Situação Atual
PAULO CESAR LARA BARBOSA

O Seguro Saúde: Sua natureza e descabimento da incidência do Imposto Sobre Serviços - ISS

SEVERINO SILVA

Este trabalho tem por objetivo analisar, de forma sucinta, o tratamento tributário aplicável às operações de seguro-saúde, em razão de algumas Fazendas Municipais pretenderem, indevidamente, ressaltar-se desde já, a incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS).

A pretensão pode até ser justificável, embora não proceda de maneira nenhuma a incidência do ISS. Isto porque, não obstante, pela visão dos usuários, possam ser parecidas as operações de seguro-saúde (estas sujeitas ao IOF-seguro) e operações ordinárias de plano privado de assistência à saúde (estas, em princípio, suscetíveis ao ISS), de fato e juridicamente cada espécie possui contornos próprios que distinguem uma da outra.

É o que se pretende demonstrar nesta análise.

No Plano Legal

Porque tem a qualidade da precisão, de transcrever-se a definição de seguro trazida por Pedro Alvim, in “O Contrato de Seguro” (Editora Forense – Rio de Janeiro, 3ª edição, 1999), pg. 113, item 90:

“Seguro é o contrato pela qual o segurador, mediante o recebimento de um prêmio, obriga-se a pagar ao segurado uma prestação, se ocorrer o risco a que está exposto”.

Dessa singela definição, já se pode ter como um fato inconteste que tudo que seja passível de risco indenizável economicamente – e não se constitua objeto ilícito – pode ser objeto de um contrato de seguro firmável entre um segurador e um segurado.

E mais, que no seguro deve estar presente um fator de álea (imprevisibilidade) na ocorrência do dano coberto, o qual, verificado, determina à seguradora o cumprimento da obrigação de indenizar (uma obrigação de dar).

Em vista disto, resta claro que a atividade securitária tem cunho financeiro, pois está voltada à contratação da reparação material – indenização – de determinado dano/prejuízo que pode ou não vir a ser sofrido. Portanto, na contratação do seguro há, em verdade, a transferência da responsabilidade de determinado risco – mas não certo – para a seguradora, em troca de pagamento de um preço denominado prêmio.

Então, os custos possíveis de se verificarem nos cuidados com a saúde constituem objeto claramente segurável.

E há um revelador evoluir na história do capítulo seguro-saúde no Brasil, cujo ápice foi atingido com o Decreto-lei n.º 73, de 21.11.66, que, dispondo sobre

o Sistema Nacional de Seguros Privados, trouxe toda uma seção (Seção I, do Capítulo XII) cuidando daquele ramo. Vejam-se os arts. 129 e 130, § 2º, desse Decreto-lei n.º 73/66:

“Art. 129 – Fica instituído o Seguro-Saúde para dar cobertura aos riscos de assistência médica e hospitalar.

Art. 130 – A garantia do Seguro-Saúde consistirá no pagamento em dinheiro, efetuado pela Sociedade Seguradora, à pessoa física ou jurídica prestante da assistência médico – hospitalar ao segurado. “

(...)

Parágrafo 2º - a livre escolha do médico e do hospital é condição obrigatória nos contratos referidos no artigo anterior. “

Assim, em que pese possam existir – e existam – entidades outras, que não seguradoras, voltadas para operações de planos de assistência à saúde, fato é que, com o Decreto-lei n.º 73/66, esse objeto passou a ser, formalmente, uma das espécies de seguro explorável por seguradora, submetendo-se, então, à tutela da legislação própria, inclusive, com muitos cuidados de controle e garantias antes inexistentes (provisões matemáticas; garantias reais para reservas técnicas), que passaram a ser adotados em prol do segurado.

Cumpre já apontar, a guisa de esclarecimento preliminar, algumas diferenciações entre o seguro-saúde e os comumente chamados planos de saúde. Nos ditos planos de saúde pode haver uma efetiva prestação de serviço pelas empresas, quando elas próprias exploram a atividade de atendimento de saúde mantendo ou contratando hospitais e rede para o atendimento dos seus clientes-pacientes. Prestam, por si próprias ou profissionais contratados os serviços de medicina e exames complementares de diagnóstico, estabelecendo, pois, vínculos com os profissionais e estabelecimentos por meio dos quais tais serviços são prestados.

No caso das seguradoras que operam no ramo do seguro saúde, a prestação de quaisquer serviços e à exploração de qualquer outro ramo comercial, além de estranha ao objeto social dessas companhias, são expressamente vedadas pelo art. 73 do Decreto-lei n.º 73/66. Assim, fica patente a impossibilidade de caracterizá-las como prestadoras de serviços.

“Art. 73 – As Sociedades Seguradoras não poderão explorar qualquer outro ramo de comércio ou indústria”.

Então, quando uma seguradora opera plano de seguro-saúde, as suas operações da espécie praticadas com os estipulantes/segurados outra natureza não podem ter, a não ser o seguro.

No Plano Contratual

Para bem ilustrar, vejamos as seguintes cláusulas de um contrato de SEGURO DE REEMBOLSO DE DESPESAS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA E/OU HOSPITALAR:

CLÁUSULAS

“1. OBJETIVO DO SEGURO

O seguro tem por objetivo garantir, dentro dos limites estabelecidos na apólice, para cada evento, o reembolso ao Segurado das despesas médico-hospitalares decorrentes de doença ou acidente pessoal, efetuadas com o seu tratamento ou de seus dependentes devidamente incluídos na apólice.”

1.1. Por evento entende-se todo o conjunto de ocorrências e/ou serviços de assistência médico-hospitalar que tenham por origem ou causa o mesmo dano involuntário à saúde do Segurado, em decorrência de acidente pessoal ou doença, verificado após o início da respectiva cobertura individual. O evento se inicia com a comprovação da ocorrência do dano e termina com a alta hospitalar concedida ao paciente.

1.2. A Seguradora poderá, em nome e por conta do Segurado, efetuar diretamente o pagamento das despesas médico-hospitalares à pessoa física ou jurídica prestadora dos serviços”.

“11. LIVRE ESCOLHA

Fica garantido ao Segurado a livre escolha de médicos, hospitais, clínicas e laboratórios, desde que legalmente habilitados”.

Vê-se, claramente, que a seguradora do contrato acima citado, e tomado como exemplo, pratica, sem sombra de dúvidas, o seguro-saúde, pelo que se submete às disposições aplicáveis a este tipo específico de negócio e não a outras.

Afinal, o contrato prevê, como obrigação da seguradora, a cobertura de gastos de saúde (obrigação de dar – indenizar), na medida em que se verificar (fator álea), atendimento oneroso.

Um ponto que comumente suscita cisma – indevida, saliente-se desde já – quanto à efetiva natureza de seguro operações da espécie praticadas pelas seguradoras, é na prática do sistema pelo qual o atendimento de saúde pode ser feito via profissionais referenciados (listados). Essa opção, todavia, existe apenas para a comodidade dos segurados e agilidade nas relações com o prestador do atendimento de saúde, cujos serviços são pagos pela seguradora por conta e ordem dos respectivos tomadores dos serviços (segurados), por exemplo, *ex vi* da cláusula 1.2 contratual acima transcrita. Não há obrigação para o segurado utilizar-se desses profissionais referenciados e nem os profissionais prestam o atendimento por conta e ordem da seguradora e nem são por esta intermediados.

Ora, é facilmente percebível que tal sistema – referenciamento de profissionais de saúde – tem em vista única e exclusivamente racionalidade e

melhor operacionalização do ressarcimento dos custos do atendimento de saúde propiciado ao segurado e seus dependentes, que é o objeto do seguro contratado, dotando-o de um mecanismo fácil e ágil para esse propósito, além de ser vetor de barateamento operacional (não se deve perder de vista que a exploração do seguro-saúde, assim como de qualquer outro ramo securitário, é um negócio de finalidade econômica para a seguradora).

Saliente-se que o referenciar profissionais – na realidade uma simples listagem de profissionais previamente contactados pelo sistema – é mero procedimento administrativo (cujo objetivo, conforme já dito, é tornar o ressarcimento de custos – objeto do seguro – mais ágil e confortável para o segurado e profissional atendente), sem determinar nenhum outro vínculo desses profissionais com a seguradora.

Note-se que, ao contrário do que ordinariamente acontece na exploração de planos de saúde que não da modalidade seguro, feita por entidades não-seguradoras, as seguradoras não têm comprometimento com o atendimento de saúde em si mesmo considerado. Cabe-lhes cuidar tão-só do aspecto financeiro – o ressarcimento dos custos do atendimento –, em consonância com a essência negocial do seguro: trocar a assunção de risco (de realização eventual) por receitas (os prêmios).

Mas, nas operadoras de plano de saúde que não seguradoras, é uma consequência que o vínculo com o profissional de saúde extravase o simples campo financeiro do ressarcimento de custos, enveredando pelo próprio tratamento de saúde em si mesmo considerado. Nelas há presente, em especial, uma obrigação de fazer acontecer o atendimento de saúde, ou outra com esta conectada, enquanto que nas seguradoras só há a obrigação de indenizar o dano conseqüente ocorrido (obrigação de dar), ficando o buscar o atendimento e fazê-lo acontecer a cargo do próprio segurado.

Se, na ótica do usuário, essa diferenciação parece não ter efeito prático – já que o que lhe interessa é ser atendido na sua necessidade de saúde – juridicamente a diferença é imensa (e daí surgem relevantes conseqüências no plano obrigacional), pois, de uma empresa de plano de saúde pode-se exigir o atendimento de saúde, ao passo que de seguradora que explora o seguro-saúde pode-se exigir tão-só a cobertura de um gasto com o tratamento de saúde.

Até em consonância com o disposto no acima já transcrito parágrafo 2º, art. 130, do Decreto-lei n.º 73/66, é plenamente garantido ao segurado – condição *sine qua non* do seguro-saúde – a livre escolha de médicos, hospitais, laboratórios, o que arremata de forma definitiva a questão, bem caracterizando o produto como seguro.

Os planos de saúde prestados por entidades que não são seguradoras não necessitam ter tal cláusula, porque seguros não o são, embora, atualmente, até

possam prever regra equivalente por causa da abrangência propiciada pela Lei n.º 9.656/98.

Também, não deve causar estranheza as limitações que nos seguros-saúde existem para os valores reembolsáveis ao segurado, quando exerce a opção de livre escolha de médicos e outros profissionais, porque comum nas operações de seguro a previsão contratual de utilização de parâmetros para o balizamento dos montantes das indenizações, na forma dos art. 757 e seguintes do Código Civil Brasileiro (Lei n.º 10.406/2002). É óbvio que o atendimento de saúde quando realizado por renomado médico tenha um custo mais elevado do que quando prestado por um médico sem igual renome. Os parâmetros do reembolso são, inclusive, para que extremos como estes sejam afastados.

Em suma, uma conclusão se pode tirar desde logo: a contratação da assistência de saúde pode ser de duas espécies:

seguro-saúde, quando explorada por uma seguradora e de acordo com contrato que, ao assegurar indenização pelos custos verificados de atendimento médico, hospitalar, possibilita, como condição, livre escolha do profissional de saúde por parte do segurado. Tal é o caso dos contratos de seguro-saúde das sociedades seguradoras devidamente registradas na SUSEP (Superintendência de Seguros Privados) e na ANS – Agência Nacional de Saúde. No caso, estará presente uma obrigação de dar (indenizar os custos de tratamento de saúde) e não de fazer, isto é, de cuidar ou promover o atendimento de saúde, o que é da alçada dos profissionais de saúde que provêm o atendimento ou das entidades que cuidam de plano de saúde que não seja seguro;

plano de saúde, quando explorada por pessoa jurídica não-seguradora, que tem em vista, prevalentemente, a prestação ou a administração do atendimento de saúde (obrigação de fazer) e cujo contrato não necessita prever livre escolha do profissional de saúde pelo beneficiário. Inclusive, cabe ressaltar, por oportuno, que mesmo nessas hipóteses a jurisprudência já considerou que, após o Decreto-lei n.º 73/66, tais empresas devem ter tratamento fiscal igual àquele dispensado às seguradoras, logo, não contribuintes do ISS. Exemplos:

DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 98.001.517-A

RELATOR: DESEMBARGADOR MÁRIO RANGEL

Ação incidental de embargos do devedor.

Os planos de saúde não são contratos de prestação de serviços e sim contratos de seguro.

O segurado paga prêmios mensais ou periódicos, estando a empresa-seguradora obrigada a prestar assistência médica, remunerando os profissionais que atenderam o segurado.

O contrato de seguro é disciplinado pelo artigo 1432 e seguintes do Código Civil, e as empresas seguradoras obedecem às normas da

Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

O artigo 153, inciso V, da Constituição, diz que compete à União instituir impostos sobre contratos de seguro, assim o Município está invadindo a competência da União no setor tributário, o que é inconstitucional.

Não há fato gerador do ISS.

As certidões que seriam originadas por créditos e multas, sem assinatura, são título nulos.

É inconstitucional a lei complementar nº 56/87, não houve recepção do item 6, do anexo ao Decreto-lei nº 406/68 modificado pela Lei Complementar nº 56/87.

Trata-se de flagrante inconstitucionalidade.

Desprovemento do apelo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 517/98-A, em que é Apelante MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA e Apelado AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL LTDA.

ACORDAM os Desembargadores em compõem a Egrégia Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pó unanimidade de votos, em negar provimento ao apelo.”

- X -

“Órgão : 3ª Turma Cível

Classe : APC – Apelação Cível

N. Processo : 2000 01 1 101639-2

Apelante : AMIL – ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL LTDA.

Apelado : DISTRITO FEDERAL

Relator Des. : LÉCIO RESENDE

Revidor Des. : WELLINGTON MEDEIROS

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA – ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL LTDA – AMIL – CONTRATO – NATUREZA – IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – PRELIMINARES – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – CARÊNCIA DE AÇÃO – REJEIÇÃO – MÉEIRO – ATIVIDADES DE ÍNDOLE SECUTIRÁRIA – INCIDÊNCIA DO ISS – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO UNÂNIME. A contar da definição constante do Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, a lei federal erigiu os planos de saúde à condição de modalidades de contrato de seguro, sendo inarredável a conclusão de que não pode a atividade ser definida como “prestação de serviço”, razão por que impossível a incidência do Imposto Sobre Serviço – ISS, mediante engenhosa alteração de lista de tais atividades.

ACORDÃO

Acordam os Desembargadores da 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, LÉCIO RESERENDE – Relator, WELLINGTON MEDEIROS – Revisor, e JERONYMO DE SOUZA – Vogal, sob a presidência do Desembargador LÉCIO RESENDE, em CONHECER, REJEITAR AS PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO AO RECURSO, À UNANIMIDADE, de acordo com a ata do

juízo e notas taquigráficas.
Brasília (DF), 01 de outubro de 2001
Des. LÉCIO RESENDE
Presidente e Relator”

Um outro aspecto que costuma trazer dúvidas quanto à natureza de seguro de uma operação diz respeito a uma modalidade possível de estipulação do prêmio, que é, como se sabe, o preço do seguro. Isso porque, numa visão simplista, o prêmio deve sempre ser um valor fixo, esquecendo-se de que pode compreender – como acontece na prática – diversas formas, compondo parcela fixa e parcela variável que leva em conta diversos fatores, tais como: (I) fixação por via de cálculo atuarial ponderando possibilidade, frequência, variabilidade, sazonalidade, valores de riscos; (II) custo para o segurado ou estipulante; (III) mercado; (IV) estipulação do nível do risco coberto.

Pondere-se, por exemplo: qual o prêmio cabível para um estipulante que opera na agro-indústria de açúcar de cana, sabendo-se que a quantidade de trabalhadores varia durante o ano, inclusive por sexo e idade, que há estações mais frias e outras chuvosas que variam de ano para ano, fatores esses que podem ser mais ou menos intensos dependendo dos fenômenos climáticos e que afetam o estado de saúde dos segurados?

Por isso, em alguns casos, a cobertura pode ter por prêmio o próprio valor pago pelo estipulante pelos atendimentos de saúde, até um valor estipulado, assumindo a seguradora o ônus a partir de um determinado valor (cláusula stop loss), e nem por isso deixar de se estar perante a um contrato de seguro, uma vez que presente o fator álea e a cobertura financeira de risco quando ocorrido.

A Manutenção do Status de Seguro

Com o advento da Lei nº 9.656, de 03.06.98, que veio estabelecer um disciplinamento específico para os planos privados de assistência à saúde – a qual vem sendo alterada por numerosas medidas provisórias posteriores –, pode-se depreender que foi dada uma amplitude maior para a exploração de tais planos, trazendo a operacionalidade para o controle da Agência Nacional de Saúde Suplementar–ANS. Neste aspecto, extravasou o campo eminentemente securitário, mas sem derogar a natureza de seguro da operação, pelo menos quando presente uma seguradora como operadora.

Veja-se, a respeito, por ser oportuno, o seguinte parágrafo do voto do Desembargador Lécio Resende, Presidente e Relator na Apelação Cível nº 2000.01.01.101639-2, acima citada (em 23.2), da 3ª Turma do TJ do Distrito Federal: “Não há qualquer dúvida, pois, no sentido de que, a contar da definição constante do Decreto lei nº 73, de 21 de novembro de 1996, a lei federal erigiu os planos de saúde à condição de contratos de seguro, e, por via de consequência, regulados e

disciplinados pelo Direito Cível, e essas ilações, a meu sentir, podem ser extraídas da legislação que se seguiu – Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998, e, conquanto considere uma excrescência, se não que excremento, a Medida Provisória 2.064, de 21 de dezembro de 2000.”

Mesmo nessa amplitude atual, a operação desses planos, ainda que possibilitada a diversas entidades, manteve-se como suscetível de ser praticada pelas seguradoras.

Veja-se o art. 1º e inciso I, da Lei nº 9.656/98:

Nova redação dada ao art. 1º, pelo art. 1º da Medida Provisória nº 2177-44, de 24.08.2001 (DOU de 27.08.2001), vigência a partir de 27.08.2001.

“Art. 1º - Submete-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

- grifos nossos -

I – Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor: “

E, se dúvidas persistirem nesse particular, a Lei nº 10.185, de 12.02.2001, as elimina por completo quando no art. 1º diz:

“As sociedades seguradoras poderão operar o seguro enquadrado no art. 1º, inciso I e § 1º, da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, desde que estejam constituídas como seguradoras especializadas nesse seguro, devendo seu estatuto social vedar a atuação em quaisquer outros ramos ou modalidades.”

- grifos nossos -

Então, estando presente no contrato uma seguradora, com essa qualificação reconhecida pela SUSEP/ANS, e que explora a operação no campo da assistência à saúde enquadrada no inciso I, do art. 1º, da Lei n.º 9.656/98 (cobertura de custos assistenciais) e que possui objeto social específico para essa atividade, conforme determinado pelo art. 1º, *in fine*, da Lei nº 10.185/2001, não podem restar dúvidas,

até porque decorre de determinação legal, que as suas operações são de seguro (seguro-saúde).

Cabe ainda ressaltar que a matéria pertinente a seguro tem a sua legislação atribuída privativamente à União (art. 22, VII, da Constituição Federal). Desse modo, mesmo que haja impropriedade técnica na estipulação do seguro, a avaliação desse aspecto e conseqüências está no âmbito da SUSEP/ANS, não cabendo ao Município ou outra entidade descaracterizar o negócio como seguro, seja para fins fiscais ou outro qualquer.

Então, de todo o exposto, resulta sobejamente explicado que, por qualquer ângulo que se queira enfocar a matéria, seja operacional, seja jurídico, o negócio seguro-saúde é plenamente factível como seguro, isto, na égide do Decreto-lei n.º 73/66, ou da Lei n.º 9.656/98 e da Lei n.º 10.185/2001, cada qual a seu tempo, fazendo jus ao tratamento adequado, especialmente o fiscal.

No Plano Tributário

E, sendo seguro-saúde a atividade explorada, enquadra-se a correspondente operação, por determinação constitucional, na competência impositiva da União, isto é, do IOF-seguro, a qual afasta qualquer outra.

Veja-se a redação do art. 153, inciso V, da Constituição Federal:

“Art. 153 – Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

V – operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários”

- grifos nossos -

Com efeito, as operações de seguro-saúde são tributadas pelo IOF, atualmente, à alíquota de 2% (Decreto n.º 2.219/97, alterado pelo Decreto n.º 2.888/98).

Então, é claro que o seguro-saúde, como, aliás, o seguro em geral, ainda que numa visão laica possa ter um certo “jeito” de prestação de serviço, é modalidade jurídica típica que, conforme estipulação constitucional, só pode sujeitar-se ao IOF, e não ao ISS, este, municipal.

De outra sorte, estar-se-ia conferindo aos Municípios uma competência concorrente com a União para tributar seguros, que não existe no texto constitucional e que seria repudiada pelo Sistema Tributário Nacional em vigor.

É sabido de todos que de uma forma ou de outra lidam com “as coisas fiscais”, confirmadíssimo pela jurisprudência, que o ISS é um imposto de competência municipal, que incide sobre serviços de qualquer natureza; mas não sobre todos

os serviços, eis que deve se ater à lista de serviços suscetíveis à tributação estabelecida em lei complementar (art. 156, III, da Constituição Federal), que, obviamente, deve respeitar a competência constitucional de imposição fiscal. Nessa lista, o seguro (e, conseqüentemente, o seguro-saúde) não está arrolado, posto que constitucionalmente não poderia, já que negócio jurídico típico sujeito ao IOF, que é, de competência da União, conforme já visto.

Desfecho

Então, o desfecho desta análise só pode ser um: as operações de seguro-saúde de fato e de direito constituem-se seguro, não cabendo enquadramento nos itens 4.22 ou 4.23, ou qualquer outro, da Lista de Serviços anexa a Lei Complementar n.º 116, de 31.07.2003, sujeitando-se ao IOF e não ao ISS.

Operações de Seguro - O Tratamento Tributário das Comissões de Corretagem

FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA

1. Posição da Questão

A terceirização do processo produtivo, aí englobados a produção e comercialização de mercadorias e a prestação de serviços, é fenômeno definitivamente incorporado ao dia a dia das modernas economias. Em um mundo onde a cadeia econômica se espalha por diversos países, aproximando povos e integrando culturas muitas vezes diametralmente opostas, a especialização passa a ser um fator preponderante, **ficando cada um dos parceiros encarregado de fazer aquilo para o qual, por uma razão ou outra, até de natureza legal, está mais capacitado.**

Nesse cenário de permanente integração entre os agentes econômicos, é imprescindível que o direito, no seu papel de conformador da ordem social, forneça os parâmetros a ser observados nas relações entre os diversos atores e, para o que ora nos interessa, entre os entes privados e o Estado, aqui na sua caracterização como entidade coletora de tributos.

É considerando esse cenário que pretendemos abordar, tendo como pano de fundo a relação mantida entre as companhias seguradoras e os corretores com os quais estas se relacionam, a importante e nunca demais debatida questão da distinção entre receitas e ingressos, de nuclear relevância no contexto tributário. Desnecessário destacar que as considerações que aqui serão apresentadas podem ser ponderadas com relação a diversas situações de terceirização de atividades, guardadas, evidentemente, as idiosincrasias próprias de cada uma delas.

No âmbito da atividade securitária, com efeito, por força de lei, e seguindo a prática de mercado, os corretores que intermedeiam a contratação dos seguros oferecidos pela empresa fazem jus a uma comissão, cujo correspondente valor, recebido pela seguradora juntamente com o prêmio pago pelo segurado, é lhes repassado em um momento subsequente.

Isto posto, apresenta-se, como objeto da nossa análise, o tratamento fiscal a ser emprestado às importâncias registradas pelas companhias seguradoras como comissões devidas aos corretores de seguros.

2. Das Incidências Tributárias

Os tributos que incidem mais especificamente sobre a receita derivada da contratação de operações de seguro são o PIS e a COFINS, ainda regidos pela Lei n° 9.718/98, a qual, tratando do fato gerador dessas contribuições, assim dispõe:

arts. 2° e 3°, § 1°, da Lei n° 9.718/98:

“Art. 2° As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.”

Conforme se pode concluir a partir da redação do comando normativo aplicável à matéria, ambas as contribuições incidem sobre **receitas**, de qualquer natureza, registradas pelos contribuintes.

Nessa medida, em que são as receitas os ingressos contábeis a ensejar a apuração e o recolhimento do PIS e da COFINS, nada mais oportuno do que examinar o conteúdo dessa definição, procurando, assim, preencher os contornos propostos pela legislação.

3. Do Conceito de Receita

Parece-nos quase intuitiva a constatação de que nem todos os ingressos podem – ou devem – ser considerados como receitas obtidas pela pessoa jurídica. Com efeito, enquanto as receitas devem, necessariamente, representar o registro contábil de valores que, uma vez efetivamente auferidos, importarão em potenciais acréscimos a um determinado patrimônio, os assim denominados ingressos, ao contrário, são valores registrados pela sociedade com um caráter meramente transitório, visto que representam importâncias as quais, pelo simples fato de juridicamente não pertencerem à sociedade, apenas transitam, por força das circunstâncias negociais, pela sua contabilidade.

É nesse sentido o tratamento que a nossa melhor doutrina vem emprestando à matéria:

“Tanto o conceito de faturamento como receita, ainda que tomados como sinônimo de ‘receita bruta’, deixam claro que podem ser assim considerados os ingressos destinados a remunerar algum tipo de atividade exercida pela empresa, e não aquelas que se destinam a ser transferidos a terceiros, sendo, portanto, receitas destes e não dos contribuintes que os recebem”.

(...)

“Se se pretender exigir as contribuições do PIS e Cofins sobre todos os ingressos que ocorrem no caixa das associadas da consulente, inclusive os repassados a terceiros, a receita efetivamente por elas auferidas será atingida de forma desproporcional – e até confiscatória – à capacidade contributiva que esse fato manifesta (...) Esse absurdo critério chega ao ponto de tornar devidas as contribuições mesmo quando a empresa não aufere qualquer receita, por ser o valor dos repasses igual ao dos ingressos recebidos do cliente.

Resulta, portanto, que o fato de a Lei 9.718/98 ter incluído norma expressa com relação ao direito de deduzir da base de cálculo das contribuições ao PIS e Cofins, os ingressos transferidos a terceiros, não atribui ao contribuinte nenhum direito novo que a legislação anterior já não lhe tivesse assegurado. Tal explicitação, em apenas mérito de deixar evidente o fato de que, a norma não pode ser interpretada de forma a desconhecer tal direito” (Ives Gandra da Silva Martins e Fátima Fernandes Rodrigues de Souza, in “Exclusão das Receitas de Terceiros da Base de Cálculo das Contribuições ao PIS e COFINS Devidas pelo Contribuinte. Competência Relativa a cada uma dessas Contribuições e do Princípio da Capacidade Contributiva. Inconstitucionalidade da MP 2037 que Pretendeu Obstá-lo Mediante a Revogação do Inciso III do S 2º do art. 3º da Lei 9718/98” – Revista Dialética de Direito Tributário nº 70/150).

Por seu turno, Bernardo Ribeiro de Moraes assim nos ensina:

“Quem aufere receita tem seu patrimônio ou sua riqueza alterada. Para haver receita, a entrada financeira deve se integrar ao patrimônio da pessoa. Receita é entrada que, integrando-se ao patrimônio sem quaisquer reservas ou condições, vem acrescer seu vulto, como elemento novo positivo. O dinheiro recebido pela venda de um serviço é uma receita, produz enriquecimento do patrimônio da pessoa. Todavia, existem entradas financeiras que não se apresentam como receita, visto que não constituem fatos modificativos do patrimônio: recebimento de impostos recolhidos” (in Doutrina e Prática do ISS, São Paulo: Ed. RT, pág. 20).

É no mesmo sentido a opinião de Marco Aurélio Greco, para quem:

“nem todo ‘dinheiro’ que ‘entra’ no universo de disponibilidade da pessoa jurídica integra a base de cálculo da Cofins. Não basta ser uma ‘entrada’ (mera movimentação financeira) é preciso que se configure como ‘ingresso’, no sentido de entrada com sentido de permanência e que resulte da exploração da atividade que corresponda ao seu objeto social (ou dele decorrente). Mera entrada de dinheiro não é receita para fins da base de cálculo de PIS e Cofins”.

(...)

“Da relevância patrimonial da figura, resulta que somente têm natureza de receita ou faturamento para fins de incidência de PIS e Cofins, aqueles ingressos que assim forem tipificados sob o ângulo substancial; vale dizer, que, ao mesmo tempo, tenham causa jurídica própria e reflexo patrimonial. Disto decorre que não é a maneira pela qual vier a ser contabilizada determinada figura que irá determinar sua natureza jurídica para fins de incidência. A contabilidade retrata a realidade, mas não cria realidades jurídicas novas, desatreladas da substância

subjacente” (in “Cofins na Lei n° 9718/98 – Variações Cambiais e Regime da Alíquota Acrescida” – Revista Dialética de Direito Tributário n° 50/110).

Tomando a questão do ponto de vista do ISS, o delicado ponto de distinção entre o que constitui receita tributável e aqueles valores que, embora transitando pelo seu caixa, não guardam tal configuração foi muito bem demonstrado pelo saudoso e pranteado Geraldo Ataliba, para quem entrada é todo dinheiro que ingressa nos cofres de determinada entidade; receita é a entrada que passa a pertencer à entidade. Assim, só se considera receita o ingresso de dinheiro que venha a integrar o patrimônio da entidade que o recebe”. (in “ISS- Problemas Atuais”, *Revista de Direito Tributário*, n° 71, pág. 38, São Paulo: Malheiros Editores).

A orientação predominante nos tribunais também é no sentido de promover a distinção, para fins de tributação, entre os simples ingressos e as efetivas receitas apuradas pela pessoa jurídica:

Ementa: Vendas em consignação. A agência responsável pela emissão de conhecimentos aéreos, recebidos em consignação, de empresas, de transporte aéreo, considerará como base de cálculo, nestas operações, para fins de recolhimento das contribuições para o PIS e Cofins, o valor da comissão recebida (Decisão n° 350 de 17.12.98, da Superintendência Regional da Receita Federal, 7a Região Fiscal).

Ementa Base de cálculo. Empresa de Propaganda e Publicidade. Na determinação da base de cálculo da Contribuição Social das agências de propaganda e publicidade considera-se apenas o valor dos honorários e serviços da própria agência, não sendo computado o valor dos serviços repassados a terceiros (Superintendência Regional da Receita Federal, 1a Região Fiscal, SRRF n° 42/2000)

Faturamento, nesse sentido, partilha conceito semelhante ao de 'receita' vale dizer, acréscimo patrimonial que adere definitivamente ao patrimônio do alienante. A ele, portanto, não se pode considerar integradas importâncias que apenas 'TRANSITAM' em mãos do alienante, sem que em verdade lhe pertençam em caráter definitivo (E. Desembargadora Ana Scartezzini, AC 90.03.000915-15/SP, TRF 3a Região).

Temos, portanto, evidenciado de forma inequívoca, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, que nem todos os ingressos registrados pela pessoa jurídica podem ser caracterizados como receitas, mas tão-somente aqueles que venham contribuir para a determinação de um acréscimo patrimonial.

Isto posto, para que possamos ter adequadamente identificada, no numerário que é transferido pelo segurado ao segurador a título de pagamento do prêmio, qual a efetiva receita a ser por este registrada – e, por conseqüência, qual o

montante a ser considerado na formação da base de cálculo do PIS e da COFINS – resta indispensável proceder à análise das características do relacionamento mantido pela seguradora com os seus segurados e com os representantes destes, os corretores de seguro.

4. Dos Termos das Relações Contratuais Mantidas Entre Seguradora, Segurado e Corretor de Seguros

O contrato de seguro tem a sua definição legal constante do Código Civil, o qual, em seu art. 1.432, assim enuncia:

“Considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato”.

Pela disposição legal, portanto, o contrato de seguro tem como partes o segurador, que é, nos termos da legislação específica, a empresa que assume e gerencia a cobertura dos riscos e o segurado, pessoa física ou jurídica que transfere ao segurador o risco de determinado evento.

Assim, no desenvolvimento do relacionamento jurídico mantido entre o segurador e o segurado, é receita daquele a parcela do prêmio por este pago por conta da cobertura de eventuais riscos futuros. Dessa forma, o atendimento da obrigação de dar (arts.233 e seguintes, do Código Civil) – no caso, conforme mencionado, a cobertura dos riscos - assumida pelo segurador perante o segurado é que gera, no montante exatamente correspondente, o reconhecimento contábil da receita de seguro.

Por outro lado, como conseqüência lógica, aquilo que eventualmente for recebido pela sociedade seguradora do seu segurado, mas que não guardar relação com a cobertura contratada – obrigação de dar – não deve como receita ser tratado, não obstante transite pela sua contabilidade.

É exatamente nessa rubrica que se inserem as comissões devidas aos corretores de seguro, para remunerar a respectiva atuação no estabelecimento e desenvolvimento do relacionamento a ser mantido entre segurado e segurador.

O corretor de seguros – nos termos da legislação de regência (Lei n° 4.594/64, art 1°) – “seja pessoa física ou jurídica, é o intermediário legalmente autorizado a angariar e promover contratos de seguro, admitido pela legislação vigente, entre as Sociedades de Seguros e as pessoas físicas de Direito Privado”. Desse modo, o corretor de seguros é um prestador de serviços que atua, tendo como pano de fundo a relação contratual estabelecida entre seguradora e segurado, no sentido de aproximar aquelas partes e, mais, **na preservação e na defesa do interesse do segurado.**

Essa relação contratual entre segurado e corretor de seguros, em que este presta serviços – e, por conseqüência, para tanto é remunerado – àquele, e não à seguradora, parece-nos inequívoca a partir dos termos da própria legislação que regulamenta o desenvolvimento da atividade. Com efeito, prescreve o Decreto nº 56.900/65 que as sociedades seguradoras apenas poderão receber propostas para a contratação de seguro:

“Art 1º:

- a) por intermédio de Corretor devidamente habilitado;*
- b) diretamente dos proponentes ou de seus legítimos representantes.”*

Por seu turno, estabelece o Decreto nº 56.903/65, na regra de caráter genérico contida no seu art. 9º, que “é vedado ao Corretor de Seguros de Vida e de Capitalização ser diretor administrador, procurador, despachante ou empregado de Empresa de Seguros e de Capitalização”. O parágrafo único desse dispositivo esclarece que “o impedimento previsto neste artigo é extensivo aos sócios e diretores de Empresas de Corretagem de Seguros ou Capitalização.” Pretendeu, assim, o legislador garantir a mais completa independência do corretor em relação à seguradora, no sentido de resguardar a pessoa do segurado.

Esses comandos normativos, interpretados de forma integrada, ao permitirem a contratação do seguro pelo segurado diretamente com a seguradora, ao mesmo tempo que proíbem qualquer tipo de relacionamento entre o corretor de seguros e a seguradora, apontam no sentido inequívoco, ao nosso ver, de caracterizar o corretor, além de intermediário na celebração do contrato de seguro, em efetivo representante dos interesses do segurado.

Isso admitido, somos forçados a concluir que o montante de recursos transferido pelo segurado à companhia seguradora por conta da contratação de determinada cobertura de risco guarda em si o condão de remunerar uma dupla contratação promovida por ele, segurado: de uma lado, o próprio seguro, na modalidade especificada, obrigação de dar assumida pela seguradora; de outro lado, a corretagem e assessoria prestadas pelo corretor, obrigação de fazer por este desenvolvida no interesse daquele determinado segurado.

Como conseqüência lógica dessa constatação, temos que a seguradora deve apenas registrar como receita a parcela dos recursos disponibilizados pelo segurado que corresponda ao desenvolvimento de sua atividade de cobertura de riscos. Ela não deve tratar como tal, em contrapartida, aquela outra parcela relativa à remuneração do corretor, a qual, por força de lei, deve a este ser repassada e na sua pessoa, física ou jurídica, tributada.

É importante ainda observar, como mais um elemento indicador que a comissão do corretor integrada ao prêmio não deve ser considerada como receita da companhia seguradora, que, mesmo na hipótese de o seguro ser contratado pelo segurado diretamente com a seguradora, esta é obrigada a recolher a comissão que

seria habitualmente devida ao corretor ao Fundo de Desenvolvimento Educacional do Seguro, administrado pela FUNENSEG (vide art. 2º do Decreto nº 56.900/65), o que expõe, de forma cristalina, a circunstância de essa parcela não ser, efetivamente, uma sua receita.

Destaque-se, correndo-se o risco da redundância, que, com respeito à quantia devida pelo segurado ao corretor como contraponto de sua prestação de serviços, a seguradora cumpre o papel de mero preposto deste último, funcionando, no final das contas, como um seu agente de cobranças. Logo, não representando essa parcela do numerário transferido pelo segurado um acréscimo patrimonial – vale dizer, uma receita – para ela, seguradora, não há que se cogitar em qualquer incidência tributária sobre ela (exceto, claro, a CPMF).

Por derradeiro, uma análise mais abrangente do tema não pode passar ao largo da circunstância de, no seu dia-a-dia, o corretor, paralelamente à sua atuação como assessor do segurado, também operar, em alguns casos, como agenciador de negócios para a sociedade seguradora. Nessas situações, evidentemente, a seguradora deverá considerar essa parcela da remuneração do corretor como um seu efetivo encargo, à medida que estará relacionada com um serviço a ela, companhia de seguros, prestado.

5. Conclusão

Pelo até aqui exposto, somos forçados a concluir que a parcela correspondente à comissão devida – pelo segurado- frise-se – ao corretor, pela sua correspondente prestação de serviços, integrada, por razões de conveniência negocial, ao prêmio pago à seguradora, não deve ser considerada como uma receita desta última, mas do próprio corretor, não devendo, portanto, estar submetida, na companhia seguradora, à incidência do PIS e da COFINS.

A Lei da Cobrança Pelo Uso da Água no Estado de São Paulo: Situação Atual

PAULO CESAR LARA BARBOSA

Introdução

Antes de abordarmos propriamente a questão de como se encontra o projeto de lei sobre a cobrança pelo uso da água no Estado de São Paulo, precisamos descrever o arcabouço legal sobre o qual este se sustenta.

A Constituição Federal, em seu art. 225, caput, determina o seguinte:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. (BRASIL¹ 2002, p.135).

Como é de conhecimento geral, a ordem constitucional vigente no Brasil acolheu plenamente a Lei nº 6.938/81, a qual dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Referido texto legal traz o seguinte mandamento, em seu art. 4º, VII:

“Art. 4º. A Política Nacional de Meio Ambiente visará:

(...)

VII – à 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”. (BRASIL² 2002, p.592).

Nesse dispositivo, observamos a institucionalização de dois princípios do Direito Ambiental, quais sejam o princípio do poluidor-pagador e o princípio do usuário-pagador, ambos atrelados ao conceito superior de desenvolvimento sustentável. Ou seja, para que a atual geração possa garantir àquelas gerações que lhe sucederão a existência de bens naturais suficientes à sua subsistência, torna-se imprescindível que todos assumam sua parcela de responsabilidade. Desse modo, admitindo-se o estado de escassez de um determinado bem coletivo, como é o exemplo da água doce para consumo humano, e atribuindo-lhe valor econômico, é perfeitamente compreensível que aqueles que dela se utilizam para lançar determinados resíduos que lhe diminuam a qualidade devam ressarcir a coletividade por esse dano sofrido. Da mesma forma, aqueles que dela tiram proveito, utilizando-a como insumo para sua atividade econômica, por exemplo, também devem pagar à coletividade pelo benefício auferido, “internalizando” seus custos de produção.

Prosseguindo em nosso embasamento legal, devemos citar ainda a Lei nº 9.433/97, que trata da Política Nacional de Recursos Hídricos e estipula o seguinte em seu art. 5º, IV:

“Art. 5º - São instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos:

(...)

IV – a cobrança pelo uso de recursos hídricos”. (BRASIL³ 2001, p.2).

Como explica GRANZIERA⁵ (2001), “a cobrança pelo uso da água consiste no instrumento econômico da política de recursos hídricos. É econômico em dois sentidos: o primeiro, relativo ao financiamento de obras contidas no plano de recursos hídricos; o segundo, no que tange ao entendimento da água como bem de valor econômico, cuja utilização deve ser cobrada” (p. 220).

A referida lei que estabelece a política para os recursos hídricos tem por objetivos reconhecer a água como bem econômico, dando ao seu usuário uma indicação de seu real valor, incentivar a racionalização do seu uso e obter recursos financeiros para financiamento dos programas e de intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos.

No caso específico do Estado de São Paulo (SÃO PAULO⁷ 1997, p.87), cabe mencionar também a própria Constituição Estadual, que tem a seguinte previsão em seu art. 211:

“Art. 211. Para garantir as ações previstas no artigo 205, a utilização dos recursos hídricos será cobrada segundo as peculiaridades de cada bacia hidrográfica, na forma da lei, e o produto aplicado nos serviços e obras referidos no inciso I, do parágrafo único, deste artigo.

Parágrafo único. (...)

I – em serviços e obras hidráulicas e de saneamento de interesse comum, previstos nos planos estaduais de recursos hídricos e de saneamento básico;”

As ações previstas no art. 205 são:

“Art. 205. (...)

I – utilização racional das águas superficiais e subterrâneas e sua prioridade para abastecimento às populações;

II – aproveitamento múltiplo dos recursos hídricos e rateio dos custos das respectivas obras, na forma da lei;

III – a proteção das águas contra ações que possam comprometer o seu uso atual e futuro;

IV – a defesa contra eventos críticos, que ofereçam riscos à saúde e segurança públicas e prejuízos econômicos ou sociais;

V – a celebração de convênios com os Municípios, para a gestão, por estes, das águas de interesse exclusivamente local;

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

VII – o desenvolvimento do transporte hidroviário e seu aproveitamento econômico.”

Sendo as águas bens públicos do domínio dos Estados e da União, convém abordar inicialmente a questão pelo exame dos bens públicos no direito brasileiro.

Os Bens Públicos no Direito Brasileiro

O Código Civil brasileiro divide os bens públicos em três categorias:

- 1) bens de uso comum do povo, como os mares, os rios, as estradas, as ruas e as praças;
- 2) bens de uso especial, como edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal;
- 3) bens dominicais, aqueles que constituem o patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios ou das autarquias, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades.

A lista dos bens de uso comum do Código abrange o meio ambiente, de acordo com o art. 225 da Constituição Federal. Tais bens são insuscetíveis de direito de propriedade, mas a tradição permite empregar o termo para designar o titular da relação jurídica, ao qual se confia a sua guarda e gestão. Nesse sentido, as pessoas jurídicas de direito público são os titulares, e o povo e, também, órgãos e entidades públicas, seus beneficiários. (POMPEU⁶ 2000)

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

A Água como Bem Público

Pelo fato de pertencerem à União e aos Estados, pessoas jurídicas de direito público, as águas estão inseridas na categoria de bens públicos, podendo ser, principalmente, de uso comum e dominicais.

A ordem constitucional em vigor estabelece que, praticamente, todas as águas são públicas, do domínio da União, dos Estados e, por analogia, do Distrito Federal, deixando de existir, em tese, as águas comuns, as municipais e as particulares, previstas no Código de Águas.

À União, em termos constitucionais, pertencem os lagos, os rios e quaisquer correntes de água em terrenos do seu domínio, que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais, as praias fluviais e o mar territorial.

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

Os Fundamentos Jurídicos da Cobrança

No Brasil, a exemplo de outros países, as águas públicas são consideradas bem inalienável, outorgando-se apenas o direito ao uso. Cobra-se, geralmente, a remuneração dos serviços ligados ao seu fornecimento, como a captação e o tratamento de água bruta e a distribuição de água tratada. Por esse motivo, também na legislação paulista, o que se visa cobrar não é o valor material do bem econômico água, mas o do direito à sua utilização.

A fixação de preço para a utilização da água deve ser adotada cada vez mais, como meio para distribuir os custos de administração entre os usuários, proporcionando incentivos adequados ao seu uso eficiente e coibindo a degradação dos recursos hídricos.

Os vários sistemas legais apresentam diversas alternativas para cobrança pela utilização da água, que vão desde o fornecimento de pessoal para os serviços, da cessão de terras, da contribuição para as obras, passando pelas contribuições de melhoria, cobrança por superfície irrigada ou por volume utilizado, até chegarem à combinação de mais um dos critérios. Os preços costumam ser graduados e calculados de modo que cresçam com o aumento do consumo, estabelecendo-se sanções para o excesso de utilização ou para a falta de pagamento. (POMPEU⁶ 2000)

O direito brasileiro já previa a cobrança pela utilização de bens públicos, de forma genérica. O Código Civil, em seu art. 68, estabelece que o uso comum pode ser gratuito ou retribuído, conforme leis da União, dos Estados, ou dos Municípios, a cuja administração pertencerem. Esta é a primeira manifestação, ainda que indireta, no Direito Brasileiro, da possibilidade de cobrança pelo uso da água. Ressalte-se que, embora prevista legalmente, essa cobrança nunca ocorreu de fato no tocante às águas (GRANZIERA⁵ 2001).

O Código de Águas, alterado nesse ponto pela Lei de Águas, assegurava, no art. 34, “o uso gratuito de qualquer corrente ou nascente de água, para as primeiras necessidades da vida, se houver caminho público que a torne acessível”. E o art. 36 estabelecia que é permitido a todos usar de quaisquer águas públicas, conformando-se com os regulamentos administrativos. Quando esse uso depender de derivação, terá preferência a derivação para o abastecimento das populações. E o uso comum das águas pode ser gratuito ou retribuído, conforme leis e regulamentos da circunscrição administrativa a que pertencerem.

Dessa forma, leis ou regulamentos podem arbitrar um pagamento pela utilização da água, com exceção do uso para as primeiras necessidades da vida, assim entendido o uso destinado ao preparo da comida, lavagem de casas e utensílios, de roupa no próprio leito ou álveo, cuja água serve também para se beber ou dar de beber aos animais e regar plantas. A Lei nº 9.433/97, em seu art.12, § 1º, determina que independe de outorga o uso dos recursos hídricos para satisfação de necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural, para as derivações, captações, lançamentos e também para acumulação de volumes de água considerados insignificantes.

A Competência Legislativa Estadual

A Constituição Federal fixa a competência legislativa da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. No âmbito dos Estados, sendo as águas bens públicos cujo domínio lhes foi outorgado pela Constituição, não deve haver impedimento para que legislem sobre sua gestão, uma vez que, do contrário, tal gerenciamento seria inviabilizado. Ressalte-se que, no conceito de poder de polícia, insere-se o poder sobre bens e pessoas, em benefício do interesse público, no qual se incluem a saúde, a ordem pública, a segurança e os interesses econômicos e sociais, e que a polícia administrativa é exercida por regulamentação, decisões particulares e coerção. Portanto, um dos fundamentos para que os Estados legislem sobre a gestão de suas águas é o exercício de poder de polícia administrativa sobre seus bens, a autotutela desses bens.

Inegavelmente, tanto no caso da União, como no dos Estados, a cobrança pela utilização dos recursos hídricos deve ser e tem sido instituída por lei, em observância ao preceito constitucional segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Com isso, a implantação da cobrança dependerá da participação dos Poderes Executivo e Legislativo, para aprovação da necessária lei.

Esse é o fundamento para que os Estados possam editar leis sobre a administração das águas do seu domínio e instituir uma contraprestação pelo seu uso.

Fato Gerador e Critérios da Cobrança

No que tange aos critérios, a Lei nº 9.433/97 estabeleceu em seu art. 21 que, na fixação de valores a serem cobrados, devem ser observados, entre outros, nas derivações, captações e extrações de água, volume retirado e seu regime de variação e, nos lançamentos de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, volume lançado e seu regime de variação e características físico-químicas, biológicas e de toxicidade do efluente.

Competência Administrativa para Efetuar Cobrança

De acordo com o art. 4º, incisos VIII e IX da Lei nº 9.984/2000, a Agência Nacional de Águas – ANA tem competência para implementar a cobrança pelo uso dos recursos hídricos, em articulação com os Comitês de Bacia Hidrográfica, assim como para arrecadar, distribuir e aplicar receitas auferidas por intermédio da cobrança quanto ao uso de recursos hídricos de domínio da União.

Aquele que outorga é o mesmo que detém o domínio do recurso, ou seja, a União ou os Estados, que deverá delegar à Agência, ou à entidade que estiver exercendo essa função, a capacidade administrativa para proceder à cobrança.

As regras para essa delegação de competência devem ser objeto de regulamentação.

Os valores relativos à cobrança constituem proposta da Agência aos Comitês de Bacia Hidrográfica, nos termos do art. 44, XI, b, da Lei nº 9.433/97, a eles cabendo sugerir ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos os valores a serem cobrados, conforme estabelece o art. 38, VI. O Conselho Nacional de Recursos Hídricos tem competência para fixar critérios gerais para cobrança, de acordo com o que estatui o art. 35, X, da Lei nº 9.433/97.

Natureza Jurídica do Produto da Cobrança

O produto da cobrança pelo uso da água constitui, sob o aspecto jurídico-financeiro, uma receita pública, em que é importante estabelecer o tipo de relação jurídica entre Estado e particular, já que é este que a fornece, e o Estado quem a recebe.

De acordo com SOUSA⁹ (1982), as receitas públicas podem ser classificadas em cinco categorias, “segundo uma escala de graduações dos dois interesses em presença em cada caso”:

“1. Preços quase privados são as receitas cobradas pelo Estado tendo em vista exclusivamente o interesse dos particulares na atividade desempenhada pelo governo, sendo o interesse público meramente accidental. É o que ocorre quando o Estado desempenha atividades tipicamente privadas, como a exploração do comércio ou da indústria, concorrendo com os demais comerciantes ou industriais em situação de igualdade de mercado. A posição do Estado, em tais casos, é portanto idêntica à dos particulares, só não se chamando a receita de ‘preço privado’ porque seu titular é uma entidade pública.

2. Preços públicos são as receitas cobradas pelo Estado tendo em vista principalmente o interesse dos particulares na atividade desempenhada pelo governo, mas atendendo também, embora secundariamente, à

existência de um interesse público geral e coletivo nessa atividade. Também aqui se trata de desempenho, pelo Estado, de atividades tipicamente privadas; porém a existência de um interesse público secundário justifica que o Estado se reserve a exclusividade do seu exercício, eliminando a concorrência por meio do monopólio legal. (...)

3. Taxas são as receitas públicas cobradas pelo Estado tendo em vista principalmente o interesse público na atividade desempenhada pelo governo, mas considerando também que do exercício dessa atividade decorre diretamente para o particular um interesse individual específico. É o que ocorre quando o Estado desempenha atividades tipicamente públicas (saúde pública, polícia, justiça), cuja existência interessa à coletividade em geral, mas cujo exercício pode ser relacionado, em cada caso, a um determinado indivíduo.

4. Contribuições são as receitas cobradas pelo Estado tendo em vista preponderantemente o interesse público da atividade desempenhada pelo governo, mas considerando também as vantagens que decorrem dessa atividade, embora não diretamente e não especificamente para determinado indivíduo, mas para determinada classe ou categoria de particulares. É o que ocorre quando o governo decide construir uma obra pública, por exemplo, uma estrada, em razão do interesse geral na existência de meios de transporte, mas essa estrada vai beneficiar de modo especial os proprietários dos terrenos marginais.

5. Impostos, finalmente, são as receitas que o Estado cobra tendo em vista exclusivamente o interesse público da atividade desempenhada pelo governo, sem levar em conta as vantagens que possam decorrer dessa atividade para os particulares ou mesmo a ausência de tais vantagens sob o ponto de vista individual. É o que ocorre a todas as atividades inerentes à própria existência, organização e funcionamento do governo (administração pública, órgão políticos, funcionalismo, defesa nacional), que representam um interesse público geral não suscetível de ser relacionado direta ou indiretamente a um determinado indivíduo.”

Das espécies transcritas, cabe abordar a taxa e o preço, porém de forma apenas pontual, já que as divergências existentes entre os dois institutos, sobretudo no tocante à remuneração dos serviços públicos, são tormentosas e nos afastaria do objeto de estudo proposto.

A taxa é espécie de tributo, na forma de inciso II do art. 145 da Constituição Federal, cuja finalidade é remunerar os serviços públicos e o exercício do poder de polícia.

O fato gerador da cobrança é a utilização do recurso hídrico para os fins mencionados no art. 12 da Lei nº 9.433/97 e que, basicamente, são aqueles que alteram o regime, a quantidade ou a qualidade das águas. Não se configura, nessa hipótese, exercício do poder de polícia, pois o controle administrativo limita-se ao âmbito da outorga do direito de uso da água e ao licenciamento ambiental.

Pelo exercício do poder de polícia das águas, pode ser cobrada uma taxa, como de fato ocorre, do mesmo modo que para a obtenção de licença de construir, e tantas outras atividades que a Administração Pública exerce, fundadas no exercício de controle de atividades dos particulares. Essa taxa é cobrada para remunerar os serviços de controle, prestados pela Administração Pública. Não se vislumbra, na cobrança, uma remuneração pelo exercício de poder de polícia.

Também não se trata de tarifa, pois esta é remuneração pela prestação de serviço público, na forma do art. 175, da Constituição Federal. O serviço público possui características bem diferentes da concessão de uso de bem público, ou de sua autorização.

Paga-se pelo uso privativo da água, em detrimento dos demais, em situação análoga àquela da Zona Azul, em que se utiliza uma parte da via pública por determinado período, pagando-se por isso. O efeito dessa utilização é que, nesse intervalo de tempo, o espaço da via pública, bem de uso comum, destina-se exclusivamente ao usuário, em detrimento do interesse dos demais.

É o que ocorre com a derivação ou a captação para consumo final, como o abastecimento público, ou o abastecimento industrial, a extração de água de aquífero subterrâneo, o lançamento de esgotos e demais resíduos, com o fim de diluição, transporte ou disposição final, o uso em potenciais hidrelétricos, e outros, conforme dispõe o art. 12 da Lei nº 9.433/97.

Desse modo, concordando com o entendimento de GRANZIERA⁵ (2001), “a natureza do produto da cobrança é a de preço público, pois se trata de fonte de exploração de bem de domínio público. Sua natureza é negocial, cabendo ao detentor do domínio estabelecer o respectivo valor. Em sede de recursos hídricos, há uma sistemática de proposições e aprovações, no âmbito de Sistema de Gerenciamento de Recursos Hídricos” (p.224).

Aplicação do Produto da Cobrança

Corroborando a adoção do conceito de bacia hidrográfica como unidade de planejamento e gerenciamento, dispõe o art. 22 que os valores arrecadados com a cobrança pelo uso da água serão aplicados prioritariamente na bacia hidrográfica em que foram gerados.

Referidos valores deverão ser utilizados no financiamento de estudos, programas, projetos e obras previstas nos planos de recursos hídricos (art. 22, I) e também no pagamento de despesas, implantação e custeio administrativo nos órgãos e entidades do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (art. 22, II).

Tendo sido vetado, na Lei nº 9.433/97, o dispositivo que conferia aos Comitês de Bacia Hidrográfica a competência para aprovar o plano de aplicação dos recursos arrecadados com a cobrança pelo uso dos recursos hídricos, fica faltando esse parâmetro para indicar a ordem de prioridades para a aplicação dos recursos provenientes da cobrança, sem o qual poderá haver conflitos não pelo uso da água, mas pelo pagamento da cobrança.

A definição da aplicação do produto da cobrança pelo uso da água deve ser devidamente regulamentada, por se tratar de questão essencial da qual depende a própria efetividade da Política Nacional de Recursos Hídricos e o financiamento do setor.

A Situação no Estado de São Paulo O Rio Paraíba do Sul e o Projeto de Lei Nº 676/00

O Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH) aprovou, em 14 de março último, cobrança pelo uso da água na bacia hidrográfica do Rio Paraíba do Sul, abrangendo os Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais.

O preço corresponderá a R\$ 0,02 para cada metro cúbico (mil litros) de água captada e devolvida suja e a R\$ 0,008 por metro cúbico de água devolvida limpa. Em princípio, a cobrança recairá apenas sobre as indústrias que captam diretamente da bacia e sobre as empresas de saneamento, as quais deverão repassar o custo para os consumidores residenciais. A ANA fixou um prazo de três anos para que todos os consumidores estejam pagando.

A aprovação abre um precedente para a cobrança, prevista na Lei de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Tal cobrança foi proposta pelo Comitê para a Integração da Bacia Hidrográfica do Paraíba do Sul (Ceivap), que quer definir até junho os valores a serem pagos por outros usuários, entre eles os irrigadores, as termelétricas e as hidrelétricas. (SATO^B 2002)

Os objetivos da implementação da cobrança são: incentivar o uso racional da água e captar recursos para programas de despoluição e revitalização dos rios e bacias do país. De acordo com os técnicos da ANA, o acréscimo na conta será por volta de R\$ 1,00 se as companhias repassarem os custos de forma integral aos consumidores.

Para os pequenos consumidores, que utilizam até 15 mil litros de água por mês, está em estudo a isenção da cobrança. Para as grandes indústrias que captam e jogam a água diretamente no rio, a estimativa é de que o custo não seja superior a 1% do lucro líquido.

A receita anual deve atingir R\$ 14 milhões, os quais, em sua maior parte, deverão ser utilizados na recuperação ambiental da bacia e na ampliação do

tratamento de esgoto. A bacia hidrográfica do Rio Paraíba do Sul abrange uma população de mais de 5 milhões de pessoas, fornecendo água para 179 municípios e 8.000 indústrias.

As águas da bacia, transpostas para o Rio Guandu, beneficiam ainda outros 8 milhões de moradores da cidade do Rio de Janeiro e da sua região metropolitana, área esta que não faz parte da bacia do Paraíba do Sul.

Uma das maiores fontes de poluição da bacia é o baixo percentual de tratamento dos esgotos coletados. São Paulo apresenta o melhor índice, com 10,4% do esgoto tratado. No Rio de Janeiro e em Minas Gerais, os índices são de apenas 2,0% e 1,2%, respectivamente.

Na bacia, há 20 lixões e diversos aterros que recebem diariamente 2.600 toneladas de resíduos urbanos e aproximadamente 30 milhões de toneladas de resíduos industriais. De acordo com dados de 1999, 29% do lixo urbano é proveniente de São Paulo, 48% do Rio de Janeiro e 23% de Minas Gerais. Na maioria dos municípios, a disposição final dos resíduos se dá em lixões a céu aberto, em terrenos que não têm licença ambiental de instalação e de operação.

Em São Paulo (DICKSTEIN⁴ 2002), um projeto de lei sobre a cobrança pela utilização de recursos hídricos das bacias do Estado tramita desde 1998 na Assembléia Legislativa. O PL 20/98 teve sua redação original modificada por uma quantidade excessiva de emendas, tanto que foi retirado de pauta e substituído pelo PL 676/00, o qual, por sua vez, após tramitar em regime de urgência a pedido do então Governador Mário Covas, teve sua votação adiada em 14 de março último, mesmo dia em que foi aprovada a cobrança pelo uso da água do Rio Paraíba do Sul, em âmbito federal.

As diferenças entre o PL 676/00 e a cobrança federal começam pelo valor cobrado: o segundo prevê pagamento de R\$ 0,02 por metro cúbico de volume captado, enquanto o projeto estadual tem como teto a metade desse valor, que seria relativo conforme a atividade ou uso desses recursos.

Outro ponto que os diferencia é que, no projeto estadual, há obrigatoriedade de aplicação dos recursos hídricos na própria bacia, o que pode ser considerado uma enorme vantagem, uma vez que na órbita federal a aplicação será “preferencialmente” na bacia que gerou a cobrança.

A exemplo do que já está estabelecido no art. 19 da Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos, o projeto de lei que está em trâmite na Assembléia Legislativa paulista tem por objetivo:

- I – reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor;*
- II – incentivar o uso racional e sustentável da água;*
- III – obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e das*

intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos, vedada sua transferência para custeio de serviços de coleta, transporte, tratamento e disposição de resíduos sólidos

A fixação dos valores a serem cobrados pela utilização dos recursos hídricos considerará, dentre outros itens:

- 1) a natureza do corpo d'água, se superficial ou subterrâneo;*
- 2) a disponibilidade hídrica local;*
- 3) o volume captado, extraído ou derivado e seu regime de variação;*
- 4) o consumo efetivo ou o volume consumido, calculado pela diferença entre o volume captado e o volume devolvido;*
- 5) a finalidade a que se destinam;*
- 6) a sazonalidade;*
- 7) as características dos aquíferos;*
- 8) as características físico-químicas e biológicas da água no local;*
- 9) a classe de uso preponderante em que estiver enquadrado o corpo d'água receptor no local;*
- 10) as práticas de conservação e o manejo do solo e da água.*

De acordo com o projeto, a cobrança será realizada pelas Agências de Bacias e, onde estas não existirem, pela entidade responsável pela outorga de direito de uso nas bacias hidrográficas. O produto da cobrança correspondente à bacia em que for arrecadado deverá ser creditado na subconta do Fundo Estadual de Recursos Hídricos – FEHIDRO, com o posterior repasse.

Outro aspecto do projeto que merece destaque, e que consta das disposições transitórias, é a presença de um dispositivo determinando que, na hipótese de não aprovação das leis específicas referentes às Áreas de Proteção e Recuperação de Mananciais – APRM, nos limites da Unidade de Gerenciamento de Recursos Hídricos do Alto Tietê, dentro do prazo de 12 meses após a sanção ou promulgação do PL 676/00, o montante arrecadado a partir do primeiro dia subsequente ao período citado, no Estado, ficará retido nas subcontas do Fundo Estadual de Recursos Hídricos – FEHIDRO, até que as referidas leis sejam aprovadas.

Em discussão sobre o PL 676/00 realizada em 10 de abril último na Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, com a presença de representantes de todos os segmentos da sociedade, chegou-se a um consenso de que a votação definitiva ocorrerá em 17 de abril próximo. Tal decisão é de extrema relevância para toda a sociedade paulista, posto que, se bem gerenciada, a cobrança pelo uso da água poderá representar um instrumento muito eficiente para que nossos recursos hídricos sejam de fato preservados, garantindo-se sua utilização pelas gerações vindouras.

Referências

1. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. 29ª ed. São Paulo: Saraiva; 2002.
2. Brasil. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências. **Código civil: lei nº 3.071 de 01/01/1916**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva; 2002.
3. Brasil. Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do artigo 21 da Constituição Federal e altera o artigo 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. **Legislação sobre recursos hídricos**. DAEE – Departamento de Águas e Energia Elétrica; 2001.
4. Dickstein AG. Em SP, projeto tramita desde 98. **Folha de São Paulo 2002** – mar 15; cad C:3.
5. Granziera MLM. Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces. São Paulo: Atlas; 2002.
6. Pompeu CT. **Fundamentos** jurídicos do anteprojeto de lei da cobrança pelo uso das águas do domínio do Estado de São Paulo. In: Thame ACM et al., organizador. **A cobrança pelo uso da água**. São Paulo: IQUAL; 2000. p. 41-53.
7. São Paulo (Estado). **Constituição do Estado de São Paulo**. 1ª ed. São Paulo: Atlas; 1997.
8. Sato S. Água do Paraíba do Sul vai valer dinheiro. **O Estado de São Paulo 2002** – mar 15; cad 3:1.
9. Sousa RG de. **Compêndio de legislação tributária**. 4ª ed. São Paulo: Resenha. Dissertação apresentada ao Departamento de Saúde Ambiental da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (Curso de Especialização em Direito Ambiental).

Cadernos de Direito Empresarial

As opiniões técnicas apresentadas nos artigos
são de responsabilidade dos respectivos autores.

