

RECURSOS HÍDRICOS E
ATIVIDADE ECONÔMICA
NA PERSPECTIVA JURÍDICA DO
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

RECURSOS HÍDRICOS E ATIVIDADE ECONÔMICA NA PERSPECTIVA JURÍDICA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

YANKO MARCIUS DE ALENCAR XAVIER
PATRÍCIA BORBA VILAR GUIMARÃES
MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA
(ORGANIZADORES)



Konrad
Adenauer
Stiftung

FORTALEZA | CEARÁ 2010

© Copyright – 2010

EDITORA RESPONSÁVEL
Anja Czymmeck

COORDENAÇÃO EDITORIAL
Miguel Macedo

PROJETO GRÁFICO e CAPA
Wiron Teixeira

As opiniões externadas nas contribuições deste livro são de exclusiva responsabilidade de seus autores

Todos os direitos desta edição reservados à
FUNDAÇÃO KONRAD ADENAUER
Avenida Dom Luís, 176, Edifício Mercury - Mezanino
CEP 60160-230 - Fortaleza - CE, Brasil
Telefone: 0055 – 85 – 3261.9293 / Telefax: 0055 – 85 – 3261.2164
www.kas.de/brasil - www.sustentavel.inf.br
e-mail: kas-fortaleza@kas.de

Impresso em papel reciclado
Impresso no Brasil – Printed in Brasil

SUMÁRIO

Campos maduros de petróleo, águas subterrâneas e desenvolvimento sustentável	23
A cobrança da água como mecanismo de correção de externalidades ambientais negativas	23
Água produzida e gestão ambiental na indústria de combustíveis brasileira	23
A construção de poços frente à nova lei de saneamento básico	23
Aspectos jurídicos das zonas de proteção ambiental no município de Natal/RN e a importância dessas para a tutela dos mananciais de abastecimento público	23
Os recursos hídricos e a competência ambiental	23
O princípio constitucional da eficiência na gestão dos recursos hídricos no Brasil: a outorga dos direitos de uso e a cobrança pelo uso	23

Competência normativa da agência nacional de águas	23
Aspectos jurídico-institucionais na implementação das agências de bacia no sistema nacional gerenciamento de recursos hídricos	23
O papel da democracia participativa no novo modelo de gestão integrada de recursos hídricos	23
Desafios constitucionais da interpretação no conflito pelo uso da água	23

ORGANIZADORES

Yanko Marcius de Alencar Xavier

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de Osnabrück (Alemanha). Professor Associado do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Coordenador do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, PRH-ANP/MCT nº. 36 e do Grupo de Pesquisa em Direito e Regulação dos Recursos Naturais e da Energia da UFRN.

Patrícia Borba Vilar Guimarães

Mestre em Ciências da Sociedade pela Universidade Estadual da Paraíba. Mestre em Constituição e Garantia de Direitos pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Doutoranda em Recursos Naturais pela Universidade Federal de Campina Grande. Pesquisadora Visitante do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, PRH-ANP/MCT nº. 36.

Maria dos Remédios Fontes Silva

Professora Associado II da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Doutora em Direitos Humanos - Université Catholique de Lyon - Institute de Droits de L'homme-França (1993) e Pós-Doutorado pela Université Lumière Lyon II - França (2007). Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN.

AGRADECIMENTOS

FUNDAÇÃO KONRAD ADENAUER

PROGRAMA DE RECURSOS HUMANOS DA
AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS
NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS – PRH/ANP

FINANCIADORA DE PROJETOS DO
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA
E TECNOLOGIA – FINEP/MCT

UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO GRANDE DO NORTE

APRESENTAÇÃO

Esta coletânea reúne ensaios acadêmicos que têm por objeto temas significativos para a discussão jurídica acerca da gestão de recursos hídricos superficiais e subterrâneos, o uso de água e a produção de energia nas suas interações com o Sistema Jurídico Brasileiro.

A iniciativa para a sua realização partiu da Coordenação do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, PRH-ANP/MCT No 36, e do Grupo de Pesquisa em Direito e Regulação dos Recursos Hídricos, atuantes na Universidade Federal do Rio Grande do Norte desde 2001, e do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRN.

Refletem a iniciativa de consolidação do direito das águas como ramo autônomo do direito e a preocupação fundamental com o meio ambiente e seu uso sustentável, apenas possível com a gestão responsável do bem jurídico água.

Os organizadores

CAMPOS MADUROS DE PETRÓLEO, ÁGUAS SUBTERRÂNEAS E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Alicia Violeta Botelho Sgadari Passeggi
Mariana de Siqueira
Yanko Marcus de Alencar Xavier

1 INTRODUÇÃO

A declaração da Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente humano adotada em Estocolmo, em 16 de junho de 1972, consubstanciou o marco do início de uma nova era de preocupações globais. Representou uma tomada de consciência¹, em âmbito internacional, de que o modelo vigente à época poderia comprometer o desenvolvimento econômico e a própria subsistência humana sobre a Terra.

Duas décadas depois, reafirmando essa ideia, construiu-se o conceito e a meta comum de um desenvolvimento mundial sustentável, exposto nas suas linhas mais gerais no Princípio 3, da Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento: “O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de forma a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades ambientais e de desenvolvimento das presentes e futuras gerações”².

Da ideia de atender às necessidades ambientais e de desenvolvimento das gerações presentes e futuras tem-se por consectário lógico que não se pretende, por meio da implementação do desenvolvimento sustentável, advogar um conservacionismo absoluto, sob pena de comprometer o direito das gerações presentes ao próprio desenvolvimento, afetando assim as gerações futuras.

¹ “Chegamos a um momento da história em que devemos orientar nossos atos em todo o mundo com particular atenção às consequências que podem ter para o meio ambiente. Por ignorância ou indiferença, podemos causar danos imensos e irreparáveis ao meio ambiente da terra do qual dependem nossa vida e nosso bem-estar.” DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO SOBRE MEIO AMBIENTE HUMANO. Parte I, ponto 6. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/estoc72.htm>. Acesso em: out. 2008.

² PRINCIPLE 3. The right to development must be fulfilled so as to equitably meet developmental and environmental needs of present and future generations. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm>. Acesso em: out. 2008.

Essa “ecologização” do pensamento, como bem coloca Edgar Morin³, significa na verdade uma expansão dos horizontes humanos de tempo e espaço. Enquanto as ciências econômicas têm os anos como parâmetros, a ecologia promove um raciocínio em termos de séculos – e ainda, em termos não mais locais, mas globais.

A visão de sustentabilidade do desenvolvimento, entretanto, continua, assim como a economia, a perpassar uma ótica essencialmente antropocêntrica e humanista, vez que tem por corolário a consideração do ser humano como bem mais valioso a ser preservado⁴.

O conceito de desenvolvimento sustentável vem, portanto, a erigir-se como um paradigma de integração entre as esferas social, econômica e ambiental, resolvendo, dessa forma, a coexistência entre os direitos fundamentais ao desenvolvimento econômico e à proteção ambiental⁵, os quais constituem linha para o tecido normativo interno, em níveis magnos.

Na Carta de 1988 abundam dispositivos que, uma vez congregados, contemplam todos os aspectos do conceito de desenvolvimento sustentável, dentre os quais desde já mencionamos os artigos 1º, II⁶; 3º, III⁷; 170, VI⁸; e 225⁹, consagradores dos princípios da dignidade da pessoa humana, do desenvolvimento nacional, da defesa do meio ambiente e do direito a um meio ambiente equilibrado a ser preservado para as presentes e futuras gerações.

Dentro dessa perspectiva, considerando a consolidação do objetivo de um desenvolvimento sustentável em âmbito internacional, e interno, buscou-se, por meio do presente trabalho, relacionar dois temas que estão intimamente conectados às preo-

3 Apud FARIAS, Paulo José Leite. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 323.

4 É o que se depreende da redação nítida das duas declarações mencionadas: “O crescimento natural da população coloca continuamente, problemas relativos à preservação do meio ambiente, e devem-se adotar as normas e medidas apropriadas para enfrentar esses problemas. De todas as coisas do mundo, os seres humanos são a mais valiosa. Eles são os que promovem o progresso social, criam riqueza social, desenvolvem a ciência e a tecnologia e, com seu árduo trabalho, transformam continuamente o meio ambiente humano. Com o progresso social e os avanços da produção, da ciência e da tecnologia, a capacidade do homem de melhorar o meio ambiente aumenta a cada dia que passa.” DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO SOBRE MEIO AMBIENTE HUMANO. Parte I, ponto 5. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/estoc72.htm>. Acesso em: out. 2008.; e “Principle 1. Human beings are at the centre of concerns for sustainable development. They are entitled to a healthy and productive life in harmony with nature.”, DECLARAÇÃO DO RIO. Disponível em: <<http://www.unesco.org/education/tlsf/TLSF/decade/img/DESDbriefHealth.pdf>>. Acesso em: jan. 2010.

5 FARIAS, op. cit.

6 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana [...]”

7 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil

II – garantir o desenvolvimento nacional”.

8 “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação [...]”

9 “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”.

cupações ambientais mundiais e que representam, hoje, condições de sobrevivência e desenvolvimento da sociedade humana: a água e o petróleo.

A água enquanto recurso considerado renovável, mas limitado, constitui bem tão essencial à sobrevivência que chega a ser referido como próprio sinônimo de vida. A despeito da ilusão de abundância que possa ainda imperar, principalmente num país como o Brasil, que detém 1/5 da água em terra do mundo¹⁰, tem sido foco de uma regulamentação cada vez mais intensa, demonstrando com isso uma resposta do ordenamento jurídico à necessidade de se enxergar a água como um bem econômico¹¹.

O petróleo, por sua vez, é um recurso não renovável de grande (e reconhecido) valor econômico, que tem sido intensamente explorado, em razão da relação de dependência que se construiu entre esse hidrocarboneto e, principalmente¹², a matriz energética mundial. Por outro lado, o petróleo tem sido um dos protagonistas da acirrada discussão acerca do aquecimento global, restando praticamente unânime o entendimento segundo o qual sua substituição por fontes renováveis de energia deve ser empreendida.

Dentro da conjuntura atual, entretanto, o sistema produtivo está absolutamente impossibilitado de romper com tal dependência de maneira completa, de forma que o petróleo é essencial à subsistência das gerações presentes – as quais recebem igualmente guarida na noção de desenvolvimento sustentável.

Tanto a água quanto o petróleo são recursos estratégicos que fazem jus a disciplinas jurídicas próprias, as quais, dentro do ordenamento brasileiro, inserem-se no contexto da Regulação¹³, ou seja, compõem um quadro em que o Estado assume o papel de diretor – ao invés de protagonista das atividades econômicas. A Agência Nacional das Águas – ANA e a Agência Nacional do Petróleo, gás natural e biocombustíveis – ANP integram essa nova feição estatal, fruto das reformas liberalizantes da década de 1990. Assim sendo, incumbe ao Estado dirigir a ação dos particulares com vistas a – e só com essa finalidade é admissível – concretizar seus objetivos fundamentais, dentre os quais seguramente está o desenvolvimento sustentável.

É precisamente no cenário do desenvolvimento sustentável que se localiza uma importante imbricação entre esses dois temas, ao verificarmos que, durante o processo

10 FARIAS, op. cit., p 343.

11 Nesse sentido, está bem colocada a questão por Paulo Farias que entende ser plena a relação da água com o próprio conceito de economia, que envolve a consideração de recursos escassos frente às necessidades humanas (Ibid., p 392).

12 Dizemos principalmente, mas é importante deixar vincado que a importância do petróleo é também gigantesca não apenas como fonte de energia, mas como matéria prima industrial.

13 Em que pesem as grandes discussões doutrinárias acerca do conceito de regulação, e não sendo o objeto do presente trabalho discuti-las, adotamos a seguinte definição construída por Moreira Neto: “[...] é uma função administrativa, que não decorre assim do exercício de uma prerrogativa do poder político, mas, muito pelo contrário, decorre da abertura, pela lei, de um espaço decisório reservado a uma ponderação politicamente neutra de interesses concorrentes em conflitos setoriais potencias ou efetivos.” MOREIRA NETO. Direito regulatório: uma alternativa participativa e flexível de relações setoriais complexas no Estado democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 132.

de produção de petróleo, há conjuntamente a produção de água (também chamada de água de produção), a qual é vista, a priori, como um fardo para as empresas produtoras da indústria do petróleo.

A quantidade que se produz de água no processo de extração de petróleo está longe de ser insignificante. É capaz de alcançar valores da ordem de 50% em volume, até cerca de 100% quando os poços atingem o limite de sua vida econômica¹⁴.

Nesse contexto, merecem destaque os campos maduros de petróleo, ou seja, aqueles que, já em adiantado estágio de desenvolvimento, apresentam uma produção declinante. O enfoque nesse tipo de campo pode ser justificado por três razões principais: 1) eles produzem mais água, já que o volume de água produzida depende do estágio da vida dos poços; 2) eles necessitam de técnicas avançadas de recuperação para continuar a produzir petróleo, e dentre elas está a reinjeção de água; e 3) a continuidade de desenvolvimento desses campos de petróleo é um imperativo do uso racional dos recursos energéticos e, portanto, maneira de concretizar o desenvolvimento sustentável.

Diante dessa correlação nitidamente relevante entre campos maduros, água e desenvolvimento sustentável, buscou-se investigar de que maneira é regulado pelo Estado o uso dessa água produzida, tendo em conta que o atual regime jurídico desse recurso confirma sua natureza de bem econômico. Procurou-se ainda indagar sobre as possíveis modificações e/ou aprimoramentos que o atual quadro poderia comportar a fim de dar concretude à meta do desenvolvimento sustentável, a nosso ver, imposta constitucionalmente.

Para tanto, tratar-se-á, em um primeiro momento, de situar os campos maduros de petróleo em seus principais aspectos conceituais, bem como no que concerne à sua aptidão de implementar um desenvolvimento sustentável no cenário da regulação do setor energético nacional.

Em seguida, serão analisados os principais aspectos da regulação do uso da água na atividade de exploração desses campos, abordando, portanto, os instrumentos jurídicos pátrios que tratam de disciplinar a conduta dos particulares e do Estado na proteção e gestão dos recursos hídricos¹⁵.

Por fim, são formuladas indagações acerca das possibilidades de incremento no atual sistema de regulação das águas em relação à sua produção e reúso nos campos maduros de petróleo, tendo em conta a sustentabilidade do desenvolvimento da indústria brasileira de petróleo.

As conclusões apontam para a ausência de conceitos precisos de campos maduros de petróleo, o que contribui para a dificuldade da regulação da água produzida nesse

14 NASCIMENTO, Livia Melo. Água produzida na extração de petróleo: o controle estatal sobre o seu uso, tratamento reaproveitamento e descarte. 2007. Monografia (Programa de Formação de Recursos Humanos no 36 da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis)-Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2007. p. 37.

15 Aponta-se diferença entre as expressões água e recursos hídricos, tendo a primeira uma acepção de elemento natural e a segunda de bem econômico. A legislação pátria, entretanto, não faz qualquer diferenciação nesse sentido. (FARIAS, op. cit., p. 341).

cenário particular, bem como para a ausência de aplicabilidade dos instrumentos legais disponíveis para a gestão de recursos hídricos na indústria petrolífera como um todo. Constatou-se também a necessidade de observância por parte do Estado, na sua atuação regulatória, dos diferentes valores sociais e ambientais das destinações dadas à água produzida na extração do petróleo, visto que está obrigado pelo ordenamento jurídico brasileiro a perseguir a concretização do desenvolvimento sustentável.

O presente trabalho busca contribuir com o estágio atual da discussão acerca da regulação da água no âmbito da indústria petrolífera. Na verdade, poucos são os estudos que possuem um enfoque jurídico, observando-se uma grande quantidade de trabalhos realizados pelas áreas tecnológicas e ciências biológicas (ecologia) que centram seus esforços nas técnicas de recuperação dos poços através da água, e também nos impactos do petróleo sobre os recursos hídricos.

A metodologia adotada foi a teórico-descritiva, com pesquisa bibliográfica e documental, esta última focada em instrumentos normativos.

2 CAMPOS MADUROS DE PETRÓLEO E SUA RELAÇÃO COM O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: ASPECTOS GERAIS

2.1 O aspecto conceitual dos campos maduros junto à expressão campos marginais.

A primeira grande questão a ser enfrentada ao tratar da relação entre campos maduros de petróleo e desenvolvimento sustentável é a do significado das expressões “campos maduros” e “campos marginais” de petróleo, frequente e, parece-nos, erroneamente, utilizadas como sinônimas.

A Lei 9.478/97, que atende à demanda da Emenda Constitucional no 9/95 e é considerada o marco regulatório do setor petrolífero nacional, traz uma definição precisa do que seja um “campo” de petróleo, reiterada pela Portaria ANP 9/2000. Campo seria uma

[...] área produtora de petróleo ou gás natural, a partir de um reservatório contínuo ou de mais de um reservatório, a profundidades variáveis, abrangendo instalações e equipamentos destinados à produção.

A expressão completa, incluindo o aspecto da “maturidade”, entretanto, não encontra definição estável em nenhum dos diplomas legais pátrios, nem no arcabouço normativo infralegal referente ao setor petrolífero. É certo, porém, que a seu respeito há uma “compreensão” relativamente identificável na indústria, bem como na bibliografia técnica que aborda o tema, ainda que de maneira transversa.

Em revisão bibliográfica feita acerca dos campos maduros, identificamos que existem algumas características principais que estão associadas à compreensão da indústria a seu respeito: declínio na sua produção, economicidade, técnicas avançadas de recuperação, quantidade de petróleo já explorada. Essa compreensão não é inteiramente homogênea e contém uma ampla margem para discrepâncias entre os vários conceitos que envolve.

Contribuindo para a imprecisão terminológica, tem-se o uso de uma expressão comumente associada aos campos maduros, a de “campos marginais”. Reunindo parte das características acima mencionadas, temos que:

Campo Marginal seria todo e qualquer campo produtor de petróleo e/ou gás natural, em geral de pequeno porte cuja lucratividade para o operador atual encontre-se no limiar da inviabilidade econômica cujos investimentos necessários ao incremento da produção não coincidam com os objetivos e escala de tal operador¹⁶.

Diversos fatores podem levar à “marginalidade” de um campo (por exemplo, pequena produção ou pequena reserva, ausência ou precariedade de infraestrutura de escoamento) dentre os quais se situa a maturidade, ou seja, “o declínio final no perfil de produção”. Dessa maneira, enquanto o conceito de “campo marginal” é essencialmente econômico, a definição de “campo maduro” é técnica, associada ao declínio no perfil de produção por idade¹⁷.

A despeito das tantas variáveis que possam estar envolvidas na avaliação da economicidade de um campo, a Portaria 279 de 31 de outubro de 2003 da ANP, que aprovou o procedimento para a cessão total de direitos inerentes a contratos de concessão de campos marginais de petróleo ou de gás natural, definiu os campos marginais levando em conta apenas o volume de sua produção de petróleo, contrariando em certa medida o entendimento da indústria:

Campos marginais de petróleo: são aqueles campos que produzem predominantemente petróleo, cuja produção de petróleo à época da assinatura do termo de cessão não ultrapasse 500 barris diários e cuja última previsão de produção aprovada pela ANP também não ultrapasse esse limite.

O órgão regulador do setor visivelmente optou por estabelecer uma definição mais clara dos campos marginais em detrimento da de campos maduros, os quais definiu apenas indiretamente, e em estreita relação com o conceito apontado, da seguinte maneira:

16 PRATES, Jean-Paul. Campos marginais e produtores independentes de petróleo e gás: aspectos técnicos, econômicos, regulatórios, políticos e comparativos. 2. ed. Rio de Janeiro: Fórum continuado de energia, 2004. p. 7.

17 Sobre os conceitos de maturidade e marginalidade dos campos, de um ponto de vista mais profundo e técnico, encontramos o esforço isolado de Roberto José Batista Câmara de propor conceitos precisos através da construção de fórmulas para ambos os conceitos que levam em conta a maior parte das variáveis apontadas pela indústria. No que concerne especialmente aos campos maduros, Câmara propõe uma fórmula capaz de determinar de maneira mais precisa a maturidade de um campo, preocupando-se em construir seu conceito sobre duas definições emanadas pelo próprio órgão regulador do setor, quais sejam a de “recurso explorável” e a de “produção acumulada”. (CÂMARA, Roberto José Batista. Campos maduros e campos marginais: definições para efeitos regulatórios. 2004. 136 p. Dissertação (Mestrado em Regulação da Indústria de Energia)-Universidade de Salvador, Salvador, 2004).

Dentre os campos de rentabilidade marginal, pode-se destacar a presença de campos em adiantado estágio de produção (campos maduros) e de pequenos campos em desenvolvimento. Os campos maduros proporcionam uma grande oportunidade para o desenvolvimento de técnicas de recuperação suplementar adaptadas ao cenário nacional e deverão proporcionar o surgimento, no país, de empresas com grande valor tecnológico agregado. (Grifo nosso).¹⁸

Dessa forma, parece claro que a ANP enxerga os campos maduros como uma espécie de campos marginais, pelo menos, do ponto de vista da relevância para a sua regulação.

Não se pode negar que, mesmo adotando a definição vaga de campos maduros exarada pela Agência, é forçoso concluir que muitos campos em adiantado estágio de produção não podem ser considerados como de rentabilidade marginal.

A própria ANP utilizou a expressão “bacias maduras” para qualificar certos blocos¹⁹ na parte A do edital²⁰ da 7ª Rodada licitatória (2005) referente às áreas com risco exploratório, ou seja, de maneira absolutamente dissociada das áreas inativas com acumulações marginais – referencial específico para as rodadas direcionadas a pequenos e médios produtores. Vejamos uma das tabelas extraída do mencionado edital, em que se destacou o modelo exploratório de três blocos no Espírito Santo:

18 Portaria 279 da ANP, de 31 de outubro de 2003.

19 O conceito de “Bloco” distingue-se do de “campo” e também possui contorno definido pelo artigo 6º da Lei do petróleo: “XIII – Bloco: parte de uma bacia sedimentar, formada por um prisma vertical de profundidade indeterminada, com superfície poligonal definida pelas coordenadas geográficas de seus vértices, onde são desenvolvidas atividades de exploração ou produção de petróleo e gás natural”. Note-se que, diferentemente dos campos, os Blocos não incluem as instalações e equipamentos destinados à produção, pois podem ainda sequer ter chegado a esse estágio, encontrando-se ainda em fase de exploração.

20 EDITAL DE LICITAÇÃO PARA OUTORGA DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO. Parte A. Disposições aplicáveis às atividades de: exploração, avaliação, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural em blocos com risco exploratório. Sétima Rodada de Licitações. Rio de Janeiro, 16 de agosto de 2005. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/brasil-rounds/round7/round7/edital.asp>>. Acesso em: jun. 2008.

Tabela 1. Descrição geral dos blocos.

Bacia	Sector	Modelo Exploratório	Número de Blocos ¹	Área em Oferta (km ²)	Fase de Exploração ² (anos)	Período Exploratório (anos)	Devolução Obrigatória de Área ³ (% da área original)	Taxa de Retenção de Área ⁴ (R\$/km ² /ano)	Qualificação Técnica Mínima Requerida ⁵
Barreirinhas Águas Profundas	SBAR-AP1	Nova Fronteira	10	7691,72	8	6 + 2	100-100	246,00	A
	SBAR-AP2	Nova Fronteira	11	8459,09					
Barreirinhas Águas Rasas	SBAR-AR2	Nova Fronteira	28	5382,48	6	5 + 1	100-100	246,00	B
Camaamu-Almada	SCAL-AP1	Nova Fronteira	6	4493,15	8	6 + 2	100-100	246,00	A
	SCAL-AP2	Nova Fronteira	3	2237,54					
São Francisco	S-SF-S	Nova Fronteira	43	126229,01	6	4+2	100-100	23,00	C
Campos	SC-AR3	Nova Fronteira	12	2137,40	5	4 + 1	100-100	693,00	B
	SC-AR2	Nova Fronteira	15	2809,66					
	SC-AP4	Alto Potencial	16	10453,85	6	4 + 2	100-100	693,00	A
Pará-Maranhão	SPAMA-AP1	Nova Fronteira	12	9230,64	8	6 + 2	100-100	246,00	A
	SPAMA-AP2	Nova Fronteira	11	8462,38					
Solimões	SSOL-C	Nova Fronteira	28	63385,73	6	4+2	100-100	23,00	C
Espírito Santo	SES-AP2	Alto Potencial	10	7215,54	6	4+2	100-100	693,00	A
	SES-AR2	Alto Potencial	13	2296,62	6	5+1	100-100	693,00	B
	SES-T2	Bacia Madura	34	1036,66	3	2+1	100-100	108,00	C
	SES-T4	Bacia Madura	23	678,53					
	SES-T6	Bacia Madura	13	399,64					

Fonte: <<http://www.anp.gov.br/brasil-rounds/round7/round7/edital.asp>>.

Com efeito, o referencial “bacia madura” passou a ser usado pela ANP a partir da 6ª Rodada de licitações, sempre para indicar um modelo exploratório distinto da “Nova Fronteira” e do “Elevado Potencial”. Isso porque, como já se disse, as bacias maduras contam com a facilidade de já terem sido exploradas, e, portanto, contam com reservas conhecidas e uma certa infraestrutura já instalada. Antes da 6ª Rodada,

não havia diferenciação dos blocos ofertados nesse sentido, demonstrava-se apenas a localização em terra ou mar, tendo a 5ª Rodada apenas especificado as localizações terra, água rasa e água profunda²¹.

Diante dessa imprecisão conceitual demonstrada pelo próprio ente regulador, concordamos com grande parte da literatura específica, que defende conceitos distintos e bem delimitados para as duas categorias de campos. A nosso ver, os conceitos são passíveis de imbricação, mas não se confundem, conforme a Fig. (1), criada por Santos²², abaixo reproduzida:



Fonte: Elaboração das autoras.

Apoiados neste entendimento, propomos a delimitação de três categorias de campos envolvidas no universo desta discussão: a) campos maduros não marginais, b) campos maduro-marginais e c) campos marginais não maduros²³.

Como já esclarecemos, há muitos campos de petróleo cuja exploração é antiga e, mesmo contando com uma produção declinante (havendo ultrapassado o limiar da maturidade), continuam sendo interessantes do ponto de vista econômico, e por isso permanecem sendo explorados por grandes empresas. É exatamente o caso dos campos englobados pelos blocos no quadro acima destacados (bacias maduras). Esses campos comporiam a categoria “a”.

Na interseção entre os dois conjuntos (categoria “b”), teríamos os campos cuja produção declinante (maturidade), aliada ou não a fatores de outras ordens (poucos e/ou

21 Para verificar um resumo dos setores oferecidos, vide os sites oficiais das rodadas licitatórias, cujos links estão disponíveis em: <<http://www.brasil-rounds.gov.br/>>.

22 SANTOS, Anabal Jr. Desafios da exploração de campos maduros, campos marginais no Brasil: histórico, desafios e perspectivas. [S.l.: s.n.], 2008. Disponível em: <http://premiobahiagas.w3z.com.br/downloads/palestras/Palestra_Anabal_Santos_APPOM%20.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2008.

23 As categorias aqui propostas servem apenas para elucidar as três dimensões que estão envolvidas na discussão do tema, de forma a contribuir para a clarificação dos conceitos que poderão ser futuramente estabelecidos. É, portanto, absolutamente necessário que sejam definidos com precisão os conceitos de campos maduros e campos marginais para que as categorias sejam úteis. Diante da insuficiência de normas existentes a respeito, essa tarefa foge às possibilidades de um jurista.

pequenos poços, poços profundos, etc.), os inclui no conjunto de campos marginais, não sendo atrativos para as grandes empresas do setor.

Na categoria “c”, estariam todos os outros campos marginais que não contam com o fator da maturidade, mas que por outros fatores têm a sua relação entre despesas e receita considerada desinteressante economicamente – reitere-se, para grandes empresas.

No caso específico do presente estudo, entendemos que os comentários que aqui faremos referem-se à completude do conjunto de campos maduros (envolvendo as categorias “a” e “b”), pois, por se tratar de uma análise da relação do petróleo com a água, são todos os campos maduros que possuem a peculiaridade de uma maior produção de água, por estar em adiantado estágio de desenvolvimento, e, como já dissemos, podem ter a sua produção otimizada com a reinjeção de água. Já no que concerne aos campos marginais não maduros, observamos que não apresentam essa dupla relação com a água, vez que não se insere o fator da maturidade dentre as razões para sua marginalidade econômica.

De acordo com o estabelecido pela portaria 279/2003 da ANP, entendemos que a porção parcialmente regulada – apenas para efeitos de cessão de contrato de concessão, bem como de um “referencial” adotado nos editais das licitações posteriores à portaria (2005 e 2006) – corresponde ao conjunto de campos marginais. Esclareça-se que nessa afirmativa supõem-se campos marginais aqueles definidos segundo os parâmetros de produção traçados pelo órgão regulador. O círculo de campos maduros, entretanto, permanece com seus contornos nebulosos pela ausência de um conceito preciso.

A definição precisa para efeitos de regulação acerca de termos relevantes para indústria é parte importante do papel do ente regulador, especialmente quando se considera a sua função técnica, apta a esclarecer termos muito peculiares de um dado setor econômico, a fim de que sirvam de matéria-prima e instrumento para uma atuação estatal sólida, sempre guiada, em última análise, pelos objetivos positivados constitucional e infraconstitucionalmente.

Parece-nos, por isso, que tanto o conceito de campos maduros quanto o de campos marginais são úteis à regulação do setor petrolífero. São termos assentes na indústria (ainda que não possuam conceito universal consolidado) não por outra razão senão a representação de realidades práticas distintas, e por isso demandam disciplina própria. A permanência da imprecisão conceitual dentro do contexto de regulação por parte do Estado pode comprometer o atendimento aos propósitos da própria intervenção.

No caso específico dos campos maduros, conforme já anunciamos, a sua íntima conexão com a temática essencial do uso da água já seria uma razão bastante para uma conceituação mais precisa desse tipo de campo por parte do ente regulador – além de várias outras que podem ser deduzidas dos objetivos da Política Energética Nacional.

2.2 A regulação dos campos maduros de petróleo e a meta do desenvolvimento sustentável.

A disciplina jurídica que incide sobre esses campos, apesar de não ser específica em razão da mencionada ausência de um conceito preciso, está prevista nas suas linhas mais gerais na Lei 9.478/97 e nitidamente reitera a meta do desenvolvimento sustentável.

Os princípios e objetivos expressos no artigo 1º da mencionada lei deixam clara a preocupação ambiental e a necessidade de se aproveitar de maneira racional as fontes de energia para a promoção do desenvolvimento, abarcando assim os pilares do desenvolvimento sustentável. Nesse diapasão, a continuidade das atividades nos campos maduros de petróleo coaduna-se com os objetivos expostos, contribuindo significativamente para sua concretização.

Destacamos dentre eles os objetivos constantes nos incisos I, II, IV, VIII, X e XI²⁴ do artigo 1º da Lei do Petróleo.

O “interesse nacional” que pode, em um primeiro momento, parecer expressão maleável e, por vezes, retórica, parece-nos sólida no atual estágio do Estado democrático brasileiro, por estar atrelado aos imperativos constitucionais. Isso porque tal interesse não poderá desviar-se da direção suficientemente traçada pelas diretrizes da Constituição Federal, dentre as quais destacamos, por especialmente pertinentes ao objeto do estudo, a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, II) a garantia ao desenvolvimento nacional (Art. 3º, II), a redução das desigualdades regionais e sociais (Art. 3º, III e 170, VII), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (Art. 1º, IV), a busca do pleno emprego (Art. 170, VIII), defesa do meio ambiente (Art. 170, VI), o direito a um meio ambiente equilibrado a ser preservado para as presentes e futuras gerações (Art. 225). Todos esses princípios componentes da noção de desenvolvimento sustentável, e alguns deles reiterados nos próprios objetivos da política energética nacional, balizam a expressão “interesse nacional”.

A promoção do desenvolvimento, ampliação do mercado de trabalho e valorização dos recursos energéticos são metas que nitidamente reportam-se à noção de um de-

24 “Art. 1º As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos:

I – preservar o interesse nacional;

II – promover o desenvolvimento, ampliar o mercado de trabalho e valorizar os recursos energéticos;

III – proteger os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;

IV – proteger o meio ambiente e promover a conservação de energia;

V – garantir o fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional, nos termos do §2º do Art. 177 da Constituição Federal;

VI – incrementar, em bases econômicas, a utilização do gás natural;

VII – identificar as soluções mais adequadas para o suprimento de energia elétrica nas diversas regiões do País;

VIII – utilizar fontes alternativas de energia, mediante o aproveitamento econômico dos insumos disponíveis e das tecnologias aplicáveis;

IX – promover a livre concorrência;

X – atrair investimentos na produção de energia;

XI – ampliar a competitividade do País no mercado internacional.

XII – incrementar, em bases econômicas, sociais e ambientais, a participação dos biocombustíveis na matriz energética nacional.” (Grifou-se).

envolvimento sustentável. A menção ao termo desenvolvimento, cujo conceito não pode ser senão o mais abrangente possível, engloba por certo a preocupação com a sua sustentabilidade.

Nesse sentido, verifica-se que a continuidade das atividades nos campos cuja produção já se encontra em declínio contribui para a promoção do desenvolvimento, para a manutenção dos empregos já gerados (ampliando, por conseguinte o mercado de trabalho, vez que não haverá simplesmente o deslocamento da mão de obra para as novas fronteiras) e nitidamente é uma atividade que valoriza os recursos energéticos, vez que busca a maximização/otimização da produção em poços os quais já ultrapassaram seu pico de produção.

Também a conservação da energia é uma exigência da implementação do desenvolvimento sustentável. Sem a observância dessa diretriz, que decorre do próprio uso racional dos recursos energéticos, não apenas a sustentabilidade ambiental do desenvolvimento mas o próprio desenvolvimento econômico mais imediato estarão ameaçados – vez que a energia é sua verdadeira condição.

As atividades de exploração dos campos maduros nesse âmbito estão a auxiliar na conservação da energia, vez que impedem o abandono de bacias que ainda podem produzir um recurso energético hoje essencial, desde que empregadas técnicas de recuperação. A ideia de conservação da energia e a da continuidade da produção em campos maduros de petróleo olham na mesma direção, a do não desperdício. Essa também, aliás, é a meta que deve prevalecer no uso da água, como veremos adiante.

A garantia do fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional relaciona-se à noção de um desenvolvimento equilibrado, que não se alija do conceito de desenvolvimento sustentável. Por óbvio, a sustentabilidade do desenvolvimento deve ser enxergada como objetivo abrangente de todo o território nacional. Mesmo porque, como já dissemos ao mencionar alguns dos dispositivos constitucionais que balizam o interesse nacional, a redução das desigualdades regionais e sociais também é objetivo da República, impondo-se, portanto, uma distribuição igualitária de derivados de petróleo – sob pena, de comprometer o desenvolvimento de algumas regiões em favor de outras. Os campos maduros, nesse contexto, têm o importante papel de contribuir para a autossuficiência nacional no que concerne ao petróleo e seus derivados.

A promoção da livre concorrência, a atração de investimentos na produção de energia e a ampliação da competitividade do País no mercado internacional são componentes, sobretudo, do desenvolvimento econômico e demonstram também a consagração de um dos elementos essenciais à ideia de desenvolvimento sustentável.

Dessa forma, podemos perceber que as diretrizes da Política Energética Nacional, sob as quais deve ser regulada a indústria petrolífera e, portanto, os campos maduros de petróleo, consagram amplamente a meta do desenvolvimento sustentável.

Assim sendo, não há como o ente estatal escusar-se de promover ações que visem a concretizar essa meta quando da regulação dos campos maduros de petróleo, especialmente se está envolvido um outro precioso recurso natural, a água.

3 CAMPOS MADUROS DE PETRÓLEO E REÚSO DA ÁGUA PRODUZIDA

3.1 A água produzida em campos maduros de petróleo e sua relevância

Os campos maduros de petróleo, como aqui já mencionado, caracterizam-se, dentre outros elementos, pela grande quantidade de água que produzem²⁵.

Tomando por base a relevância da água e o desinteresse econômico das petroleiras por tal recurso, questiona-se: O que fazer com a água proveniente da produção em campos maduros? Simplesmente descartá-la ou promover o fomento de seu reúso sustentável?²⁶

O simples descarte da água produzida em campos maduros revela-se pouco compatível com a sistemática constitucional e com os princípios norteadores da Política Energética Nacional.

Diante da relevância da água, da tutela constitucional do desenvolvimento sustentável, da dignidade humana e da redução das desigualdades sociais e regionais, e tomando por base os princípios da Política Energética Nacional, nada se faz mais razoável que o fomento ao reúso da água produzida em campos maduros de petróleo²⁷.

Se campos maduros produzem quantidade considerável de água, se a água é bem indispensável à vida humana, impõe-se uma utilização racional dos recursos hídricos subterrâneos oriundos das atividades petrolíferas.

Bem dispor dos recursos hídricos subterrâneos provenientes da atividade de produção em campos maduros é forma de possibilitar a concretização da ideia constitucional

25 "O principal resíduo ligado à atividade de Extração do Petróleo é a água, que, quase sempre, está associada ao óleo produzido. Diversos fatores devem ser levados em conta para se estabelecer e manter um gerenciamento cuidadoso deste efluente, entre eles, o volume de água produzido, que é sempre crescente em virtude da maturação das jazidas e da utilização de processos de recuperação secundários; o conteúdo salino; a presença de óleo residual e de produtos químicos." (SILVA, Carlos Remi Rocha. Água produzida na extração de petróleo. 27 p. Bahia. 2000. (Monografia de Especialização em Gerenciamento e Tecnologias Ambientais na Indústria. UFBA. 2000.) Disponível em: <http://www.teclim.ufba.br/site/material_online/monografias/mono_remi_r_silva.pdf>. Acesso em: jan. 2010. p. 02.)

26 "Um dos principais problemas associados à atividade de extração de petróleo é a chamada 'água produzida' (AP), que é o efluente resultante dos processos de separação nas estações coletoras e de tratamento existentes nos campos de produção de petróleo. Para tanto, um dos pontos cruciais a serem atacados é o manejo e disposição da água produzida." (CAMPOS, André Luis de Oliva et al. Produção mais limpa na indústria do petróleo: o caso da água produzida no campo de Carmópolis/SE. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE ENGENHARIA SANITÁRIA E AMBIENTAL, 23, 2005, Campo Grande. Saneamento ambiental brasileiro: utopia ou realidade? Rio de Janeiro: ABES, 2005. Disponível em: <<http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/abes23/il-341.pdf>>. Acesso em: jan. 2010. p. 01.

27 O desenvolvimento sustentável, a dignidade humana e a redução das desigualdades sociais e regionais foram mencionados a título exemplificativo, não excluindo a possível violação de outros elementos constitucionais mediante o simples descarte da água produzida em campos maduros de petróleo.

de desenvolvimento, de um desenvolvimento não apenas quantitativo (econômico) mas também qualitativo (social e sustentável)²⁸.

O reúso de tais recursos hídricos deve ser fomentado pelo ente estatal como mecanismo de uso racional da água, de tutela ambiental e de conseqüente concretização do desenvolvimento sustentável²⁹.

O fomento ao reúso da água produzida em campos maduros de petróleo possui nítida relevância econômica, ambiental e social.

A água, bem ambiental dotado de valor econômico, caracteriza-se por sua esgotabilidade e má distribuição geográfica³⁰. Pelo valor econômico que possui, clara se mostra a relevância econômica do reúso da água produzida em campos maduros.

A grande quantidade de indivíduos excluídos do acesso à água e a possibilidade de melhoria em suas vidas mediante o acesso a tal recurso ressaltam a relevância social do reúso da água produzida. A esgotabilidade da água enquanto bem ambiental, seu atual contexto de poluição e a necessidade de seu uso racional e sustentável tornam clara a relevância ambiental de tal prática.

O fomento ao reúso da água produzida em campos maduros de petróleo, diante de sua relevância, deve ser estruturado pelo ente estatal de forma eficaz e sustentável.

Indispensável se faz atentar para alguns elementos no processo de fomento ao reúso, mais precisamente para a disciplina normativa atinente aos recursos hídricos nacionais, para a concentração de determinadas substâncias nos recursos hídricos provenientes da produção petrolífera, para a necessidade de se estabelecer um eficiente sistema de informação e de controle em torno da extração e do reúso de tais recursos e para a necessidade de se reutilizar a água produzida da melhor e mais eficaz maneira, tanto do ponto de vista econômico como do ponto de vista ambiental e social³¹.

O fomento ao reúso da água produzida deve, impreterivelmente, atentar para as peculiaridades econômicas, naturais e sociais da localidade onde se dará, de modo a permitir sua sustentabilidade.

28 BERCOVICCI, Gilberto. Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 108.

29 "A limitação de reservas de água doce no planeta, o aumento da demanda de água para atender, principalmente, o consumo humano, agrícola e industrial, a prioridade de utilização dos recursos hídricos disponíveis para abastecimento público e as restrições que vêm sendo impostas em relação ao lançamento de efluentes no meio ambiente, torna necessária a adoção de estratégias que visem racionalizar a utilização dos recursos hídricos e mitigar os impactos negativos relativos à geração de efluentes pelas indústrias. Além disso, a heterogeneidade da distribuição dos recursos hídricos e das populações nas diversas regiões do planeta e mesmo no Brasil faz com que seja cada vez mais difícil o abastecimento de algumas regiões, principalmente as metropolitanas, tendo por conseqüência aumentos gradativos dos custos de fornecimento de água. Neste contexto, as práticas conservacionistas como o uso eficiente e o reúso da água, constituem uma maneira inteligente de se poder ampliar o número de usuários de um sistema de abastecimento, sem a necessidade de grandes investimentos na ampliação ou a instalação de novos sistemas de abastecimento de água." (CONSERVAÇÃO E REÚSO DA ÁGUA. MANUAL DE ORIENTAÇÕES PARA O SETOR INDUSTRIAL. v. I. FIESP; CIESP. Disponível em: < <http://www.fiesp.com.br/publicacoes/pdf/ambiente/reuso.pdf>>. Acesso em: jan. 2010.

30 "Para um terráqueo em quatro, ou seja, 1,2 bilhão de seres humanos, o acesso à água potável é ainda um sonho distante em vários quilômetros e, ousemos dizer, em muitas dezenas de anos." (BADRÉ, Bertrand et al. Água: oito milhões de mortos por ano: um escândalo mundial. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 31).

31 CONSERVAÇÃO E REÚSO DA ÁGUA. MANUAL DE ORIENTAÇÕES PARA O SETOR INDUSTRIAL, op. cit.

3.2 Análise jurídica do reúso da água produzida em campos maduros

Ressaltada a relevância ambiental, econômica e social do reúso da água produzida em campos maduros de petróleo, importante se faz realizar a sua análise jurídica, com foco principal nos dizeres constitucionais e na legislação infraconstitucional aplicável à matéria.

A Constituição Federal de 1988 expõe ser da competência da União legislar sobre recursos hídricos. Cabe à União, assim, criar o Direito das Águas em âmbito nacional, traçando as suas regras e princípios gerais³². Destacam-se, em tal contexto, alguns atos normativos, como a Lei Federal 9.433, de 1997, responsável por instituir a Política Nacional dos Recursos Hídricos – PNRH e por criar o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos – SNGRH.

Em se tratando dos Estados Membros da Federação, eles também possuem competência em matéria hídrica, mais restrita que aquela atribuída à União. Aos Estados caberá elaborar atos administrativos sobre águas de seu domínio e, quando autorizados por lei complementar federal, criar Direito das Águas de modo a atender às suas especificidades³³.

A Constituição Federal de 1988, em seu Art. 26, inciso I, estabelece serem bens dos Estados Membros da Federação as águas subterrâneas situadas no âmbito de suas respectivas fronteiras.

Dentro de tal contexto, é da competência dos Estados elaborar atos administrativos de tutela dos recursos hídricos subterrâneos situados em suas áreas³⁴.

A água produzida em campos maduros de petróleo, por ser proveniente do subsolo terrestre, é qualificada juridicamente como água subterrânea³⁵.

Sendo assim, caberá a cada Estado Membro da Federação agir por sobre as águas subterrâneas produzidas a partir das atividades petrolíferas desenvolvidas em seus territórios.

Questiona-se, a partir daí, o seguinte: Como deverão agir os Estados em tal contexto? Quais as normas gerais a serem respeitadas? Quais os instrumentos existentes

32 Art. 22, inciso IV, Constituição Federal de 1988.

33 “No campo hídrico, a União tem dupla competência: (i) cria o direito sobre águas, quando legisla privativamente; e (ii) edita normas administrativas sobre as águas do seu domínio, em forma de lei ou não. Os Estados, embora hajam recebido vasto domínio hídrico, somente dispõem de competência para editar normas administrativas sobre as águas de seu domínio, mesmo mediante lei, quando necessário. Alias, é o que tem sido feito, inclusive em suas Constituições.” (POMPEU, Cid Tomanik. Direito de águas no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 47).

34 Podem os Estados, quando autorizados por lei complementar federal, legislar de modo a atender às suas especificidades, de modo a criar Direito das Águas em tal contexto. Também podem os Estados legislar dentro de sua competência concorrente.

35 As águas subterrâneas “[...] são as armazenadas no subsolo, as do lençol freático, consideradas particularmente vulneráveis à poluição, por causa de sua fraca capacidade de autodepuração”. (CUSTÓDIO, Helita Barreiro. Princípios constitucionais da proteção das águas. In: Desafios do Direito Ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Afonso Leme Machado. KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virginia Prado. (Org.). São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 521).

hoje para tal atuação?

A princípio, devem os Estados agir de modo a atender para os dizeres da Lei Federal 9.433, de 1997. Essa lei, ao instituir a Política Nacional dos Recursos Hídricos, expõe os seus fundamentos e objetivos, podendo ser feita menção a alguns deles: valor econômico da água, gestão hídrica pautada em usos múltiplos, gestão hídrica descentralizada e com a participação popular e do Poder Público, e o uso racional dos recursos hídricos³⁶.

Os elementos aqui mencionados se ligam diretamente ao fomento ao reúso da água produzida em campos maduros de petróleo. Como visto, tal fomento deve tomar por base o valor econômico da água e as suas variadas possibilidades de reúso, caracterizando-se como forma de promoção do uso racional dos recursos hídricos nacionais.

Atentando para as peculiaridades do setor petrolífero, para as peculiaridades atinentes à água produzida em campos de petróleo e para os interesses dos empreendedores e da comunidade local, faz-se indispensável à eficácia de tal fomento a ampla participação dos envolvidos em tal processo, não devendo esse ser estruturado apenas pelo Poder Público, de modo a excluir a ideia de participação popular na gestão hídrica nacional.

A referida lei, a título de diretriz geral da PNRH, expõe a necessidade de adequação da gestão hídrica às peculiaridades de cada localidade nacional. Sendo o fomento ao reúso da água produzida em campos maduros instituído no âmbito de cada Estado da Federação, indispensável se faz atender para as peculiaridades atinentes a cada um deles, não apenas para as peculiaridades naturais mas também para as econômicas, culturais e sociais³⁷.

Como instrumentos para a concretização dos objetivos, fundamentos e diretrizes apontados, a Lei Federal 9.433, de 1997, aponta os seguintes: plano de recursos hídricos; outorga de uso; cobrança pelo uso; enquadramento dos corpos de água em classes, conforme seus usos preponderantes; compensação a Municípios (vetado); e o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos³⁸.

Os instrumentos mencionados ainda vêm sendo objeto de estudos para fins de aprimoramento, de plena eficácia e de uma mais intensa aplicação prática. Em se tratando da aplicação destes instrumentos à água produzida na indústria do petróleo, muito ainda há de ser feito.

Destacam-se, no âmbito da água produzida em campos de petróleo, os seguintes instrumentos: 1) outorga de uso; 2) cobrança pelo uso; 3) enquadramento em classes; e 4) Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos.

36 Art. 1º e Art. 2º, Lei Federal 9.433, de 1997.

37 Art. 3º, incisos I e II, Lei Federal 9.433, de 1997.

38 Art. 5º, incisos I, II, III, IV, V e VI, Lei Federal 9.433, de 1997.

A outorga de uso da água se caracteriza como o instrumento por meio do qual o ente competente possibilita ao particular se utilizar de tal recurso, intencionando controlar, quantitativa e qualitativamente, os seus usos e o exercício do direito de acesso à água³⁹.

A outorga conferida pelo Estado ao particular não deve ser vista como sinônimo da descaracterização da água enquanto bem público ou como sinônimo de sua privatização, mas como instrumento de controle e disciplina do uso da água, bem público, dotado de relevância social, ambiental e econômica⁴⁰.

Nem todos os usos de água necessitam de outorga, é o caso do uso para atendimento de pequenos núcleos populacionais rurais e de usos e acumulações considerados insignificantes⁴¹.

A água produzida em campos de petróleo não se enquadra nas exceções à outorga. A sua retirada do subsolo terrestre no exercício de atividade econômica de produção não se dá em quantidades insignificantes, ao contrário, dá-se de modo a possibilitar a alteração do corpo de água⁴². É situação, portanto, que demanda outorga a ser conferida pelo Estado da Federação onde se desenvolve a atividade.

A outorga de uso de água deve considerar a classe em que se insere o corpo de água a ser utilizado. No caso das águas subterrâneas, a Resolução CONAMA 396/08 dispõe sobre as suas classificações e diretrizes ambientais.

O ente competente, assim, quando da análise do pedido de outorga, deverá atentar para as classes de enquadramento e para as suas condições de qualidade⁴³.

Apesar de a água produzida na indústria do petróleo se inserir na hipótese legal de

39 Art. 11, caput, Lei Federal 9.433, de 1997.

40 Nesse mesmo sentido, vide CASTRO, João Marcos Adede Y. **Água: um direito humano fundamental**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 60. “A outorga não implica a alienação parcial das águas, que são inalienáveis, mas o simples direito de seu uso.” (MUSSETTI, Rodrigo Andreotti. **Da proteção jurídico-ambiental dos recursos hídricos brasileiros**. São Paulo: Editora de Direito, 2001. p. 80).

41 Art. 12, §1º, incisos I, II e III. “Quando não definido como insignificante, o uso das águas públicas depende de outorga do titular do respectivo domínio, o que ocorre por meio de *ato administrativo*, forma pela qual a Administração manifesta a sua vontade.” (POMPEU, op. cit. p. 109).

42 Art. 12, incisos I, II e V, Lei Federal 9.433, de 1997.

43 “Institucionalmente, cabe ao Comitê de Bacia Hidrográfica a responsabilidade pela aprovação da proposta de enquadramento dos corpos de água em classes de uso, para posterior encaminhamento ao respectivo Conselho de Recursos Hídricos Nacional ou Estadual, de acordo com o respectivo domínio dos corpos de água.” (GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. **Água produzida e gestão ambiental na indústria de combustíveis brasileira**. p. 8. Inédito).

necessidade outorga, essa ainda não se revela como uma constante em tal setor⁴⁴.

Em se tratando da cobrança pelo uso da água, a mesma busca reforçar o caráter econômico de tal recurso⁴⁵. Tal cobrança objetiva permitir ao usuário da água ter a noção real de seu valor, de modo a incentivar a sua utilização moderada e racional⁴⁶.

A cobrança pelo uso da água não deve ser entendida como sinônimo da venda da água, mas como mecanismo de compensação pelo uso de um bem de caráter público⁴⁷.

Apesar de relevante e de consagrada no plano teórico, a cobrança pelo uso da água resta carente de ampla aplicação no universo fático. No âmbito da indústria do petróleo, essa carência se ressalta.

Todo uso de água sujeito à outorga deve ser acometido de cobrança⁴⁸. Se a retirada de água subterrânea na indústria do petróleo se insere na possibilidade legal de outorga, automaticamente se insere na possibilidade legal de cobrança. Apesar disso, ambos os instrumentos (outorga e cobrança) restam carentes de ampla aplicação na indústria petrolífera nacional.

A água produzida na indústria petrolífera, além de não ser amplamente afetada na atualidade pela necessidade prática de outorga para sua retirada do subsolo, também resta carente de cobrança pelo seu uso.

Os campos maduros de petróleo, como aqui dito, possuem quantidades consideráveis de água; a tal água deve ser dado destino sustentável e compatível com as peculiaridades do local de sua aplicação.

Atualmente, os recursos hídricos provenientes da produção em campos maduros são preponderantemente utilizados na reinjeção. Por meio do uso de tal água na reinjeção se permite uma otimização na retirada de petróleo do local.

A reinjeção de água para otimização da produção de campos maduros configura-se como hipótese de uso da água sujeita à outorga. Há, em tal situação, a captação de água e sua posterior utilização como insumo produtivo.

Sendo a reinjeção uma espécie de uso de água sujeito à outorga, devendo todo o uso de água sujeito à outorga ser acometido por cobrança, nada mais razoável que se

44 "Art. 13. Toda outorga estará condicionada às prioridades de uso estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos e deverá respeitar a classe em que o corpo de água estiver enquadrado e a manutenção de condições adequadas ao transporte aquaviário, quando for o caso." (Lei Federal 9.433, de 1997).

45 "A cobrança pelo uso dos recursos ambientais (incluídos os recursos hídricos) é um mecanismo econômico-legal de um sistema não denominado Política Nacional do Meio Ambiente – criado pela Lei 6.938, de 31/08/81[...]" (MUSETTI, op. cit., p. 86).

46 "A Lei 9.433/97, ao estabelecer o valor econômico da água como um dos fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, destacou o fato de que a água é um bem finito e escasso. Assim, a cobrança pelo uso da água surge como mecanismo de uso racional e conservação de um bem natural para as presentes e futuras gerações." (FARIAS, op. cit., p. 359).

47 A Constituição Federal prevê o fim da privatização dos recursos hídricos. "A autorização para o uso de águas, chamada de outorga, por parte do Poder Público ao particular, mediante a cobrança de taxas, não significa venda do bem, mas apenas retribuição social para permitir o desenvolvimento de políticas de preservação, conservação e reparação de danos, além de estudos e progresso científico acerca dos recursos hídricos." (CASTRO, op. cit., p. 60).

48 Art. 20, Lei Federal 9.433, de 1997.

estabelecer a cobrança pelo uso da água em tal atividade.

Apesar do exposto, a cobrança pela reinjeção da água na indústria do petróleo não se revela constante.

Vê-se que tanto a retirada da água como a sua reinjeção demandam outorgas específicas e, em consequência, cobranças específicas. Ambas as outorgas e cobranças restam carentes de ampla aplicação prática no setor petrolífero nacional. Diante da relevância dos recursos hídricos, tal realidade tende a se modificar num futuro próximo⁴⁹.

Por fim, em se tratando do Sistema de Informação de Recursos Hídricos, esse também padece de problemas quando o assunto são as águas subterrâneas. A Agência Nacional de Águas – ANA, em dados datados de 2007, mencionou não possuir o Brasil um eficaz sistema de monitoramento de suas águas subterrâneas⁵⁰.

Um sistema de informação com dados variados sobre as águas subterrâneas nacionais se faz indispensável ao adequado controle do uso de tais águas na seara petrolífera.

Como bem se vê, muito ainda há de ser feito para que os instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos se revelem amplamente aplicados à seara petrolífera nacional.

A presença de recursos hídricos na produção do petróleo, ressaltada no caso dos campos maduros, não deve ser relativizada. A relevância econômica, social e ambiental da água, acrescida da localização geográfica de muitos desses campos na região Nordeste do País, expõe a necessidade de maiores atenções, estudos e disciplina em torno do uso de tais recursos.

Aos Estados da Federação, titulares das águas subterrâneas, caberá dedicar maiores atenções a tal realidade.

A necessidade de disciplina por sobre os recursos hídricos oriundos da produção de petróleo resta reforçada ao se considerar os textos atuais dos contratos de concessão.

Hoje, os contratos de concessão apenas envolvem a exploração e produção de petróleo e de gás natural; toda e qualquer descoberta realizada pelo concessionário para além de tais recursos deve ser comunicada à Agência Nacional do Petróleo⁵¹. Em se tratando especificamente da água produzida, algumas portarias da Agência disciplinam o procedimento de comunicação⁵².

49 Nesse mesmo sentido vide GUIMARÃES; XAVIER op. cit.; NASCIMENTO, op. cit.

50 “Segundo dados da ANA (2007), o Brasil não possui uma rede de monitoramento de águas subterrâneas, não obstante o intenso uso que se faz deste recurso, especialmente para abastecimento domiciliar e usos industriais. Estudos realizados sobre águas subterrâneas por órgãos estaduais propõem a criação de redes de monitoramento para aquíferos específicos sem que isso tenha sido efetivamente realizado.” (ANA, 2007). Há, entretanto, uma tendência de superação da carência de dados, uma vez que a gestão integrada dos recursos hídricos demanda o entendimento do sistema ambiental como um todo, pois o aquífero pode ser definido como um subsistema, parte indissociada do grande ciclo hidrológico.” (GUIMARÃES; XAVIER, op. cit., p. 3).

51 Art. 44, inciso II, Lei Federal 9.478, de 1997.

52 Portaria da ANP 100, de 20 de junho de 2000, trata da previsão de produção e modificação de água produzida associada. Portaria conjunta da ANP e INMETRO 1, de 19 de junho de 2000, trata da medição de petróleo e gás natural, também abordando a necessidade de medição da água para controle dos volumes de produção, captação, reinjeção e descarte. Portaria da ANP 283, de 2001, responsável por aprovar o Regulamento Técnico 4, de 2001, que trata dos procedimentos para coleta de amostras de rochas e de fluidos.

Os concessionários do setor não possuem, assim, competência para dispor dos recursos hídricos provenientes da produção petrolífera do modo como melhor lhes aprouver.

Acresça-se ao exposto o fato de pertencerem as águas subterrâneas nacionais aos Estados, enquanto que o petróleo é de titularidade da União. Os contratos de concessão para exploração e produção de petróleo são firmados entre os concessionários e a Agência Nacional do Petróleo, autarquia federal, sem qualquer participação dos Estados membros da Federação.

Assim, reconhecida a necessidade de outorga para água produzida na indústria do petróleo, cabe aos concessionários buscar tal instrumento junto aos Estados em que irão operar.

A título de auxílio para instituição da outorga e cobrança na seara petrolífera e para o aprimoramento do Sistema de Informação de Recursos Hídricos, cabe à ANP fornecer os dados hídricos que lhe são repassados pelos concessionários aos entes que deles necessitam para plena aplicação da PNRH.

4 O FOMENTO AO REÚSO DA ÁGUA PRODUZIDA EM CAMPOS MADUROS DE PETRÓLEO E A CONCRETIZAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.

Como aqui mencionado, os campos maduros de petróleo são caracterizados por um declínio em sua produção e por uma grande quantidade de água.

Diante da água que lhes é peculiar e pela relevância de tal recurso, nada se faz mais razoável que o fomento ao reúso dos recursos hídricos provenientes de sua produção.

O fomento ao reúso da água produzida em campos maduros faz-se indispensável, devendo, impreterivelmente, atentar para a temática da sustentabilidade, imposta constitucionalmente⁵³.

A água proveniente da produção de petróleo não se caracteriza como pura, sendo marcada pela salinidade, pela presença de partículas de óleo, resquícios de produtos químicos usados na produção, metais pesados etc.⁵⁴

53 "A necessidade de gestão dos recursos naturais imposta às sociedades contemporâneas requer o estabelecimento de padrões culturais que permitam fornecer algum controle sobre a utilização dos bens da natureza, em respeito ao ideal, já consolidado enquanto norma constitucional brasileira, do desenvolvimento sustentável." (GUIMARÃES; XAVIER, op. cit., p. 2).

54 "A Água Produzida (AP) contém geralmente alta salinidade, partículas de óleo em suspensão, produtos químicos adicionados nos diversos processos de produção, metais pesados e por vezes alguma radioatividade. Isto a torna um poluente de difícil descarte agravando-se pelo expressivo volume envolvido. O descarte inadequado de efluentes implica efeitos nocivos ao meio ambiente, na repercussão negativa indesejada, penalidades diversas e um custo elevado com ações corretivas e mitigadoras." (SILVA, Carlos Remi Rocha. Água produzida na extração de petróleo. 27 p. Bahia. 2000. (Monografia de Especialização em Gerenciamento e Tecnologias Ambientais na Indústria. UFBA. 2000.) Disponível em: <http://www.teclim.ufba.br/site/material_online/monografias/mono_remi_r_silva.pdf>. Acesso em: jan. 2010. p. 2).

Para que seja reutilizada, ou até mesmo descartada, o que se revela pouco interessante ambiental e socialmente, são necessárias técnicas de limpeza. Acresça-se à questão da impureza da água produzida, as elevadas temperaturas que a acometem⁵⁵.

Antes do reúso de tais águas, indispensável se faz o seu tratamento. As substâncias que as compõem, bem como suas elevadas temperaturas, impedem o seu descarte, reinjeção ou outro destino na forma *in natura*⁵⁶.

O incentivo ao reúso dos recursos hídricos provenientes da produção de petróleo em campos maduros deve atentar para a necessidade de sua purificação e para os custos de tal procedimento.

Prepondera na atualidade, no âmbito do reúso da água produzida em campos maduros, a técnica da reinjeção. Por meio da reinjeção de água no campo em declínio, permite-se uma otimização em sua extração de petróleo.

Até mesmo para tal reúso, faz-se necessário o tratamento da água produzida para fins de preservação das instalações e para que sejam evitadas corrosões⁵⁷.

A reinjeção de água produzida para otimização das atividades em campos maduros se mostra mais interessante que a utilização de água doce e pura para essa mesma finalidade. Hoje, apesar de frequente, a reinjeção da água produzida em campos maduros ainda não atingiu o percentual de 100% de ocorrência. No Brasil, apenas 80% da reinjeção em campos de petróleo é feita com água produzida⁵⁸.

Ainda mais interessante que o reúso na forma de reinjeção é o reúso para fins de irrigação de plantações. Sendo a agricultura irrigada a maior consumidora de água na atualidade, a promoção do reúso na modalidade de irrigação é das formas mais sustentáveis de reúso aqui expostas⁵⁹.

Em tal contexto, destacam-se os projetos de irrigação de plantações de biocombustíveis. Tais plantações, fomentadas no âmbito do semiárido nordestino, destacam-se não apenas pela possibilidade de irrigação com água produzida mas também pela temática da inclusão social, por meio da geração de emprego e renda.

A Petrobras, atentando para tal questão, vem realizando experimentos em torno

55 "Outro aspecto danoso da água de produção que deve ser observado é o da temperatura. Sendo bastante elevada – o que refletirá a temperatura do reservatório, a taxa do fluxo, a geometria do furo do poço, a temperatura ambiente e o método de processamento de superfície, esse tipo de água causa a mortandade de peixes, interfere na reprodução e criação de espécies, aumenta índices de crescimento de bactérias, dos organismos benéficos e prejudiciais, acelera as reações químicas e leva à eutroficação." (NASCIMENTO, op. cit., p. 46).

56 "A descarga de resíduos de produção ou de águas usadas, que provoca a contaminação de ordem física, química, orgânica, térmica ou radioativa, não deve pôr em perigo a saúde pública. Os aspectos sociais e econômicos dos métodos de tratamento das águas assumem, neste sentido, grande importância." (CUSTÓDIO, op. cit., p. 547).

57 NASCIMENTO, op. cit., p. 104.

58 NASCIMENTO, op. cit., p. 104-105.

59 "A agricultura, como vimos, é o maior consumidor de água do planeta: mais de 70% do total dos recursos, 90% em certos países como o Egito. Ela também está entre as atividades humanas que criam mais empregos por unidade de água utilizada." (BADRÉ, op. cit., p. 188).

do reúso da água produzida. Nas usinas experimentais de Guimarães-RN e no campos produtivos de Canto Amaro-CE, situados sobre a Bacia Potiguar, a água produzida é reinjetada no aquífero⁶⁰ ou processada para retirada de impurezas e reutilizada na irrigação de campos de produção de biomassa para produção de biocombustíveis⁶¹.

Os caminhos a serem seguidos no âmbito do reúso da água produzida devem, impreterivelmente, visar à sustentabilidade.

A aplicação dos recursos hídricos provenientes da produção de petróleo em campos maduros em atividades dotadas de relevância econômica e social, como é o caso do reúso para irrigação de plantações de biocombustíveis no semiárido nordestino, revela-se bastante interessante e dotada de sustentabilidade.

A entrega de outorgas e cobrança pelo uso da água, hoje afastadas da indústria petrolífera, ainda hão de nela se fazer presentes, em decorrência da crescente relevância atribuída aos recursos hídricos e de sua má distribuição geográfica.

O ideal é que tais instrumentos possuam critérios diferenciados quando da aplicação da água produzida em atividades dotadas de sustentabilidade e de valor social

O simples descarte da água, por exemplo, não deve ser tratado do mesmo modo que o seu reúso em irrigações. Destinos sociais devem receber fomento e tratamento diferenciado por parte do Poder Público.

Em se tratando especificamente dos campos maduros de petróleo, indispensável se faz atentar para as peculiaridades atinentes a tais campos e aos operadores que por sobre os mesmos costumam operar quando da determinação de outorga e da cobrança pelo uso da água. Empreendedores de menor porte devem, em razão de tal peculiaridade, receber tratamento diferenciado.

Aos entes competentes pela gestão hídrica nacional caberá fomentar discussões em tal sentido. As atuais ausências de normatização específica e de amplos estudos jurídicos a respeito do tema devem ser revertidas.

É preciso que o Poder Público e que os empreendedores do setor caminhem rumo a tal fim.

Pela natureza participativa da gestão, indispensável se revela a presença dos empreendedores do setor e dos estudiosos de tal temática no âmbito das discussões a serem realizadas.

Os agentes do setor conhecem a água produzida e suas peculiaridades, conhecem o que se costuma denominar “Melhores Práticas da Indústria do Petróleo”, podendo em muito contribuir para as opções de reúso sustentável de tal recurso. Acresça-se a

60 “Atualmente, tendo em vista os aspectos legais e econômicos pertinentes, o melhor método indicado para a disposição da Água Produzida é a injeção no subsolo. A injeção pode ser simplesmente um processo de disposição ou parte de um projeto de recuperação secundária. Em pesquisa feita nos campos produtores de Imbé e Araçás, na Bacia do Recôncavo-Ba, observou-se que toda a injeção de água para recuperação secundária é de Água Produzida. Não há injeção de descarte. Com isso, minimiza-se o impacto ambiental da atividade.” (SILVA, op. cit., p. 2).

61 GUIMARÃES; XAVIER, op. cit., p. 13.

isso a necessidade de se atentar para as peculiaridades naturais, econômicas, sociais e culturais da região a ser beneficiada com o reúso da água produzida em campos maduros de petróleo⁶².

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento sustentável, enquanto conceito integrador dos âmbitos econômico, social e ambiental, é meta global, solidamente posta na Constituição brasileira de 1988. Tendo em conta sua dignidade constitucional, está imposta ao Poder Público na formulação e implementação de suas políticas e na regulação de setores estratégicos – como é o caso do petróleo e da água.

No que concerne à água produzida nos campos maduros de petróleo, enxergamos que a interseção de dois dos recursos naturais mais estratégicos para a sobrevivência e manutenção da sociedade humana colocam em evidência a necessidade de uma regulação específica por parte do Estado com vistas a concretizar o objetivo do desenvolvimento sustentável.

Os campos maduros de petróleo, especialmente, por produzirem mais água se comparados aos campos jovens, por se localizarem em terras onde há escassez de água para a população (como é o caso do Nordeste) e por necessitarem de reinjeção de água para a otimização de sua produção, demonstram, de maneira ainda mais contundente, a necessidade de disciplinar o reúso da água produzida.

Vemos, entretanto, que à matéria não tem sido conferida regulamentação jurídica particular – seja no caso da própria definição do que vem a ser campos maduros de petróleo, seja no caso da regulação da água produzida na indústria petrolífera em especial que, como vimos, não pode ser considerada, de maneira alguma, insignificante.

Dentro dessa perspectiva, verificamos em um primeiro momento a necessidade de se definir de maneira sólida e precisa o conceito de campos maduros de petróleo, para com isso promover um tratamento diferenciado a esses campos dentro da indústria petrolífera, em vista das suas peculiaridades em relação à água. Tal necessidade é imposição do princípio do desenvolvimento sustentável, que do nível magno nitidamente se irradiou para as diretrizes da Política Energética Nacional, expressas na Lei 9.478/97.

Demonstrou-se ainda que a normatização existente para os recursos hídricos atualmente prevê, dentre outros, o instrumento da outorga, como forma de promover o uso sustentável e racional da água, e que, a despeito de ser inteiramente aplicável à indústria do petróleo, na prática, não tem atingido eficácia nesse setor. Aponta-se, portanto, a necessidade de aplicação dos instrumentos de gestão dos recursos hídricos,

62 Neste mesmo sentido vide NASCIMENTO, op. cit., p. 67.

previstos legalmente no âmbito petrolífero, cuja importante conexão com o precioso bem da água não pode ser negada.

Em vista da obrigatoriedade de aplicação dos mencionados instrumentos às atividades de exploração e produção de petróleo, ressaltou-se ainda que os diferentes destinos conferidos à água nesse cenário não devem ser tratados de maneira indistinta. Em busca de um reuso sustentável da água produzida, é preciso que haja uma diferenciação e, portanto, fomento às destinações que melhor se adaptem à meta do desenvolvimento sustentável.

Entre o descarte e utilização da água para a reinjeção ou irrigação temos uma gradação de valor ambiental e social que deve ser considerada quando da cobrança pela outorga por parte do Estado na seara petrolífera, vez que está obrigado a implementar ações capazes de congregiar o progresso econômico e social, comprometendo minimamente o meio ambiente.

Assim, o presente trabalho resulta justamente na conclusão de que, por força do arcabouço normativo amplamente consagrado de um desenvolvimento sustentável, está o Estado, de maneira igualmente ampla, obrigado a envidar esforços na sua concretização, onde quer que se faça necessário.

Um desses loci, seguramente, é a indústria petrolífera e particularmente os campos maduros de petróleo em que os instrumentos de gestão dos recursos hídricos precisam ser aplicados com a devida observância e sopesamento das peculiaridades do setor e das regiões, a fim de aperfeiçoar o reuso sustentável da água.

6. REFERÊNCIAS

- BADRÉ, Bertrand et al. Água: oito milhões de mortos por ano: um escândalo mundial. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- BERCOVICCI, Gilberto. Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- CÂMARA, Roberto José Batista. Campos maduros e campos marginais: definições para efeitos regulatórios. 2004. 136 p. Dissertação (Mestrado em Regulação da Indústria de Energia)-Universidade de Salvador, Salvador, 2004.
- CAMPOS, André Luis de Oliva et al. Produção mais limpa na indústria do petróleo: o caso da água produzida no campo de Carmópolis/SE. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE ENGENHARIA SANITÁRIA E AMBIENTAL, 23, 2005, Campo Grande. Saneamento ambiental brasileiro: utopia ou realidade? Rio de Janeiro: ABES, 2005. Disponível em: <<http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/abes23/II-341.pdf>>.
- CASTRO, João Marcos Adede Y. Água: um direito humano fundamental. Porto

Alegre: Nuria Fabris, 2008.

CUSTÓDIO, Helita Barreiro. Princípios constitucionais da proteção das águas. In. Desafios do Direito Ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Afonso Leme Machado. KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado. (Org.). São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

FARIAS, Paulo José Leite. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. Água produzida e gestão ambiental na indústria de combustíveis brasileira. p. 8. Inédito

MOREIRA NETO. Direito regulatório: uma alternativa participativa e flexível de relações setoriais complexas no Estado democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MUSETTI, Rodrigo Andreotti. Da proteção jurídico-ambiental dos recursos hídricos brasileiros. São Paulo: Editora de Direito, 2001.

NASCIMENTO, Livia Melo. Água produzida na extração de petróleo: o controle estatal sobre o seu uso, tratamento reaproveitamento e descarte. 2007. Monografia (Programa de Formação de Recursos Humanos 36 da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis)-Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2007.

POMPEU, Cid Tomanik. Direito de águas no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRATES, Jean-Paul. Campos marginais e produtores independentes de petróleo e gás: aspectos técnicos, econômicos, regulatórios, políticos e comparativos. 2. ed. Rio de Janeiro: Fórum continuado de energia, 2004.

SANTOS, Anabal Jr. Desafios da exploração de campos maduros, campos marginais no Brasil: histórico, desafios e perspectivas. [S.l.: s.n.], 2008. Disponível em: <http://premiobahiagas.w3z.com.br/downloads/palestras/Palestra_Anabal_Santos_APPOM%20.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2008.

SILVA, Carlos Remi Rocha. Água produzida na extração de petróleo. 2000. Monografia (Especialização em Gerenciamento e Tecnologias Ambientais na Indústria). 2000. Disponível em: <http://www.teclim.ufba.br/site/material_online/monografias/mono_remi_r_silva.pdf>

A COBRANÇA DA ÁGUA COMO MECANISMO DE CORREÇÃO DE EXTERNALIDADES AMBIENTAIS NEGATIVAS

Lívia Melo do Nascimento
Yanko Marcius de Alencar Xavier
Patrícia Borba Vilar Guimarães

1 INTRODUÇÃO

Durante os últimos vinte anos, aguçou-se, no meio do debate público, a consciência dos problemas ambientais, conduzindo-se ao consenso de que o uso indiscriminado dos recursos naturais pode levar o planeta a um colapso e, conseqüentemente, inviabilizar a vida.

Com o incremento da consciência sobre as conseqüências do mau uso dos recursos da Terra, cientistas buscam desenvolver novas teorias, atravessando um penoso caminho de reformulação de princípios e de reconstrução de conceitos. No âmbito particular das discussões para o alcance do desenvolvimento sustentável, o papel dos recursos naturais tem sido aos poucos revisto dentro da seara de várias ciências⁶³.

Tomando a água como exemplo contundente desse novo cenário, verifica-se, por exemplo, que a moderna ciência econômica apresenta modelos que incorporam o valor do recurso hídrico antes considerado bem livre.

O presente estudo tem por foco, justamente, a abordagem jurídica da utilização de instrumento econômico (cobrança) na gestão do uso das águas, a qual se encontra prevista na Lei 9.433/97, e o seu papel dentro do contexto maior da promoção da sustentabilidade.

63 CHACON, Suely Salgueiro. O uso da água e seu papel para o desenvolvimento sustentável. Disponível em: <http://www.cofecon.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=180&Itemid=103>. Acesso em: 29 set. 2008.

Sabe-se que a água é fundamental para a vida na Terra, seja do ponto de vista da sobrevivência humana básica, seja do ponto de vista do sistema produtivo. Dessa forma, aspectos relativos à incorporação de um instrumento de feições econômicas na gestão hídrica operam função relevante no processo de desenvolvimento não só econômico mas também social e humano. Portanto devem estar na ordem do dia de qualquer estudo, inclusive jurídico, que se pretenda empreender acerca do novo modelo brasileiro de gestão dos recursos hídricos.

Para atingir o escopo da presente pesquisa, faz-se necessário, antes da abordagem, propriamente, do instrumento da cobrança, dentro da mudança de paradigma proposta pelo novo modelo de gestão hídrica, tratar da questão da utilização de instrumentos econômicos na gestão ambiental de forma a delinear o papel dos instrumentos econômicos na formulação das políticas ambientais.

Por fim, diante da necessidade de compreender como tal valoração econômica da água pode imprimir mudanças reais nas relações sociais e humanas, promovendo o seu acesso democrático, solidário e equitativo, procurar-se-á entender como esse novo modelo se insere dentro da perspectiva de um desenvolvimento sustentável.

2 UTILIZAÇÃO DE INSTRUMENTOS ECONÔMICOS NA GESTÃO AMBIENTAL

No contexto em que a população mundial e a escala da atividade econômica eram pequenas em relação à abundância aparente da natureza, fazendo-se crer que a sua disponibilidade e a sua habilidade para absorver e assimilar refugos eram ilimitadas, havia, para os economistas, sentido em tratar os serviços ambientais como bens gratuitos⁶⁴.

Atualmente, com o evidente excesso de demanda degradante em muitas partes do meio ambiente e com a crescente escassez de determinados recursos naturais, não há mais como se omitir, nos cálculos econômicos, a deterioração ambiental sem que, com isso, a análise econômica, para as economias dependentes de recursos naturais, perca consistência em quesitos relativos à realidade e à relevância⁶⁵.

Nesse sentido, a economia ambiental, buscando conferir esteio a uma política ambiental tendente a promover a “poupança” dos recursos naturais, para que atendam às presentes e futuras gerações, tem como pressuposto, antes de tudo, estudos que possibilitem o conhecimento acerca dos limites que não podem ser ultrapassados sem que se causem efeitos irreversíveis ao meio ambiente⁶⁶.

64 SERAFY, Salah El. Contabilidade verde e política econômica. In: CAVALCANTI, Clóvis (Org.) Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas. São Paulo: Cortez, 2002. p. 195.

65 SERAFY, loc. cit.

66 DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 89.

A necessidade de apreensão das condições e dos impactos ambientais reflete, em parte, a visão cada vez mais difundida de que o meio ambiente é abrangido pelo contexto verdadeiro dentro do qual todas as ações humanas, incluindo as atividades econômicas, acontecem. Ou seja, mesmo de uma perspectiva econômica estreita, o meio ambiente, além de fonte de matérias-primas escassas e de energia, passa a ser claramente visto como receptor último dos dejetos da produção e do consumo⁶⁷.

Não obstante a incidência da deterioração ambiental nas economias ocorra de forma variada, algumas tentativas têm sido feitas visando a refletir essa deterioração em indicadores físicos e conduzindo, dessa forma, a um conhecimento mais esclarecido do estado do meio ambiente. Tal conhecimento comporá o substrato que servirá de fundamento a uma política otimizadora das possibilidades de uso da natureza.

Constituída a base informacional para a aplicação de políticas públicas de proteção ambiental efetivas, parte dos cientistas econômicos vislumbra, além da imprescindível regulamentação, ainda como pressuposto da economia ambiental, a necessidade de internalização dos custos externos das atividades econômicas, em especial os ambientais, como esforço de conter a poluição. Ou seja, além do estabelecimento de limites legais às externalidades negativas – leia-se a regulação direta do comportamento dos agentes econômicos ou, ainda, a política de comando e controle –, as mencionadas políticas públicas também podem ser expressas por intermédio de instrumentos de natureza econômica que tenham capacidade de induzir o poluidor a controlar seus níveis de consumo de recursos naturais e o grau de suas emissões⁶⁸⁶⁹.

Primeiramente, tem-se que, por instrumentos de regulação direta aplicados à área ambiental, também conhecidos como políticas de comando e controle, se entende o sistema pelo qual, por intermédio da legislação e das normas, o Poder Público estabelece os padrões e monitora a qualidade ambiental, regulando as atividades e aplicando sanções e penalidades⁷⁰.

Uma vez que impõe modificações no comportamento dos agentes poluidores por meio de normas de cunho restritivo pleno ou parcial, o principal atributo da política de comando e controle é o de impor regra de obediência compulsória ao poluidor, que, em caso de desobediência, se sujeita a penalidades em processos judiciais ou administrativos. Em outras palavras, trata-se do tradicional poder de polícia inerente à administração pública⁷¹.

67 SERAFY, op. cit., p.195.

68 CARNEIRO, Ricardo. Direito ambiental: uma abordagem econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 73.

69 SERAFY, op. cit., p.195.

70 ALMEIDA, L. T. O debate internacional sobre instrumentos de política ambiental e questões para o Brasil. In: ENCONTRO NACIONAL DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE ECONOMIA ECOLÓGICA, 2., 1997, in Anais do II Encontro Nacional da Sociedade Brasileira de Economia Ecológica, USP, São Paulo, 1997, p. 3-21.

71 FARIAS, Paulo José Leite. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 227.

Tal controle direto exerce-se por meio da regulamentação legislativa e administrativa, compreendendo a composição de deveres, como, por exemplo, o dever de uso de equipamentos antipoluentes, cujo descumprimento é sancionado por multas, interdições e fechamento de unidades produtoras. Pode-se citar como exemplo de instrumento de controle a previsão da legislação brasileira da necessidade de controle prévio do Poder Público para a instalação de atividades industriais, comerciais e agrícolas, ou, ainda, as Leis Federais 6.830/80, 6.902/81 e 6.938/81, que dispõem, respectivamente, sobre implantação de indústrias em áreas críticas de poluição, criação e instalação de atividades em áreas de proteção ambiental e sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, exigindo, portanto, licenciamento das atividades⁷².

Os instrumentos econômicos ou o denominado controle indireto do Estado apresentam-se, por sua vez, como outra forma de trato da questão das políticas públicas ambientais sob um enfoque econômico de incentivo ou de oneração.

Por serem mais flexíveis que os instrumentos de comando e controle, uma vez que permitem que o próprio agente decida quando e como vai utilizar os recursos naturais, em função da variação ocorrida nos seus custos, os instrumentos econômicos são comumente considerados como uma alternativa economicamente adequada e ambientalmente eficaz para a complementação das estritas abordagens da política ambiental de comando e controle que muitas vezes permanece ineficaz, restrita ao mundo do dever ser. Ou seja, afirma-se que esses instrumentos ajudam na superação das limitações apresentadas quando da aplicação dos instrumentos tradicionais de comando e controle⁷³.

Entende-se, portanto, que tal modalidade de instrumentos, a econômica, tem o condão de carrear para o jurídico e para a proteção ambiental as forças favoráveis do mercado, permitindo a consonância protetiva entre o jurídico e o econômico, de modo que um mínimo ético-ecológico possa ser resguardado. Defende-se, ainda, que a participação dos agentes econômicos relevantes (consumidores e fornecedores) no meio ambiente e na esfera pública contribui para que o político e o jurídico possam ocasionar ressonância no econômico⁷⁴.

Entre as principais categorias de instrumentos econômicos utilizáveis apontam-se: os tributos ambientais, o sistema de cobranças pelo uso de recursos ambientais, os subsídios públicos, os sistemas de devolução de depósitos, as licenças ou os créditos negociáveis e o seguro ou a caução ambiental. Elas possuem como ponto em comum a capacidade de indicar aos agentes econômicos o custo social pelo desgaste ambiental ocasionado por suas atividades, transferindo-lhes, ao mesmo tempo, a assunção da responsabilidade.

72 FARIAS, loc. cit.

73 *Ibid.*, p. 316.

74 FARIAS, loc. cit.

Sob esta ótica, a da economia ambiental, a preocupação com os efeitos externos é posta em foco, à medida que se procura responder à questão do uso de recursos renováveis e não renováveis mediante a fixação do critério da monetarização. Para tanto, os problemas ambientais são ponderados a partir da ideia de que o meio ambiente, em especial a sua parte que pode ser utilizada nos processos de produção e desenvolvimento da sociedade industrial, não obstante se observe o progressivo apuramento da eficiência tecnológica para sua apropriação, é limitado⁷⁵.

Então, a fim de orientar solução ao problema da escassez dos recursos naturais, assegurando a concomitante continuidade do processo produtivo, a economia ambiental busca incorporar o meio ambiente ao mercado, adotando a teoria da extensão do mercado, sustentada por Ronald Coase, segundo a qual se institui a premência da atribuição de preços a todos os bens, inclusive os ambientais⁷⁶.

Ainda sob o enfoque econômico da questão ambiental, constatando a tendência no sentido da exploração predatória dos recursos naturais e procurando corrigir uma suposta “falta de desejo em relação ao futuro”, outro teórico, Arthur C. Pigou, adotando a via da correção do mercado, ou seja, apostando na revalorização das preferências individuais por intermédio do Estado, considerou o fenômeno das externalidades e previu a internalização dessas como meio de compelir os seus responsáveis a pagarem pelos custos coletivos ou sociais⁷⁷.

Em suma, parte-se do entendimento de que as externalidades ditas negativas surgem pelo fato de que boa parte dos recursos ambientais constitui bens de acesso livre, aos quais, em princípio, não é atribuído um preço de uso, de modo que os custos privados da atividade produtiva apresentam-se totalmente desalinhados em relação aos custos sociais decorrentes⁷⁸.

Essa crença na capacidade de absorção do mercado é subjacente ao princípio do poluidor-pagador. Ratificado somente em 1972 pelos países desenvolvidos, por meio do Conselho da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), com a elaboração do Guiding Principles Concerning the International Economic Aspects of Environmental Policies, que foi implementado em 1974, o princípio indica que o poluidor é obrigado a corrigir ou recuperar o meio ambiente, suportando os encargos daí resultantes, não lhe sendo permitido continuar a ação poluente, assim como aponta, desde logo, para a assunção, pelos agentes das consequências, para

75 DERANI, op. cit., p. 90.

76 DERANI, loc. cit.

77 CARNEIRO, op. cit., p. 73.

78 CARNEIRO, loc. cit.

terceiros, de sua ação, direta ou indireta, sobre os recursos naturais⁷⁹⁸⁰⁸¹.

Embutido na legislação ambiental nacional, o princípio do poluidor-pagador necessariamente se fará presente nas políticas públicas implementadas com base em instrumentos legais de natureza econômica. Caracterizado como um princípio estrutural, sua manifestação nas políticas públicas é orientadora de comportamentos, o que promove a facilitação da imposição política das medidas de proteção ambiental, uma vez que, a partir do seu reconhecimento, são definidos instrumentos contra a resistência de interesses e objetivos políticos conflitantes⁸².

A diretriz do princípio do poluidor-pagador aponta para a cobrança apenas os custos das medidas ambientais exigidas pela política pública de proteção ambiental, sendo, assim, um fato necessário para a efetivação do direito constitucional a um meio ambiente ecologicamente equilibrado⁸³.

Observa-se, ainda, que esse princípio é um meio de que se vale tanto o aplicador da legislação, em particular na formação de políticas públicas, como o legislador, na elaboração de textos destinados a uma proteção mais eficiente dos recursos naturais⁸⁴.

Na definição do princípio do poluidor-pagador (ou, dependendo do enfoque, do usuário pagador), remanesce a ideia de que os agentes responsáveis pelas externalidades devem internalizar os custos sociais de suas atividades econômicas, pagando um preço pela utilização ou degradação dos recursos ambientais, não impedindo, no entanto, que o poluidor ou usuário pagador transfira esses custos aos preços de seus produtos finais ou serviços, redistribuindo-os para a sociedade, por meio dos consumidores.

Argumenta-se, todavia, que tal propensão à redistribuição dos custos à sociedade não impede a aplicação do princípio, posto que, em determinadas circunstâncias, o reflexo das externalidades negativas de natureza ambiental nos preços dos produtos e serviços contribuiria para uma percepção mais concreta das consequências dos hábitos de consumo sobre a qualidade do meio ambiente, permitindo aos setores da sociedade a avaliação da forma pela qual manifestam suas preferências no mercado⁸⁵.

Destaca-se, inclusive, que a mudança de perspectiva de algumas parcelas do setor empresarial, indubitavelmente catalisada pelo papel indutor das políticas de controle e regulação das atividades econômicas, pode ser estruturada sob a crescente mobilização e conscientização da sociedade em torno da necessidade de proteção do meio

79 Ver Art. 3º, h, da Lei 11/87.

80 CORREIA, Fernando Alves. **O plano urbanístico e o princípio da igualdade**. Coimbra: Almeida, 1989. p. 80.

81 CARVALHO, Antônio Manoel R. de; LEE, Francis e; AGUIAR, Maria do Amparo de. A cobrança pelo uso dos recursos hídricos no Brasil. **Revista Anhanguera**. Centro Universitário de Goiás, Goiás, v. 6, n.1, p.57-74, jan./dez. 2005.

82 DERANI, op. cit., p.149.

83 DERANI, loc. cit.

84 DERANI, loc. cit.

85 CARNEIRO, op. cit., p. 88.

ambiente e da busca de melhor qualidade de vida, sensibilizando a opinião pública e até mesmo o consumidor, cujas decisões devem ser cada vez mais influenciadas pelas informações acerca dos impactos ambientais associados ao ciclo de vida de um produto ou serviço⁸⁶.

Do mesmo modo, as empresas devem tender a atingir a percepção de que a gestão ambiental pode render-lhes inúmeras vantagens competitivas, por intermédio de adequação dos processos produtivos, com a utilização mais racional dos recursos naturais disponíveis, associada a uma redução dos resíduos gerados e um aumento de eficiência energética⁸⁷.

Dentro dessa perspectiva, percebe-se a acentuada tendência de implementação de mecanismos de autocontrole e autorregulação do mercado, com o surgimento de processos de rotulagem ecológica e de certificação ambiental, capazes de, por um lado, destacar as empresas e os produtos que cumprem com os padrões de qualidade exigidos e, por outro, discriminar as atividades que não se adaptam às novas exigências ambientais⁸⁸.

Outro aspecto o qual deve ser ressaltado ao se abordar as leis que dispõem sobre a internalização dos custos ambientais é que elas devem orientar-se, geralmente, até o limite no qual não imprimem sobrecarga sobre o valor dos custos da produção, evitando, desse modo, que a aplicação do princípio do poluidor-pagador redunde na paralisação da dinâmica do mercado, em razão de uma elevação dos preços impossível de ser absorvida nas relações de troca⁸⁹.

Uma postura ótima de aplicação desse princípio seria aquela que escapasse da relação aritmética individualizada e passasse pela sua aproximação às preocupações de regulamentação macroeconômicas do direito ambiental, seara em que não se procura apenas normatizar a produção ou consumo individual, mas impulsionar a realização de políticas econômicas específicas⁹⁰. De todo modo, o que se sobrepuja é a progressiva ênfase na implementação de determinadas soluções de índole privada para o problema das externalidades ambientais, baseadas em mecanismos que sugerem negociação e concertação social⁹¹.

É de se observar, neste ponto, que essa visão privatista, no entanto, deve ser relativizada por uma orientação macroeconômica, comprometida com princípios constitucionais de melhoria das condições de existência. Para tanto, deve estar fundada

86 CARNEIRO, loc. cit.

87 CARNEIRO, loc. cit.

88 CARNEIRO, loc. cit.

89 DERANI, op. cit., p.144-145.

90 DERANI, loc. cit..

91 CARNEIRO, op. cit., p. 87.

na orientação de políticas públicas, as quais têm a vocação de efetivamente realizar os objetivos básicos previstos no capítulo do meio ambiente, sem olvidar os demais princípios norteadores da sociedade brasileira⁹².

Dentro desse contexto da produção de efeitos externos negativos das atividades econômicas, em relação à qualidade do meio ambiente, o Estado surgiria, enfim, como agente externo ao mercado que, lançando mão da função interventiva, formularia políticas públicas propensas a persuadir os agentes econômicos a sopesar os custos sociais da degradação ambiental em seus cálculos privados⁹³.

Em suma, para a correção das falhas ou ineficiências do mercado, a intervenção do Poder Público seria, em regra, imprescindível, regulando diretamente o comportamento dos agentes, ou mesmo induzindo sua ação por intermédio de instrumentos econômicos que os estimulem a adequar suas atividades.

Exemplo dessa espécie de atuação do Poder Público, no caso brasileiro, em que ainda é pouco significativo o uso de instrumentos econômicos na política ambiental, é a cobrança de recursos hídricos, a qual permite a imposição de ônus econômico aos usuários em valor proporcional ao volume de água captada e à qualidade final dos efluentes lançados, considerando suas características físicas, químicas e biológicas, bem como seu grau de toxicidade.

Em busca da resolução do problema hídrico, o ordenamento jurídico brasileiro, com o advento da Constituição Federal de 1988 e a Lei 9.433/97, modificou a configuração híbrida, que até então perdurava sobre as águas no Brasil, buscando uma apreciação uniforme, calcando-se na proteção da água como bem público, de acesso comum, por se tratar de um recurso natural limitado, representativo da integração do homem à natureza⁹⁴.

Nesse contexto, a outorga de uso de água surge como mecanismo que permite o conhecimento e o controle por parte do administrador público das quantidades de água utilizadas pelos usuários, ou seja, como um elemento fundamental para disciplinar o uso desse bem escasso.

Todavia, a outorga, sozinha, não seria suficiente para garantir o direito de todos aos recursos hídricos. Diante da definição legal da água como um bem econômico e, portanto, um recurso escasso, faz-se necessária a conjugação da outorga com outros instrumentos que corrijam as distorções que costumam ocorrer nas decisões individuais de utilização desse recurso para consumo ou produção como forma de fazer com que cada usuário internalize, aos custos privados, os custos sociais que tais decisões impõem aos demais usuários⁹⁵.

92 CARNEIRO, loc. cit.

93 Ibid., p. 73.

94 FARIAS, op. cit., p. 397.

95 FRANCA, Dalvino Troccoli; CARDOSO NETO, Antônio. Água e sociedade. **Revista Plenarium**. Brasília, Câmara dos Deputados, ano 3, n. 3, p.25, set. 2006.

É justamente sob esse espectro que sobressai a importância da cobrança da água como mecanismo de correção das externalidades ambientais negativas, a qual é o foco central do presente estudo.

Uma vez definido o papel dos instrumentos econômicos na formulação das políticas ambientais, sob a justificativa de uma frutífera integração do jurídico e do econômico, e situada a cobrança como espécie paradigma desse gênero de instrumento, no contexto brasileiro, resta compreender como tal valoração econômica da água pode imprimir mudanças reais nas relações sociais e humanas, promovendo o seu acesso democrático, solidário e equitativo.

Na perspectiva da abordagem de uma ampla revisão das políticas públicas, mais do que conceber a valoração econômica à água, deve-se ir além. É imperiosa a compreensão de que a água também é condição indispensável à vida, inerente à biologia e à cultura, inseparável da civilização e da história⁹⁶.

Em razão disso é que, nos próximos tópicos, procurar-se-á estudar como se insere o instrumento da cobrança dentro da mudança de paradigma proposta pelo novo modelo de gestão hídrica, ou seja, entender o que significa o sistema institucional agenciado pelo conjunto de normas adotadas em 1997, e, em seguida, como esse novo modelo se insere dentro da perspectiva de um desenvolvimento sustentável.

3 O PAPEL DA COBRANÇA PELO USO NO NOVO MODELO DE GESTÃO HÍDRICA

No período de 1981 a 1990, considerado a década Internacional de Suprimento de Água e Saneamento, ensaiou-se o enfrentamento frontal da complexidade dos problemas do setor hídrico, pois, desde então, passou-se a conceber uma ampliação da interação com o meio ambiente mundial e passou-se a avaliar os impactos globais; o incremento da conservação de florestas; a prevenção de ações degradantes e poluidoras e a percepção de que as melhorias no saneamento demandariam tempo e recursos para serem atingidas⁹⁷.

Em 1990, logo no final da mencionada década, constatou-se que o crescimento contínuo da população ameaçava superar as possibilidades físicas e financeiras de aumentar a oferta de água, ao mesmo tempo em que surgiram grandes evidências de que a água estava sendo usada de maneira ineficiente em todos os setores (abastecimento de água potável e saneamento, agricultura, indústria, desenvolvimento urbano, geração de energia hidroelétrica, pesqueiros de águas interiores, transporte, recreação,

96 FRANCA; CARDOSO NETO, loc. cit.

97 AZEVEDO, Luiz Gabriel T.; PEREIRA, Juliana M. Garrido. Água no mundo. **Revista Plenarium**. Brasília, Câmara dos Deputados, ano 3, n. 3, p.10, set. 2006.

manejo de terras baixas e planícies e outras atividades)⁹⁸.

Em razão disso, em 1991, a Consulta Informal de Copenhague propôs o reconhecimento da água como um bem econômico, além da sua caracterização como bem social, o que, posteriormente, possuiu reflexos na Declaração de Dublin, na Agenda 21 e no documento sobre a Política de Gestão dos Recursos Hídricos do Banco Mundial, os quais propugnaram pela busca e pela implantação de novos mecanismos que aumentassem a eficiência na alocação e no uso dos recursos hídricos⁹⁹.

A necessidade de se aperfeiçoar a alocação da água de mananciais passou a ser vista, portanto, como efeito direto do aumento da atividade econômica, o qual gera uma forte pressão sobre a base de recursos hídricos, requerendo, irremediavelmente, usos mais eficientes, ou seja, índices de produtividade mais elevados no uso dessa água. Esse processo de otimização, além de imprescindível, possui grande dificuldade prática, devendo, de todo modo, iniciar-se com o reconhecimento da interdependência e a legitimidade de todas as demandas por água, aí incluída a ecológica¹⁰⁰.

Partindo justamente desse entendimento acerca da multiplicidade de usos, o texto constitucional brasileiro, ao disciplinar acerca das águas, procurou estabelecer a gestão descentralizada e participativa dos recursos hídricos, fundando a bacia hidrográfica, e não os entes federativos, como unidade de planejamento, uma vez que o Ciclo Hidrológico segue uma lógica diferente da lógica do ordenamento político-territorial adotado no País.

Nesse sentido, procurou-se instituir a divisão equitativa dos esforços e das responsabilidades entre os órgãos e entidades gestoras, ao mesmo tempo em que se buscou a compatibilização das particularidades locais e a conservação dos usos múltiplos dos recursos hídricos, sem perder de vista a vocação de cada bacia. Tendo em vista o regime federativo, foram, ainda, definidas constitucionalmente as competências relativas às águas por meio de regras de repartição de competências legislativas e executivas entre os entes federados¹⁰¹.

A publicação da Lei 9.433/97, a qual procurou atender a essas determinações constitucionais, ocorreu após debate nacional, induzido pelos documentos que passaram a nortear a implementação de uma Política Internacional de Recursos Hídricos, entre os quais se incluem a Agenda 21, a Declaração de Amsterdã e o Tratado de Água Doce (todos datados de 1992), e enfrentando (até hoje) a dificuldade de se conciliarem interesses de mercado, disputas políticas e socioambientais.

98 AZEVEDO; PEREIRA, loc. cit.

99 FRANCA; CARDOSO NETO, op. cit., p.25.

100 MACHADO, Carlos Saldanha (Org.). Gestão de águas doces. Rio de Janeiro: Interciência, 2004. p. 110.

101 Para o escopo do presente trabalho, tome-se por competências a seguinte definição: "[...] o poder de ação e atuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos." (GRAF, Ana Cláudia Bento. Água, bem mais precioso do milênio. *Revista CEJ*, Brasília, V. 4 n. 12, p. 30-39, set./dez., 2000, p.32.).

O Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH), instituído pela mencionada lei, reflete no modus operandi de todos os entes da Federação, devendo verificar-se uma articulação com estes. Os Estados, na implementação de seus sistemas, em conformidade com o ordenamento constitucional, devem observar as disposições do sistema nacional¹⁰².

Além de coordenar a gestão integrada das águas; arbitrar administrativamente os conflitos relacionados com os recursos hídricos; planejar, regular e controlar o uso, a preservação e a recuperação dos recursos hídricos, o sistema intenciona, ainda, promover a cobrança pelo uso desses recursos¹⁰³.

Os objetivos dessa cobrança residem no reconhecimento da água como um bem econômico; em possibilitar ao usuário que tenha noção do real valor desse recurso ambiental; no incentivo à racionalização do uso da água; e na obtenção de recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos¹⁰⁴.

Trata-se, então, acima de tudo, de um instrumento destinado a realizar a mudança na mentalidade do uso descontrolado e irresponsável da água, promovido pela visão ilusória, verificada no País, da abundância do recurso.

Diante da existência de críticas à adoção de instrumentos de mercado (ou simuladores de mercado) na gestão de um bem público, tendo-se em vista as consequências que podem advir desse novo paradigma do valor econômico atribuído à água, tem-se justificado a implementação da cobrança como um instrumento que, ao se basear no princípio neoclássico de que incentivos de mercado promovem uma eficiente alocação e uso de recursos, tenta remover as ineficiências relacionadas com o antigo paradigma de gestão, o qual conduzia ao desperdício, uma vez que a água estava disponível gratuitamente¹⁰⁵.

Seja qual for a posição adotada, a favor ou contra a inserção de instrumentos de mercado na gestão de recursos hídricos, é oportuno que a água, de todo modo, seja tratada, em todas as partes do mundo, como um bem público, insuscetível de apropriação por particulares, e, em especial, por gigantescas corporações internacionais, pois, se a lógica do mercado se cristalizar em nível global, apenas àqueles que possuem condições financeiras estará garantido acesso à água, e não para os pobres, que terão direitos fundamentais como a saúde, a vida e a dignidade da pessoa humana afetados letalmente.

102 CARVALHO, Rodrigo Speziali de. Breve discussão sobre o tema gestão de recursos hídricos e pacto federativo. Disponível em: <<http://www.cnrh-srh.gov.br/artigos/main.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2006, p. 6.

103 Ver Art. 32, da Lei 9.433/97.

104 Ver Art. 19, da Lei 9.433/97.

105 IORIS, Antônio Augusto Rossotto. Passado e presente da política de gestão de recursos hídricos no Brasil. Revista Finisterra. Lisboa, ano XLI, n. 82, p. 87-99, 2006.

Ao se afirmar que a água deve ser tratada como bem público, e não como mercadoria, quer-se com isso dizer que o controle e o uso devem ser discutidos e definidos na esfera da política – entendida como espaço público, do debate público e da constituição do interesse público –, e não na esfera da economia. Ou seja, as decisões relativas à apropriação, controle e uso da água não se devem resolver nem se consumir no mercado.

Mostra-se claro que as mudanças conceituais assumidas pela nova legislação brasileira de gestão de águas refletem uma tentativa de grande mudança de atitude no que diz respeito à regulamentação e à administração dos usos humanos dos recursos naturais; de fato, várias dificuldades metodológicas são enfrentadas com a implantação de um modelo que valore economicamente os impactos ambientais¹⁰⁶.

Questionamentos sobre o modo de valoração, ou os critérios utilizados na cobrança para os diversos usos, sobre a fórmula de valoração da perda de qualidade da água, da degradação de uma nascente, ou do efeito da erosão do solo e o consequente assoreamento de um rio, entre outros, são todos derivados da dificuldade inerente à proposta de poder contar com um indicador da importância de um recurso ambiental no bem-estar da sociedade que permita compará-los com outros componentes do meio ambiente¹⁰⁷.

Por outro lado, é notório que o fato de atribuir-se um valor monetário a bens não comerciais, notadamente a fauna, a flora e a própria vida humana, suscita violentas oposições de ordem ética e filosófica¹⁰⁸.

Todavia, a utilização de valoração monetária, ou, mais especificamente, o dinheiro, serve apenas como um denominador comum, que contribui na medição de distintas alternativas¹⁰⁹.

O que deve prevalecer, diante da valoração econômica da água, é o entendimento de que se trata de uma solução proposta para a resolução do problema hídrico em termos de gestão. Ou seja, de uma consolidação de políticas públicas, traduzidas na articulação de um conjunto de orientações e ações, com expectativa de reversão do quadro atual de degradação e com interferência na atividade econômica.

A constituição de uma verdadeira política de gerenciamento de recursos hídrico faz-se necessária, uma vez que, no Brasil, o que se observa atualmente não é exatamente uma crise de recursos, embora eles sejam, inegavelmente, escassos em pontos específicos, mas de gestão da água, causada, essencialmente, pela inércia no nível de lideranças e pela falta de consciência da população para a escala do problema.

106 MACHADO, Carlos José Saldanha. **Mudanças conceituais na administração pública do meio ambiente**. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252003000400016&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 set. 2009.

107 CARVALHO; LEE; AGUIAR, op. cit., p. 69.

108 FARIAS, op. cit., p. 221.

109 CARVALHO; LEE; AGUIAR, op. cit., p. 72.

Nesse contexto, a gestão, por meio do novo modelo instaurado em 1997, assume o papel de operador conceitual, por meio do qual se confrontam os objetivos de desenvolvimento econômico e de organização territorial, bem como aqueles relacionados à conservação da natureza ou à manutenção ou recuperação da qualidade ambiental. Do mesmo modo, o governo, em conjunto com a sociedade, de forma ampla, deve assumir a responsabilidade pela incorporação de uma nova atitude frente aos recursos naturais, em particular, aos recursos hídricos.

A consequência que deve prevalecer ao se atribuir à água a definição de recurso econômico é que os usuários da água ficam suscetíveis aos incentivos que são dados ao uso e às decisões quanto à alocação dos recursos hídricos, as quais devem basear-se em princípios econômicos, administrativos e políticos¹¹⁰.

A maneira pela qual os recursos hídricos são alocados deve atender à racionalização do seu uso nas suas dimensões quantitativa e qualitativa, na busca de uma utilização adequada e racional desses recursos, operacionalizada com respeito aos princípios ético-normativos, principalmente no que concerne aos usos múltiplos da água, às prioridades desses usos, ao seu valor ético e econômico, à sua finitude e à participação popular na sua gestão.

A má distribuição de renda que existe, sobretudo, nos países em desenvolvimento, pode induzir os usuários de menor renda a tentar utilizar água de qualidade inferior, o que provocaria diversos problemas relacionados à saúde e novamente colocaria em evidência a eficiência da política de gestão¹¹¹.

Nesse caso, a introdução de uma complexa estrutura institucional, encabeçada pela outorga, que possui dupla função de instrumentalizar a gestão eficaz dos recursos hídricos e possibilitar o efetivo exercício dos direitos de acesso aos mesmos, redundaria, na prática, em mudanças apenas superficiais no tratamento dos recursos hídricos, deixando de oferecer respostas aos problemas sociais e ambientais criados pelo próprio desenvolvimento¹¹².

Argumenta-se que, diante da incorporação do discurso de sustentabilidade, uma vez não sendo as relações subjacentes de poder e os mecanismos de acumulação efetivamente afetados pelos novos procedimentos de gestão ambiental, não se estaria a promover, com o novo modelo institucional, a prática efetiva de uma gestão pública orientada pela lógica da negociação sociotécnica. Ou seja, a atividade administrativa não estaria atingindo o objetivo identificado no ajuste de interesses entre as propostas resultantes das legítimas aspirações e conhecimentos da população que habita o território de uma bacia hidrográfica e os entes do aparelho de Estado¹¹³.

110 FARIAS, op. cit., p. 209.

111 FARIAS, loc. cit.

112 IORIS, op. cit., p.90.

113 MACHADO, 2003, p. 25.

Nesse sentido, a gestão, uma vez concentrada unicamente nos aspectos técnico-econômicos do uso da água, deixa de oferecer respostas aos problemas sociais e ambientais criados pelo próprio desenvolvimento¹¹⁴.

Portanto, ao invés de regular um “mercado da água”, cabe ao Poder Público, de maneira política, na esfera pública e no debate público, a instauração da política de águas, arbitramento político dos controles e usos e afirmação da água como bem público, não mercantil e, portanto, fora da esfera de valorização do capital, isto é, do negócio¹¹⁵.

Atualmente, um dos pontos mais controversos da teoria econômica é, justamente, a determinação do que dependem e como se estabelecem os diferentes valores de uso, portanto diferentes valores de troca ou preços, da água, posto que, no caso particular desse bem, o recurso hídrico, destaca-se a inexistência de mercado no qual seja inserido e a variada gama de modalidades de uso em que ele pode ser utilizado¹¹⁶.

A questão da análise da formação de preços, além de adentrar demasiadamente na seara adstrita às ciências econômicas aplicadas ao meio ambiente, não foi, ainda, suficientemente debatida, de forma que o presente estudo não se dedicará, particularmente, a esse tema. Não se estabeleceu, ainda, um mínimo de convergência no sentido da definição de uma metodologia padrão que se aplique a todas as cobranças, devido à complexidade de circunstâncias envolvidas, cabendo, nesse sentido, destacar que economistas vêm desenvolvendo modelos de cobrança diferenciados, tendo em vista as particularidades de cada segmento de usuário¹¹⁷¹¹⁸.

É oportuno, neste ponto, assinalar que os usuários de águas devem participar das discussões pendidas sobre a questão. Por serem, por vezes, os melhores conhecedores dos aspectos técnicos envolvidos nos distintos usos da água e por serem capazes de contribuir para o bem-estar social da população de toda uma região, são os indicados e aptos a contribuir para a definição de preços justos e que, ao mesmo tempo, não inviabilizem as atividades da indústria, agricultura, pecuária etc.

Essa participação dos segmentos interessados nas tomadas de decisão deriva da feição que o ordenamento jurídico, inaugurado com a Constituição de 1988, procura dar à gestão de recursos hídricos no Brasil: ajuste das atividades humanas com

114 IORIS, op. cit., p. 91.

115 VEINER, Carlos Bernardo. Diretor do Ippur critica mercantilização da água. Rio de Janeiro, 10 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/entrevistas/2005/02/entrevista2.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2007.

116 CARRERA-FERNANDEZ, José; GARRIDO, Raymundo-José. Economia dos recursos hídricos. Salvador: Edufba, 2002. p. 58.

117 GARRIDO, Raymundo José Santos. Alguns pontos de referência para o estágio atual da política nacional de recursos hídricos. In: Estudo das águas no Brasil: 2001-2002. FREITAS, Marcos Aurélio Vasconcelos de (Org.). Brasília: Agência Nacional de Águas, 2003. p. 6.

118 CARVALHO, Antônio Manoel R. de; LEE, Francis; e AGUIAR, Maria do Amparo de. A cobrança pelo uso dos recursos hídricos no Brasil. Disponível em: <anhanguera.edu.br/home/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=94&Itemid=98>. Acesso em: 3 ago. 2008.

o equilíbrio do meio ambiente, o desenvolvimento social e econômico e a melhoria da qualidade de vida.

É verdadeira a importância do critério econômico a ser utilizado na valoração da água, posto que os preços devem se aproximar de níveis que reflitam a eficiência econômica, agrupando os três conceitos de eficiência aventados pela ciência econômica (eficiência técnica, eficiência alocativa e eficiência de escala)¹¹⁹¹²⁰.

Observe-se, todavia, que, nas localidades onde já há a utilização do instrumento de cobrança, o quantum, valor monetário estipulado, é desprovido de uma justificativa técnico-científica que explique a sua composição. Pelo que se deduz que a diversidade ocorre, nesses casos, pelas diferenças naturais entre os mercados da água bruta, e não pela existência de diversas metodologias de cobrança¹²¹.

De todo modo, repita-se, o que deve prevalecer sempre são os objetivos da cobrança pela utilização dos recursos hídricos, que são os de contribuir para o gerenciamento da demanda; redistribuir os custos sociais e melhorar a qualidade dos efluentes lançados nos corpos d'água; promover a formação de fundos para os projetos, intervenções, obras e outros trabalhos do setor; e incorporar ao planejamento global as dimensões social e ambiental.

Conforme visto, a água por si só já constitui um recurso natural precioso, merecedor de tutela específica do ordenamento, por meio de um microsistema próprio. Porém, encarada como um bem jurídico ambiental abiótico imprescindível para a sobrevivência do planeta, assim como de todas as formas de vida, é objeto de tutela ambiental, que, por sua vez, constitui objetivo a ser perseguido pelo Estado e pela coletividade, na qualidade de agentes políticos, econômicos e sociais¹²².

Logo, a cobrança pelo uso dos recursos hídricos sustenta-se, em última instância, no princípio da defesa do meio ambiente, o qual, além de ser princípio informador da garantia constitucional do desenvolvimento e do pleno emprego, constitui instrumento essencial para a realização da finalidade da ordem econômica de assegurar a todos existência digna¹²³.

Evidencia-se, ademais, a necessidade de exercício da atividade econômica com a preocupação do não esgotamento dos limitados recursos naturais, incluindo-se, aí, a água, comprometendo a sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

119 "O fato de a água ser um bem econômico leva a que a política de cobrança por seu uso privilegie o critério da eficiência econômica. Eficiência econômica implica, pelo menos, três conceitos distintos de eficiência: i) eficiência técnica, que assegura que, com os recursos disponíveis, a produção é maximizada; ii) eficiência alocativa, que garante uma alocação dos recursos existentes entre as várias unidades produtivas para um dado nível de produção e determinada estrutura de preços dos insumos; iii) eficiência de escala, que otimiza o nível de produção para um dado nível de preços relativos." (MACHADO, 2004, p. 107.)

120 MACHADO, loc. cit.

121 CARVALHO; LEE; AGUIAR, 2005, p. 59.

122 FARIAS, op. cit., p. 209.

123 FARIAS, loc. cit.

O princípio da defesa do meio ambiente e a preservação dos recursos hídricos constituem, portanto, limites constitucionais ao livre exercício da atividade econômica, diretriz, obrigação de resultado constitucionalmente plasmada a ser equacionada pela doutrina do desenvolvimento sustentável¹²⁴.

4 GESTÃO HÍDRICA E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Dentro da perspectiva de uma ética do desenvolvimento, ao não permitir a privatização do meio ambiente e ao priorizar a democratização do controle sobre o meio ambiente, a Constituição Federal de 1988 concebeu a noção de desenvolvimento sustentável como intimamente ligada à proteção ambiental das presentes e futuras gerações¹²⁵.

Nesse sentido, visando a uma aplicação eficiente do desenvolvimento sustentável, faz-se necessário um levantamento da medida de suporte do ecossistema, ou seja, é imprescindível a constituição da base informacional, sobre a qual se discorreu anteriormente, para a aplicação de políticas públicas de proteção ambiental efetivas. Essa base informacional abrange o estudo da capacidade de regeneração e de absorção do ecossistema e a definição do limite para a atividade econômica, o qual permite que as atividades econômicas não esgotem o meio ambiente, mas que esse seja protegido para o futuro¹²⁶.

Justamente nessa intenção de desvendar o estado quantitativo e qualitativo dos recursos hídricos, por meio da abordagem atenta sobre as captações e os usos, percebeu-se que, após séculos de utilização descuidada e sem planejamento, o frágil equilíbrio que assegura a continuidade desse recurso, na atualidade, encontra-se seriamente ameaçado, o que representa, por consequência, um risco real à sobrevivência na Terra. Isso porque a água não é apenas a fonte dos recursos hídricos de valor econômico, mas também um dos componentes principais do meio natural que rodeia o homem¹²⁷.

A intensa urbanização ocorrida em âmbito mundial introduziu novas escalas de demanda, desperdício e contaminação de águas, alterando substancialmente a drenagem e produzindo problemas à saúde humana, além de impactos como enchentes, deslizamentos e desastres provocados pelo desequilíbrio no escoamento das águas.

No Brasil, os recursos hídricos, apesar de abundantes, estão distribuídos de forma desigual, havendo uma pressão excessiva para usos múltiplos e grandes impactos nas

124 FARIAS, loc. cit.

125 FARIAS, loc. cit.

126 FARIAS, loc. cit.

127 CUSTÓDIO, Helita Barreira. Direito ambiental e questões jurídicas relevantes. Campinas: Millennium, 2005. p. 86-89.

águas superficiais e subterrâneas, em várias regiões, especialmente no Sudeste, onde o grau de urbanização e a atividade industrial são intensos.

Quanto mais diversas são as atividades econômicas e o desenvolvimento da região em análise, maior é o número de usos múltiplos e, potencialmente, de conflitos, de forma que a proporção da água destinada a um particular uso difere de uma região para outra. Nesse sentido, o aumento e a diversificação dos usos múltiplos da água que, por consequência, resultam em uma multiplicidade de impactos, de diversas magnitudes, exigem diferentes tipos de avaliação qualitativa e quantitativa e monitoramento adequado em longo prazo.

Todavia, em qualquer região considerada, deve ser reservada quantidade de água de qualidade ao uso doméstico, de forma a satisfazer as necessidades básicas dos seres humanos.

Dentro desse contexto insere a atividade de gerenciamento das águas, a qual é identificada como atribuição que objetiva o controle social e a racionalidade na utilização desse elemento natural, promovendo mudança na mentalidade do consumo e nos instrumentos de gestão e garantindo-se a sustentabilidade dos recursos hídricos por meio da compatibilização dos múltiplos usos.

A água, independentemente do reconhecimento jurídico, é um bem de valor ambiental, cujo valor econômico passou a ser reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro, com o advento da Lei 9.433/97, a qual instituiu a PNRH, criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e regulamentou o inciso XIX do Art. 21 da Constituição Federal.

O instrumento normativo em questão propôs, ainda, como objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos, além da prevenção e da defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais, a garantia à atual e às futuras gerações da necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos, e a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável¹²⁸.

Nesse sentido, a saúde e o bem-estar humanos, bem como o equilíbrio ecológico aquático, não devem ser afetados pela deterioração da qualidade das águas. O controle da poluição está diretamente relacionado com a proteção da saúde, garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado e a melhoria da qualidade de vida, levando em conta os usos prioritários e classes de qualidade ambiental exigidos para um determinado corpo de água.

Com o escopo de estabelecer um forte regramento no sentido de preservar e manter um recurso, cuja escassez será, em breve, motivo de conflitos de esfera mundial, a Lei 9.433/97 discrimina os usos de recursos hídricos sujeitos à outorga do Poder Público,

128 Ver Art. 2º, da Lei 9.433/97.

incluindo, entre outros, os que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água.

As disposições legais enfocadas traduzem a diretriz traçada pela Constituição Federal de 1988, a qual instituiu uma verdadeira ordem pública ambiental, conduzindo o Estado de Direito social e o modelo político-econômico a assumir a forma de Estado de Direito Ambiental¹²⁹.

Dentro dessa fórmula constitucionalizada, a ordem pública é ambiental e dotada de enfoque holístico e autônomo, substituindo a desordem ecológica, subproduto do vazio constitucional, característica que marcava as Constituições anteriores. Desse modo, sob o espectro de tal ordem pública ambiental, na hipótese de exegese de norma ambiental infraconstitucional duvidosa, ou, ainda, na omissão de regramento específico da atividade econômica, impõe-se uma reversão do “princípio civilístico/administrativo” tradicional¹³⁰, para a orientação segundo a qual se busca, em todo caso, a referência ao dever genérico de defesa e preservação do meio ambiente, insculpido no Art. 225, caput, da Constituição Federal de 1988 e aos princípios “da primariedade do meio ambiente”, “da função ecológica da propriedade” e “da explorabilidade limitada da propriedade (e dos recursos naturais)”¹³¹.

Destaca-se, todavia, que, com a nova ordem constitucional, não se promove uma simples releitura da ordem privada, a partir de um conjunto externo e incerto de vetores públicos, mas uma alteração profunda, que propõe o estabelecimento de uma ordem pública hierarquicamente superior, sob o império de mandamentos e limites preambular e constitucionalmente fixados, que impõe a submissão da ordem privada. Com isso, ou seja, em razão da posição logicamente antecedente e constitucionalmente prevalente do regime público, identifica-se o público-ambiental como pressuposto norteador da própria estrutura, legitimidade e funcionamento da exploração dos recursos naturais¹³².

A carência de uma fiscalização dos órgãos públicos, no tocante à conservação dos recursos hídricos, e o desatendimento do arcabouço legal devem ser atribuídos à própria inexistência de uma mentalidade direcionada para a preservação dos recursos naturais e à concepção antropocêntrica, de feição cartesiana e positivista, segundo a qual a natureza se põe à mercê da exploração humana, submetendo-se ao avanço técnico-científico e ao acúmulo de bens materiais, à custa de um modelo de desenvolvimento insustentável.

129 BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 123-124.

130 Segundo o princípio civilístico/administrativo tradicional, os dispositivos interventivos na liberdade da indústria e do comércio são sempre de interpretação e aplicação restritivas. (BENJAMIN, op. cit., p.123-124).

131 BENJAMIN, loc. cit.

132 BENJAMIN, loc. cit.

Sob a perspectiva da evolução comportamental da sociedade, no sentido da aliança das atividades humanas, com a preservação efetiva do meio ambiente, evidencia-se que o reaproveitamento da água é uma forma de racionalização e de conservação de recursos hídricos, à qual deve ser dado prioridade, em especial, pela indústria e pela agricultura, setores que, ao mesmo tempo, representam maior demanda e maior poder de degradação do recurso natural.

Ademais, no âmbito de sua atribuição de gestão, verifica-se a necessidade do estabelecimento por parte do Poder Público, ou do órgão gestor, de incentivos ao reaproveitamento das águas residuárias das indústrias, agroindústrias e agropecuária e, por parte dos agentes desses setores, o esforço de pesquisa e tecnologia, no sentido de encontrar soluções ao esgotamento do recurso que contemplem não só o reaproveitamento, potencializando a própria atividade produtiva, mas também as características e problemas locais da população, dando a essa água aplicação sustentável.

O controle e uso das águas, portanto, devem ser discutidos e definidos na esfera da política, privilegiando-se o debate público, a instauração da política de águas e a afirmação da água como um bem público.

Não obstante a sua intrincada relação com o desenvolvimento econômico, a água é um bem cujo tratamento legal e gerencial deve ser desvinculado de interesse mercantil, tendo-se em vista o seu caráter finito e a sua essencialidade na manutenção de toda forma de vida no planeta.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, constata-se que a utilização de instrumentos econômicos de controle ambiental deve dar-se, primeiramente, em sintonia com a política de regulação direta.

Isso porque, caso contrário, diante de uma política ambiental alicerçada unicamente nos instrumentos de índole econômica, haveria o permanente risco de recair-se em distorções, pois, na ausência de estipulação de padrões de lançamento de efluentes e outras regras impositivas do comportamento do mercado, ou, ainda, penalidades a serem aplicadas em razão disso, os poluidores ou os usuários, minimizariam seus custos privados em desproveito dos custos sociais.

Ou seja, a imprescindibilidade das regras de comando e controle deriva do fato de que elas, ao impor modificações no comportamento dos agentes poluidores por meio de normas de cunho restritivo pleno ou parcial, possuem o importante atributo de estabelecer regra de obediência compulsória ao poluidor, que, em caso de desobediência, se sujeita a penalidades em processos judiciais ou administrativos. Em outras palavras, trata-se do tradicional poder de polícia inerente à administração pública¹³³.

Além da consonância com a regulação direta, a utilização de instrumentos econô-

133 FARIAS, op. cit., p. 227.

micos na proteção ambiental, no caso particular, a utilização da cobrança de uso da água, para que se mostre como meio legítimo e efetivo de gestão, deve contar com a participação social.

Os gestores que decidem sobre a alocação dos recursos hídricos, partindo da compreensão de que o seu uso consciente é fundamental para garantir o bem-estar no presente e no futuro, devem possibilitar a real inserção das diversas instâncias da sociedade no processo, de forma a que a valoração econômica da água possa, de fato, imprimir mudanças nas relações sociais e humanas, promovendo o seu acesso democrático, solidário e equitativo.

Nesse sentido, como seria impossível que os diversos agentes sociais interessados dessem início a um processo de negociação direta com os segmentos econômicos mais propensos à poluição e à degradação dos recursos ambientais, em razão dos elevados custos de transação, observa-se a importância dos órgãos colegiados e multissetoriais, representativos dos mais diversos interesses presentes na sociedade.

O importante, nesse aspecto, é que se assegure o espaço necessário a que os diversos atores sociais possam, de fato, negociar as ações de política ambiental, imprimindo a elas o aspecto da legitimidade, reduzindo, ao mesmo tempo, os custos de transação social a níveis minimamente razoáveis.

Por fim, destaca-se que, para uma verdadeira mudança de paradigma na gestão dos recursos hídricos, propõe-se que o modelo encetado deve, de forma indeclinável, estar orientado por uma perspectiva de longo prazo, baseada, precisamente, nas noções de desenvolvimento sustentável e de estratégia de demanda. Para tanto, faz-se imprescindível, além da responsabilização, participação e informação dos usuários, o conhecimento profundo dos componentes da demanda doméstica de água, das necessidades, quantitativas de outros setores.

6 REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, L. T. O debate internacional sobre instrumentos de política ambiental e questões para o Brasil. In: ENCONTRO NACIONAL DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE ECONOMIA ECOLÓGICA, 2., 1997, in Anais do II Encontro Nacional da Sociedade Brasileira de Economia Ecológica”, USP, São Paulo, 1997, p. 3-21.
- AZEVEDO, Luiz Gabriel T.; PEREIRA, Juliana M. Garrido. Água no mundo. Revista Plenarium. Brasília, Câmara dos Deputados, ano 3, n. 3, p.10, set. 2006.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 123-124.

CARNEIRO, Ricardo. Direito ambiental: uma abordagem econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CARRERA-FERNANDEZ, José; GARRIDO, Raymundo-José. Economia dos recursos hídricos. Salvador: Edufba, 2002.

CARVALHO, Antônio Manoel R. de; LEE, Francis e; AGUIAR, Maria do Amparo de. A cobrança pelo uso dos recursos hídricos no Brasil. Revista Anhanguera. Centro Universitário de Goiás, Goiás, v. 6, n.1, p.57-74, jan./dez. 2005.

CARVALHO, Rodrigo Speziali de. Breve discussão sobre o tema gestão de recursos hídricos e pacto federativo. Disponível em: <<http://www.cnrh-srh.gov.br/artigos/main.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2006.

CAUBET, Christian Guy. A água, a lei, a política... e o meio ambiente? Curitiba: Juruá, 2004.

CHACON, Suely Salgueiro. O uso da água e seu papel para o desenvolvimento sustentável. Disponível em: <http://www.cofecon.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=180&Itemid=103>. Acesso em: 29 set. 2008.

CORREIA, Fernando Alves. O plano urbanístico e o princípio da igualdade. Coimbra: Almeidina, 1989.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Direito ambiental e questões jurídicas relevantes. Campinas: Millennium, 2005.

DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIAS, Paulo José Leite. Água: bem jurídico econômico ou ecológico. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

FRANCA, Dalvino Troccoli; CARDOSO NETO, Antônio. Água e sociedade. Revista Plenarium. Brasília, Câmara dos Deputados, ano 3, n. 3, p. 20-30, set. 2006.

GARRIDO, Raymundo José Santos. Alguns pontos de referência para o estágio atual da política nacional de recursos hídricos. In: Estudo das águas no Brasil: 2001-2002.

FREITAS, Marcos Aurélio Vasconcelos de (Org.). Brasília: Agência Nacional de Águas, 2003. p. 6.

GRAF, Ana Cláudia Bento. Água, bem mais precioso do milênio. Revista CEJ, Brasília, V. 4 n. 12, p. 30-39, set./dez., 2000.

IORIS, Antônio Augusto Rossotto. Passado e presente da política de gestão de recursos hídricos no Brasil. Revista Finisterra. Lisboa, ano XLI, n. 82, p. 87-99, 2006.

LEAL, M. S. Gestão ambiental de recursos hídricos por bacias hidrográficas: sugestões para o modelo brasileiro. 1997. 230f. Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil)-Curso de Pós-Graduação em Engenharia, UFRJ, 1997.

MACHADO, Carlos Saldanha (Org.). Gestão de águas doces. Rio de Janeiro: Interciência, 2004.

MACHADO, Carlos José Saldanha. Mudanças conceituais na administração pública do meio ambiente. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252003000400016&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 set. 2009.

NOVAES, Washington. Que se fará com a água? O Estado de São Paulo, São Paulo, 14 mar. 2003. p. A 2.

SERAFY, Salah El. Contabilidade verde e política econômica. In: CAVALCANTI, Clóvis (Org.) Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas. São Paulo: Cortez, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

VEINER, Carlos Bernardo. Diretor do Ippur critica mercantilização da água. Rio de Janeiro, 10 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/entrevistas/2005/02/entrevista2.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2007.

VIEGAS, Eduardo Coral. Visão jurídica das águas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ÁGUA PRODUZIDA E GESTÃO AMBIENTAL NA INDÚSTRIA DE COMBUSTÍVEIS BRASILEIRA

Patrícia Borba Vilar Guimarães
Yanko Marcius de Alencar Xavier

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende fazer uma abordagem conceitual acerca da gestão ambiental da água produzida, caracterizada como água subterrânea extraída nos processos produtivos de petróleo e gás natural. O exame dessa modalidade de exploração industrial dos recursos hídricos exige a integração entre as políticas específicas fundadas no direito ambiental, incluindo-se as Resoluções do CONAMA e as normas de gestão de recursos hídricos, com especial enfoque na Lei Federal 9.433/97, que estabelece a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) com seus instrumentos regulatórios próprios¹³⁴.

Realizou-se uma exploração bibliográfica do tema, com base em fontes primárias e secundárias, que possibilitasse o exame conceitual e a recomendação de procedimentos de tratamento integrado da gestão ambiental da água produzida.

Essa análise envolve os aspectos da outorga do direito de uso da água, tanto para a captação superficial ou subterrânea como para o lançamento de efluentes e a cobrança pelo uso da água, considerando ainda, nesse contexto regulatório de modo transversal, o enquadramento de águas doces. A integração dessas políticas pelo foco normativo demanda o estabelecimento de previsão das outorgas qualitativas para usos de água subterrânea, que favoreçam a aplicação dos instrumentos regulatórios com vistas à

134 GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. Meio ambiente e regulação de águas no Brasil: possibilidades de aplicação do princípio da precaução. In: CONPEDI, 15., 2006, Manaus. Anais... Manaus: Fundação Arthur Boiteux, 2006, 1-14.

conservação dos ecossistemas e ao desenvolvimento sustentável em atividades produtivas na indústria de combustíveis, prezando pela integração da gestão dos recursos hídricos superficiais e subterrâneos.

A necessidade de gestão dos recursos naturais imposta às sociedades contemporâneas requer o estabelecimento de padrões culturais que permitam fornecer algum controle sobre a utilização dos bens da natureza, em respeito ao ideal, já consolidado enquanto norma constitucional brasileira, do desenvolvimento sustentável. Esse fenômeno cultural tem produzido inúmeros instrumentos de regulação econômica para a gestão do uso dos bens ambientais, fundados em normas dos mais variados centros produtores, sejam eles constitucionais, como um conjunto de leis federais, estaduais, resoluções normativas e manifestações de Conselhos gestores específicos. Há entes estatais inovadores no contexto nacional, como os Comitês de Bacia Hidrográfica (CBH), que fazem parte desse intrincado sistema de gestão ambiental¹³⁵.

As águas subterrâneas e superficiais são elementos indissociados na determinação dos ciclos hidrológicos, e o estudo de instrumentos para a sua gestão integrada deve ser objeto de aprofundamentos, com vistas ao equilíbrio e sustentabilidade, pois as atividades humanas dependentes de água, das mais diversas naturezas, necessitam ser geridas de modo a que esse e outros insumos produtivos sejam utilizados de acordo com os princípios do desenvolvimento sustentável.

O País experimentou desde o final da década de 1980 o aprofundamento das questões institucionais ligadas ao meio ambiente e à gestão dos recursos naturais, como de resto aconteceu na maior parte dos países ocidentais e ocidentalizados, por força de um imperativo global em torno na conservação das espécies. A água, por conseguinte, é fundamental para vida, tendo-se tornado objeto de estudo dos especialistas, tanto para prevenir conflitos como para evitar ou solucionar problemas de escassez.

A implantação da Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), instituída pela Lei Federal n° 9.433/97, demandou a criação de instrumentos de gestão que vêm sendo estudados ao longo dos últimos dez anos, como forma de possibilitar a otimização dos modelos institucionais já implantados e de adquirir maturidade administrativa para a configuração de novos modelos. Essa especialização normativa da gestão de recursos hídricos permite realizar interpretações que conformam, em cada setor produtivo, a gestão do meio ambiente, consoante determina a Constituição Federal, na combinação dos artigos 170 e 225.

No caso da extração de águas subterrâneas, há um quadro legal significativo no Sistema Nacional de Gestão de Recursos Hídricos (SINGRH) que permite interpretações em situações concretas de implementação dos instrumentos para essa gestão. Saliente-se que, embora os usos de água subterrânea sejam disseminados em todos

135 GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; RIBEIRO, Márcia Maria Rios. Desafios da cobrança pelo uso da água no contexto federativo nacional de competências. In: SIMPÓSIO BRASILEIRO DE RECURSOS HÍDRICOS, 17., 2007, São Paulo. Anais São Paulo, ABRH, 2007, 13- 27.

os segmentos da sociedade, em todas as regiões do País, o sistema inaugurado pela PNRH ainda carece de efetividade nessa modalidade de exploração, embora tenha-se mostrado relativamente expressivo no tocante aos corpos hídricos superficiais¹³⁶.

Segundo dados da ANA¹³⁷, o Brasil não possui uma rede de monitoramento de águas subterrâneas, não obstante o intenso uso que se faz desse recurso, especialmente para abastecimento domiciliar e usos industriais. Estudos realizados sobre águas subterrâneas por órgãos estaduais propõem a criação de redes de monitoramento para aquíferos específicos sem que isso tenha sido efetivamente realizado¹³⁸. Há, entretanto, uma tendência de superação da carência de dados, uma vez que a gestão integrada dos recursos hídricos demanda o entendimento do sistema ambiental como um todo, pois o aquífero pode ser definido como um subsistema, parte indissociada do grande ciclo hidrológico.

Especialmente no setor produtivo industrial, é conhecido o potencial negativo da exploração dos recursos naturais, causador de inúmeras externalidades negativas, seja pela adoção de sistemáticas em desacordo com novos paradigmas de desenvolvimento sustentável, seja pelos elevados padrões de degradação ambiental que as atividades dessa natureza sugerem. Nesse caso específico, a gestão de usos da água demanda intensa aplicação dos instrumentos de gestão determinados pela PNRH: o enquadramento de águas em classes, a outorga do direito de uso da água bruta e a cobrança pelo uso da água bruta, idealizados pelo legislador nessa mesma ordem de encadeamento.

2 USOS INDUSTRIAIS DA ÁGUA: PROPEDÊUTICAS DO TEMA

Em face do fato de que a atividade econômica mundial é absolutamente dependente do uso dos recursos naturais, o planejamento dessas atividades exige que se considerem os princípios do desenvolvimento sustentável.

O uso da água subterrânea pelo setor industrial é bastante valorizado, tanto pelos requisitos qualitativos úteis a determinados processos produtivos como em relação a volumes quantitativos, pela acessibilidade em tese indeterminada que proporciona essa modalidade de captação. Esse tipo de usuário é maior causador de impactos ambientais, pela intensidade com que se utiliza dos recursos naturais e pelo potencial gerador de resíduos, com alcance efetivo de mananciais superficiais e subterrâneos. É igualmente caracterizador de um setor economicamente expressivo em qualquer sistema econômico. Todos esses elementos necessitam ser considerados em nível global, regional e local.

136 ANA: CADERNO BRASIL DE RECURSOS HÍDRICOS. **Disponibilidades e demandas de recursos hídricos**. Brasília: MMA, v. 2, 2007.

137 Op. cit.

138 Op. cit.

Os usos mais comuns em áreas de concentração industrial significativa são: torres de resfriamento; caldeiras; construção civil, incluindo preparação e cura de concreto e compactação do solo; irrigação de áreas verdes de instalações industriais, lavagens de pisos e alguns tipos de peças, principalmente na indústria mecânica; nos processos industriais propriamente ditos¹³⁹. Os usos de água por segmento industrial refletem a grande relevância do processamento industrial de petróleo, gás (P&G) e biocombustíveis (Tabela 1).

Tabela 1- Uso de Água por Segmento Industrial¹⁴⁰

ATIVIDADE	MÍNIMO	MÁXIMO
Indústria química	0,3 m ³ /t	11m ³ /t
Cervejarias	5 m ³ /m ³	13 m ³ /m ³
Usinas de açúcar e álcool	Cana 15 m ³ /t	Cana 32 m ³ /t
Siderúrgicas	50 m ³ /t aço	200m ³ /t aço
Refinarias	78 m ³ /t álcool	760m ³ /1000m ³ petróleo
Têxteis	160 m ³ /t tecido	680m ³ /t tecido
Petroquímica	150 m ³ /t	800m ³ /t
Celulose e papel	25 m ³ /t	216 m ³ /t

A proteção jurídica em geral conferida aos dos mananciais de águas doces por meio dos instrumentos de gestão da PNRH pode ser dirigida para diversos fatores, como, por exemplo, a outorga de direitos de uso com vazões compatíveis com a proteção de aquíferos em razão da exploração ou bombeamento excessivo. Outra situação comum diz respeito ao fato de que a vazão de água subterrânea de aquíferos adjacentes a áreas costeiras pode provocar a intrusão de água salina, tornando-os inadequados como fontes de água potável ou para outros usos que não toleram salinidade elevada¹⁴¹. Na outra ponta do problema está a outorga para efluentes, prevista na legislação de recursos hídricos¹⁴².

Na natureza os aquíferos subterrâneos são alimentados por meio de zonas ou áreas de recarga, ou diretamente, por meio de irrigação ou precipitações. Segundo Hes-

139 HESPANHOL, Ivanildo. Potencial de reúso de água no Brasil: agricultura, indústria, Municípios, recarga de aquíferos. Revista Brasileira de Recursos Hídricos, São Paulo, v. 7, n. 4, p. 75-95, out./dez. 2002.

140 Fonte: ANA, op. cit.

141 HESPANHOL, op. cit.

142 BRASIL. Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Define a Política Nacional de Recursos Hídricos, os princípios e instrumentos da sua gestão.

panhol¹⁴³, a possibilidade de recarga artificial de aquíferos pode ser direcionada para diversos objetivos (Quadro 1).

Quadro 1 – Funções e usos da recarga artificial de aquíferos subterrâneos¹⁴⁴

Proporcionar tratamento adicional de efluentes	Proporcionar reservatórios de água para uso futuro
Aumentar a disponibilidade de água em aquíferos potáveis ou não potáveis	Prevenir <i>subsidência</i> ¹ do solo
Prevenir a intrusão de cunha salina, em aquíferos costeiros.	Incremento produtivo na pressão na extração de petróleo

Na indústria de P&G, a extração de combustíveis fósseis de rochas subterrâneas agrega necessariamente a extração de água dos aquíferos. Essa água pode ser dispensada na natureza, com o devido tratamento desse efluente, ou reutilizada no processo produtivo, mediante a reinjeção nos aquíferos, como forma de incrementar a pressão de extração desses hidrocarbonetos.

A quantidade de água produzida associada com óleo pode alcançar de 50% em volume, a próximo de 100% ao fim da vida econômica dos poços¹⁴⁵. Essa variação ocorre em consonância com a mudança dos estágios de vida do reservatório, sendo que se verifica um incremento acentuado do volume quando da irrupção da água, para, depois, esse ritmo de produção diminuir até ser alcançado o limite econômico.

No tocante à extração de água subterrânea na produção de P&G, existe regulamentação específica sobre o tema, caracterizando não só a água de injeção como a água produzida. A Resolução impõe o tratamento de efluentes na extração de P&G em plataformas marítimas e conceitua a água produzida no Art. 2º, I, como “[...] a água normalmente produzida junto com o petróleo”¹⁴⁶, também denominada água de processo ou de produção.

A mesma Resolução define no Art. 2º, II, área ecologicamente sensível como “[...] regiões das águas marítimas ou interiores, definidas por ato do Poder Público, onde a prevenção, o controle da poluição e a manutenção do equilíbrio ecológico exigem medidas especiais para a proteção e a preservação do meio ambiente”, fazendo referência expressa além das águas marítimas, fato relevante na delimitação dessa temática, também às águas interiores, que são interpretadas como os corpos hídricos das mais

143 Op. cit.

144 Fonte: adaptado de HESPANHOL, op. cit.

145 THOMAS, José Eduardo (Org.) Fundamentos de engenharia do petróleo. 2. ed. Rio de Janeiro: Interciência; PETROBRAS, 2004.

146 CONAMA. Resolução 393, de 8 de agosto de 2007. Dispõe sobre o descarte contínuo de água de processo ou de produção em plataformas marítimas de petróleo e gás natural, e dá outras providências. Brasília: MMA, 2007.

variadas tipologias, como rios, lagos, em mananciais superficiais e subterrâneos.

No contexto de reúso da água como mecanismo de mitigação das externalidades negativas e otimização da produção industrial na indústria de P&G, a Agência Nacional do Petróleo (ANP) define, consoante o conjunto legislativo que regula a produção nacional de combustíveis derivados de hidrocarbonetos, a água de injeção como

Água injetada em reservatório, com o objetivo de forçar a saída do petróleo da rocha-reservatório, deslocando-o para um poço produtor. Este método é conhecido como “recuperação secundária”, e é empregado quando a pressão do poço torna-se insuficiente para expulsar naturalmente o petróleo¹⁴⁷.

A ocorrência da utilização dessa tecnologia tanto pode utilizar-se de águas salgadas, no caso de emprego em produção off-shore, nas plataformas marítimas, como na exploração em terra, quando serão utilizados recursos hídricos caracterizados como águas doces.

O lançamento de efluentes de água produzida deve ser tratado em consonância com a legislação ambiental, em função de problemas como o elevado volume, pois em média para cada m³/dia de petróleo produzido são gerados 3 a 4 m³/dia de água, podendo chegar a 7 ou mais; nas atividades de exploração, perfuração e produção, a água produzida corresponde a 98% de todos os efluentes gerados, da presença de sais, óleos e outros elementos nocivos, da temperatura elevada, ausência de oxigênio¹⁴⁸.

Já na indústria de biocombustíveis, que no País está baseada na agroindústria, especialmente no segmento sucroalcooleiro, a relevância da gestão do uso da água é bastante expressiva, em função da irrigação das culturas e do uso de pesticidas e herbicidas contaminantes de aquíferos subterrâneos e corpos hídricos superficiais.

3 A LEGISLAÇÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DOS AQUÍFEROS SUBTERRÂNEOS

A Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) apresenta instrumentos de gestão que não diferenciam o tratamento de águas superficiais e subterrâneas, permitindo, portanto, a sua gestão integrada. Especificamente no tocante à qualidade de águas subterrâneas, há regulamentação específica contida na Resolução 396/08 do CONAMA.

147 ANP 2008. Disponível em: <www.anp.gov.br>. Acesso em: 2 de setembro. 2008.

148 THOMAS, op. cit., p. 266-267.

Essa norma estabelece formalmente a integração desejada entre a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) e a PNRH, “[...] a fim de garantir as funções social, econômica e ambiental das águas subterrâneas”, quando determina que “Art. 1o – Esta Resolução dispõe sobre a classificação e diretrizes ambientais para o enquadramento, prevenção e controle da poluição das águas subterrâneas”¹⁴⁹. Trata-se, portanto, de mecanismo regulatório específico de apoio à gestão de águas subterrâneas.

A Resolução estabelece, em termos gerais, a necessidade de articulação entre os órgãos gestores de recursos hídricos (Art. 20)¹⁵⁰. Fornece todas as definições necessárias à interpretação da mesma (Art. 2º) e classifica as águas subterrâneas em cinco classes (Art. 3º), no artigo 3º¹⁵¹. A classificação procura estabelecer referências acerca dos aspectos intrínsecos que determinam sua qualidade e viabilizar o enquadramento em classes determinantes da qualidade das águas.

Há relação direta entre o enquadramento dos corpos de água com o instrumento de outorga, em razão de dispositivos da Lei 9.433/97, uma vez que a outorga (Art. 13) “[...] deverá respeitar a classe em que o corpo de água estiver enquadrado [...]”. Em função desse dispositivo, todas as análises de pedidos de outorga, seja de captação de água ou de lançamento de efluentes, deverão considerar as condições de qualidade estabelecidas pelas classes de enquadramento. Institucionalmente, cabe ao Comitê de Bacia Hidrográfica a responsabilidade pela aprovação da proposta de enquadramento dos corpos de água em classes de uso, para posterior encaminhamento ao respectivo Conselho de Recursos Hídricos Nacional ou Estadual, de acordo com o respectivo domínio dos corpos de água.

Também reflete a necessidade de gestão compartilhada das águas subterrâneas pelos órgãos tradicionais de gestão, colocados pela PNRH, pelos órgãos ambientais e pelos agentes de saúde, com vistas à prevenção de poluição e contaminação dos aquíferos (Art. 21)¹⁵².

Segue uma síntese dos principais elementos legais disciplinadores dessa temática em nível federal (Tabela 2).

149 CONAMA. Resolução 396, de 07 de abril de 2008. Dispõe sobre a classificação e diretrizes ambientais para o enquadramento das águas subterrâneas e dá outras providências. Brasília: MMA, 2008.

150 Ibid.

151 Ibid.

152 Ibid.

Tabela 2 - Panorama Nacional de Leis e Resoluções sobre águas superficiais e subterrâneas

LEIS E RESOLUÇÕES	ESPECIFICAÇÃO
Lei 9.433/97	Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e cria o Conselho Nacional de Recursos Hídricos e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.
Resolução CNRH 15/01	Estabelece diretrizes gerais para a gestão de águas subterrâneas.
Resolução CNRH 22/02	Estabelece diretrizes para inserção das águas subterrâneas no instrumento Planos de Recursos Hídricos.
Resolução CONAMA 20/86	Dispõe sobre a classificação das águas doces, salobras e salinas do Território Nacional.
Resolução CONAMA 357/05	Dispõe sobre a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para o seu enquadramento, bem como estabelece as condições e padrões de lançamento de efluentes, e dá outras providências.
Resolução CONAMA 396/08	Dispõe sobre a classificação e diretrizes ambientais para o enquadramento das águas subterrâneas e dá outras providências.

Usos específicos de água subterrânea como os demandados pela indústria de P&G estão a requerer interpretações do conjunto legal existente para adequação aos objetivos da PNMA.

4 INTEGRAÇÃO DA GESTÃO NA EXPLORAÇÃO DE ÁGUAS SUBTERRÂNEAS NA INDÚSTRIA DE COMBUSTÍVEIS

4.1 Aspectos gerais do problema

Por força do inegável valor do componente água nos processos produtivos da indústria de petróleo, gás e biocombustíveis, e da necessidade de integração das políticas de gestão de águas superficiais e subterrâneas, permitindo interpretações legais que favoreçam a operacionalidade da gestão, consoante o princípio da legalidade, impõe-se o tratamento conjunto das normas de proteção de recursos hídricos no contexto nacional.

O papel fundante do Direito e da proteção dos direitos fundamentais dos atores sociais, enquanto legitimadores dessas políticas necessita ser avaliado, sob o enfoque do direito ao desenvolvimento, com respeito aos princípios normativos que conduzem ao desenvolvimento sustentável e ao aprofundamento do Direito das Águas. Embora seja o território nacional notabilizado pela grande disponibilidade do recursos hídricos, as atuais formas de gestão com suas instituições específicas, dentre elas normas

constitucionais e infraconstitucionais, recomendam a valoração econômica desse bem com vistas à sua proteção contra degradação e usos indevidos. São práticas de gestão, portanto, baseadas em regulamentos muito específicos, instrumentos e princípios de natureza já consagrada no Direito Ambiental, como o princípio da precaução, do usuário-pagador e do poluidor-pagador.

4.2. A gestão em nível local nos comitês de bacias hidrográficas

A gestão das águas doces em corpos hídricos superficiais e subterrâneos, nos termos da Lei 9.433/97, encontra-se delegada aos Comitês de Bacia Hidrográfica, que são entes de Estado criados dentro do espírito de subsidiariedade da norma – para permitir a gestão descentralizada do processo decisório ao nível local, com a participação dos usuários do sistema, do Poder Público e da sociedade civil. A mesma lei assim expressa:

Art. 38. Compete aos Comitês de Bacia Hidrográfica, no âmbito de sua área de atuação:

I – promover o debate das questões relacionadas a recursos hídricos e articular a atuação das entidades intervenientes; II – arbitrar, em primeira instância administrativa, os conflitos relacionados aos recursos hídricos; III – aprovar o Plano de Recursos Hídricos da bacia; IV – acompanhar a execução do Plano de Recursos Hídricos da bacia e sugerir as providências necessárias ao cumprimento de suas metas; V – propor ao Conselho Nacional e aos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos as acumulações, derivações, captações e lançamentos de pouca expressão, para efeito de isenção da obrigatoriedade de outorga de direitos de uso de recursos hídricos, de acordo com os domínios destes; VI – estabelecer os mecanismos de cobrança pelo uso de recursos hídricos e sugerir os valores a serem cobrados¹⁵³.

Por sua vez, especificamente no tocante à cobrança pelo uso da água, assim trata a mesma lei:

Art. 44. Compete às Agências de Água no âmbito de sua área de atuação: (...) XI – propor ao respectivo ou respectivos Comitês de Bacia Hidrográfica: a) o enquadramento dos corpos de água nas classes de uso, para encaminhamento ao respectivo Conselho Nacional ou Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos, de acordo com o domínio destes; b) os valores a serem cobrados pelo uso de recursos hídricos; c) o plano de aplicação dos recursos arrecadados com a cobrança pelo uso de recursos hídricos¹⁵⁴.

153 BRASIL, 1997.

154 Ibid.

A maioria dos Estados da Federação já legislou sobre a gestão dos recursos hídricos. Um dos aspectos que podem se apresentar como mais polêmicos e contraditórios dizem respeito à destinação dos recursos da cobrança nas leis estaduais. A Lei Federal 9.433/97 estatui parâmetros bem definidos para a aplicação dos recursos obtidos com a cobrança, a saber:

Art. 22. Os valores arrecadados com a cobrança pelo uso de recursos hídricos serão aplicados prioritariamente na bacia hidrográfica em que foram gerados e serão utilizados:

I – no financiamento de estudos, programas, projetos e obras incluídos nos Planos de Recursos Hídricos¹⁵⁵.

A Resolução n° 48 do Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH) também disciplina os critérios para a cobrança:

Art. 1º - Estabelecer critérios gerais para a cobrança pelo uso de recursos hídricos nas bacias hidrográficas.

Parágrafo único. Os critérios gerais estabelecidos nesta Resolução deverão ser observados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos competentes Comitês de Bacia Hidrográfica na elaboração dos respectivos atos normativos que disciplinem a cobrança pelo uso de recursos hídricos (CNRH, 2005).

Além de estabelecer linhas gerais, essa resolução é bastante clara ao impor que a cobrança estará sempre condicionada à prévia aprovação pelos Comitês de Bacias Hidrográficas e respectivos Conselhos Estaduais, conforme texto do Art. 6º, I e IV da Resolução do CNRH (CNRH, 2005). Esse fator de limitação será importante para legitimar as decisões em nível estadual. Estariam os CBH preparados para decidir acerca de questões de especialidade técnica acentuada, como as que envolvem a indústria de combustíveis? O processo de informação de normas e regulamentos é fundamental nas escolhas e deve ser facilitado pela integração legislativa e dos entes de controle e gestão.

4.3 A exploração industrial de água subterrânea na indústria de combustíveis: experiências nacionais

Em face das características peculiares da região Nordeste do Brasil, fatores como a desigualdade regional, a adversidade climática, a escassez de recursos hídricos e certa fragilidade institucional, refletida na necessidade de implantação plena dos instru-

155 Ibid.

mentos da PNRH, repercutem de forma generalizada sobre os aspectos da ocupação do espaço territorial e da sua exploração pelo homem. Esses fatores reforçam a necessidade de estudos contextualizados que favoreçam o desenvolvimento qualitativo e sustentável. As águas subterrâneas são de uma importância ímpar, em razão da sua significativa parcela de contribuição para a formação do ciclo hidrológico. Representam 97% dos recursos hídricos disponíveis e servem a mais da metade da população mundial, especialmente nas regiões semiáridas¹⁵⁶. Embora sejam conhecidos os potenciais econômicos das águas subterrâneas, pouco tem sido feito em termos de normas que disciplinem esse importante recurso natural, o que vem ameaçando consideravelmente a sustentabilidade hídrica dos mananciais. A geopolítica das águas subterrâneas, em função das condições naturais, produz complexas interações, e a depleção natural desse recurso tem forçado os entes de gestão a encontrar condições de cooperação, motivados pela necessidade de expansão econômica com respeito ao meio ambiente. O aspecto transfronteiriço dos sistemas aquíferos é uma característica muito importante, já que muitos deles extrapolam os limites das regiões hidrográficas.

A Chapada do Apodi é um extenso planalto com cerca de 80 a 140 metros acima do nível do mar, delimitado pelo vale do rio Jaguaribe para o oeste e se estende para além do rio Apodi a leste. Seu território localiza-se cerca de 35% no Ceará e 65% no Rio Grande do Norte, e situado a partir da perspectiva das capitais Fortaleza e Natal. Possui um grande sistema aquífero, denominado Sistema Aquífero Apodi, que inclui o subsistema calcário Jandaíra e o subjacente Arenito Açú. A estrutura geológica que contém esse sistema aquífero é geologicamente conhecida como Bacia Potiguar, que avança sobremaneira no Rio Grande do Norte. A região se caracteriza pela presença forte da fruticultura irrigada¹⁵⁷, mas notabiliza-se igualmente pelo fato de repousar sobre esse sistema aquífero a maior concentração de produção de água na extração de petróleo nessa bacia (PETROBRAS, 2008a).

Além de problemas de dominialidade e competências definidas em função dos órgãos gestores de cada Estado, o sistema jurídico nacional relativo ao tema encontra uma profusão de normas ambientais genéricas fundadas nos princípios da precaução, bem como regulamentação específica da gestão de recursos hídricos com vigência nesse tema. Os Estados do Rio Grande do Norte e Ceará têm avançado na implantação dos instrumentos da PNRH, especialmente no tocante à outorga dos direitos de uso; em especial, o Ceará já pratica em seu domínio territorial a cobrança pelo uso da água. Entretanto, não se registram ainda situações de cobrança pelo uso da água bruta na indústria de petróleo, gás e biocombustíveis.

156 MIERZWA, José Carlos; HESPANHOL, Ivanildo. Água na indústria: uso racional e reúso. São Paulo: Oficina de textos, 2005. 143p.

157 THE WORLD BANK. Sustainable groundwater management: concepts and tools. Brazil: promoting management of an inter-state aquifer under development for irrigated agriculture: the case of the Chapada do Apodi. Washington D.C.: GW•MATE Briefing Note Series, 2007.

Apesar desse fato, a Petrobras realiza desde 2004 experimentos nas bacias produtoras coincidentes com os aquíferos da região, baseados no reúso de água produzida.

Situações como essa denotam que o mercado tem se antecipado nas questões de relevância para as práticas sustentáveis, pressionadas pelo contexto regulatório formal, ou mesmo pela opinião pública, que efetua certo controle social em situações e problemáticas desse tipo. Nas usinas experimentais de Guamaré-RN e no campos produtivos de Canto Amaro-CE, situados sobre a Bacia Potiguar, a água produzida é reinjetada no aquífero ou processada para retirada de impurezas e reutilizada na irrigação de campos de produção de biomassa para produção de biocombustíveis¹⁵⁸¹⁵⁹160 (Figura 1).

Entretanto, ainda não se registram nesse contexto os procedimentos relativos à implantação dos instrumentos de gestão da PNRH, como o enquadramento, outorga ou cobrança.

158 PETROBRAS. Solução sustentável. Infográficos. 2006. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/pordentrotecnologia/index.shtml>>. Acesso em: 11 set. 2008.

159 PETROBRAS. Campos de petróleo no Brasil. 2008a. Disponível em: <http://www2.petrobras.com.br/portugues/ads/ads_Petrobras.html>. Acesso em: 9 set. 2008.

160 PETROBRAS. Melhoria nas instalações de Canto do Amaro. Informativo Notícias RN-CE, ano 14, n. 668, 10 set. 2008b.

Figura 1 – Usinas de biocombustíveis experimentais e industriais operadas pela Petrobras.

Usinas de Biodiesel	Usinas Experimentais Em operação desde 2005/2006		Usinas Industriais Entrarão em operação no primeiro trimestre de 2008			
	UEB01 Guamaré (RN)	UEB02 Guamaré (RN)	CAÑDEIA SIBA	MONTES CLAROS (MG)	QUIXA DÁ (CE)	TOTAL
Investimento	R\$ 10 milhões	R\$ 10 milhões	R\$ 70 milhões	R\$ 73,4 milhões	R\$ 76 milhões	R\$ 227 milhões
Capacidade De Produção	Está sendo ampliada para 6,8 milhões de litros/ano	10,6 milhões de litros/ano	57 milhões de litros/ano	57 milhões de litros/ano	57 milhões de litros/ano	171 milhões de litros/ano
Insumos	Agricultura familiar: Mamona	Agricultura familiar: Mamona	Agricultura familiar: Amendoim, Dendê, Girassol, Mamona	Agricultura familiar: Algodão, Amendoim, Girassol, Mamona	Agricultura familiar: Algodão, Amendoim, Girassol, Mamona	x x x x x x x
	Agronegócio: Soja	Agronegócio: Soja	Agronegócio: Soja, Cordura animal, Algodão, Outros fornecedores: Óleos residuais ("óleo de cozinha")	Agronegócio: Soja, Cordura animal, Outros fornecedores: Óleos residuais ("óleo de cozinha")	Agronegócio: Soja, Cordura animal, Outros fornecedores: Óleos residuais ("óleo de cozinha")	
Agricultura Familiar (emprego e renda)	4.000 famílias		30 mil famílias	15 mil famílias	25 mil famílias	70 mil famílias

Fonte: PETROBRAS, 2008a.

Compensações ambientais, consideradas no sentido lato, seriam medidas úteis e legítimas em situações assemelhadas à descrita, registrando-se em outras sistemáticas nas quais o agente poluidor ou degradador realiza algum tipo de mitigação das externalidades negativas.

Na região Sudeste, onde existe a maior concentração de refinarias de petróleo instaladas, grandes usuárias de água nos processos produtivos, existem estimativas de cálculo de valores para cobrança de água doce, relatadas em experimentos de Peres e Magrini¹⁶¹ em simulações para a cobrança com critérios estabelecidos pelo Comitê de Bacia Hidrográfica do Vale do Paraíba (CEIVAP), dos mais avançados na aplicação dos instrumentos da PNRH. Esse cálculo mostrou que a cobrança por si só não in-

161 PERES, Antonio Luis. MAGRINI, Alessandra. A política de recursos hídricos no Brasil e seus reflexos sobre a gestão de água na indústria. In: SZKLO, Alexandre Salem; MAGRINI, Alessandra (Org.) Textos de discussão em geopolítica e gestão ambiental do petróleo. Rio de Janeiro: Interciência, 2008. p. 408.

centiva medidas importantes para a redução no uso da água das refinarias de petróleo, incentivando apenas a eliminação de desperdícios, devendo ser complementada por outras medidas de gestão colocadas na PNRH.

Deve ser considerado também que a outorga do direito de uso abrange igualmente o lançamento de efluentes (CNRH, 2001a), fato que atinge sobremaneira a gestão da água produzida no Brasil.

Outra problemática se faz presente nesse ambiente de discussão, representada pela participação dos CBH como entes de Estado no processo de gestão participativa e descentralizada, consoante os princípios da Lei 9.433/97. Estariam esses entes preparados para o enfrentamento das questões de enorme relevância para o segmento produtivo industrial do País, compatibilizando interesses aparentemente antagônicos como o uso dos recursos naturais com respeito ao meio ambiente? Deve ser ressaltado que o amadurecimento e o processo de informação do CBH são fundamentais nos processos de gestão e decisão, incluindo-se especialmente o conteúdo jurídico das questões discutidas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há necessidade premente de compatibilização dos procedimentos formais de gestão de recursos hídricos, representados no sistema nacional de gestão pelo enquadramento, a outorga e a cobrança pelo uso da água bruta, com os procedimentos de licenciamento ambiental e as regulamentações específicas para o setor industrial de combustíveis. A Lei 9.433/97 elenca instrumentos de regulação de águas doces, como o enquadramento, a outorga e a cobrança que necessitam ser compatibilizados com a regulamentação da indústria de combustíveis, intensiva no seu uso, na captação e no lançamento de efluentes. Casos como os relatados denotam que o sistema produtivo tem-se antecipado nas propostas de gestão ambiental compatíveis com o desenvolvimento sustentável. Os mecanismos legais estão colocados à disposição do sistema de gestão, bastando para tal que a administração pública os exercite, conforme suas competências respectivas, de forma integrativa. Aos juristas cabe, nesse caso, a função interpretativa que propicie a eficácia desse sistema.

6 REFERÊNCIAS

- ANA.CADERNO BRASIL DE RECURSOS HÍDRICOS. Disponibilidades e demandas de recursos hídricos. Brasília: MMA, v. 2., 2007.
- ANP.Agência Nacional do Petróleo;. 2008. Disponível em: <www.anp.gov.br>. Acesso em: 2 de setembro. 2008.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília,1988.
- BRASIL. Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Define a Política Nacional de Recursos Hídricos, os princípios e instrumentos da sua gestão
- CONAMA. Resolução nº 20, de 1986. Dispõe sobre a classificação das águas doces, salobras e salinas do Território Nacional.
- _____. Resolução nº 357, de 2005. Dispõe sobre a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para o seu enquadramento, bem como estabelece as condições e padrões de lançamento de efluentes, e dá outras providências.
- _____. Resolução nº 393, de 8 de agosto de 2007. Dispõe sobre o descarte contínuo de água de processo ou de produção em plataformas marítimas de petróleo e gás natural, e dá outras providências. Brasília: MMA, 2007.
- _____. Resolução nº 396, de 07 de abril de 2008. Dispõe sobre a classificação e diretrizes ambientais para o enquadramento das águas subterrâneas e dá outras providências. Brasília: MMA, 2008.
- CNRH. Resolução nº22, de 24 de maio de 2002. Dispõe sobre a integração da água subterrânea nos plano de recursos hídricos. Brasília: MMA, 2002.
- _____. Resolução nº15, de 11 de janeiro de 2001. Estabelece parâmetros para o tratamento das águas subterrâneas. Brasília: MMA, 2001a.
- _____. Resolução nº 16, de 14 de maio de 2001. Dispõe sobre a outorga de recursos hídricos. Brasília: MMA, 2001b.
- _____. Resolução nº 48, de 21 de março de 2005. Estabelece critérios gerais para a cobrança pelo uso dos recursos hídricos.
- GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; RIBEIRO, Márcia Maria Rios. Desafios da cobrança pelo uso da água no contexto federativo nacional de competências. In: SIMPÓSIO BRASILEIRO DE RECURSOS HÍDRICOS, 17., 2007, São Paulo. Anais. São Paulo, ABRH, 2007.
- _____; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. Meio ambiente e regulação de águas no Brasil: possibilidades de aplicação do princípio da precaução. In: CONPEDI, 15., 2006, Manaus. Anais... Manaus:Fundação Boiteux, 2006, 1-14pp.
- HESPANHOL, Ivanildo. Potencial de reúso de água no Brasil: agricultura, indústria, Municípios, recarga de aquíferos. Revista Brasileira de Recursos Hídricos, São Paulo, v. 7, n. 4, p. 75-95, out./dez. 2002.
- MIERZWA, José Carlos; HESPANHOL, Ivanildo. Água na indústria: uso racional

e reúso. São Paulo: Oficina de textos, 2005. 143p.

NASCIMENTO, Livia Melo. Água produzida na extração de petróleo: o controle estatal sobre o seu uso, tratamento reaproveitamento e descarte. 2007. Monografia (Programa de Formação de Recursos Humanos no 36 da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis)-Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2007.

PETROBRAS. Solução sustentável. Infográficos. 2006. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/pordentrodatecnologia/index.shtml>>. Acesso em: 11 set. 2008.

_____. Campos de petróleo no Brasil. 2008a. Disponível em: <http://www2.petrobras.com.br/portugues/ads/ads_Petrobras.html>. Acesso em: 9 set. 2008.

_____. Melhoria nas instalações de Canto do Amaro. Informativo Notícias RN-CE, ano 14, n. 668, 10 set. 2008b.

PERES, Antonio Luis. MAGRINI, Alessandra. A política de recursos hídricos no Brasil e seus reflexos sobre a gestão de água na indústria. In: SZKLO, Alexandre Salem; MAGRINI, Alessandra (Org.) Textos de discussão em geopolítica e gestão ambiental do petróleo. Rio de Janeiro: Interciência, 2008.

THE WORLD BANK. Sustainable groundwater management: concepts and tools. Brazil: promoting management of an inter-state aquifer under development for irrigated agriculture: the case of the Chapada do Apodi. Washington D.C.: GW•MATE Briefing Note Series, 2007.

THOMAS, José Eduardo (Org.) Fundamentos de engenharia do petróleo. 2. ed. Rio de Janeiro: Interciência; PETROBRAS, 2004.

WIKIPEDIA. Subsidência. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Subsid%C3%Aancia>>. Acesso em: 4 set. 2008.

A CONSTRUÇÃO DE POÇOS FRENTE À NOVA LEI DE SANEAMENTO BÁSICO

Rafael Diogo Diógenes Lemos
Yanko Marcus de Alencar Xavier
Patrícia Borba Vilar Guimarães

INTRODUÇÃO

As cidades brasileiras cresceram vertiginosamente sem que as políticas públicas de saneamento acompanhassem suas necessidades. O tratamento desconstruído e sem objetivos definidos que era dado ao problema do saneamento básico prejudicava cada dia mais a população que necessitava de um tratamento de esgoto adequado e de uma ampla e efetiva distribuição de água. A Lei 11.445/07, de fevereiro de 2007, veio para revogar a Lei 6.528 de 1978. A diferença de quase trinta anos atrasou sobremaneira o serviço público de distribuição e tratamento de água e de esgotamento sanitário, havendo vários Municípios – inclusive capitais de Estados – com precária rede de esgoto, atendendo a menos da metade da população local.

A nova lei veio a sistematizar as políticas públicas de saneamento básico, estabelecendo princípios, objetivos, bem como maiores direitos aos usuários, instituição de órgão regulador contando com a participação popular, dentre outros. O novel dispositivo legal conferiu mais importância à matéria, que, até então, era tratada com certo descaso pelo Poder Público. Incluiu, também, o saneamento básico como elemento indissociável das políticas públicas relacionadas à saúde e ao meio ambiente, sendo aquele um elemento concretizador destes direitos fundamentais.

A despeito de inúmeros avanços, alguns questionamentos foram suscitados, como a possibilidade construção de poços segundo a Lei 11.445/07. O dispositivo controverso – Art. 45 e seus dois parágrafos – afirma que os donos de prédios não poderão utilizar-se de fontes alternativas de abastecimento de água, ao contrário do que previa

o Art. 96 do Código de Águas, estabelecendo as águas subterrâneas também como propriedade do respectivo terreno. Desta feita, a lei teria confrontado não apenas o Código de Águas mas também o direito à liberdade do indivíduo de não se filiar à rede pública de abastecimento de água, gastando menos ao se utilizar de águas subterrâneas provenientes das perfurações de poços, que, ademais, possuiriam parâmetros ainda melhores do que a água proveniente do sistema público de distribuição.

1 A Lei 11.445/07 – Uma interpretação histórica, genética e sistemática da nova Lei do Saneamento Básico.

O mês de fevereiro do ano de 2007 marcou uma transformação na questão do saneamento básico no Brasil, passando a vigorar a Lei 11.445/07, que revoga a anterior, Lei 6.528/78. O novel dispositivo legal visa não somente a universalizar o acesso ao saneamento básico, enquanto elemento inerente à dignidade humana, mas também um maior controle e participação popular na política federal de saneamento básico.

São claras as diferenças entre as leis; enquanto a Lei 6.528/78 centralizava a operação dos serviços públicos de saneamento básico, permitindo que os Estados realizem estudos para a fixação de tarifas, desde que observadas as normas emanadas da União (Art. 2º), a Lei 11.445/07 institui a política federal de saneamento básico, demonstrando uma visão a longo prazo e não somente imediatista; guarda, ainda, compatibilidade com normas constitucionais, como o Art. 21, XX, que afirma ser de competência da União estabelecer diretrizes para o saneamento básico, enquanto compete à União, ao Estado e aos Municípios a promoção de programas de saneamento básico (Art. 23, IX), cada qual conforme suas particularidades, bem como observa os princípios mais caros ao Direito ambiental – dentro do qual pode ser inserido – como o princípio da progressividade, princípio da integração, informação e do desenvolvimento sustentável. A lei que instituiu o Planasa – Plano Nacional de Saneamento –, Lei 5.318/67, também não estabelecia metas e prioridades bem definidas, não sendo adaptável às evoluções e necessidades do século XXI. Uma das poucas preocupações sociais do antigo dispositivo legal sobre saneamento básico era a cobrança de tarifas menores a serem pagas por usuários de menor poder aquisitivo, sendo criada a figura do subsídio cruzado, pelo Art. 11 do Decreto 82.587/78.

O saneamento básico, que já era tratado como assunto de máxima importância, ganha, indubitavelmente, o status de política pública, enquanto conjunto de ações estatais, visando à efetivação de direitos fundamentais. Enquanto política pública, compõe-se de três elementos: a) uma ação estatal orientada para a consecução de um fim; b) planejamento com diretrizes previamente estabelecidas; c) o objetivo a ser alcançado deve ser a concretização de um ou mais direitos fundamentais. Esses elementos são percebidos mediante análise da legislação própria e serão explanados ao longo deste texto.

O tratamento do saneamento básico não poderá mais ser tido como um assunto eminentemente político, com pouca (ou nenhuma) inferência da população, seja diretamente, seja indiretamente. Doravante, esse controle popular far-se-á necessário, conforme Art. 47 da Lei 11.445/07, seja no órgão de regulação, seja por intermédio do controle judicial das políticas públicas que envolvem a questão sanitária. Tem-se, assim, reforçada sua juridicidade, sendo a sociedade a principal beneficiária desse avanço.

Ainda, a Lei 11.445/07 estatui aspectos sociais do saneamento básico (Art. 29), prevê sua regulação (Art. 21 a 27), positiva direitos aos usuários do saneamento básico, tais como amplo acesso às informações sobre serviços prestados, acesso a relatório periódico sobre a qualidade dos serviços prestados (Art. 27), controle social dos serviços públicos de saneamento básico (Art. 47), dentre outros aspectos de semelhante importância não abordados na legislação anterior, que já aparentava defasagem frente ao atual cenário do desenvolvimento nacional.

A promulgação da lei foi precedida de amplo trabalho legislativo, com discussões técnicas e apresentações do projeto de lei a setores diversos da sociedade, na tentativa de discuti-lo visando à elaboração de uma lei o mais transparente e legítima possível.

Após, aproximadamente, trinta anos da anterior lei que tratava sobre o saneamento básico, o Brasil carecia de uma política de saneamento – sendo a Lei 11.445/07 considerada o marco regulatório do setor –, visto que havia, antes da supracitada lei, tão só práticas ineficazes e desencontradas acerca da matéria, a ponto de, no período 2001-2004, o Brasil figurar entre os piores países da América Latina, sendo que somente 50% da população brasileira dispunha de rede de esgotamento, havendo, ainda, um considerável aumento da tarifa, superior à inflação registrada no período¹⁶².

É de se ressaltar, ainda, que a Lei 11.445/07 não poderá ser interpretada sem a observância de outros dispositivos legais, como o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), Lei da Política Nacional dos Recursos Hídricos (Lei 9.433/97) e dispositivos constitucionais, mormente os Arts. 21, 23 e 225. Visto que uma interpretação isolada do direito é uma interpretação falha¹⁶³, entendemos que essas espécies legislativas citadas constituem as normas básicas que devem servir para uma correta e efetiva aplicação da nova Lei do Saneamento Básico.

2 DA POLÍTICA NACIONAL DE SANEAMENTO BÁSICO

A gestão do meio ambiente demanda planos multidisciplinares, com participação de todos os interessados e unindo o manejo dos diversos bens ambientais (recursos

162 Discurso do Senador Valmir Amaral, do PTB/DF. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Pronunciamento/detTexto.asp?t=362499>>. Acesso em: 14 out. 2008.

163 GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

hídricos, fauna, flora). Não mais pode se pensar o estudo e a administração do meio ambiente com políticas isoladas, sem conteúdo ou diretrizes definidas.

Desta feita é que a Lei 11.445/07 não visa apenas a regular a atividade de saneamento básico, senão instituir uma política federal do saneamento básico. Seguindo o modelo de outras normas similares (tais como a lei dos recursos hídricos, a lei que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, dentre outras), inicia a lei tratando dos princípios fundamentais dos serviços públicos de saneamento básico.

Os princípios são os mandamentos nucleares, a base de sustentação e o norte hermenêutico de qualquer espécie legislativa. Assim, a compreensão do dispositivo legal ora em comento não pode ser realizada senão sob a ótica de seus princípios, positivados no Art. 2º.

Basicamente, os serviços públicos de saneamento básico serão regidos pelo princípio da universalidade e integralidade do acesso (Art. 2º, I, II, III, IV, XI, XII), da transparência, segurança e do princípio à informação (Art. 2º, IX, X, XI) e da eficiência, redução de desigualdades e observância das particularidades locais (Art. 2º, V, VI, VII, VIII, XI, XII). Observe que, dada a amplitude, os incisos XI e XII podem ser considerados como parte de quaisquer das três subdivisões.

Esses “gêneros”, sob os quais alocamos os treze incisos do Art. 2º da lei do saneamento básico, não foram pinçados em vão; são, na verdade, desdobramentos de princípios constitucionais, mormente aqueles inscritos no Art. 1º, II e III, Art. 3º, 5º caput e Art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Distintos – mas não apartados – são as diretrizes que deverão nortear a política do saneamento básico, elencadas pelo Art. 48 da lei. Parte a lei da ideia de que a política de saneamento básico não deve ser suficiente, per si, devendo ser tratada em conjunto com demais políticas ambientais levadas a cabo pelo Poder Público, devendo compatibilizar o desenvolvimento social e econômico com a conservação, preservação e recuperação do meio ambiente. Traçando um paralelo com comentários de José Afonso da Silva acerca da Política Nacional do Meio Ambiente, tem-se que é uma exigência constitucional tratar o saneamento básico por intermédio de planos e diretrizes em consonância com o planejamento nacional, não cabendo ao Governo Federal a discricionariedade da aplicação do respectivo plano¹⁶⁴.

Digno de nota também é a evolução no campo da engenharia sanitária, que, antes voltada predominantemente para o saneamento básico, hoje se configura como engenharia ambiental, abrangendo aspectos multidisciplinares, incorporando à abordagem ecológica as visões econômica, tecnológica, cultural, social e outras. Essa evolução retrata fielmente a preocupação ambiental que permeia os mais diversos campos do conhecimento e, embora seja uma matéria relativamente recente no cenário nacional,

tornou-se uma constante nas várias abordagens científicas sobre o assunto¹⁶⁵.

Assim, podemos enumerar como as principais diretrizes da política de saneamento básico:

I – dar prioridade para ações que promovam equidade social e territorial no acesso ao saneamento básico: o Art. 2º, I da Lei 11.445/07 considera como princípio fundamental dos serviços públicos de saneamento básico a universalização do acesso. Assim, o Art. 48, I instrumentaliza o referido princípio, afirmando que a política de saneamento básico deverá dar prioridade às ações que promovam uma maior amplitude e equidade social no acesso ao saneamento, sendo uma preocupação encontrada nos objetivos da política federal de saneamento básico, quando ordena a prioridade de planos que implantação e ampliação dos serviços às populações de baixa renda, bem como o fornecimento de condições de salubridade ambiental aos povos indígenas, com soluções compatíveis com suas características socioculturais;

II – aplicação dos recursos financeiros de modo a promover o desenvolvimento sustentável, eficiência e eficácia: o grande desafio do direito ambiental é equilibrar o crescimento econômico com a preservação da natureza, tônica do princípio do desenvolvimento sustentável. Assim, todas as políticas públicas ligadas ao meio ambiente assumem o árduo mister de conciliar esses dois objetivos aparentemente inconciliáveis. Assim, o inciso segundo do Art. 48 prevê não apenas esse equilíbrio mas também a aplicação do princípio da eficiência e da eficácia (que pode ser tomada como a eficiência na esfera social) do saneamento básico;

V – o saneamento básico é elemento indissociável do direito à vida, à saúde, ambos direitos fundamentais previstos no Art. 5º, caput, CF/88, bem como inerente à dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil. Um saneamento básico eficiente e universal é instrumento capaz de prevenir doenças, proteger o meio ambiente, dentre outros importantes aspectos. Assim, o inciso quinto dispõe ser princípio da política de saneamento básico a melhoria da qualidade de vida, das condições ambientais e da saúde pública.

VII – ainda em observância aos princípios básicos do saneamento, previstos no Art. 2º desta lei, o Art. 48, VII prevê ser diretriz da política de saneamento básico a garantia de meios adequados para atender a população rural dispersa, inclusive mediante utilização de soluções compatíveis com suas características econômicas e sociais. O Art. 48,

165 MOTA, Francisco Suetônio Bastos. Conhecimentos para promoção do saneamento, saúde e ambiente. In: PHILIPPI Jr., Arlindo. Saneamento, saúde e ambiente: fundamentos para um desenvolvimento sustentável. Barueri: Manole, 2005.

VII instrumentaliza, portanto, um dos aspectos mais importantes da novel lei – que consiste em uma de suas principais inovações –, que é a universalização do acesso ao saneamento público, consistente no Art. 2º, I.

Da mesma forma, os objetivos da Política Federal de Saneamento Básico encontram compatibilidade com os princípios constitucionais e princípios do saneamento básico, estabelecendo como objetivo da Política Federal de Saneamento Básico o desenvolvimento nacional, redução de desigualdades regionais, geração de emprego e renda e inclusão social (Art. 49, I); proporcionando condições adequadas de salubridade ambiental às populações rurais e de pequenos núcleos urbanos isolados (Art. 49, IV); aplicando os recursos financeiros de modo a maximizar a salubridade ambiental, relação custo-benefício e de maior retorno social (Art. 49, V); promovendo o desenvolvimento institucional do saneamento básico (Art. 49, VIII); e a minimizando os impactos ambientais relativos à implantação de ações, obras e serviços de saneamento básico (Art. 49, X).

Não olvidemos que, como objetivos da Política Federal de Saneamento Básico, todas as ações relativas à área devem segui-los fielmente, guardando compatibilidade com os Arts. 48 e 49 da supracitada lei. As diretrizes, entretanto, não podem ser tratadas rigidamente, petrificadas, sem a observância da realidade socioeconômica de cada Município, a ponto de se transformarem em um entrave à efetivação do saneamento básico.

3 DO PLANO FEDERAL DE SANEAMENTO BÁSICO E DO SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES EM SANEAMENTO BÁSICO

O Art. 52 da Lei 11.445/07 prevê a instituição do Plano Nacional de Saneamento Básico, a ser elaborado pela Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, órgão ligado ao Ministério das Cidades, a qual é composta do Departamento de Águas e Esgoto, Departamento de Articulação Institucional e Departamento de Desenvolvimento e Cooperação Técnica.

O PNSB é, por disposição legal, multidisciplinar, abrangendo aspectos econômicos, sociais, culturais, jurídicos e ambientais. Enquanto conjunto de diretrizes, também não institui uma implantação imediata das obras sanitárias, prevendo uma progressividade no alcance de suas metas. Institui que o PSNB deve agir em conjunto com as demais políticas públicas da União, ressaltando a necessidade de uma convergência de ações socioambientais.

Estatui ainda que os planos regionais devem ser elaborados e executados em articulação com os Estados, Municípios e o Distrito Federal, transparecendo a importância

da adaptação do plano nacional para as diversas particularidades locais, sem a qual o plano pode tornar-se ineficaz.

Prevê, ainda, o Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico – SNISA – em atendimento à necessidade da informação à população da qualidade do serviço prestado, disponibilizando dados e estatísticas de modo a torná-los acessíveis ao maior número possível de cidadãos.

Embora a Lei 11.445/07 tenha institucionalizado o SINISA, em 1996 foi criado o Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS –, que vem coletando dados a respeito da matéria desde o ano de referência de 1995. A novel lei não só institucionalizou como fortaleceu, dando mais envergadura ao Sistema de Informações. Um importante avanço nesse sentido é a não obrigatoriedade do envio das informações, frente ao dispositivo legal revogado, ocorrendo essa obrigatoriedade, não somente em face dos usuários (Lei 11.445/07, Art. 27) mas também sendo pré-requisito para a contratação, junto ao Ministério das Cidades, o fornecimento de informações ao SINISA.

É objetivo do SINISA coletar e sistematizar dados relativos às condições da prestação dos serviços públicos de saneamento básico, disponibilizar informações relevantes para a caracterização da demanda e da oferta de serviços públicos de saneamento básico, permitir e facilitar o monitoramento da eficiência da prestação dos serviços de saneamento básico. Prevê ainda o Art. 52 que as informações do SINISA serão públicas e acessíveis a todos, bem como o apoio, pela União, da organização dos sistemas de informação em saneamento básico pelos titulares dos serviços.

4 A CONSTRUÇÃO DE POÇOS NA LEI 11.445/07

Inegáveis avanços teve a Lei 11.445/07 frente ao anterior dispositivo que regulava o saneamento básico, tais como a universalização do acesso, controle social, transparência na qualidade dos serviços, prestação ampla de informação aos consumidores, dentre diversos outros aspectos que delineamos ao longo do texto.

Todavia, um dos aspectos que mais gerou controvérsias encontra-se positivado pelo Art.45 da lei, em especial seu parágrafo 2º, que afirma que:

Ressalvadas as disposições em contrário das normas do titular, da entidade de regulação e de meio ambiente, toda edificação permanente urbana será conectada às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis e sujeita ao pagamento das tarifas e de outros preços públicos decorrentes da conexão e do uso desses serviços [...]

§2º A instalação hidráulica predial ligada à rede pública de abastecimento de água não poderá ser também alimentada por outras fontes.

O dispositivo legal ora em comento pretende garantir a universalização do saneamento, tido como princípio, inscrito no Art. 2º, I, impondo aos usuários a adesão aos serviços públicos sanitários. Em outras palavras, os poços tubulares profundos, alternativas de preço mais acessível e – algumas vezes – única opção para que o cidadão tenha acesso à água de qualidade e sem cortes ou interrupções no fornecimento, passariam a ser proibidos, diante da exclusividade do fornecimento pelas concessionárias.

Teme-se que com esse dispositivo se estabeleça um monopólio dessas concessionárias sem que elas tenham condições de fornecer um serviço adequado para a população, que ficaria prejudicada, seja com o não abastecimento de água, seja com sua má qualidade.

Nesse sentido, o Secretário Nacional de Saneamento Ambiental, Leodegar Tiscoski, afirma à Revista de Águas Subterrâneas que:

O propósito deste dispositivo não é estabelecer monopólio, mas sim preservar a segregação da rede pública de abastecimento para melhor controlar a qualidade do serviço prestado e poder responsabilizar o prestador de serviço por eventuais danos à saúde da população [...] O interesse primordial é a saúde pública que, neste caso, é atingida pela garantia plena no controle da qualidade da água¹⁶⁶.

É inquestionável que as prestadoras de serviços sanitários ainda não estão prontas para cumprir os objetivos e diretrizes da Lei 11.445/07, em especial prover a universalização do acesso ao saneamento básico, ou sequer prestar o serviço nos parâmetros regulados. Exemplificativamente, a Revista de Águas Subterrâneas informa que em fevereiro de 2008 foi constatado percentual de nitrato muito acima do índice permitido legalmente na água distribuída em Natal¹⁶⁷, denotando a inequívoca falha na prestação do serviço, que pode ocasionar danos à saúde de um número incomensurável de cidadãos; ainda, o relatório do SNIS de 2007, referente ao ano de 2006, mostra que dez Estados tem índice de atendimento com coleta de esgotos situado entre 10,1% a 20%; cinco Estados, com índice inferior a 10%; no quesito atendimento com abastecimento de água, oito Estados possuem índice entre 60,1% a 80%, e um Estado (Pará) apresenta índice aproximado menor do que 40%¹⁶⁸.

Esses são dados alarmantes e denota a necessidade de mudanças na área do saneamento básico, ocorridas posteriormente aos dados ora coletados. A universalização do

166 Revista de águas subterrâneas, ano 1. n. 4, mar.-abr. 2008. Disponível em: <<http://www.abas.org/imagens/revista4.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2008.

167 Ibid.

168 Disponível em: <<http://www.snis.gov.br>>. Acesso em: 18 out. 2008. Os dados relativos ao ano-base de 2007 ainda não estão disponíveis para consulta.

acesso ao saneamento básico, princípio da Lei 11.445/07, não ocorrerá imediatamente, visto serem necessárias políticas não apenas no campo ambiental, social e educacional mas também vultosos recursos financeiros para a disponibilidade de tão importante serviço para a população.

A Lei 11.445/07 prevê alternativas para locais ainda não atendidos pela rede sanitária; prevê o Art. 45, §1º que, na ausência de redes públicas de saneamento básico, serão admitidas soluções individuais de abastecimento de água e de afastamento e destinação final de esgotos sanitários, desde que observadas as normas próprias.

As críticas acerca desse tema giram em torno da instituição de um monopólio das concessionárias, retirando do usuário a liberdade de escolha. Argumentam, ainda, que as concessionárias não fornecem os serviços com a qualidade esperada, ou sequer abrangem toda a população – conforme índices colacionados anteriormente –, sendo a construção de poços uma necessidade para muitos que querem ter acesso ao fornecimento de água potável.

Essa não nos parece ser a mens legis. O Art. 45, §1º é a exceção que prevê que os usuários podem se valer de soluções individuais de abastecimento de água e de afastamento e destinação final do esgoto sanitário quando esse serviço não for disponibilizado pela rede pública. A Lei 11.445/07 não fechou os olhos para a realidade brasileira: o Estado do Pará possui índice de abastecimento de água potável inferior a 40% da população, e alguns outros Estados da Federação possuem índice inferior a 10% de atendimento de coleta de esgotos.

A utilização dessa alternativa, entretanto, só será lícita em locais onde tais serviços sanitários não são disponibilizados e observadas as normas editadas pela entidade reguladora e órgãos responsáveis.

Ademais, por não estabelecer um escuso monopólio das concessionárias de serviços sanitários, o Art. 45 e seus parágrafos atentam aos princípios mais caros ao Direito Ambiental, sobretudo o princípio da responsabilidade, da precaução e da progressividade.

No tocante ao temor acerca dos custos dos serviços sanitários e da qualidade de serviço, mister faz-se recordar que a Lei 11.445/07 prevê entidade reguladora própria que terá de, dentre outros objetivos, prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, estabelecer padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e definir tarifas que assegurem o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos.

4.1 Dos princípios da prevenção e da precaução

O princípio da prevenção está escudado na ideia de que os danos ambientais são de difícil ou impossível mensuração e reparação, devendo ser observado o adágio popular de que é melhor prevenir do que remediar. Ainda carece de uma maior densificação o conteúdo jurídico, quer do princípio da prevenção, quer do princípio da precaução

– tido por alguns autores como sinônimos –, ainda existindo grande controvérsias na doutrina e na jurisprudência, o que termina por prejudicar sua aplicação e reduzir sua juridicidade.

A despeito dessa problemática – que assola diversos conceitos do Direito ambiental, visto tratar-se de matéria eminentemente recente no cenário jurídico pátrio –, há um núcleo mínimo de convergência quanto à definição do princípio, sendo considerado como “[...] o dever jurídico de evitar a consumação de danos ao meio ambiente”¹⁶⁹. O princípio da prevenção é uma das balanças que, contraposta ao desenvolvimento econômico, deve ser equilibrado pelo princípio do desenvolvimento sustentável.

A diferença apontada entre a prevenção e a precaução é que, enquanto aquela trata de danos comprovados, com estudos científicos incontestáveis e informações precisas sobre o risco (ou o dano consumado) da atividade, a precaução age sobre atividade potencialmente perigosa. O princípio da precaução é típico da sociedade atual, em que recebemos informações novas – e muitas vezes, conflitantes – diariamente, sendo possível descobrir que uma determinada prática, até então de efeitos desconhecidos, seja tida como extremamente danosa ao meio ambiente. O princípio da prevenção¹⁷⁰, além de encontrar fundamento em importantes dispositivos legais como a Lei 9.605/98, Decreto 4.297/02 e tratados internacionais como a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, dentre outros, decorre, também, de uma hermenêutica do sistema nacional de proteção jurídica do meio ambiente¹⁷¹.

O Direito Ambiental gira em torno de práticas preventivas, dada a necessidade da promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto direito fundamental. Nesse tocante, atos tipicamente preventivos entram em constantes conflitos com outros direitos – em especial o direito à liberdade e o direito à liberdade de ofício ou profissão. Uma interpretação sistemática da constituição orienta pela validade de decisões no sentido de proibir ou suspender determinada atividade que pode ocasionar riscos ao meio ambiente. Nesse sentido, há uma clássica decisão emanada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, confirmando decisão em sede de cautelar, do juízo da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, suspendendo a comercialização de sementes de soja transgênica até a regulamentação das normas de biossegurança¹⁷².

169 MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 73

170 Entendemos, aqui, que parte da falta de juridicidade e de aplicação do princípio da prevenção e da precaução dá-se, exatamente, pela tentativa de diferenciação, por parte da doutrina, entre eles. Apenas firmando posicionamento acerca do assunto, entendemos que o princípio da precaução é englobado pelo da prevenção que, por seu turno, deve ser entendido no âmbito de a) prevenção de danos mais graves do que os cometidos; b) prevenção de danos, havendo riscos efetivos; c) prevenção de danos, havendo riscos potenciais.

171 NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. O conteúdo jurídico do princípio de precaução no Direito Ambiental brasileiro. In: FERREIRA, Helaine Silvini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Estado de Direito Ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

172 Apelação Cível 01000141661/DF. Rel. Assusete Magalhães. 8 ago. 2000. Disponível em: <www.trf1.gov.br>. Acesso em: 19 out. 2008.

O Art. 45, §2º da lei de saneamento básico guarda consonância com o princípio da prevenção ao proibir as vinculações prediais ligadas à rede pública de abastecimento de água de serem alimentadas por outras fontes.

A utilização de alternativas para o abastecimento de águas – em especial, a perfuração de poços – também vem ligada a alternativas para a destinação de dejetos, o que pode acabar por poluir as águas subterrâneas. No exemplo citado acima, onde fora encontrado alto percentual de nitrato na água distribuída no Município de Natal, a causa provável dessa contaminação é a existência de inúmeras fossas assépticas, comuns em Natal devido à deficiência na rede de coleta de esgotos¹⁷³.

O dispositivo legal ora em comento visa a coibir e a prevenir situações idênticas que ocorram em quaisquer cidades que sofram de idêntica deficiência no sistema de esgotos que a cidade de Natal. Assim, o Art. 45 revela-se como uma efetivação do princípio da prevenção, evitando que poluições aos aquíferos subterrâneos continuem, por construção irregular de poços e fossas sépticas.

Por outro lado, o princípio da prevenção não estatui uma paralisação no tempo, um medo constante de avanços. Seguindo a estrutura de princípio, esse poderá ser ponderado, especialmente quando, em confronto com a prevenção, se encontram a dignidade humana e a vida, dois dos elementos mais caros à carta constitucional pátria.

É nesse diapasão que o Art. 45, §1º prevê que, em localidades não alcançadas pelos serviços de saneamento básico, os usuários podem utilizar soluções alternativas para abastecimento de água e afastamento de esgoto sanitário, observadas as normas emanadas da entidade reguladora. O Art. 45, §1º configura-se, portanto, como uma aplicação a priori do princípio da proporcionalidade, quando a falta do serviço público de esgotamento sanitário puder prejudicar a dignidade humana, o direito à saúde e à vida.

4.2 Do princípio do usuário-pagador

Embora o meio ambiente seja tido como uso de bem comum do povo, sua utilização poderá ser paga, com tarifas impostas pelo Poder Público, visando à reparação e à conservação do bem ambiental utilizado. Afirma Henri Smets que:

Em matéria de proteção do meio ambiente, o princípio usuário-pagador significa que o utilizador do recurso deve suportar o conjunto dos custos destinados a tornar possível a utilização do recurso e os custos advindos de sua própria utilização. Este princípio tem por objetivo fazer com que

173 Há uma deficiência crônica no sistema de esgotos na cidade de Natal. Recentemente, obras no bairro turístico de Ponta Negra chegaram a ser suspensas por ser deficiente o sistema de esgotamento sanitário no bairro. Disponível em: < <http://tribunadonorte.com.br/noticia.php?id=69499>>. Acesso em: 19 out. 2008.

estes custos não sejam suportados nem pelos Poderes Públicos, nem por terceiros, mas pelo utilizador. De outro lado, o princípio não justifica a imposição de taxas que tenham por efeito aumentar o preço do recurso ao ponto de ultrapassar seu custo real, após se levarem em conta as externalidades e a raridade¹⁷⁴.

O princípio do usuário-pagador, poluidor-pagador ou da responsabilidade não se configura em um salvo-conduto para poluir; o Art. 225, §3º da Constituição Federal é expresso ao afirmar que os infratores sujeitar-se-ão a sanções administrativas ou criminais, além da obrigação de reparar o dano causado. Embora o conceito de poluidor-pagador traga uma noção de ato ilícito, o conceito de usuário-pagador não prevê o cometimento de um ato ilegal para o pagamento pelo recurso natural mas, tão somente, sua mera utilização.

Assim, o custo cobrado da utilização de algum recurso natural não deve ser proibitivo, afastando o acesso da população a esse bem, nem pode ser ínfimo, a ponto de não ser suficiente para a sua reparação pelo Poder Público.

A proibição, pelo Art. 45, de a instalação hidráulica predial ligada à rede pública ser alimentada por fontes alternativas prevê a obrigatoriedade do pagamento ao Poder Público da utilização do recurso natural. Isso porque o usuário que usa a rede pública de abastecimento de água – que também utiliza a rede pública de esgotamento –, utilizando, ainda, fontes alternativas, pagará um preço ínfimo, proporcionalmente à quantidade de esgoto produzido. Ele não estará contribuindo para o tratamento correto do esgoto produzido, em total dissonância ao que prega o princípio do usuário-pagador.

Ademais, ao construir poços – muitas vezes irregulares – potencialmente (ou efetivamente) poluidores dos aquíferos subterrâneos, o usuário dificilmente incidirá nas sanções (administrativas ou penais) correspondentes, dada a impossibilidade de atribuir a poluição a esse usuário. A vinculação à rede pública de abastecimento de água, sem o uso de fontes alternativas, é instrumento legal que visa a efetivar a responsabilidade ambiental, uma vez que, havendo poluição nas águas, o único causador possível é a concessionária dos serviços.

O Ministério da Saúde estabelece padrões rígidos de qualidade para que a água seja considerável potável. Quaisquer valores inferiores aos estabelecidos pelo órgão competente podem produzir graves doenças em quem a consumir, devendo ser responsabilizada a concessionária do serviço público, não apenas individualmente, mas coletivamente, por tratar-se de lesão a direito difuso. A utilização de fontes alternativas à rede pública dificulta a constatação deste nexo causal, entre a água com níveis aquém dos mínimos legais e a (in)atividade da concessionária pública.

174 SMETS, Henri apud MACHADO, op. cit., p. 53.

A despeito de configurar, a priori, uma vedação à liberdade de escolha do indivíduo, entre a utilização da água proveniente da concessionária pública ou de poços, o Art. 45 vem a fortalecer a responsabilização de quem utiliza recursos naturais, efetivando o princípio do usuário-pagador, bem como a tornar menos dificultosa uma possível responsabilização da concessionária que vier a descumprir as normas relativas à qualidade da água.

4.3 Da constitucionalidade do Art. 45

Muitos debates já se travaram acerca da constitucionalidade do dispositivo legal ora em comento, apesar da pequena quantidade de trabalhos escritos sobre o assunto. Por um lado, encontra-se o saneamento básico como direito fundamental do indivíduo, elemento intrínseco às políticas de saúde pública. Por outro lado, todas as práticas sanitárias – da distribuição de água à coleta de esgotos – também constituem matéria ambiental. Assim, o Art. 45, especialmente a vedação expressa da alimentação por fontes alternativas à ligação predial que for alimentada pela rede pública contida no §2º, representa um conflito entre o direito fundamental à saúde e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Conforme já analisamos, esse dispositivo legal não poderá ser analisado individualmente, sendo necessária uma interpretação sistemática, abarcando não apenas toda a Lei 11.445/07 – que nos apresenta como um dispositivo complexo, com objetivos, diretrizes, princípios, previsões de órgãos reguladores, direitos dos usuários, etc. – mas também com normas superiores, especialmente o Art. 5º, 6º, c/c 225 da Constituição Federal.

Os Arts. 5º e 6º estabelecem que todos têm direito, dentre outros, à vida e à saúde. O saneamento básico é indissociável das políticas de saúde pública, mormente quando analisamos que a falta de saneamento pode trazer inúmeras doenças que onerarão e poderão mesmo tornar inefetivo o direito à saúde. No tocante aos direitos fundamentais, todos estão interligados em uma mesma teia que é a possibilidade de custeio pelo Estado, também denominado de reserva do possível. A reserva econômica do possível aparece hoje como o grande vilão dos direitos fundamentais, e sua efetivação girará em torno, em última instância, da possibilidade econômica estatal de prestá-lo à população.

Do outro viés, vemos o saneamento básico como elemento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, Art. 225, CF/88, visto que as práticas sanitárias envolvem águas subterrâneas, lançamento de dejetos sólidos em solo e em águas doces, etc. O esgoto sanitário, a distribuição de água potável e outras práticas sanitárias previstas no Art. 11.445/07 constituirão uma ameaça ao meio ambiente; sua não prestação será uma lesão ao direito à saúde e ao direito a vida. A colisão entre os direitos é, segundo os críticos desse dispositivo, patente e carece de uma resolução.

Esse conflito entre direitos fundamentais ocorre quando os âmbitos normativos das normas concorrentes são por demais amplos que colidem entre si. Tal colisão seria solucionada aplicando a máxima da proporcionalidade ou com uma densificação dos princípios pelo legislador, criando leis específicas.

Tal especificação fora estabelecida pelo legislador ordinário ao estabelecer o §1º, que possibilita o acesso a fontes alternativas de água e de afastamento e destinação final do esgoto, desde que ausente a rede pública e conforme normas técnicas específicas do órgão regulador. Dada a pretensão de universalidade do acesso ao saneamento básico, é obrigatória a vinculação do particular ao sistema público de esgotamento sanitário; sendo esse ausente na localidade, o indivíduo poderá elaborar alternativas, desde que cumpridas as normas próprias.

Tal obrigatoriedade decorre ainda de se tratar de serviços indivisíveis e essenciais, de inegável utilidade pública. Ademais, como já se falou, o serviço público de saneamento básico demanda vultosos gastos. Aquele indivíduo que se utiliza de fontes alternativas de abastecimento de água utiliza a rede pública de esgotos pagando um preço ínfimo, sacrificando a própria sustentabilidade do econômica da rede pública de esgotamento sanitário.

Outro fator importante é a necessária responsabilização – perante os usuários e perante o meio ambiente – da concessionária. Caso sejam multiplicados poços e fossas assépticas, aumenta a probabilidade de poluição das águas subterrâneas, dificultando, proporcionalmente ao número de poços, a verificação da autoria. Por outro lado, sendo a concessionária do serviço público de esgotamento sanitário a única responsável por prestar os serviços, sendo ilícita qualquer alternativa individual, quaisquer danos, seja ao meio ambiente, seja à saúde individual do consumidor, será atribuída à concessionária que, respondendo objetivamente, dificilmente não será responsabilizada civil, administrativa e até criminalmente. É nesse sentido que Floriano de Azevedo Marques Neto afirma que

Deve-se, portanto, reconhecer que pode existir, potencialmente, benefício individual na possibilidade de não conexão às redes públicas de água e esgotamento urbano. Contudo, existe benefício coletivo que resulta da adesão de cada um dos usuários do serviço e da necessidade de financiar coletivamente a construção, manifestação e ampliação de tais infraestruturas, coletivas. Tal benefício coletivo se verifica também na integralidade do controle estatal sobre o destino dos resíduos sólidos e de esgotamento sanitário. No sopesar de interesses coletivos e privados, não parece excessiva ou desproporcional a prevalência dos primeiros sobre os últimos e, conseqüentemente, a exigência de que todos se filiem a este único sistema¹⁷⁵.

175 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo apud MUKAI, Toshio (Org.). Saneamento básico: diretrizes gerais: comentários à Lei 11.445/07. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 94.

O Art. 96 do Código de Águas, que trata sobre a possibilidade de o dono de qualquer terreno apropriar-se por meio de poços das águas subterrâneas de seu prédio, contanto que não prejudique aproveitamentos existentes, hoje deve receber uma interpretação consoante os valores ambientais que emanam da Constituição. À época do Decreto 24.643 de julho de 1934, não havia a consciência ecológica que há atualmente, sendo a propriedade um direito absoluto, em que o proprietário poderia dispor de quaisquer bens, da maneira que mais lhe aprouvesse.

Com os princípios ambientais explanados ao longo deste texto, em especial o princípio da prevenção, a construção de poços deve ser analisada sob a probabilidade de poluição ou de águas subterrâneas, não necessitando ocorrer o dano para que a atividade seja suspensa.

A possibilidade conferida a qualquer usuário, tenha ou não acesso à rede pública de esgotamento sanitário e distribuição de água, para recorrer a fontes alternativas de distribuição de águas – a construção de poços, *verbis gratia* –, põe em risco não apenas a saúde da coletividade como o próprio sistema público de saneamento. Toshio Mukai, comentando o Art. 45, §2º, alerta que

A permissão para a conexão dos usuários a uma fonte alternativa do sistema hidráulico predial que atualmente é conectado unicamente ao sistema público de saneamento poderia colocar em risco todos os investimentos realizados na instalação da rede de água e esgoto e, portanto, inviabilizar economicamente toda a rede. As consequências, no entanto, iriam além da questão econômica, pois comprometeriam a integral realização do direito constitucional e coletivo à saúde¹⁷⁶.

O interesse público de manter incólume o meio ambiente, efetivando não apenas o Art. 225 mas também o Art. 5º e 6º da Constituição Federal, sobrepõe-se ao interesse particular de pagar uma tarifa menor, ligando-se à rede pública de saneamento básico e utilizando água de fontes alternativas, como poços. Ademais, a Lei 11.445/07 prevê severas fiscalizações às concessionárias, estabelecendo obrigações da universalidade do acesso, mantendo os serviços dentro de parâmetros estabelecidos pelos órgãos competentes e garantindo à população amplo acesso às informações acerca da qualidade do serviço. As tarifas, por seu turno, não poderão ser demasiadamente altas, de modo a vedar o acesso da população de baixa renda ao acesso, bem como há a possibilidade, em consonância com o Art. 2º, I, de subsídios tarifários e não tarifários para usuários e localidades que não tenham capacidade de pagamento para cobrir o custo dos serviços (Art. 29, §2º).

5 CONCLUSÕES

A Lei 11.445/07 teve inegáveis avanços no tratamento da questão do saneamento básico no Brasil. O estabelecimento de diretrizes e objetivos claros e definidos, o estabelecimento de um órgão controlador, com participação popular, a instituição de direitos do consumidor, o tratamento do saneamento básico como política pública intimamente relacionada com a questão da saúde e do meio ambiente são apenas alguns desses avanços.

A Lei 11.445/07 não poderá ser interpretada de maneira isolada, devendo-se estabelecer um diálogo com outros dispositivos legais – como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei 9.605/98, por exemplo – e dispositivos constitucionais, como a repartição de competências, o estabelecimento da dignidade humana como fundamentado do Estado, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais como objetivos da República Federativa do Brasil, e no tocante ao direito fundamental à vida, à saúde e ao meio ambiente equilibrado.

Apesar de aplaudida pela – ainda deficiente – doutrina que trata do assunto, um tema específico ainda é questionado, que é a possibilidade da construção de poços segundo a nova lei de saneamento básico. Uma leitura apressada do Art. 45 pode levar à conclusão de que fica vedado o abastecimento de água por fontes alternativas naqueles prédios que utilizam a rede pública.

Tal premissa esvai-se com um estudo mais aprofundado da lei, especialmente seus princípios, elencados pelo Art. 2º, em especial o da universalidade.

A imposição do Art. 45 provém de uma hermenêutica do Estado ambiental, fundada em princípios como do desenvolvimento sustentável e o princípio da prevenção. Em especial, a prevenção alerta para o fato de que, se existirem indícios de que uma atividade poderá ser lesiva ao meio ambiente, ela não poderá ser autorizada pelo Poder Público, que tem a obrigação de protegê-lo e preservá-lo. Não se trata de uma vedação ao desenvolvimento, mas sua mitigação com as preocupações ambientais – esse é o cerne da problemática do desenvolvimento sustentável.

É de ressaltar que, ao contrário do que alguns pregam, o Art. 45 não prevê uma impossibilidade total da construção de poços. O §1º prevê – e a constitucionalidade desse dispositivo reside especificamente na exceção prevista por esse parágrafo – que, nas localidades onde inexistir o serviço público de abastecimento de água e destinação final dos esgotos sanitários, o usuário pode usar soluções alternativas para o suprimento desse serviço essencial.

Outro princípio que confere sustentabilidade axiológica à Lei 11.445/07 é o da eficiência, que poderá ser traduzido não somente com a universalização do serviço de saneamento básico mas também sua prestação em níveis adequados, cumprindo regulamentos e parâmetros dos órgãos próprios. De nada adianta universalizar a distribuição da água, se ela não se encontra própria para o consumo.

Assim, entendemos que a exceção prevista pelo Art. 45, §1º abrange a falta de acesso naquela determinada região e sua prestação de maneira deficiente, com parâmetros inferiores aos estabelecidos pelos órgãos reguladores. A constatação dessa inadequação aos parâmetros técnicos dar-se-á facilmente com os relatórios periódicos sobre a qualidade da prestação dos serviços, previstos pelo Art. 27, IV.

Ademais, a universalização da prestação do serviço de saneamento básico é tarefa hercúlea, que demanda vultosos gastos estatais para a consecução, o que possibilitará a aplicação do Art. 45, §1º ainda por muitos anos, para aqueles que não tiverem acesso à rede pública de esgotamento sanitário e distribuição de águas.

A Lei 11.445/07 mostrou-se um avanço não só pela consolidação do saneamento básico como política pública mas também pela integração definitiva desse com o meio ambiente. É baseado em princípios caros ao Direito ambiental, como o princípio da responsabilidade, do desenvolvimento sustentável e da prevenção, que concluímos pela constitucionalidade do Art. 45 e parágrafos da novel lei de saneamento básico.

6 REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

BRZEZINSKI, Maria Lúcia Navarro Lins. *O serviço público de abastecimento de água e o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: uma visão geral*. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte: Fórum, v. 9, n. 44, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MUKAI, Toshio (Org.). *Saneamento básico: diretrizes gerais: comentários à Lei 11.445/07*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. *O conteúdo jurídico do princípio de precaução no Direito Ambiental brasileiro*. In: FERREIRA, Heline Silvini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Estado de Direito Ambiental: tendências, aspectos constitu-*

cionais e diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

OHIRA, Thelma H., TUROLLA, Frederico A. Economia e regulação no setor de saneamento básico. Disponível em: < http://www.pezco.com.br/pdfs/economia_regulacao_setor_saneamento_basico%E2%80%A6.pdf>. Acesso em: 19 out. 2008.

PHILIPPI JR., Arlindo. Saneamento, saúde e ambiente: fundamentos para um desenvolvimento sustentável. Barueri: Manole, 2005

Revista de águas subterrâneas, ano 1. n. 4, mar.-abr. 2008. Disponível em: <<http://www.abas.org/imagens/revista4.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2008.

SILVA, José Afonso. Direito Ambiental Constitucional. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ASPECTOS JURÍDICOS DAS ZONAS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL NO MUNICÍPIO DE NATAL/RN E A IMPORTÂNCIA DESSAS PARA A TUTELA DOS MANANCIAIS DE ABASTECIMENTO PÚBLICO

Carlos Sérgio Gurgel da Silva
Yanko Marcus de Alencar Xavier
Patrícia Borba Vilar Guimarães

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a ressaltar a importância estratégica das Zonas de Proteção Ambiental (ZPA's) do Município de Natal para a proteção dos mananciais de abastecimento público, e como o novo Plano Diretor desse Município, recentemente aprovado, dispôs a respeito dessa questão.

O Município de Natal possui quase todo seu território inserido em zona urbana, sendo praticamente todo ocupado. O crescimento urbano da cidade tem se mostrado bastante elevado, superando, inclusive, índices de diversas capitais brasileiras. Com a abertura da economia e a difusão da política neoliberal, principalmente a partir da década de 1990, a cidade, rapidamente, inseriu-se no contexto da globalização, o que proporcionou um crescimento ainda maior, principalmente no setor imobiliário.

No entanto, com esse crescimento surgiram diversos problemas de natureza ambiental, uma vez que a cidade não acompanhava, da forma como deveria, o “inchaço” de sua malha urbana, até pela ausência de infraestrutura adequada para a fiscalização das obras e atividades que ali se instalavam.

É diante desse contexto que será feito, inicialmente, uma breve exposição das características geoambientais desse Município, de modo a revelar a vulnerabilidade dessa área para a ocorrência de danos ambientais (significativos danos ambientais),

com graves consequências para a população que nele reside. Na sequência, far-se-á uma breve análise da legislação, nos planos federal, estadual e municipal, aplicável à proteção do meio ambiente urbano, dando ênfase especial à análise do novo Plano Diretor do Município de Natal (Lei Complementar 082/2007), como norma capaz de dar efetividade à tutela jurídica dos mananciais de abastecimento público da cidade por meio do estabelecimento de restrições ao uso e ocupação do solo urbano.

Para o desenvolvimento deste trabalho procedeu-se a pesquisas do tema em diversas fontes, tais como livros jurídicos e de áreas afins, dissertações, teses, textos de leis, consultas à internet.

Ao final, foi possível constatar que o Município de Natal está inserido em uma área de risco para contaminação do aquífero por possuir um embasamento geológico sedimentar, formado em sua maior parte por dunas; que boa parte do abastecimento público da cidade se dá pela captação da água subterrânea; que já existem índices alarmantes de contaminação dos poços da Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte – CAERN por nitritos e nitratos; que existem diversas normas, em todos os níveis (federal, estadual e municipal) aplicáveis à persecução dos objetivos da Política Nacional de Meio Ambiente e, mais especificamente, à preservação dos mananciais de abastecimento público da capital do Estado do Rio Grande do Norte; que, na reserva do possível, essa legislação vem se mostrando eficaz, tendo limitado a ocupação nessas áreas, salvo raras exceções, decorrentes de pressões sociais.

2 CARACTERIZAÇÃO GEOAMBIENTAL DO MUNICÍPIO DE NATAL/RN

Segundo dados do IBGE¹⁷⁷, extraídos do último Censo (Censo 2000), o Município de Natal possui uma área de 169,9 km², apresenta uma altitude média de 30 metros (em relação ao nível do mar) e uma população de 709.422 mil pessoas. Está situado na Zona Litorânea Oriental do Estado, na Subzona de Natal, e tem seus limites a oeste com o Município de São Gonçalo do Amarante, ao norte, com o Município de Extremoz, ao sul, com o Município de Parnamirim, e a leste, com Oceano Atlântico. Possui a seguinte localização geográfica: paralelo 5°44'50" de latitude sul e meridiano 35°12'34" de longitude oeste.

Em relação a sua geologia, a área do Município está inserida, em sua totalidade, em embasamento do tipo sedimentar, composto por sedimentos depositados durante a era cenozoica. Esses sedimentos, denominados Formação Barreiras, são divididos em três etapas de sedimentação. A primeira, denominada de sedimentos Tércio-Quaternários, que são representados pelas areias quartzosas arcosianas e subarcosianas de cor amarelada, e de coloração que varia do amarelo avermelhado ao roxo, argilas e siltes de cores

variadas, e diametitos com baixa densidade e cascalho/seixos. A segunda, chamada de sedimentos Quaternários Sub-recentes, representados por diversas fácies praias, com conglomerado praias e arenitoossilífero com estratificações cruzadas tabulares. E, por fim, os sedimentos Quaternários Recentes que são os arenitos praias (beach rocks), que formam os arrecifes litorâneos; os sedimentos aluvionares, representados por terraços e planícies aluviais, que são encontrados nos baixos cursos dos rios; as areias de dunas que formam a paisagem de relevo dunar costeira; e os sedimentos indiscriminados de mangues, ricos em matéria orgânica, que são depositados nos estuários¹⁷⁸.

O relevo dessa área é caracterizado por suaves ondulações, sendo compostas em sua maior parte por dunas, as quais estão assentadas sobre sedimentos da Formação Barreiras. Ainda ocorrem estuários, planícies de mangues, praias e terraços fluviais.

Vale ainda destacar que as condições naturais do Município de Natal, tais como clima, relevo e geologia, favorecem ao acúmulo de água em subsuperfície. Esse acúmulo de água pode ocorrer em dois tipos distintos de aquíferos¹⁷⁹: o aquífero Dunas ou aquífero livre e o aquífero Barreiras ou aquífero confinado. O aquífero Dunas (livre) é encontrado em relevos ondulados formados por depósitos arenosos superficiais inconsolidados, compostos de areias quartzosas finas a médias. Sua grande importância como manancial subterrâneo se deve ao fato de apresentar uma boa capacidade de infiltração, armazenamento, circulação de água e a velocidade de escoamento, que se renova sazonalmente, alimentando as lagoas costeiras, riachos e rios, por meio da infiltração rápida e direta das águas das chuvas¹⁸⁰.

Embora as águas que se acumulam no aquífero Dunas possuam características físico-químicas adequadas, sendo, portanto, de boa qualidade, o fato de tais terrenos serem altamente permeáveis permite também que haja um maior risco de contaminação por efluentes não tratados e dispostos indiscriminadamente nos solos.

A cidade de Natal possui apenas 26% de sua área com infraestrutura de saneamento básico, e mesmo onde se tem saneamento os efluentes que ali passam, muitas vezes, não recebem o tratamento adequado antes de retornarem ao aquífero¹⁸¹, motivo pelo qual é preferível dizer que boa parte do saneamento da cidade é, na verdade, “afastamento de esgotos”.

178 NUNES, Elias. **O meio ambiente da grande Natal**. Natal: Imagem Gráfica, 2000. p. 17.

179 Aquífero: “Extrato subterrâneo de terra, cascalho ou rocha porosa que contém água”; “Rocha cuja permeabilidade permite a retenção de água, dando origem a águas interiores ou freáticas”; “Formação porosa (camada ou extrato) de rocha permeável, areia ou cascalho, capaz de armazenar e fornecer quantidades significativas de água” (GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito das águas: disciplina jurídica das águas doces. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 34).

180 NUNES, op. cit., p. 18.

181 Como exemplo dessa situação, podemos nos referir ao funcionamento de três lagoas de estabilização construídas próximas a ZPA - 5 (Associação de Dunas e Lagoas de Ponta Negra – Lagoinha), e que, por ausência de uma impermeabilização correta, estava causando fugas de esgoto bruto; e logo após esse processo passando para os chamados Valos de Infiltração para que essas águas residuárias, que são ricas em produtos da degradação da matéria orgânica em condições aeróbicas e anaeróbicas, fossem infiltrados diretamente no solo arenoso de duna, causando a poluição do aquífero (PAIVA, Silvana Praxedes de. Análise dos impactos ambientais causados pela implantação de lagoas de estabilização de esgoto no bairro de Ponta Negra, Natal (RN). 2002. Monografia de conclusão de curso (Graduação em Geografia)-Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2002).

Na área restante, 74%, onde não se possui saneamento básico, os esgotos com excrementos humanos de Natal são lançados em fossas sépticas, sumidouros ou lançados diretamente em rios, riachos, lagos e lagoas da cidade, provocando níveis altíssimos de poluição¹⁸² e comprometendo o abastecimento público da cidade, uma vez que 70% do abastecimento das zonas sul, leste e oeste da cidade provêm de águas subterrâneas e 30%, da lagoa do Jiqui; enquanto que 70% do abastecimento da zona norte provêm da lagoa de Extremoz e 30%, de águas subterrâneas, ou seja, mananciais em boa parte contaminados.

3 PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL APLICÁVEIS AO ESTABELECIMENTO DE ZONAS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

Os princípios possuem qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos: os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se¹⁸³.

Segundo Canotilho, os princípios, dentre outras, têm as seguintes utilidades destacadas: 1) constituem padrão que permite aferir a validade das leis, tornando inconstitucionais ou ilegais as disposições legislativas ou regulamentares, ou os atos que os contrariem; 2) são auxiliares na interpretação de outras normas jurídicas; e 3) permitem a integração de lacunas¹⁸⁴.

Os princípios jurídicos são as normas basilares que dão sustentáculo a Ciência do Direito, a qual é dividida em ramos por uma questão meramente didática, uma vez que o Direito é uno. A doutrina, unanimemente, considera-os como blocos estruturais dorsais na composição do ordenamento. No Direito Ambiental, “[...] os princípios auxiliam a compreensão e consolidação de seus institutos”¹⁸⁵.

182 Em virtude do elevado incremento populacional da cidade de Natal e a inexistência de um sistema de rede de esgoto sanitário, as águas subterrâneas tornam-se muito vulneráveis à contaminação, já que os efluentes dispostos em sistemas de fossas e sumidouros são em grande parte descarregados no solo, sendo em seguida conduzidos para as águas subterrâneas. No início da década de 1980, foram identificados elevados teores de nitrato, muitas vezes acima do permitido pela legislação em vigor do período (JÚNIOR, Edeweis Rodrigues de Carvalho. Contaminação das águas subterrâneas e sua relação com a estrutura hidrogeológica nos bairros de Pirangi e Ponta Negra, Natal/RN. 2001. Dissertação (Mestrado em Geociências)-Programa de Pesquisa e Pós-Graduação em Geociências, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2001).

183 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

184 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 156.

185 *Ibid.*, p. 117.

Dentre os inúmeros princípios do Direito Ambiental, escolhemos para abordagem neste trabalho apenas três, por considerá-los essenciais à política de delimitação de espaços territoriais a serem especialmente protegidos em face de sua importância ambiental estratégica. São eles: da prevenção, da função social da propriedade e do desenvolvimento sustentável.

3.1 Princípio da prevenção

Para alguns autores existe uma distinção entre princípio da precaução e princípio da prevenção. Nossa posição é semelhante à de Ioberto Tatsch Banunas¹⁸⁶, que entende que, ao se aplicar o princípio da prevenção, se estará também englobando o princípio das atitudes antecipatórias, o princípio da precaução. Por isso, quando se fez referência à atuação do princípio da prevenção, abarca-se o entendimento, também, do princípio da precaução¹⁸⁷.

Para Édis Milaré¹⁸⁸, esse princípio é basilar em Direito Ambiental, concernindo a prioridade que deve ser dada às medidas que evitem o nascimento de atentados ao ambiente, de modo a reduzir ou eliminar as causas de ações de alterar a sua qualidade.

O princípio da precaução constitui a busca do afastamento, no tempo e no espaço, do perigo, na busca também da proteção contra o próprio risco e na análise do potencial danoso oriundo do conjunto de atividades. Sua atuação se faz sentir, mais apropriadamente, na formação de políticas públicas ambientais, em que a exigência de utilização da melhor tecnologia disponível é necessariamente um corolário¹⁸⁹.

Pela aplicação desse princípio, antes de ser concedido qualquer tipo de licença (por parte do Poder Público) para instalação ou operação de qualquer atividade ou empreendimento, este órgão deve analisar se aquele empreendimento ou aquela atividade são efetiva ou potencialmente causadores de significativa degradação ambiental. Para realizar essa análise, o Poder Público deve solicitar os estudos prévios de impacto ambiental que achar convenientes, e, se mesmo a entrega do estudo ainda tiver dúvida quanto ao risco ambiental, por aplicação desse princípio, deve impedir a execução das obras ou atividades.

Pode haver aplicação desse princípio também na realização de zoneamento ambiental, quando, por exemplo, um determinado Município, visando a evitar qualquer tipo de poluição, limita, por meio de lei, o uso e ocupação de áreas estratégicas e de interesse ecológico.

186 BANUNAS, Ioberto Tatsch. Poder de polícia ambiental e o Município. Porto Alegre: Sulina, 2003.

187 Édis Milaré reforça essa ideia ao dispor que “Não descartamos a diferença possível entre as duas expressões nem discordamos dos que reconhecem dois princípios distintos. Todavia, preferimos adotar princípio da prevenção como fórmula simplificadora, uma vez que prevenção, pelo seu caráter genérico, engloba precaução, de caráter possivelmente específico”. (MILARÉ, Édis. Direito do ambiente. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.144).

188 MILARÉ, op. cit., p.144.

189 DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

3.2 Princípio da função socioambiental da propriedade

Esse princípio reza que o direito à propriedade privada não deve ser exercido de qualquer forma, ou seja, ao bel prazer de seu proprietário, mas sim conforme as finalidades econômicas e sociais previstas no ordenamento jurídico daquele Estado.

Isso significa que a propriedade não mais ostenta aquela concepção individualista do Código Civil de 1916, direcionado a uma sociedade rural e agrária, com a maior parte da população vivendo no campo. Hoje, com o predomínio de uma sociedade urbana aberta aos imperativos da socialização do progresso, “[...] afirma-se cada vez mais forte o seu sentido social, tornando-se assim, não instrumento de ambição e desunião dos homens, mas fator de progresso, de desenvolvimento e de bem-estar de todos”¹⁹⁰.

Dessa feita, o uso da propriedade pode e deve ser judicialmente controlado, impondo-se-lhes as restrições que forem necessárias para a salvaguarda dos bens maiores da coletividade, de modo a conjurar, por comandos prontos e eficientes do Poder Judiciário, qualquer ameaça ou lesão à qualidade de vida¹⁹¹.

3.3 Princípio do desenvolvimento sustentável

Esse princípio sugere que a atual geração, em sua busca pelo crescimento econômico e pelo desenvolvimento, preocupe-se com o não esgotamento dos recursos naturais, adotando uma postura sustentável, de modo que as gerações futuras também possam usufruir de tais recursos, imprescindíveis também ao seu desenvolvimento socioeconômico.

O princípio preconizado infere-se da necessidade de um duplo ordenamento – e, por conseguinte, de um duplo direito – com profundas raízes no Direito Natural e no Direito Positivo: o direito do ser humano de desenvolver-se e realizar suas potencialidades, individual ou socialmente, e o direito de assegurar a seus pósteros as mesmas condições favoráveis.

Se hoje diversos poços da empresa responsável pelo abastecimento público de Natal/RN (Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte – CAERN) já estão contaminados por nitritos e nitratos, em níveis acima do recomendado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), mesmo com uma política de zoneamento ambiental, como seria no futuro, se houvesse uma “flexibilização” da legislação ambiental municipal, ou seja, uma redução dessas faixas de proteção, por motivos quaisquer. Ou, mesmo que não haja tal evento, se não houver a devida fiscalização nessas áreas estratégicas para a recarga do aquífero, que futuro nos espera?

190 MILARÉ, op. cit., p. 146.

191 Ibid., p. 147.

Essa postura da atual geração para com as futuras gerações, visando à igualdade do direito ao bem-estar e ao desenvolvimento, constitui a essência do desenvolvimento sustentável.

4 MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história das Constituições brasileiras, dedicou um capítulo exclusivo ao trato das questões ambientais. É o capítulo VI, que, no Art. 225, estabelece que “[...] 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 gerações¹⁹²”.

Dispõe ainda o §1º, inciso III desse artigo que incumbe ao Poder Público: “[...] definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através da lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção”. Dessa forma, não resta dúvida de que, quando um Município qualquer disciplina os usos e formas de ocupação do solo urbano, instituindo, por meio de lei (Plano Diretor), Zonas de Proteção Ambiental, está buscando dar efetividade ao conceito de cidade sustentável, tendo-se como base o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A primeira referência expressa ao meio ambiente ou a recursos ambientais na Constituição Federal de 1988 vem logo no Art. 5º, LXXIII, que confere legitimação a qualquer cidadão para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Em seguida, o Art. 20, II, considera, entre os bens da União, as terras devolutas, indispensáveis à preservação do meio ambiente. Segue-se o Art. 23, III, em que se reconhece a competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para “[...] proteger as paisagens naturais notáveis e o meio ambiente”, “[...] combater a poluição em qualquer de suas formas”. O Art. 24, VI, VII e VIII dá competência concorrente à União, Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre “[...] florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção ao meio ambiente e controle da poluição”, sobre “[...] proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico”, bem como sobre “[...] responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico¹⁹³”.

192 SILVA, Carlos Sérgio Gurgel da. Análise da efetividade da legislação ambiental no combate ao processo de desertificação na região do seridó potiguar. Revista de Direito Ambiental, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 50, p. 35, abr.-jun. 2008.

193 SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Têm-se também os seguintes artigos: 91, §1º, III, que dispõe que uma das atribuições do Conselho de Defesa Nacional é de opinar sobre o efetivo uso das áreas indispensáveis à segurança do território nacional, especialmente na faixa de fronteira e nas áreas relacionadas com a preservação e exploração dos recursos naturais de qualquer tipo; 129, III, que declara ser umas das funções institucionais do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; 170, VI, que destaca que a defesa do meio ambiente é um dos princípios da ordem econômica; 173, §5º, que reza que o Estado favorecerá a organização de atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente; 186, que dispõe que a função social (da propriedade rural) é cumprida quando a propriedade atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores, sob pena de desapropriação para fins de reforma agrária (Art. 184); Art. 200, que trata da “Ordem Social” e declara que ao Sistema Único de Saúde compete, entre outras atribuições, “[...] colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”; Art. 216, V, que dispõe sobre bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro; e Art. 231, §1º, que se refere às terras ocupadas por silvícolas, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar.

No entanto, por guardar íntima relação com o presente estudo, passemos a analisar, mais detidamente, o Capítulo II do título VII da Constituição Federal de 1988. Esse trata da Política Urbana. Em seu seio estão os artigos 182 e 183. O artigo 182 da Constituição Federal de 1998 dispõe que a política de desenvolvimento urbano, a ser executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

No entanto, vale destacar que essa ordenação deve ser feita tomando como base uma lei disciplinadora dos espaços urbanos, denominada Plano Diretor, que a partir da Constituição de 1998 passou a ser obrigatória para cidades com mais de vinte mil habitantes (Art. 182, §1º).

O §2º do mesmo artigo de lei assevera que a propriedade cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor. Em seu texto, o Plano Diretor deve promover o adequado planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano. Nesse sentido, as diretrizes gerais que o regem podem tanto ser de ordem federal (Art. 21, XX da CF/88), estadual (Art. 24, I da CF/88) ou municipal¹⁹⁴.

Vale recordar que a Constituição, em seu artigo 21, XX, atribui à União o dever de instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, nele incluídas as questões referentes à moradia, aos transportes públicos e ao saneamento básico. E, ainda, que o Art. 24, I da CF/1988 prevê a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre direito urbanístico. Nos termos do §1º desse artigo, tratando-se de competência concorrente, a União estabelecerá normas gerais, o que não exclui a competência suplementar dos Estados (§2º). Pela Constituição, o Município tem competência para suplementar a legislação federal e estadual (Art. 30, II)¹⁹⁵.

Como se vê, a Constituição de 1988 demonstra, em diversos dispositivos, uma preocupação com o meio ambiente do Estado brasileiro, considerando-o como um direito fundamental, em estreita com o direito fundamental à saúde, à vida, à dignidade humana.

5 MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

A Constituição do Estado do Rio Grande do Norte em muito se assemelha à Constituição Federal de 1988, principalmente no capítulo que trata do meio ambiente (Capítulo VI – Arts. 150 a 154). No que tange à efetividade desse direito, incumbem ao Poder Público estadual as mesmas disposições de tutela e conservação listadas no §1º do Art. 225 da CF/88, com ressalva às suplementações que se fizerem necessárias à legislação federal, em face das peculiaridades locais.

No que é aplicável ao presente estudo, convém destacar que o Art. 19, inciso VI, da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte assevera que é da competência comum dos Estados e dos Municípios “VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”.

Vale destacar também que o Art. 116, inserido no capítulo II (DA POLÍTICA URBANA), dispõe que

A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Por fim, merece destaque o Art. 150, §1º, III, que reza que para assegurar a efetividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ao Poder Público definir, supletivamente à União, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente por

2003. p. 155.

195 HORBACH, Carlos Bastide; MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. (Coord.). Estatuto da cidade: Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 14-15.

meio de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

6 PLANO DIRETOR MUNICIPAL

É da natureza do Plano Diretor que ele seja um desdobramento da Lei Orgânica: ele estaria para a Lei Maior do Município, assim como o Estatuto da Cidade está para a Constituição Federal. Não seria de feito ideal o Plano Diretor estabelecer detalhes, até porque ele engessaria normas que, de si, requerem adaptações constantes¹⁹⁶.

Dessa forma, pode-se afirmar que os Planos Diretores estabelecem disposições mais específicas que as diretrizes gerais das Leis Orgânicas, Constituições Estaduais e Constituição Federal e até mesmo do Estatuto da Cidade, mas podem acabar sendo menos específicos que outras leis municipais, porque sua função de ordenar o território urbano é basilar.

Diante dessas considerações, vale concluir que o Plano Diretor constitui elemento fundamental para se pensar e realizar a função social da cidade e, ainda, da propriedade, uma vez que é atribuída a essa norma basilar do ordenamento urbano a implementação das políticas públicas norteadoras dos rumos a serem seguidos por cada cidade, de acordo com seus interesses e necessidades específicas¹⁹⁷.

7 ESTATUTO DAS CIDADES E DISCIPLINA DA POLÍTICA URBANA

A Lei 10.257/2001, conhecida por Estatuto da Cidade, regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e cria normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

Trata-se de uma lei importantíssima, uma vez que nem todos os Municípios possuem leis locais de ordenamento urbano e, quando isso acontece, suas disposições auxiliam na persecução dos objetivos da política urbana, fixando um mínimo de disciplina e ordem no estratégico crescimento da cidade, de modo a se gerar desenvolvimento.

O Estatuto da Cidade disciplina e reitera várias figuras e institutos do Direito Urbanístico, alguns já presentes na Constituição de 1988. Fornece um instrumental a ser utilizado em matéria urbanística, sobretudo em nível municipal, visando à melhor

196 MILARÉ, op. cit., p. 641.

197 LEAL, op. cit., p. 168.

ordenação do espaço urbano, com observância da proteção ambiental, e à busca de solução para os graves problemas sociais, tais como moradia, saneamento, entre outros, que o caos urbano faz incidir sobre as camadas carentes da sociedade. No entanto, a edição do Estatuto não acarreta, automaticamente, os resultados pretendidos. Trata-se de um conjunto de figuras jurídicas, de um instrumental a ser operacionalizado em nível municipal, adaptado à realidade de cada cidade¹⁹⁸.

Com o Estatuto da Cidade há uma mudança de paradigma caracterizada pela análise da cidade e dos empreendimentos pontualmente considerados, a partir do direito urbano-ambiental. Esse novo direito separa o direito de propriedade do direito de construir, não reconhece a propriedade se essa não cumprir com a função social¹⁹⁹, tem no Plano Diretor o instrumento principal da política urbana e o definidor da função social da propriedade na cidade, bem como reforça a gestão e os instrumentos para atuação municipal²⁰⁰.

O artigo 2º dessa lei dispõe que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante dezesseis diretrizes gerais, das quais as previstas nos incisos I, IV e VI guardam maior relação com este trabalho. Vejamos *ipsis litteris* o que dispõem estes incisos:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis²⁰¹, entendido com o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

[...]

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

[...]

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:
a utilização inadequada dos imóveis urbanos;

198 HORBACH; MEDAUAR; ALMEIDA, *op. cit.*, p. 13.

199 Art. 182, §2º da CF/1988: "A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor".

200 PRESTES, Vanêsa Buzelato. Plano diretor e estudo de impacto de vizinhança (EIV). Revista de Direito Ambiental, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 37, p. 80, jan.-mar. 2005.

201 Sobre o termo cidades sustentáveis importa dizer que se trata de expressão nova no panorama legislativo pátrio. A locução inspira-se no direito ambiental, em que surgiu e do qual se expandiu a locução desenvolvimento sustentável. Por cidades sustentáveis pode-se entender aquelas em que o desenvolvimento urbano ocorre com ordenação, sem caos e destruição, sem degradação, possibilitando uma vida urbana digna para todos. (HORBACH; MEDAUAR; ALMEIDA, *op. cit.*, p. 17).

- a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;
- o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana;
- a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem previsão de infraestrutura correspondente;
- a retenção especulativa do imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;
- a deterioração das áreas urbanizadas;
- a poluição e a degradação ambiental.

Como se vê, há uma preocupação do legislador ordinário com o cumprimento da função social da propriedade urbana, de modo a se evitar a ocorrência de danos ao meio ambiente urbano que, por sua vez, implicará danos à saúde da população²⁰² e degradação das características ambientais daquele local.

8 ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS

Como vimos em linhas anteriores, a Constituição Federal de 1988 incumbiu o Poder Público de definir em todas as unidades da Federação os espaços territoriais e os componentes a serem especialmente protegidos. Em seu sentido ecológico, pode-se afirmar que a expressão espaços territoriais e seus componentes remete à concepção de ecossistema, aqui entendido como parte integrante de um conceito mais amplo, o de biodiversidade. Sendo áreas representativas de ecossistemas, e, portanto, portadora de atributos ambientais relevantes, esses espaços, públicos ou privados, devem sujeitar-se a um regime jurídico especial que assegure sua relativa imodificabilidade e sua utilização sustentada²⁰³.

No plano infraconstitucional, merece destaque o fato de que a Lei 4.771/1965, mesmo antes do advento da Constituição de 1988, já conferia especial proteção a determinados espaços territoriais. Trata-se das áreas de preservação permanente, assim entendidas aquelas cobertas ou não por vegetação nativa

[...] com função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabi-

202 A 1ª Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, realizada em 1986 na cidade de Ottawa, Canadá, firmou a promoção da saúde como um paradigma de saúde pública. A saúde deixa de ser a ausência de doença e passa também a estar intimamente vinculada ao meio ambiente e à qualidade de vida (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1996). As subseqüentes conferências internacionais de promoção da saúde identificam que ambientes e entornos saudáveis são condições determinantes da saúde dos habitantes de uma cidade (cf. KRINGS, Ana Luíza Silva Spinola. Aplicação prática do conceito de função social da propriedade urbana e proteção ambiental: estudo de caso na bacia hidrográfica do Guarapiranga – SP. Revista de Direito Ambiental, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 39, p. 12, jul.-set. 2005).

203 CANOTILHO; LEITE; op. cit., p. 239-240.

lidade geológica, a biodiversidade, o fluxogênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas²⁰⁴.

Merece lembrar que a Lei 6.902/1981 dispôs sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental. O Art. 8º dessa lei confere ao Poder Executivo (Federal, Estadual ou Municipal), quando houver relevante interesse público, o poder de declarar determinadas áreas do Território Nacional como de interesse para a proteção ambiental, a fim de assegurar o bem-estar das populações humanas e conservar ou melhorar as condições ecológicas locais²⁰⁵.

Em cada Área de Proteção Ambiental, dentro dos princípios constitucionais que regem o exercício do direito de propriedade, o Poder Executivo estabelecerá normas limitando ou proibindo (Art. 9º): a) a implantação e o funcionamento de indústrias potencialmente poluidoras, capazes de afetar mananciais de água; b) a realização de obras de terraplanagem e abertura de canais, quando essas iniciativas importarem em sensível alteração das condições ecológicas locais; c) o exercício de atividades capazes de provocar uma acelerada erosão das terras e/ou um acentuado assoreamento das coleções hídricas; d) o exercício de atividades que ameacem extinguir, na área protegida, as espécies raras da biota regional²⁰⁶.

No entanto, a lei mais importante para a proteção de espaços territoriais e seus recursos ambientais é a Lei 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), vindo expressamente a regulamentar, entre outros, o inciso III do §1º do Art. 225 da Constituição Federal.

O conceito de unidade de conservação foi estabelecido por essa lei, nos seguintes termos:

[...] espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção.

De acordo com a Lei 9.985/2000, as unidades de conservação dividem-se em dois grandes grupos, Unidades de Proteção Integral e Unidades de Uso Sustentável, cada um deles com características específicas. A criação de qualquer das categorias de unidades de conservação pertencentes ao grupo de proteção integral (Estação Ecológica, Reserva Biológica, Parque Nacional, Monumento Natural e Refúgio da Vida Silvestre) ou de uso sustentável (Área de Proteção Ambiental, Área de Relevante Interesse Ecológico,

204 *Ibid.*, p. 240.

205 MUKAI, Toshio. *Direito urbano-ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 174-175.

206 *Op. cit.*, p. 175.

Floresta Nacional, Reserva Extrativista, Reserva de Fauna, Reserva do Desenvolvimento Sustentável e Reserva Particular do Patrimônio Natural) dependerá de ato do Poder Público, devendo ser precedida de estudos técnicos e consulta pública – na maioria dos casos (Lei 9.985/2000, Art. 22). Uma vez instituídos, esses espaços passam a integrar o SNUC, um sistema constituído pelo conjunto das unidades de conservação federais, estadual e municipais (Lei 9.985/2000, Art. 23)²⁰⁷.

Como se observa, é dever do Município instituir limitações ao uso da propriedade privada quando o interesse público o justificar e, ainda, limitar o uso e ocupação do solo urbano, reservando áreas de interesse estratégico como no caso de áreas de recarga do aquífero, entre outras, para sua devida proteção.

9 ZONEAMENTO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DA POLÍTICA NACIONAL DE MEIO AMBIENTE

A Lei 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, é sem dúvida a norma mais importante, após a Constituição Federal, no trato das questões ambientais, uma vez que revela que condutas o Estado brasileiro deve adotar para garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos do Art. 225 da CF/88, e, mais, revela que órgãos como esses devem atuar na persecução desse objetivo.

Nesse sentido, o Art. 9º revela-se de grande utilidade prática, uma vez que descreve que instrumentos/mecanismos podem ser utilizados para dar efetividade à política ambiental desejada. Entre esses instrumentos está o zoneamento ambiental (inciso II), a criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público federal, estadual e municipal, tais como áreas de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico e reservas extrativistas (inciso VI).

O zoneamento, em linhas gerais, é uma forte intervenção estatal no domínio econômico, organizando a relação espaço-produção, alocando recursos, interditando áreas, destinando outras para estas e não para aquelas atividades, incentivando e reprimindo condutas, etc. O zoneamento é o reconhecimento da evidente impossibilidade de as forças produtivas ocuparem o território sem um mínimo de planejamento prévio e coordenação²⁰⁸.

207 CANOTILHO; LEITE; *op. cit.*, p. 240-241.

208 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 127.

10 ZONAS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL (ZPA's) NO PRIMEIRO PLANO DIRETOR DA CIDADE DE NATAL/RN

Em razão do alto risco de contaminação do aquífero da cidade (pelas suas características geoambientais acima apontadas) é que surgiu, por meio do primeiro Plano Diretor de Natal (Lei Complementar 07, de 05 de agosto de 1994), o interesse em se restringir o uso e ocupação do solo nessas áreas, em razão de sua importância estratégica para o abastecimento público.

Nesse sentido, vale transcrever trechos da citada lei (Art. 4, incisos I, II e III), em que o legislador destaca que, para atingir os objetivos de uma política de desenvolvimento urbano pautada no pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade, garantindo um uso socialmente justo e ecologicamente equilibrado do seu território, de forma a garantir a todos os seus habitantes condições de bem estar e segurança, ficam estabelecidas as seguintes diretrizes:

I – o uso e ocupação do solo serão submetidos à capacidade da infraestrutura urbana instalada, compatibilizando-as às condições do meio ambiente, considerando-se, assim, áreas onde a ocupação pode ser intensificada e outras, onde deve ser limitada;

II – a dinâmica de ocupação do solo será conduzida pela instalação e ampliação da capacidade da infraestrutura e adequação às características físico-ambientais;

III – definição de áreas que deverão ser objeto de tratamento especial em função de condições de fragilidade ambiental, do valor cênico-paisagístico e do interesse social.

A referida lei dispõe em seu Título II (Do uso e ocupação do solo), Capítulo I, sobre o macrozoneamento da zona urbana do Município de Natal, dividindo-a em três zonas (Art. 8º): I – Zona de Adensamento Básico; II – Zona Adensável; e III – Zona de Proteção Ambiental. E ainda, descreve o que vem a ser Art. 20: Considera-se Zona de Proteção Ambiental a área na qual as características do meio físico restringem o uso e ocupação, visando à proteção, manutenção e recuperação dos aspectos paisagísticos, históricos, arqueológicos e científicos.

No tocante à Zona de Proteção Ambiental, vejamos o que dispõe esse artigo. A lei em comento subdivide, para efeito dos critérios de sua utilização, a Zona de Proteção Ambiental em duas subzonas (Art. 21), a seguir especificadas:

I – Subzona de Preservação, que compreende:

A vegetação de mangue, as dunas, os recifes e as falésias;

As nascentes e as faixas marginais de proteção de águas superficiais;
As florestas e demais formas de vegetação situadas ao redor de lagoas ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;
As florestas e demais formas de vegetação situadas nas nascentes, mesmo nos chamados “olhos-d'água”, seja qual for a sua topografia;
A cobertura vegetal que contribua para a estabilidade das encostas sujeitas à erosão e deslizamentos ou para a fixação de dunas;
As áreas que abriguem exemplares raros ameaçados de extinção ou insuficientemente conhecidos, da flora e da fauna, bem como aquelas que sirvam como local de pouso, abrigo ou reprodução de espécies;
Morro do Careca e dunas associadas;
Encostas dunares adjacentes à Via Costeira, entre o Farol de Mãe Luiza e a Av. João XXIII;
Parque das Dunas;
Riacho do Baldo

II – subzona de Conservação, que compreende:

Estuário do Potengi;
Campo dunar de Pitimbu, Candelária, Cidade Nova e Guarapes;
Av. Eng. Roberto Freire (área adjacente ao Parque das Dunas);
Área entre o Rio Pitimbu e a Av. dos Caiapós (Cidade Satélite);
Complexo de lagoas e dunas ao longo do Rio Doce;
Associação de dunas e lagoas do bairro de Ponta Negra (região de Lagoinha);
Riachos das Quintas, Ouro e Prata;
Bacias de drenagem de águas pluviais;
Forte dos Reis Magos e seu entorno;
Farol de Mãe Luiza e seu entorno;
Áreas verdes públicas;
Praças;
Salinas à margem esquerda do Rio Potengi;
A Zona Especial de Preservação Histórica definida pela Lei 3942, de 17 de julho de 1990.

Convém recordar que, quando da aprovação da Lei Complementar 07/94 (Plano Diretor anterior), apenas uma Zona de Proteção Ambiental estava regulamentada (pela Lei Estadual 7.237/1977), que era a do Parque Estadual das Dunas de Natal e área contígua ao parque, Av. Engenheiro Roberto Freire e Rua Dr. Solon de Miranda Galvão (ZPA 2). Na sequência foram regulamentadas a Zona de Proteção Ambiental do campo dunar dos bairros de Pitimbu, Candelária e Cidade Nova (ZPA 1), a Zona

de Proteção Ambiental do campo dunar dos bairros Guarapes e Planalto (ZPA 4), a Zona de Proteção Ambiental da área entre o Rio Pitimbu e a Av. dos Caiapós (Cidade Satélite) (ZPA 3), e a Zona de Proteção Ambiental do ecossistema dunas fixas e lagoas do bairro de Ponta Negra (região de Lagoinha) (ZPA 5), respectivamente, pelas Leis Municipais 4.664/1995; 4.912/1997; 5.273/2001; e 5.665/2004.

No ano de 2001, o Ministério Público do Rio Grande do Norte ajuizou uma Ação Civil Pública contra o Município de Natal/RN na Justiça Estadual – Comarca de Natal (Processo 001.01.010093-9), com o objetivo de proceder à retirada de diversas famílias que ocuparam, de forma irregular, uma área inserida em Zona de Proteção Ambiental (ZPA 4 – Guarapes – Felipe Camarão). A justificativa do Ministério Público é que está havendo contaminação/poluição do lençol freático, em área de recarga do aquífero, tomando-se como base os princípios do direito ambiental expressos no início deste trabalho. A ação, que está em curso a mais de seis anos, encontra-se em fase de atos de execução para a desocupação da área em tela a ser feita pelo Município.

11 ZONAS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL (ZPA's) NO NOVO PLANO DIRETOR DO MUNICÍPIO DE NATAL (LEI COMPLEMENTAR 082/2007)

O “novo” Plano Diretor do Município de Natal, durante toda sua elaboração, contou com uma forte participação da sociedade e de representantes de diversos órgãos federais, estaduais e municipais. Foram inúmeros os fóruns de debates, exposições, palestras, audiências públicas e outras formas de publicidade que proporcionaram a construção democrática desse importante instrumento para o planejamento e ordenamento da malha urbana já tecida.

No quesito inovação, o “novo” Plano Diretor enumerou e qualificou, em seu próprio corpo de texto, as Zonas de Proteção Ambiental existentes, coisa que o Plano Diretor de 1994 fez de forma bastante inespecífica (geral) nos mapas anexos ao texto da lei. Assim sendo, o “novo” Plano Diretor enumerou dez Zonas de Proteção Ambiental, sendo que dessas apenas cinco estão regulamentadas.

Fato interessante é que as cinco ZPA's que estão regulamentadas são áreas de interesse estratégico para o abastecimento público da cidade, constituindo áreas de recarga do aquífero.

A expansão do setor imobiliário em Natal tem gerado muita especulação em torno dessas áreas de proteção ambiental, principalmente na Zona de Proteção Ambiental de Lagoinha (ZPA 5). No intuito de se demonstrar uma descaracterização da área de proteção, pessoas interessadas têm realizado desmatamentos e queimadas criminosas. No entanto, a conscientização da população sobre a importância da preservação dessas áreas, aliada ao ativismo de ONG's e de ambientalistas, tem gerado resistência face ao capital especulativo imobiliário.

O desenvolvimento do turismo em Natal, nos últimos anos, tem aquecido a construção civil e a venda de imóveis, principalmente para turistas europeus, que têm optado por imóveis localizados no bairro de Ponta Negra e adjacências. A ocupação quase que completa daquela área tem conduzido, naturalmente, a um aumento da pressão e do interesse sobre aquela área ainda virgem (ZPA 5).

O “novo” Plano Diretor estabelece em seu artigo 17:

Art. 17 – Considera-se Zona de Proteção Ambiental a área na qual as características do meio físico restringem o uso e ocupação, visando à proteção, manutenção e recuperação dos aspectos ambientais, ecológicos, paisagísticos, históricos, arqueológicos, turísticos, culturais, arquitetônicos e científicos.

Parágrafo único – O Poder Público poderá instituir novas Unidades de Conservação, nos termos das normas gerais previstas na Lei Federal 9.985, de 18 de julho de 2000, que passarão a integrar as Zonas de Proteção Ambiental que trata o caput deste artigo.

Art. 18 – A Zona de Proteção Ambiental está dividida na forma que segue, e representada no Mapa 2 do Anexo II e Imagens do Anexo III:
ZPA 1 – campo dunar dos bairros de Pitimbu, Candelária e Cidade Nova, regulamentada pela Lei Municipal 4.664, de 31 de julho de 1995;
ZPA 2 – Parque Estadual das Dunas de Natal e área contígua ao parque, Avenida Engenheiro Roberto Freire e rua Dr. Sólon de Miranda Galvão, regulamentado pela Lei Estadual 7237/1977;
ZPA 3 – área entre o rio Pitimbu e a Avenida dos Caiapós (Cidade Satélite), regulamentada pela Lei Municipal 5.273/2001;
ZPA 4 – campo dunar dos Bairros Guarapes e Planalto, regulamentada pela Lei Municipal 4.912/1997;
ZPA 5 – ecossistema de dunas fixas e lagoas do bairro de Ponta Negra (região de Lagoinha), já regulamentada pela Lei Municipal 5.665/2004;
ZPA 6 – Morro do Careca e dunas fixas contíguas;
ZPA 7 – Forte dos Reis Magos e seu entorno;
ZPA 8 – ecossistema manguezal e Estuário do Potengi/Jundiá;
ZPA 9 – ecossistema de lagoas e dunas ao longo do Rio Doce;
ZPA 10 – Farol de Mãe Luíza e seu entorno – encostas dunares adjacentes à Via Costeira, entre o Farol de Mãe Luíza e a Avenida João XXIII.

O “novo” Plano Diretor (Lei Complementar 082/2007) do Município de Natal, em seu Art. 19, subdivide as Zonas de Proteção Ambiental descritas no artigo 18 (acima transcrito) em três subzonas: I – Subzona de Preservação, que compreende: a)

as dunas, a vegetação fixadora de dunas, a vegetação de mangue, os recifes e as falésias, nos termos do Art. 3º do Código Florestal; b) as nascentes, ainda que intermitentes, os chamados “olhos-d’água”, qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 m (cinquenta metros) a partir do leito maior; c) a vegetação presente nas margens dos rios e corpos d’água, numa faixa de 30 m (trinta metros) a partir do nível da maior cheia (leito maior); d) a cobertura vegetal que contribua para a estabilidade das encostas sujeitas à erosão e deslizamentos e demais áreas nos termos do Art. 3º do Código Florestal; e) as áreas que abriguem exemplares raros, ameaçados de extinção ou insuficientemente conhecidos, da flora e da fauna, bem como aquelas que sirvam como local de pouso, abrigo ou reprodução de espécies; f) as áreas definidas em regulamentações específicas das ZPA’s; II – Subzona de Conservação, que compreende: a) a Zona Especial de Preservação Histórica, definida pela Lei 3942, de 17 de julho de 1990; b) Zonas Especiais de Interesse Turístico – ZET’s, instituídas por legislação específica, incluindo a ZET 4 – Redinha; c) áreas de controle de gabarito definidas nessa Lei; d) áreas definidas em regulamentações específicas das ZPA’s; III – Subzona de Uso Restrito, que compreende: a) área que se encontra em processo de ocupação, para a qual o Município estabelece prescrições urbanísticas, no sentido de minimizar as alterações no meio ambiente em consonância com o princípio do uso sustentável; b) áreas definidas em regulamentações específicas das ZPA’s.

A referida lei inovou também ao dispor que se aplicam aos terrenos situados na Zona de Proteção Ambiental o mecanismo de transferência de potencial construtivo (Art. 19, §2º) e ao determinar que não serão permitidas construções em áreas situadas nas Zonas de Proteção Ambiental enquanto não houver a devida regulamentação (Art. 19, §3º).

12 CONCLUSÃO

Ao final deste breve estudo, percebemos que o Município de Natal é dotado de um farto instrumento para a proteção do meio ambiente urbano, especialmente em relação à tutela jurídica dos mananciais de abastecimento público. No entanto, entre a realidade e a prática existe um longo caminho a ser percorrido, devido principalmente à carência de pessoal e estrutura de fiscalização dos órgãos ambientais e a questões sociais, que impedem, em alguns casos, a aplicação da legislação ambiental por haver choques de princípios constitucionais, como, por exemplo, o direito fundamental à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado nas ocupações irregulares em zona de proteção ambiental urbana.

13 REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- BANUNAS, Ioberto Tatsch. Poder de polícia ambiental e o Município. Porto Alegre: Sulina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito das águas: disciplina jurídica das águas doces. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 34.
- HORBACH, Carlos Bastide; MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. (Coord.). Estatuto da cidade: Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- JÚNIOR, Edeweis Rodrigues de Carvalho. Contaminação das águas subterrâneas e sua relação com a estrutura hidrogeológica nos bairros de Pirangi e Ponta Negra, Natal/RN. 2001. Dissertação (Mestrado em Geociências)-Programa de Pesquisa e Pós-Graduação em Geociências, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2001.
- KRINGS, Ana Luiza Silva Spínola. Aplicação prática do conceito de função social da propriedade urbana e proteção ambiental: estudo de caso na bacia hidrográfica do Guarapiranga – SP. Revista de Direito Ambiental, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 39, p. 12, jul.-set. 2005.
- LEAL, Rogério Gesta. Direito urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MILARÉ, Édís. Direito do ambiente. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MUKAI, Toshio. Direito urbano-ambiental brasileiro. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

NUNES, Elias. O meio ambiente da grande Natal. Natal: Imagem Gráfica, 2000.

PAIVA, Silvana Praxedes de. Análise dos impactos ambientais causados pela implantação de lagoas de estabilização de esgoto no bairro de Ponta Negra, Natal (RN). 2002. Monografia de conclusão de curso(Graduação em Geografia)-Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2002.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. Plano diretor e estudo de impacto de vizinhança (EIV). Revista de Direito Ambiental, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 37, p. 80, jan.-mar. 2005.

SILVA, Carlos Sérgio Gurgel da. Análise da efetividade da legislação ambiental no combate ao processo de desertificação na região do seridó potiguar. Revista de Direito Ambiental, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 50, p. 35, abr.-jun. 2008.

SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

OS RECURSOS HÍDRICOS E A COMPETÊNCIA AMBIENTAL

Sérgio Alexandre de Moraes Braga Junior

INTRODUÇÃO

Um dos temas mais marcantes em matéria ambiental é a designação dos órgãos da estrutura ambientalista nacional e a repartição de competências. Tanto sob o aspecto administrativo material quanto sob o aspecto legislativo o impasse existe, visto que, com a diferenciação entre a competência legislativa e a competência administrativa, formulada pela Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história constitucional brasileira esse tipo de competência deixou de ser uma consequência daquele.

No que diz respeito especificamente à competência administrativa ambiental, a questão deverá ser regulamentada por lei complementar, conforme determina o parágrafo único do Art. 23 – competência comum – da Constituição Federal. Desse modo, prevalece a competência comum entre os entes federativos, o que certamente contribui para aumentar o número de discussões.

Já a repartição da competência legislativa ambiental se acha devidamente disciplinada pela Carta Magna, prescindindo, a princípio, de uma regulamentação infraconstitucional. No entanto, as discussões surgem por diversos motivos. Primeiramente, porque são vários os tipos de competência legislativa em matéria ambiental, como a exclusiva (Art. 25, §§1º e 2º), privativa (Art. 22), concorrente (Art. 24) e suplementar (Art. 24, §2º). Além disso, porque, sob muitos enfoques, a competência legislativa incide sobre a competência administrativa, reforçando os atritos entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Além do mais, há conceitos jurídicos indeterminados, que devem ser interpretados à luz de uma hermenêutica própria do Direito Ambiental. O próprio princípio da predominância do interesse assume uma visualização bem específica, à medida que a todos os entes federativos interessa o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

1 FUNDAMENTOS DA POLÍTICA NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS

A Lei 9.433, de 8.1.1997, possui como ementa: “Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inc. XIX do Art. 21 da Constituição Federal”. Utilizou-se a expressão “recursos hídricos” na Constituição Federal. Entretanto, há controvérsia quanto ao aproveitamento econômico do bem. Mesmo não sendo conceitos peremptoriamente semelhantes – “águas” e “recursos hídricos” –, empregaremos essas terminologias sem específica distinção, pois a lei não os empregou com uma divisão rigorosa.

Alguns entes federados anteciparam-se à Lei federal 9.433/97, elaborando leis sobre recursos hídricos, dentre eles estes Estados: São Paulo – Lei 7.663, de 30.12.1991; Ceará – Lei 11.996, de 24.7.1992; Minas Gerais – Lei 11.504, de 20.6.1994; Rio Grande do Sul – Lei 10.350, de 10. I 2.1994; Bahia – Lei 6.855, de 12.5.1995; e Rio Grande do Norte – Lei 6.908, de 1.7.1996.

Água como bem de domínio público

A Lei 9.433/97 inicia-se com a afirmação: “A água é um bem de domínio público”. Essa declaração do Art. 1º, I, da lei em exame tem grandes consequências.

1.1.1 A água é “bem de uso comum do povo”

A água é um dos elementos do meio ambiente natural. Isso faz com que se observe à água o enunciado no caput do Art. 225 da CF: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo [...]”.

Há diversidade de categorias de bens, pois a água é um bem corpóreo e o meio ambiente é um “[...] bem incorpóreo de domínio público”, como ressalta a Juíza e Professora Lucia Valle Figueiredo²⁰⁹.

Antes da promulgação do antigo Código Civil brasileiro, propugnava a doutrina, na pena de José Antônio Pimenta Bueno, em sua obra *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*: “Domínio público – por esta denominação, comumente se indica a parte dos bens nacionais, que é afetada imediatamente ao gozo e serviço

comum do povo, como as estradas, canais, rios navegáveis ou boi antes etc.”²¹⁰.

O Código Civil brasileiro, no seu Livro II, trata “Dos Bens”. O Cap. III versava sobre os “Bens Públicos e Particulares”. Dizia o Art. 66:

Os bens públicos são: I – Os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças; II – Os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal; III – Os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real de cada uma dessas entidades.

Como percebemos, os “rios” sempre foram classificados, no ordenamento nacional, como bens de uso comum do povo, seguindo-se o Direito Romano, como observamos nas Institutas de Justiniano²¹¹.

O Código das Águas – Decreto 24.643, de 10.7.1934 – por sua vez, engrandeceu a dominialidade pública das águas, como se depreende na Exposição de Motivos do referido decreto, de autoria do Dr. Alfredo Valladão²¹².

A dominialidade pública da água, afirmada na Lei 9.433/97, não designa o Poder Público federal e estadual em proprietário da água, mas torna-o administrador ou gestor desse patrimônio, no interesse de todos.

Como assevera o administrativista italiano Massimo Severo Giannini, “[...] o ente público não é proprietário, senão no sentido puramente formal (tem o poder de autotutela do bem), na substância é um simples gestor do bem de uso coletivo”²¹³.

Denotemos as consequências da conceituação da água como “bem de uso comum do povo”: o uso da água não pode ser apreendido por uma só pessoa física ou jurídica, com exclusão absoluta dos outros possíveis usuários; o uso da água não pode significar a poluição ou a agressão desse bem; o uso da água não pode esgotar o próprio bem utilizado e a concessão ou a autorização (ou qualquer tipo de outorga) do uso da água deve ser arazoada ou fundamentada pelo gestor público.

A participação do Poder Público no setor hídrico busca refletir um eficiente resultado na política de conservar e recuperar as águas. Nesse sentido, o Art. 1º da Lei 9.433/97 diz: “O regime de outorga de direito de uso de recursos hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água”. O Poder Público não pode imiscuir-se em interesses de grupos, para excluir a maioria dos usuários do acesso amplo às águas. Seria uma

210 BUENO, José Antônio Pimenta Bueno. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império* Rio de Janeiro, Typografia Imp. e Const. de J. Villeneuve E.C., 1857.

211 JUSTINIANO. *Institutas* Neste livro, Tít. VI, Cap. m, “Proteção das Praças e dos Espaços Livres”.

212 *Direito Administrativo - Tema Água*, coord. B. Cabral, Senado Federal, 1997. O decreto de outorga do Código das Águas é da lavra do Governo Provisório. A CF/34, no Art. 18 das Disposições Transitórias, disse: “Ficam aprovados os atos do Governo Provisório, interventores federais nos Estados e mais delegados do mesmo Governo e excluída qualquer apreciação judiciária dos mesmos atos e dos seus efeitos”. A aprovação do Código das Águas, contudo, não o transformou em lei.

213 GIANNINI, Massimo Severo. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milão, Giuffrè Editare, 1981, p. 561.

afronta ao múnus público da dominialidade pública “aparente” das águas, para, segmentadamente, desestatizá-las, por meio de concessões e autorizações injustificadas do Governo Federal e dos Governos Estaduais, objetivando o lucro de minorias.

Havendo a pretensão de instituir-se um “leilão de águas”, comerciando-se o direito de outorga do uso do recurso hídrico, ao mesmo tempo deverá de ser instituída uma “reserva hídrica” para os usos gratuitos e para a conservação do meio ambiente, em especial da fauna aquática.

O parlamento brasileiro agiu bem ao entender todas as águas como “de domínio público” no sentido de “bem de uso comum do povo”. O Professor Michel Prieur despreza o ordenamento jurídico francês, dizendo que,

infelizmente, por ter faltado a ousadia de nacionalizar a água, como patrimônio coletivo, os múltiplos regimes jurídicos subsistem em sua complexidade e em sua imbricação, ainda que tenha sido elaborada a Lei das Águas, de 3 de janeiro de 1992.²¹⁴

1.1.2 A água como bem dominical do Poder Público

O bem dominical é aquele que “integra o patrimônio privado” do Poder Público. O seu traço peculiar é a “alienabilidade”, como aponta o Professor José Cretella Júnior²¹⁵. Bem dominical difere, portanto, de bem dominial.

Referencie-se o Art. 18 da Lei 9.433/97 para atestar que a água não faz parte do patrimônio privado do Poder Público, ao dizer: “A outorga não implica a alienação parcial das águas que são inalienáveis, mas o simples direito de uso”. A inalienabilidade das águas descreve uma de suas características marcantes, como bem de domínio público.

O Art. 11 do Decreto 24.643/34 – denotado de Código das Águas – diz que “[...] as águas públicas podem ser de uso comum ou dominicais”. Observemos que, com o advento da Constituição Federal (Art. 225) e da Lei 9.433/97 (Arts. 1 e 18), essa parte do artigo do decreto de 1934 está revogada (Art. 57 da lei mencionada), pois as águas públicas não constituem reservas dominicais.

O Governo Federal e os Governos Estaduais, direta ou indiretamente, não devem atuar como agentes privatizadores de águas. A Lei 9.433/97, por sua vez, reporta o direito de cobrar pejo uso das águas, mas não assegura formalmente o direito de venda das águas.

1.1.3 A abrangência da dominialidade pública das águas

Utilizando a expressão “a água é um bem de domínio público”, a Lei 9.433/97 abrange todo o tipo de água, diante da amplitude empregada. Não especificando

214 PRIEUR, Michel. Droit d'Environnement, 3^e ed., Paris, Dalloz, 1996.

215 CRETELLA JÚNIOR, José . Dicionário de Direito Administrativo, 3^e ed., Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 107.

qual a água a ser reportada, a água de superfície e a água subterrânea, a água fluente e a água emergente passaram a ser de domínio público.

O Código Civil Brasileiro de 1916, do Art. 563 ao Art. 567, não se referia diretamente ao domínio das águas. Indiretamente, contudo, havia reflexos sobre o direito de utilização das águas, obrigando, em certos casos, a recepção de águas do prédio superior, ou o direito de recepção de águas por parte de prédio inferior e a utilização de águas pluviais. Já o novo Código Civil reporta-se ao tema nos Arts. 1288 a 1296, no mesmo íterim.

O Código das Águas – Decreto 24.643/34 – regulou o tema “Águas Particulares” em seu Livro I, Tít. I, Cap. III, afirmando em seu Art. 81: “São particulares as nascentes e todas as águas situadas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não estiverem classificadas entre as águas comuns de todos, as águas públicas ou as águas comuns”. Com a vigência da Lei 9.433/97, pode-se entender que essa disposição do decreto de 1934 contraria a nova lei e, por isso, conforme o seu Art. 57, foi revogada. As nascentes situadas em terrenos privados, mesmo passando a ser públicas, poderão ser utilizadas pelos entes privados, com a finalidade do “[...] consumo humano e da dessedentação de animais” (Art. 11, III, da Lei 9.433/97), sendo que o regulamento disporá sobre as “derivações e captações” insignificantes, nas hipóteses de serem desnecessárias a prévia outorga do Poder Público (Art. 12, §1, II, da lei referida).

O domínio hídrico público, segundo a lei, objetiva dar acesso à água àqueles que não sejam proprietários dos terrenos em que as nascentes aflorem, àqueles que não estão em prédios à jusante das nascentes e àqueles que não são ribeirinhos ou lindeiros dos cursos d’água.

As águas subterrâneas passam a fazer parte do domínio público em face dos Arts. 11, I, 12, II, e 49, caput e inc. V, todos da Lei 9.433/97, pois estão sujeitas a outorga pelo Poder Público a extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo e é considerada infração das normas de utilização de recursos hídricos subterrâneos perfurar poços para extração de água subterrânea ou operá-los sem a devida autorização. As águas subterrâneas, por sua vez, integram os bens dos Estados (Art. 26, I, da CF).

Aquífero é a “[...] formação porosa (camada ou estrato) de rocha permeável, areia ou cascalho, capaz de armazenar e fornecer quantidades significativas de água”²¹⁶.

Seguindo a nova lei, notadamente o referido Art. 12, II, houve a revogação do Art. 96 do decreto de 1934, que dizia:

O dono de qualquer terreno poderá apropriar-se por meio de poços, galerias etc. das águas que existam debaixo da superfície de seu prédio, contanto que não prejudique aproveitamentos existentes nem derive ou desvie de seu curso natural águas públicas dominicais, públicas de uso comum ou particulares.

216 Glossário de Termos Hidrogeológicos. Brasília, DNAEE, 1983; e Glossário de Termos Usuais em Ecologia, São Paulo, Academia de Ciências do Estado de São Paulo, 1980.

Não é mais possível apropriar-se das águas subterrâneas, passando a ser possível usá-las se houver outorga do órgão público e pagamento desse uso (Art. 21, I, da Lei 9.433/97).

Diante de situação semelhante no Direito italiano, pronunciou-se o jurista Renato Alessi:

Se antes da extensão da dominialidade a todo o gênero alguns dos bens concretos do mesmo eram de propriedade privada, a promulgação da lei que estabelece a dominialidade é causa da passagem automática da propriedade de cada um dos bens ao Estado, sem que isso possa dar motivo à indenização, por faltar o requisito da “especialidade do sacrifício” do direito privado (o que sucede, por exemplo, depois do texto refundido de 11 de dezembro de 1933, que estendeu a dominialidade às águas subterrâneas)²¹⁷.

No Direito espanhol, manifestou-se o jurista Sebastian Martín-Retortillo:

A reconversão por lei de todas as águas privadas em públicas coloca-nos ante a hipótese de uma expropriação legislativa; a ablação da titularidade realizada constitui, como é óbvio, uma limitação extra ao conteúdo essencial do direito²¹⁸.

E diz, textualmente:

Mas allá dei “contenido esencial” de la propiedad, toda injerencia supone una expropiación que debe ser indemnizada. Nadie puede ser privado por nadie, por ninguno de los Poderes dei Estado, sin respetar la garantía general y abstracta que la propia Constitución establece. Esto es, sin la correspondiente indemnización.

Martín-Retortillo cita Díez-Picazo, que afirma:

Las ablaciones producidas en una categoría de bienes, cuando la configuración de esta categoría de bienes se ha llevado a cabo de forma constitucionalmente legítima, obligan a distinguir, a mi juicio, si se trata de ablaciones que para esa categoría constituyen una extralimitación respecto dei contenido esencial de la propiedad frente a aquellas otras que pueden entenderse producidas en aplicación de la función social. En las primeras hay siempre expropiación y, en las segundas, en cambio, no²¹⁹.

217 ALESSI, Renato. Gaetano Stammati. *Instituzioni di Diritto Tributario*. Unione Tipografico - Editrice Torinese, p. 297

218 MARTÍN-RETORTILLO, Sebastian. *Instituciones de Derecho Administrativo*, t. 11. Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1970.

219 MARTÍN-RETORTILLO, Sebastian. *Derecho de Aguas*. Madrid, Editorial Civitas, 1997.

No nosso ordenamento, as Constituições republicanas perpassaram as correntes de água em terrenos de domínio da União e os rios que banhem mais de um Estado ou que sirvam de limites com outros países, ou dele provenham, como bens da União (Art. 20, II, da CF/34; Art. 36, b, da CF/37; Art. 34, I, da CF/46; Art. 40 da CF/67; Art. 40, II, da EC 1/69; e Art. 20, II, da CF/88). Todavia, essas Constituições não dispuseram todas as águas como bens públicos federais.

No que concerne aos bens dos Estados brasileiros, a Constituição Federal de 1988 divergiu das anteriores Constituições, que se limitaram a utilizar os termos “rios” e “lagos” (Art. 21, II, da CF/34; Art. 37, b, da CF/37; Art. 35 da CF/46; Art. 5º da CF/67; Art. 5º da EC 1/69; Art. 5º da EC 16/80). A CF/88, em seu Art. 26, diz: “Incluem-se entre os bens dos Estados: I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União”.

A redação elástica do Art. 26, I, da CF/88 alarga grandemente o domínio dos recursos hídricos estaduais. A União permitiu a permanência do que já vinha tendo por força das anteriores Constituições. Não houve nenhuma disposição constitucional expressa no sentido de isentar os Estados do dever de indenizar os proprietários das águas particulares, ou seja, “[...] as nascentes e todas as águas situadas em terrenos que também o sejam, quando não estiverem classificadas entre as águas comuns de todos, as águas públicas ou as águas comuns” (Art. 8º. do Decreto 24.643/34 – Código das Águas).

Cid Tomanik Pompeu remonta que

[...] desaparecem, sem qualquer vantagem prática, as águas comuns, as particulares e as municipais (Art. 26, I). Resta saber o que o Poder Judiciário decidirá a respeito, tendo em vista a garantia do direito de propriedade, estabelecida no mesmo texto constitucional (Art. 5º, XXII)²²⁰.

Percebe-se o resguardo em sustentar-se que o “direito adquirido” (Art. 5º, XXXVI, da CF) socorre esses proprietários particulares no sentido de obterem indenizações dos Estados quando estes pretenderam o domínio das águas referidas no Art. 8º do Código das Águas²²¹. Desse modo, não se pode apenas tentar introduzir no regime jurídico das nascentes privadas o sistema da outorga e da cobrança do uso desse recurso específico pelo viés da “função social” da propriedade (Art. 5º, XXIII, da CF/88). Verificou-se um inegável esvaziamento do direito de propriedade (Art. 5º, XXII, da CF/88), que acarreta nesse caso a obrigação de indenizar ou de não cobrar a água utilizada.

220 POMPEU, Cid Tomanik “Recursos Hídricos na Constituição de 1988”, RDA 186/10, out./dez. 1991.

221 Em sentido contrário. Fernando Quadros da Silva, “A gestão dos recursos hídricos após a Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997”, in *Direito Ambiental em Evolução*, org. Vladimir Passos de Freitas, Curitiba, Juruá, 1998.

1.1.4 Águas pluviais, dominialidade pública e Código das Águas

A Lei 9.433/97 não tratou explicitamente das águas pluviais como tratou das águas subterrâneas.

O Código das Águas dividiu equitativamente o direito de propriedade das águas pluviais, conforme o lugar em que essas caírem e de acordo com o curso que a natureza ditar para essas águas. Se as águas das chuvas caírem em um terreno privado, ao seu proprietário inicialmente pertencerão. No entanto, se caírem em terrenos ou lugares públicos, todos poderão ir apanhar as águas pluviais. Essa apropriação será feita gratuitamente e segundo as necessidades, tanto do proprietário privado como de qualquer do povo. No caso das águas pluviais caídas em terreno privado, o proprietário desse não poderá desperdiçar essas águas, nem desviá-las de seu curso natural.

As águas das chuvas têm ligação com as águas superficiais e subterrâneas, mas seu regime jurídico não está peremptoriamente denotado ao regime daquelas.

A Lei 9.433/97 não modificou as percuientes regras de 1934. Essas normas incentivam os proprietários privados a captar as águas das chuvas para as suas necessidades básicas. Não se trata de impermeabilizar toda a propriedade para transformá-la num reservatório pluvial, impedindo-se plenamente a infiltração ou a percolação das águas. Possibilitam-se aqueles que não são proprietários privados (ou que tenham propriedades de pequena extensão) dirigir-se livremente às praças, espaços livres ou outros espaços públicos para coletar as águas procedentes das chuvas. Engrandece-se a economia doméstica e observase a solidariedade nos lugares áridos.

1.2 A água como bem de valor econômico

A água é um recurso natural limitado de extrema utilidade social, e por essa razão passa a ser mensurada dentro dos valores da economia.

A valorização econômica da água deve levar em conta o preço da conservação, da recuperação e da melhor distribuição desse bem.

Maria Luíza Machado Granziera salienta que a aplicação do princípio [...] aumenta o leque de possibilidades do Governo para salvaguardar mananciais a custo tolerável para as populações carentes não atendidas. A adesão a esse princípio deve, entretanto, ser acompanhada por um compromisso público transparente de uma locação equitativa dos mananciais disponíveis²²².

Desse modo, a “[...] cobrança pelo uso dos recursos hídricos objetiva reconhecer a água como um bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor (Art. 19, I, da Lei 9.433/97). Acentue-se que a água necessária para as necessidades básicas de cada pessoa, em que cada um vá diretamente abastecer-se, é uma captação

222 GRANZIERA, Maria Luíza Machado. *Direito de Águas e Meio Ambiente*. São Paulo. Ícone Editora, 1993.

insignificante do ponto de vista econômico e, assim, livre e gratuita, consoante a interpretação dos Arts. 20 e 12, §1º, I e II, da Lei 9.433/97.

1.3 Uso prioritário e uso múltiplo das águas

1.3.1 Uso prioritário

A **Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981**, dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e, em seu Art. 2º, inciso II, diz-nos que tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando a assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendido o princípio da racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar.

A vertente geral é o de que “[...] a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas” (Art. 1º, IV, da Lei 9.433/ 97), mas, em “[...] situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação dos animais” (Art. 1º, III, da lei mencionada).

Verificada a escassez de águas, objetiva o órgão público federal ou estadual responsável pela outorga dos direitos de uso da água suspender parcial ou totalmente as outorgas que prejudiquem o “[...] consumo humano e a dessedentação dos animais”, conforme o Art. 15, V, da Lei 9.433/97.

No consumo humano estará albergado somente o uso para as necessidade mínimas de cada indivíduo, isto é, água para beber, para comer e para a higiene. Não está incluído, nesse íterim, o uso para o lazer, como piscinas nem para a jardinagem.

Os animais têm assegurada a sua dessedentação, mas não há prioridade para utilização de água para o abate e o processo de alienação desses animais. Neste tópico, serão seguidas as normas comuns de racionamento, a serem previstas na regulamentação.

Mesmo que se referencie no caput do Art. 15 que a “[...] outorga de direito de uso de recursos hídricos poderá ser suspensa [...]”, parece-nos que, nos dois casos mencionados, afasta-se qualquer discricionariedade do órgão público, devendo agir vinculadamente ao princípio apontado no referido Art. 1º, III. Não atuando a Administração Pública, incumbirá ao Poder Judiciário atuar por meio de prestação jurisdicional.

1.3.2 Uso múltiplo das águas

O uso múltiplo das águas deve ser buscado por meio do Plano de Recursos Hídricos, quando for abordar as “[...] prioridades para outorga de direitos de uso de recursos hídricos” (Art. 7, VIII, da Lei 9.433/97).

A multiplicidade dos usos é imensa e não está enumerada na sua totalidade pela Lei 9.433/97. Entre os usos mencionados no texto normativo vemos: o consumo

humano, a dessedentação dos animais, o abastecimento público, o lançamento de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final. o aproveitamento dos potenciais hidrelétricos, o transporte aquaviário. Somem-se outros usos: irrigação, esportes ou lazer, piscicultura.

Há vedação legal de ser privilegiado um uso ou somente alguns usos. O estudo da viabilidade ecológica da outorga de vários e concomitantes direitos de uso é matéria imperativa em face do Art. 12, IV, e diante do Art. 13, parágrafo único, que afirma: “A outorga de uso dos recursos hídricos deverá preservar o uso múltiplo destes”. Ao Poder Público está explicitamente proibida a outorga de direito de uso que somente possibilite um único uso das águas. Logo, devem ser anulados, administrativa ou judicialmente, atos de outorga de direito de uso e plano de recursos hídricos que agridam essas normas legais.

Com precisão, ao tratar da integração de estratégias, diz o Professor Ramón Martín Mateo:

Exigir-se-á por uma parte a atuação sobre massas de água que constituam um sistema comum e, por outra parte, uma regulamentação de abastecimentos, que permita simultâneas ou sucessivas utilizações, descartando em princípio, salvo exceções, a exclusividade e o respeito de direitos prioritários dos concessionários individuais, ainda que estes venham fundamentados em velhos e sólidos critérios normativos ²²³.

Já a Lei 9985, de 2000, retrata o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC, que regulamenta o artigo 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, estabelece sobre o uso das águas:

Art. 46. A instalação de redes de abastecimento de água, esgoto, energia e infraestrutura urbana em geral, em unidades de conservação onde estes equipamentos são admitidos depende de prévia aprovação do órgão responsável por sua administração, sem prejuízo da necessidade de elaboração de estudos de impacto ambiental e outras exigências legais.

Parágrafo único. Esta mesma condição se aplica à zona de amortecimento das unidades do Grupo de Proteção Integral, bem como às áreas de propriedade privada inseridas nos limites dessas unidades e ainda não indenizadas.

Art. 47. O órgão ou empresa, público ou privado, responsável pelo abastecimento de água ou que faça uso de recursos hídricos, beneficiário da proteção proporcionada por uma unidade de conservação, deve contribuir financeiramente para a proteção e implementação da unidade, de acordo com o disposto em regulamentação específica.

Art. 48. O órgão ou empresa, público ou privado, responsável pela gera-

ção e distribuição de energia elétrica, beneficiário da proteção oferecida por uma unidade de conservação, deve contribuir financeiramente para a proteção e implementação da unidade, de acordo com o disposto em regulamentação específica.

Verifica-se, desse modo, a preocupação ambientalista com as unidades de conservação e suas utilizações, sejam ou não de caráter econômico das reservas aquíferas.

1.4 A bacia hidrográfica

– A implementação da Política de Recursos Hídricos e a atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos

As águas, em nosso País, ou são de domínio da União ou são de domínio dos Estados (Arts. 20 e 26 da CF). Todavia, a implementação da política nacional e estadual dos recursos hídricos não está embasada nos limites da União ou dos Estados. A aplicação do quadro normativo hídrico possui como unidade territorial a “bacia hidrográfica”, como aponta o Art. 12, V, da Lei 9.433/97.

De acordo com o Art. 37 da Lei 9.433/97, a bacia hidrográfica abrange cursos de água, que são catalogados como “principal” e/ou “tributário”. A “bacia hidrográfica”, ao abranger os cursos de água, não está umbilicalmente abrangendo os aquíferos, ou seja, a “bacia hidrogeológica”.

A Lei 9.433/97 não esclareceu o sentido de “bacia hidrográfica”. A implementação da administração dos recursos hídricos por meio das “bacias hidrográficas” remonta uma séria barreira na dupla dominialidade das águas. Se o curso de água principal for federal e os cursos de água tributários forem estaduais, quem administrará a bacia hidrográfica, inclusive efetuando a outorga dos recursos hídricos? A entidade federal ou regional? A aplicação da norma vai esclarecer se a ideia dessa nova administração hídrica ficou só no terreno da imaginação ou se uma nova descentralização pode ser realizada, com a alteração constitucional da partilha das águas entre União e Estados, para que as águas sejam realmente ordenadas pelos novos organismos hídricos.

Rodrigo Andreotti Musetti²²⁴ compreende que bacia hidrográfica deve ser entendida como sendo a unidade ecossistêmica e morfológica que permite a análise e entendimento dos problemas ambientais. Ela também é perfeitamente adequada para um planejamento e manejo, buscando otimizar a utilização dos recursos humano e natural, para estabelecer um ambiente sadio e um desenvolvimento sustentado.

224 MUSETTI, Rodrigo Andreotti. Bacias Hidrográficas no Brasil :Aspectos Jurídico-ambientais Revista Consultor Jurídico, 13 de outubro de 1999.

A “bacia hidrográfica” é definida por glossários científicos como a “área de drenagem de um curso de água ou lago”²²⁵²²⁶.

A “bacia hidrogeológica” é a unidade fisiográfica ou geológica que contém pelo menos um aquífero de extensão significativa²²⁷.

Antes da Lei 9.433/97, a Lei de Política Agrícola – Lei 8.171/91 –, em seu Art. 20, já reportara preceito que continua em vigor: “As bacias hidrográficas constituem-se em unidades básicas de planejamento do uso, da conservação e da recuperação dos recursos naturais”.

O Art. 37 da Lei 9.433/97 afirma:

Os Comitês de Bacia Hidrográfica terão como área de atuação: I – a totalidade de uma bacia hidrográfica; II – sub-bacia hidrográfica de tributário do curso de água principal da bacia, ou de tributário desse tributário; ou III – grupo de bacias ou sub-bacias hidrográficas contíguas.

A concretização dessas diretrizes, por intermédio dos Comitês de Bacia Hidrográfica, é que vai tornar efetiva a ideia da “bacia hidrográfica” como unidade territorial básica para efetivação da Política Nacional de Recursos Hídricos.

Os Comitês de Bacia Hidrográfica irão agir abrangendo uma bacia hidrográfica, um grupo de bacias hidrográficas contíguas ou por um conjunto misto – bacia do curso de água principal e duas sub-bacias hidrográficas. Segundo o citado Art. 37, II, há uma limitação a duas sub-bacias hidrográficas: a primeira sub-bacia – a do “tributário do curso de água principal da bacia” e a segunda, constituída pelo “tributário desse tributário”. Assim, não importando a magnitude das relações existentes entre tributários e curso de água principal, a lei limitou a criação das sub-bacias. O Professor de Geografia Antônio Teixeira Guerra afirma que a “bacia hidrográfica pode ser principal, secundária e mesmo terciária, segundo certos autores, quando constituída de cursos d’água de menor importância”.

Carecendo a lei de um glossário de termos técnicos (existente em leis de outros países), encontramos sem uma conceituação de “curso de água principal da bacia”. Um curso de água pode ser principal somente considerando-se a microrregião onde ele e seus tributários se encontrem. Ao contrário, se for entendido que curso principal é aquele curso de água que chega até à foz (seja num lago ou no mar), muda-se a interpretação. Na área científica apontam-se, pelo menos, cinco critérios para a deter-

225 Glossário de Termos Hidrogeológicos. Brasília, DNAEE, 1983; e Glossário de Termos Usuais em Ecologia, São Paulo, Academia de Ciências do Estado de São Paulo, 1980. cit.

226 LANNA, Antônio Eduardo Leão, Gerenciamento de Bacia Hidrográfica - Aspectos Conceituais e Metodológicos, Brasília, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, 1995.

227 Glossário de Termos Hidrológicos. cit., e Glossário de Termos usuais em Ecologia, cit.

minação do rio principal, sendo que citaremos um deles – “[...] em cada bifurcação, a partir da desembocadura, optar pelo ligamento de maior magnitude. É um critério prático, em vista do funcionamento hidrológico da bacia”²²⁸.

Essa discussão tem relevo diante de rios nacionais que vão desaguar em outros rios situados noutros países, chamados “rios transfronteiriços” (Art. 39, §2, da Lei 9.433/97).

Não se proibiu, categoricamente, que bacias hidrográficas contíguas pudessem unir-se e integrar um mesmo Comitê de Bacia Hidrográfica.

1.5 Gestão descentralizada e participativa dos recursos hídricos

“A gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades.” (Art. 11, VI, da Lei 9.433/97).

A gestão poderá ser totalmente pública ou mista (pública e privada), de acordo com a escolha da União, dos Estados, dos Municípios, dos usuários e das organizações cívicas. A gestão dos recursos hídricos, entretanto, não poderá ser totalmente privada, pois os Poderes Públicos federal e dos Estados, conforme for o domínio desses recursos, deverão exercer o controle dos usos das águas, por meio da outorga dos direitos de uso, segundo seus poderes de polícia (Arts. 11, 29, II, e 30, I, todos da Lei 9.433/97).

Não é de ser confundida a gestão das águas com a competência para legislar sobre as águas. A descentralização recomendada pela Lei 9.433/97 foi no domínio da administração ou gestão, pois a competência para legislar sobre as águas é matéria concernente à Constituição Federal e continua centralizada nas mãos da União, conforme o Art. 22, IV. Lei complementar, entretanto, poderá autorizar os Estados a legislar sobre águas (Art. 22, parágrafo único, da CF), sendo que até agora não existe tal norma.

A lei comentada prevê organismos em quatro níveis, tendo na base as “Agências de Água” e os “Comitês de Bacia Hidrográfica”, e no ápice o Conselho Nacional de Recursos Hídricos. Descentralizar vai significar que nem o Conselho Nacional nem os Conselhos de Recursos Hídricos dos Estados e do Distrito Federal vão eles mesmos diretamente administrar as águas. A gestão ou a administração das águas deve ficar com as bases mencionadas. Essa descentralização deve ser efetivada não em termos tradicionais, mas com a transferência de atribuições ou poderes regulares da União e dos Estados para os outros órgãos a serem criados²²⁹.

228 GUERRA, Antônio Teixeira. Dicionário Geológico-Geomorfológico, 6^o ed., Rio de Janeiro, IBGE, 1980.

229 Pantoja Filizola Júnior, “Conceitos básicos para a classificação de cursos d’água”, A Água em Revista 5. ano 111, Cia. de Pesquisa de Recursos Minerais, agosto de 1995.

2. Agência Nacional de Águas - ANA

A Agência Nacional de Águas (ANA) é uma autarquia sob regime especial com autonomia administrativa e financeira vinculada ao Ministério do Meio Ambiente. É responsável pela implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos.

O projeto de criação da ANA foi aprovado pelo Congresso no dia 7 de junho de 2000, transformando-se na Lei 9.984, sancionada pelo presidente da República em exercício Marco Maciel, no dia 17 de julho de 2000. Além de responsável pela execução da Política Nacional de Recursos Hídricos, a ANA deve implementar a Lei das Águas, de 1997, que disciplina o uso dos recursos hídricos no Brasil.

Inspirado no exemplo francês, o Brasil criou, em 1997, sua legislação sobre recursos hídricos (Lei 9433/97), que trata da qualidade das águas dos rios, bem como da quantidade, por ser uma questão-chave para o desenvolvimento da região semiárida. Mais complexo, o modelo brasileiro adapta-se à Federação, em que os rios tanto podem ser de domínio da União quanto dos Estados. Por isso, a Constituição de 1988 previu a existência do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, que foi detalhado na lei de 1997. Nos próximos anos, o Brasil terá dezenas de comitês de bacias, com suas respectivas agências de água, enquanto a França tem apenas seis.

O poder da Agência Nacional de Águas – ANA para arrecadar as receitas vindas da cobrança pelo uso das águas (Art. 4, IX) é uma inovação que permeia dúvidas no cumprimento da política de descentralização da gestão dos recursos hídricos. Para evitar entraves ou problemas à necessária distribuição das receitas hídricas, consta da lei que a aplicação das receitas “será feita” por meio das agências de água e só na ausência dessas é que esses recursos poderão ir para outras entidades (Art. 4º, §6). A ANA “[...] manterá registros que permitam correlacionar as receitas com as bacias hidrográficas em que foram geradas” (Art. 21, §1º).

A ideia da gestão participativa do bem público água é, por sua vez, inovadora, pois o Poder Público não vai mais ter a maioria de votos nos Comitês da Bacia Hidrográfica (Art. 39, §1, da Lei 9.433/97). Para que não se destrua a gestão participativa e nem se torne a mesma ineficaz, será preciso que o controle social encontre meios de contínua e organizada informação.

3. Consórcios intermunicipais de bacias hidrográficas e agências de Águas

Os consórcios e as associações intermunicipais de bacias hidrográficas constituirão uma das organizações civis a terem assento nos Comitês de Bacia Hidrográfica e, dessa forma, estarão ligados ao funcionamento das Agências, nas atividades de cidadania. Entretanto, enquanto as Agências não estiverem em funcionamento, previu-se uma situação excepcional.

O Tít. IV – Das Disposições Gerais e Transitórias da Lei 9.433/97, em seu Art. 51, relata-nos que:

Os consórcios e associações intermunicipais de bacias hidrográficas mencionados no Art. 47 poderão receber delegação do Conselho Nacional ou dos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos, por prazo determinado, para o exercício de competência das Agências de Água, enquanto esses organismos não estiverem constituídos.

O Conselho Nacional de Recursos Hídricos e os Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos estão adequados às mesmas regras para criação das Agências de Águas, quando forem permear delegação para os consórcios e associações intermunicipais de bacias hidrográficas. Terão que percorrer pelo menos três estágios: 1) observar a constituição e o funcionamento dos consórcios e associações intermunicipais diante da legislação vigente (Art. 48, da Lei 9.433/97); 2) verificar se os Comitês de Bacia Hidrográfica existem (Art. 43, I, da lei referida) e se sua composição obedece ao Art. 39, §12, da lei citada; 3) perceber a viabilidade financeira assegurada pela cobrança do uso dos recursos hídricos em sua área de atuação.

De acordo com o que já referimos a respeito da necessidade de complementação da legislação concernente às Agências de Águas, há também necessidade de se instituir normas expressas do dever da publicidade, expresso no Art.37 da CF, das atividades dos consórcios e das associações intermunicipais e do controle da receita, despesa e resultados pelo Tribunal de Contas, pelo Ministério Público e pela sociedade civil. Caso haja impulsividade na investidura dos consórcios e das associações intermunicipais, o Conselho Nacional e os Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos estarão comprometendo o êxito da Política Nacional de Recursos Hídricos. De outra forma, verificaremos grande inadimplência dos usuários, que não desejarão pagar a um órgão que não esteja legalmente investido da competência para fazer a gestão dos recursos hídricos e cobrar pelo seu uso.

O Judiciário, por sua vez, poderá anular o ato do Conselho Nacional dos Recursos Hídricos ou dos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos, ou, até mesmo, suspender liminarmente a “delegação” aos consórcios e associações, ou suspender liminarmente essa delegação ou a possibilidade de cobrança, se os artigos da lei, acima apontados, forem relegados ao esquecimento.

4. Organizações civis de recursos hídricos

A Lei 9.433/97 é atualizada a uma das ideias inovadoras da segunda metade do século XX: a presença das organizações ou associações nos colegiados diretivos dos

interesses coletivos. Não se fez aqui nenhuma cortesia em favor dos movimentos sociais, inclusive os especificamente ambientalistas.

O Brasil trilhou com êxito essa estrada ao instituir o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA (Lei 6.938/81), em que as associações ambientais e os setores dos empresários e empregados foram representados.

O termo “civil” que se utilizou na Lei 9.433/97 talvez não seja o mais apropriado, mas tem sido utilizado para indicar o corpo social que não está inserido permanentemente no Governo. Os interesses difusos e coletivos, ressaltados diuturnamente pelo Ministério Público, não são mais geridos somente por funcionários públicos e pelas pessoas que foram eleitas por meio da representação político-partidária.

O Art. 47 da Lei 9.433/97 apresenta uma plêiade de organizações, na qual vamos encontrar o próprio Poder Público participando. Encontraremos o Poder Público nos “consórcios e associações intermunicipais de bacias hidrográficas”, podendo percebê-lo também nas associações de usuários e nas organizações de ensino e pesquisa.

A lei obriga, claramente, em seu Art. 48, que cada uma dessas organizações ou entidades seja “[...] legalmente constituída”. A constituição legal passa pela observância do Código Civil e da Lei de Registros Públicos – Lei 6.015, de 31.12.1973. Contudo, não consta da lei que qualquer dessas organizações deva ter seus estatutos aprovados previamente pela União ou pelos Estados. Tal aprovação não pode constar de qualquer regulamentação, pois estaria havendo uma infidelidade à lei (Art. 84, IV, da CF). Caso os estatutos de uma organização forem contrários ao interesse público ou se a mesma não estiver funcionando de acordo suas próprias normas, os interessados poderão valer-se dos meios judiciais ou de denúncias ao Ministério Público, que atuará como fiscal da lei.

5. Repartição de competências e Estado Federativo

Dessa forma, a segunda parte deste estudo se propõe a estudar a repartição da competência legislativa em matéria ambiental, procurando contribuir para a formulação de diretrizes resolutivas no caso de impasses legislativos. Evidentemente, isso deverá ser feito de acordo com o sistema de valores estabelecido pela Constituição Federal, mas, evidentemente, respeitando as especificidades que o direito material ao meio ambiente impõe.

Primeiro, será feita uma análise da competência em geral para, depois, passar à questão específica da competência legislativa em matéria ambiental. A doutrina nacional será nossa principal aliada de pesquisa deste estudo, embora a jurisprudência tenha também um papel relevante.

Luís Pinto Ferreira²³⁰ define competência como a capacidade jurídica de agir em uma esfera determinada. Na compreensão de Celso Ribeiro Bastos²³¹, competência são os poderes que a lei confere para que cada órgão público possa desempenhar suas atribuições específicas. Já Toshio Mukai²³² escreve que competência é a medida de poder que a Constituição ou a lei atribui ao agente público para a prática de determinados atos. No entanto, para José Afonso da Silva²³³, competência são as modalidades de poder de que se revestem os órgãos ou entidades paraestatais para o desempenho de suas funções, ou a atribuição facultada a um órgão, entidade ou agente do Poder Público, para tomar decisões.

Do que se conclui que competência é a atribuição que os entes e órgãos públicos possuem junto à coletividade e junto aos outros entes e órgãos públicos, inclusive na esfera internacional. A organização administrativa do Estado brasileiro está diretamente relacionada à distribuição dessas competências. O Brasil seguiu o federalismo, que é a forma de Estado que atribui a cada ente federativo uma determinada autonomia política, de acordo com o Art.18 da CF.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho²³⁴ defende que a autonomia administrativa dos entes federativos pressupõe a divisão de competências entre o poder central e os poderes regionais e locais. Para Alexandre de Moraes²³⁵, a adoção do Estado Federal pressupõe a decisão do legislador constituinte por meio da edição de uma Constituição que cria a Federação e a União, todavia com cada ente mantendo relativamente a sua autonomia e as suas competências administrativas, legislativas e tributárias.

Na percepção de Lúcia Valle Figueirêdo²³⁶, o federalismo é o modelo constitucional que prevê a descentralização do poder em vários centros autônomos coordenados por um poder central que é o responsável pelo exercício da soberania no plano internacional. Dalmo de Abreu Dallari²³⁷ afirma que os Estados federais são aqueles que, diferentemente dos Estados unitários, abrigam vários centros de poder político autônomos regulamentados pela Constituição Federal.

O federalismo brasileiro tem como peculiaridade a inclusão dos Municípios como entidades federativas. O caput do Art. 1º da Constituição Federal esclarece que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”.

230 FERREIRA, Luís Pinto. Comentários à Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989, v.I, p. 491.

231 BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. 5. ed. São Paulo: 2001, p. 107.

232 MUKAI, Toshio. Direito Administrativo sistematizado. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 210.

233 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 419.

234 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 25 cd. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 517

235 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2003, p. 267.

236 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Discriminação constitucional das competências ambientais: aspectos pontuais do regime jurídico das licenças ambientais. Revista de Direito Ambiental. São Paulo, n. 35,2004, p. 43

237 DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 25.ed. São Paulo: Saraiva: 2005. p. 257/259.

O caput do Art. 18 da Carta Magna determina que “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”. A forma federativa é tão importante para o Estado brasileiro que, de acordo com o inciso 1 do §4º do Art. 60 da Constituição Federal, não poderá ser objeto de proposta de emenda tendente a aboli-la.

No ímpeto do conceito de federalismo está a repartição de competências entre os entes federativos. Não pode existir autonomia administrativa se um dos entes federativos for responsável pelo estabelecimento da competência dos demais, o que deve ser feito necessariamente pela Constituição Federal.

Alexandre de Moraes²³⁸ ressalta que a adoção da repartição de competências administrativas, legislativas e tributárias é pressuposto da autonomia das entidades federativas e, por consequência, garantia do Estado Federal. José Afonso da Silva²³⁹ remonta que o cerne do Estado federal brasileiro é a repartição de competências entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Na visão de Luís Pinto Ferreira²⁴⁰, a repartição de competências entre o poder federal, os poderes estaduais e, no caso brasileiro, os poderes municipais, de acordo com os limites preestabelecidos na Constituição, é a característica essencial do Estado federal.

Paulo Affonso Leme Machado²⁴¹ pondera que somente a Constituição Federal pode estabelecer os direitos e deveres da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, visto que nenhum tipo de competência pode ser atribuído por lei infraconstitucional, a não ser que essa possibilidade tenha sido prevista pela própria Carta Magna.

A repartição de competências entre os entes federativos reporta-se, em regra, como já especificado, o critério da predominância do interesse. As matérias pertinentes ao interesse nacional serão atribuídas ao ente federal, ao passo que aos entes estaduais e municipais serão deixadas as matérias relacionadas aos interesses estaduais-remanescentes ou locais (Art. 30 da CF).

Na compreensão de Alexandre de Moraes²⁴², a predominância do interesse é o princípio que direciona a repartição de competência entre os entes federativos. De acordo com esta diretriz, cabem à União as matérias de interesse predominantemente geral; aos Estados, as matérias de interesse predominantemente regional; e aos Municípios, as matérias de interesse predominantemente local, cabendo destacar que o Distrito Federal acumula as competências de âmbito estadual e municipal.

238 MORAES, Alexandre de. Ob. cit.

239 SILVA, José Afonso. Ob. cit.

240 FERREIRA, Luís Pinto. Comentários à Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989, v.I.

241 MACHADO, Paulo Affonso Leme. Ob. Cit.

242 MORAES, Alexandre de. Ob.cit.

5.1. Competência em matéria ambiental

A Constituição Federal dispõe formalmente sobre dois tipos de competência: a competência administrativa e a competência legislativa. A primeira cabe ao Poder Executivo e diz respeito à faculdade para atuar de acordo com o poder de polícia, definido no Art.78 do CTN; ao passo que a segunda cabe ao Poder Legislativo e diz respeito à faculdade para legislar a respeito dos temas de interesse da coletividade.

José Afonso da Silva denota que a distribuição de competências entre os entes federativos em matéria ambiental segue os mesmos parâmetros adotados pela Constituição Federal em relação à repartição de competências das outras matérias. Desse modo, a competência administrativa é a atribuição que o Poder Executivo tem de resguardar o meio ambiente, enquanto a competência legislativa é a aptidão que o Poder Legislativo tem para legislar a respeito de temas ligados ao meio ambiente.

5.2. Competência legislativa em matéria ambiental

A competência legislativa se subdivide em remanescente, exclusiva, privativa, concorrente, suplementar e reservada. A competência residual ou remanescente diz respeito aos Estados e é aquela que permite a atividade legislativa em relação às matérias não vedadas, implícita ou expressamente, e que está prevista no §1º do Art. 25 da Constituição Federal.

A competência exclusiva diz respeito à União e aos Municípios e é aquela reservada unicamente a uma entidade, sem a possibilidade de delegação, e que está prevista no Art. 21 e no inciso I do Art. 30 da Constituição Federal. A competência privativa, por sua vez, diz respeito à União e é aquela que, embora seja própria de uma entidade, pode ser delegada ou suplementada, desde que respeitados os requisitos legais, sendo prevista no Art. 22 da Constituição Federal. É preciso destacar que a competência legislativa privativa da União, prevista no Art. 22, e a competência legislativa exclusiva, prevista no Art. 25 da Carta Magna, embora tratem, em diversos dispositivos, da questão ambiental, possuem um caráter muito mais de gestão administrativa e econômica do que de proteção ambiental, propriamente falando.

A competência concorrente é aquela reservada à União, aos Estados e ao Distrito Federal, cabendo à União a preponderância de legislar sobre normas gerais, e que está prevista no Art. 24 da Constituição Federal. A competência suplementar é aquela que atribui aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a faculdade de complementar os princípios e normas gerais ou de suprir a omissão destes, sendo previstas nos §§2º e 3º do Art. 24 e no inciso II do Art. 30 da Constituição Federal.

Tércio Sampaio Ferraz adverte que a competência suplementar é para a edição de legislação decorrente e não de legislação concorrente, e por ser uma legislação de regulamentação seria inconstitucional qualquer concorrência entre a legislação dos

Estados e do Distrito Federal e as normas gerais da União. Trata-se de um tipo de competência que deve ser exercido em concordância com as normas gerais da União, e não na ausência delas.

Já a competência reservada é aquela que atribui ao Distrito Federal a competência reservada aos Estados e aos Municípios, excetuada a competência para a organização judiciária, sendo prevista no §1º do Art. 32 da Constituição Federal. Na prática, o que predomina em relação à competência legislativa, em matéria ambiental, é a competência concorrente entre a União e os Estados e o Distrito Federal, cabendo à União a competência para legislar sobre normas gerais; aos Estados e ao Distrito Federal a competência para suplementar as normas gerais editadas pela União.

No caso de omissão legislativa por parte da União, os Estados e o Distrito Federal podem editar as normas gerais. Os Municípios podem legislar sobre os temas ambientais de interesse predominantemente local, desde que se respeitem as normas gerais que houverem sido editadas pela União ou pelo Estado, assim estabelecido nos incisos I e II do Art.30 da CF.

Sendo assim, a competência concorrente entre União e Estados e Distrito Federal merece ser observada com mais atenção, pelo que deve ser discutida, em um primeiro momento, a questão da competência da União para editar normas gerais, e em um segundo momento, a questão da competência suplementar dos Estados e do Distrito Federal. Em tese, as normas gerais são aquelas diretrizes essenciais que deverão ser suplementadas ou especificadas pela legislação estadual ou distrital e, caso desçam a detalhes, deverão ser consideradas inconstitucionais por invadirem a competência dos Estados e do Distrito Federal.

Todavia, a expressão “normas gerais” usada pelo §1º do Art. 24 da Constituição Federal é um conceito jurídico indeterminado, e a doutrina e a jurisprudência têm encontrado certa dificuldade no preenchimento de seu conteúdo. Luís Pinto Ferreira²⁴³ pondera que, em vista da dificuldade na delimitação do conceito de normas gerais, têm ocorrido sérios conflitos entre a legislação federal e a legislação estadual e distrital.

Assim, as normas gerais devem ser compreendidas como aquelas que dizem respeito a interesses gerais, independentemente do grau de especialização a que possam chegar. Alguns assuntos, mínimos que sejam, podem ser tão gerais quanto ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo em vista o caráter difuso desse direito e a sua indispensabilidade à manutenção da vida e da qualidade de vida.

Na formação de Álvaro Luiz Valer Mirra²⁴⁴, norma geral é aquela vinculada ao interesse geral e cuja regulamentação seja necessária em face de uma determinada região ou em face de todo o território nacional. O que o professor defende, tendo

243 FERREIRA, Luís Pinto Ferreira. Op. cit.

244 MIRRA, Álvaro Luiz ValerY . Impacto ambiental- aspectos da legislação brasileira. 2 cd. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 73.

em vista a relação de interdependência entre os inúmeros elementos que compõem o meio ambiente, em virtude da qual uma ruptura localizada de um determinado sistema ambiental pode levar à desorganização de outros sistemas ambientais muito além dos limites territoriais do Município, Estado ou região onde se verificou a ocorrência inicial.

Tendo esse relevo, é preciso ter um cuidado especial em relação às questões ambientais. O que se percebe, regularmente, é que o interesse geral na proteção do meio ambiente recomenda a previsão de normas específicas, e minudenteadas, destinadas a regulamentar certos assuntos em âmbito nacional, de maneira que, nas matérias de interesse coletivo, a expressão “normas gerais” adquire um sentido revalidado.

Segue nesse paradigma a opinião de Leonardo Greco:

Normas gerais não são apenas linhas gerais, princípios ou critérios básicos a serem observados pela legislação suplementar dos Estados. Normas gerais contrapõem-se a normas particulares. A União, nessas matérias, pode legislar com maior ou menor amplitude, conforme queira impor a todo o País uma legislação mais ou menos uniforme. O que a União não pode é legislar sobre assuntos particulares da esfera de interesses ou de peculiaridades dos Estados. Normas gerais são normas uniformes, isonômicas, aplicáveis a todos os cidadãos e a todos os Estados²⁴⁵.

Paulo Affonso Leme Machado²⁴⁶ entende não ser necessário que a norma geral remonte todo o território brasileiro, podendo abranger apenas um único ecossistema, uma única bacia hidrográfica ou uma única espécie animal ou vegetal. Esse autor também afirma que a União deve inserir, nas normas gerais, os tratados e convenções internacionais ratificados, como também guardar fidelidade à Constituição.

Vladimir Passos de Freitas²⁴⁷ defende que a norma geral não precisa dirigir-se a todo o território nacional, e sim apenas a uma parcela significativa dele, embora seja necessário que a norma geral regule, de forma ampla, a matéria. O autor referido cita a hipótese de uma norma de proteção da região amazônica, que não poderia ser considerada norma geral porque abarca somente uma determinada parte do País, mas que deverá sê-lo, porque a selva amazônica tem uma importância especial para o povo brasileiro, tanto do ponto de vista cultural e econômico quanto da segurança.

Percebendo essa compreensão, o §4º do Art. 225 da Constituição Federal deduz acertada esse pensamento, ao dispor especificamente sobre a proteção de biomas como a Floresta Amazônica Brasileira, a Serra do Mar, a Mata Atlântica, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira.

Haja vista a razão de ser da legislação ambiental, que é assegurar a guarida do meio

245 GRECO, L. ; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de . Direito Processual e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris, 2005. v. 1. P.230

246 MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental brasileiro. 9. eu. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 82

247 FREITAS, Vladimir Passos de Freitas(org).Direito Ambiental em Evolução, Curitiba, Juruá, 1998. P.132.

ambiente, permite-se, nessa seara, que a União legisle minudentemente sobre determinado assunto, como se estivesse tratando de uma norma geral, desde que se esteja buscando resguardar o interesse gera. Essa é uma forma direta de se tentar evitar que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios facilitem a devastação, ao legislarem sobre o meio ambiente de uma forma mais branda, o que encontra resguardo nos princípio da precaução, responsabilidade e prevenção.

Na perspectiva de se denotar o interesse coletivo, independentemente do grau de especificidade de uma norma ambiental, o legislador federal separa norma geral de norma genérica, com o objetivo de impedir que a legislação ambiental possa aceitar ou simplesmente permitir uma degradação.

Álvaro Luíz Valery Mirra²⁴⁸ relata que a proteção ao meio ambiente recomenda a elaboração de normas específicas e detalhadas, destinadas a regulamentar o assunto em âmbito nacional. Esse foi o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, quando se pronunciou sobre a matéria no Acórdão 15.278-3, proferido pela Terceira Câmara Cível, que julgou o Agravo de Instrumento 65.302-7 com relação à aplicabilidade do Art. 2º da Lei 4.771/65, conhecida como Código Florestal, e que delimita, com muito detalhamento e precisão, o estabelecimento de áreas de preservação permanente nos perímetros rurais e urbanos.

Desse modo, ficam dirimidas quaisquer empecilhos sobre a aplicação do Código Florestal nas áreas urbanas, visto que a União, nos limites da sua competência, estabeleceu como norma geral a ser indistintamente aplicada por todos os Estados da Federação e seus Municípios, independentemente da localização em áreas rurais ou urbanas, as metragens especificadas nas alíneas do artigo 2º da Lei 4.771 /65. Não pode o Município de Curitiba editar lei que estabeleça normas menos rígidas que aquela estabelecidas por leis federais ou estaduais, sob a alegação de que estariam legislando sobre assuntos de interesse local – artigo 30, I, da Constituição Federal.

Nas hipóteses em que as assertivas de norma geral e especial não sejam evidentes o suficiente para a solução de conflitos envolvendo a aplicação de normas da União e dos Estados, tem-se sustentado que deva prevalecer, no caso concreto, a norma que melhor garanta a efetividade do direito fundamental tutelado, dando-se preferência àquela mais restritiva sob a ótica da preservação da qualidade ambiental. Nesse sentido, esclarece Paulo José de Farias Leite²⁴⁹:

Pelos já citados §§1º e 4º do Art. 24, pelo art. 225 da Constituição, bem como pela indefinição do que seja norma especial, deve-se, fortiori racione, fixar como diretriz exegética que os eventuais conflitos, nos quais a noção de norma geral e especial não seja suficiente, devem ser resolvidos pela prevalência da norma que melhor defenda o direito fundamental tutelado, por se tratar de preceito constitucional nacional) que se impõe à ordem jurídica central ou regional (in dubio pro natura).

248 MIRRA, Alvaro Luíz ValerY . Impacto ambiental- aspectos da legislação brasileira. 2 cd. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 73.

249 LEITE, José de Farias .Ob.cit.

Dessa forma, o princípio *in dubio pro natura* deve constituir um princípio inspirador da interpretação. Isso significa que, nos casos em que não for possível uma hermenêutica unívoca, a escolha deve recair sobre a interpretação mais benéfica ao meio ambiente.

Desse modo, está evidenciada a antinomia em função da maior restritividade da legislação federal ou estadual, caso não se possa distinguir com clareza que se trata de normas específicas ou gerais .

Assim, reporta-se a possibilidade da norma estadual estabelecer proibições, em que a lei federal permita, bem como que a lei federal remonte patamares mínimos de proteção ambiental a serem observados em todo o País, dando-se efetividade à proteção ambiental e ao desenvolvimento autossustentável.

Sendo assim, somente no caso de a Constituição Federal ter sido desrespeitada é que os Estados e o Distrito Federal não deverão obediência à norma geral editada pela União. Já em relação à competência legislativa concorrente, em matéria ambiental, é importante dizer que as normas gerais editadas pela União devem ser detalhadas pelos Estados e pelo Distrito Federal, restando aos Municípios a competência para legislar sobre assuntos de interesse predominantemente local, em ordem a se adequarem à legislação federal e à legislação estadual.

A consequência é que o Estado e o Distrito Federal não podem contrariar as normas gerais editadas pela União, da mesma forma que os Municípios se devem coadunar às normas gerais editadas pela União e pelos Estados, no caso de omissão federal. Toshio Mukai²⁵⁰ destaca que, em matéria ambiental, a legislação municipal e a estadual não podem ir de encontro à lei federal, visto que a legislação municipal terá que observar as normas gerais válidas da União e dos Estados, e os Estados e o Distrito Federal terão de observar, necessariamente, as normas gerais editadas pela União.

Desse modo, o dispositivo da Constituição de Santa Catarina que excluía o estudo prévio de impacto ambiental, no caso de áreas de florestamento ou reflorestamento para fins empresariais, foi invalidado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.056-SC. Diante dos amplos termos do inc. IV do §1º do Art. 225 da Carta Federal, revela-se juridicamente relevante a tese de inconstitucionalidade da norma estadual que dispensa o estudo prévio de impacto ambiental, no caso de áreas de florestamento ou reflorestamento para fins empresariais. Mesmo que se admitisse a possibilidade de tal restrição, a lei que poderia torná-la viável estaria inserida na competência do legislador federal, já que a esse cabe disciplinar, por meio de normas gerais, a conservação da natureza e a proteção do meio ambiente (Art. 24, inc. VI, da CF), não sendo possível, ademais, cogitar-se da competência legislativa a que se refere o §3º do Art. 24 da Carta Federal, que busca suprir lacunas normativas para atender a peculiaridades locais, ausentes na espécie. Medida liminar deferida.

Os Estados e o Distrito Federal podem editar normas gerais, em matéria ambiental, se a lei federal for omissa, podendo ocorrer o mesmo com os Municípios, se inexistir norma geral federal ou estadual sobre o mesmo tema, consoante preveem os incisos I, VI e VII do Art. 24 e I e II do Art. 30 da Constituição Federal. Como a norma geral, em matéria ambiental, pode ser bastante minudenteada e precisa, a exemplo dos Arts. 1º e 16 do Código Florestal, nesses casos é possível que a edição de normas suplementares seja desnecessária, visto que não tem sentido suplementar uma norma geral que já é específica.

Por isso, Luís Carlos Silva de Moraes²⁵¹ remonta, por ser a generalidade a principal característica da norma jurídica, decorrendo daí a sua aplicabilidade a todos, somente se deverá aceitar a complementação da norma por uma legislação mais específica quando isso for realmente necessário à proteção do bem jurídico em questão. Esse mesmo autor cita o exemplo da Lei 5.723/97, que estabelece os limites de emissão de poluição atmosférica:

Pela localização geográfica de uma região (ex: Planalto), os gases concentram-se na região, em virtude do que a dispersão é bem vagarosa, por que, mesmo obedecendo às regras gerais de controle, aquela região tem índices acima do esperado. Comprovado que a regra geral não consegue proteger satisfatoriamente o bem jurídico (água – meio ambiente), em razão da peculiaridade físico-química do local, o ente federativo regional ou local pode estabelecer regras complementadoras àquela geral, com a mesma finalidade, até o estágio suficiente, para a adequação do ar.

Diante disso, uma norma somente deve ser suplementada quando houver realmente necessidade de adaptar a regra geral às situações de fato, para que o bem jurídico em questão possa ser efetivamente protegido. Todavia, essa é uma necessidade muito comum em relação à legislação ambiental, visto que cada Estado e cada Município, para não dizer cada bioma e cada ecossistema, possuem uma realidade diferente e apresentam demandas específicas.

A utilização de uma mesma norma ambiental pode ocorrer de forma diferenciada, o que depende da região ou do lugar em questão, dado que um determinado ente federativo poderá desejar suplementar uma norma geral ambiental, ao passo que outro não, de acordo com as peculiaridades de cada ente federativo. Nesse prisma, mesmo dentro de um mesmo Estado, ou mesmo dentro de um Município, a norma geral pode ser aplicada de maneira diferenciada, visto que poderá ser suplementada apenas em relação a uma determinada região ou localidade que, por já estar excessivamente degradada ou por abrigar sítios de relevante valor ambiental, requer uma proteção especial.

Quanto à competência legislativa dos Municípios, inexistente consenso com relação ao conceito e abrangência da expressão “assuntos de interesse local”, de maneira que

251 MORAES, Luís Carlos Silva de. Curso de Direito Ambiental. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 56/57.

essa indefinição pode gerar a perplexidade ao promover situações ambíguas nas quais se misturam interesses locais e interesses regionais. Se já é difícil definir o que é um interesse meramente local, em se tratando de matéria ambiental essa delimitação se torna praticamente impossível, pois uma das principais características do dano ambiental é a não restrição a um determinado espaço ou território.

Sendo assim, é realmente um contrassenso que o interesse local de um Município se confrontasse com o interesse de toda uma coletividade, revelado na manutenção da vida e da qualidade de vida decorrentes do equilíbrio dos ecossistemas. Tanto o interesse local quanto o interesse regional e nacional relevam o mesmo sentido, procurando ressaltar a defesa do meio ambiente, apenas devendo ser respeitadas as peculiaridades de cada âmbito de atuação.

Tem-se, então, a importância do Plano Diretor Municipal, previsto no Art.182 da CF. Nesse caso, particularmente, é indispensável que os empreendedores públicos e privados envolvidos no projeto participem na discussão do Plano Diretor.

O Estatuto da Cidade, Lei Federal 10.257, de 10 de julho de 2001, regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e estabelece parâmetros e diretrizes da política urbana no Brasil.

Oferece o Estatuto instrumentos para que o Município possa intervir no processo de planejamento e gestão urbana e territorial e garantir a realização do direito à cidade. Os princípios que norteiam o Plano Diretor estão contidos no Estatuto da Cidade.

Nos termos do Estatuto da Cidade, o Plano Diretor está definido como instrumento básico para orientar a política de desenvolvimento e de ordenamento da expansão urbana do Município.

Universalizar o acesso ao saneamento ambiental, com as diretrizes para os sistemas de abastecimento de água, de drenagem, de esgotamento sanitário e dos resíduos sólidos, e explicitar o modelo de gestão também são temas que devem ser tratados como fundamentais no Plano Diretor.

É recomendável que, ao final da etapa de formular e pactuar propostas para o Plano Diretor, os temas centrais, objetivos e estratégias sejam discutidos e decididos com os diversos segmentos da sociedade, inclusive ambientalistas e com todas as instituições envolvidas na elaboração do Plano Diretor.

Nesse prisma, é preciso destacar que, caso duas normas em matéria ambiental estejam em conflito, prevalecerá a que for mais benéfica em relação à natureza, dado que, no Direito Ambiental, vigora o princípio *in dubio pro natura*. Revela-se como uma outra manifestação do princípio da precaução que, por defender que o mais importante é impedir que o dano ambiental aconteça, entende que a legislação ambiental mais restritiva deve ser acolhida, por se tratar de uma maneira de evitar possíveis degradações.

O princípio da precaução estabelece a vedação de intervenções no meio ambiente, salvo se houver a certeza de que as alterações não causaram reações adversas, já que nem

sempre a ciência pode oferecer à sociedade respostas conclusivas sobre a inocuidade de determinados procedimentos.

A Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento consagrou, pioneiramente, o princípio da precaução no âmbito internacional, emancipando-o em relação ao princípio da prevenção, ao estabelecer, no Princípio 15, que

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Dentre os objetivos do Direito, que são os de promover a dignidade da pessoa humana (Art. 1º da CF) e a paz social (preâmbulo e Art. 4º da CF), no Direito Ambiental é traduzida como a defesa do meio ambiente e, por consequência, a proteção à vida e à qualidade de vida da coletividade. Isso qualifica a adoção do princípio *in dubio pro nature*, que consiste na mais importante regra de hermenêutica jurídica em matéria ambiental.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A água é bem de uso comum do povo, e seu uso múltiplo deve ser buscado por meio do Plano de Recursos Hídricos, quando for abordar as “prioridades para outorga de direitos de uso de recursos hídricos”. Essa multiplicidade dos usos é imensa e não está enumerada na sua totalidade pela Lei 9.433/97. Entre os usos mencionados no texto normativo vemos: o consumo humano; a dessedentação dos animais; o abastecimento público; o lançamento de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, com o fim de sua diluição; transporte ou disposição final; o aproveitamento dos potenciais hidrelétricos; o transporte aquaviário. Somem-se outros usos: irrigação, esportes ou lazer, piscicultura.

A dominialidade pública da água, afirmada na Lei 9.433/97, não designa o Poder Público federal e estadual em proprietário da água, mas torna-o administrador ou gestor desse patrimônio no interesse de todos.

Houve um grande acerto do Poder Público na gestão dos recursos hídricos, pois ela deve ser descentralizada e contar com a participação dos usuários e das comunidades.

Os consórcios e as associações intermunicipais de bacias hidrográficas constituirão uma das organizações civis que instituem uma forte inovação nos Comitês de Bacia Hidrográfica e, dessa forma, estarão ligados ao funcionamento das Agências, nas atividades de cidadania.

Existe uma plêiade normativa e estrutural (de órgãos) na proteção aos nossos recursos hídricos com a preponderância federal, sobre as matizes estaduais e municipais.

O regime de outorga de direito de uso de recursos hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água.

Competência é a aptidão que os entes e órgãos públicos possuem junto à coletividade e junto aos outros entes e órgãos públicos, inclusive na esfera internacional. No cerne do conceito de federalismo, está a repartição de competências entre os entes federativos, pois não pode existir autonomia administrativa se um dos entes federativos for responsável pelo estabelecimento da competência dos demais, o que deve ser feito, necessariamente, pela Constituição Federal.

A Constituição Federal dispõe, fundamentalmente, sobre dois tipos de competência: a competência administrativa e a competência legislativa. A primeira cabe ao Poder Executivo e diz respeito à faculdade para atuar com base no poder de polícia, ao passo que a segunda cabe ao Poder Legislativo e diz respeito à faculdade para legislar a respeito dos temas de interesse da coletividade. Dessa forma, a competência administrativa é a atribuição que o Poder Executivo tem de proteger o meio ambiente; de outro modo a competência legislativa é a atribuição que o Poder Legislativo tem para legislar a respeito de temas ligados ao meio ambiente.

A competência legislativa se subdivide em remanescente, exclusiva, privativa, concorrente, suplementar e reservada. A competência concorrente entre União e Estados e Distrito Federal precisa ser analisada com mais atenção, cabendo à União editar normas gerais, e cabendo aos Estados e ao Distrito Federal suplementar tais normas. Sendo assim, as normas gerais são aquelas diretrizes essenciais que deverão ser suplementadas ou especificadas pela legislação estadual ou distrital, e, se chegarem a detalhes, elas deverão ser consideradas inconstitucionais por invadirem a competência dos Estados e do Distrito Federal.

Entretanto, as normas gerais devem ser percebidas como aquelas que dizem respeito a interesses gerais, independentemente da especificidade a que podem chegar, visto que poucos interesses podem ser tão gerais quanto o meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo em vista o caráter difuso desse direito e a sua indispensabilidade à manutenção da vida e da qualidade de vida. Nos casos em que as noções de norma geral e especial não sejam claras o suficiente para a solução de conflitos envolvendo a aplicação de normas da União e dos Estados, defende-se que deva prevalecer, no caso concreto, a norma que melhor garanta a efetividade do direito fundamental tutelado, dando-se preferência àquela mais restritiva, sob a ótica da preservação da qualidade ambiental.

Quanto à competência legislativa dos Municípios, inexistente consenso com relação ao conceito e abrangência da expressão “assuntos de interesse local” (Art. 30), de maneira que essa indefinição pode gerar a perplexidade ao promover situações ambíguas nas

quais se misturam interesses locais e interesses regionais. Ora, como é tormentoso aferir o que é um interesse meramente local, em se tratando de matéria ambiental essa delimitação se torna muito difícil, visto que uma das principais características do dano ambiental é a não restrição a um determinado espaço ou território. De qualquer forma, seria realmente um contrassenso que o interesse local de um Município se confrontasse com o interesse de toda uma coletividade, revelado na manutenção da vida e da qualidade de vida decorrentes do equilíbrio dos ecossistemas. Tanto o interesse local quanto o interesse regional e nacional agregam-se ao mesmo sentido, desejando promover a defesa do meio ambiente, apenas devendo ser respeitadas as peculiaridades de cada âmbito de atuação.

Defendemos que o Município pode legislar sobre as reservas hídricas locais e suas utilizações pelos munícipes. Sendo assim viável a criação de um Plano Diretor de recursos hídricos, já presente em algumas cidades como Natal e Fortaleza.

O Plano Diretor está definido como instrumento básico para orientar a política de desenvolvimento e de ordenamento da expansão urbana do Município.

Universalizar o acesso ao saneamento ambiental, com as diretrizes para os sistemas de abastecimento de água, de drenagem, de esgotamento sanitário e dos resíduos sólidos, e explicitar o modelo de gestão também são temas que devem ser tratados como fundamentais no Plano Diretor.

Nesse paradigma, é preciso destacar que, caso duas normas em matéria ambiental estejam em possível antinomia, prevalecerá a que for mais benéfica em relação à natureza, dado que, no Direito Ambiental, vigora o princípio *in dubio pro nature*. Dessa maneira, apenas se estará defendendo a aplicação da agenda 21 e dos valores ambientais que nossa Carta Magna assim propugna na seara humanista.

7. REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato; STAMMATI, Gaetano. *Instituzioni di Diritto Tributário*. Unione Tipografico.Roma:Editrice Torinese, 2002

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: RT,2001.

BUENO, José Antônio Pimenta . *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império* Rio do Janeiro. Typografia Imp.; Const. de J. Villeneuve E.C, 1857.

CABRAL, Bernardo (Coord.). *Direito administrativo: tema água*. Senado Federal, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FARIAS, Paulo José Leite. Competência federativa e proteção ambiental. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.
- FERRAZ, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente. Revista UJ, São Paulo: Faculdade de Direito da USP, v. 90, 1995.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FERREIRA, Luís Pinto. Comentários à Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. Discriminação constitucional das competências ambientais: aspectos pontuais do regime jurídico das licenças ambientais. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, n. 35, 2004.
- FILIZOLA JÚNIOR, Pantoja. Conceitos básicos para a classificação de cursos d'água. A Água em Revista, Cia. de Pesquisa de Recursos Minerais, Brasília, ano 5, n. 111, ago. 1995.
- FREITAS, Vladimir Passos de Freitas (Org.). Direito ambiental em evolução. Curitiba: Juruá, 1998.
- GIANNINI, Massimo Severo. Istituzioni di Diritto Amministrativo. Milão: Giuffrè Editare, 1981.
- GLOSSÁRIO DE TERMOS HIDROGEOLÓGICOS. Brasília: DNAEE, 1983.
- GLOSSÁRIO DE TERMOS USUAIS EM ECOLOGIA. São Paulo: Academia de Ciências do Estado de São Paulo, 1980.
- GRANZIERA, Maria Luíza Machado. Direito de águas e meio ambiente. São Paulo: Ícone, 1993.
- GRECO, L.; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Direito processual e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. 1.
- GUERRA, Antônio Teixeira. Dicionário geológico-geomorfológico. 6. ed., Rio de Janeiro: IBGE, 1980.
- IRWIN, F. Williams, I. R. Catchments as planning units: ecosystem classification for environmental management. In: INTERNATIONAL WORKSHOP, 1992, Leiden University, Netherlands: Frans Klijin; Kluwer Academic Publishers.
- JUSTINIANO. Institutas, Tít. VI, Capo m, “Proteção das Praças e dos Espaços Livres”.
- LANNA, Antônio Eduardo Leão. Gerenciamento de bacia hidrográfica: aspectos conceituais e metodológicos. Brasília: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, 1995.

- MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastian. Derecho de aguas. Madri: Civitas, 1997.
- _____. Instituciones de derecho administrativo. Barcelona: Bosch-Casa, 1970. t. 11.
- MATEO, Ramón Martín. Tratado de derecho ambiental. Madri: Trivium, 1992. t. 11.
- MIRRA, Alvaro Luíz Valer . Impacto ambiental: aspectos da legislação brasileira. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 2003.
- MORAES, Luís Carlos Silva de. Curso de direito ambiental. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MUKAI, Toshio. Direito administrativo sistematizado. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. Direito ambiental sistematizado. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- MUSETTI, Rodrigo Andreotti. Bacias hidrográficas no Brasil: aspectos jurídico-ambientais. Revista Consultor Jurídico, out. 1999.
- POLÍTICA MUNICIPAL DE MEIO AMBIENTE: orientações para os Municípios. 2. ed. São Paulo: A Secretaria; Fundação Prefeito Faria Lima; Centro de Estudos e Pesquisas em Administração Municipal, 1992.
- POMPEU, Cid Tomanik. Recursos hídricos na Constituição de 1988. Revista de Direito Administrativo 186/10, out.-dez. 1991. 12.
- PRIEUR, Michel. Droit d'Environnement. 3. éd., Paris: Dalloz, 1996.
- RIOS, Aurélio Veiga. O Mercosul e os agrotóxicos: o princípio da precaução. Revista de Direito Ambiental, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, n. 28, p. 50, out. 2002.
- Silva, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 44.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- TUNDISI, J. G. Limnologia e manejo de represas. São Paulo: USP. vol.1, tomos 1 e 2. (Série Monografias em Limnologia).

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA NA GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL: A OUTORGA DOS DIREITOS DE USO E A COBRANÇA PELO USO

Lívia Melo do Nascimento
Yanko Marcius de Alencar Xavier

1 INTRODUÇÃO

As Nações Unidas calculam que até 2050 mais de dois bilhões de pessoas de quarenta e oito países sofrerão com a escassez de água, que é o constituinte mais característico da Terra e o recurso mais precioso à sobrevivência de todos os seres vivos, consequentemente, da humanidade²⁵².

Nesse sentido, a saúde e o bem-estar humanos, bem como o equilíbrio ecológico aquático, não devem ser afetados pela deterioração da qualidade das águas. O controle da poluição está diretamente relacionado com a proteção da saúde, garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado e a melhoria da qualidade de vida, levando em conta os usos prioritários e classes de qualidade ambiental exigidos para um determinado corpo de água.

Diante da constatação de uma verdadeira negligência dos países que não procuram manter seus reservatórios naturais nem salvaguardar sua pureza por intermédio de uma forte regulação do seu uso, verifica-se importância incontestável do estudo, no âmbito nacional, das bases legal e institucional de gestão dos recursos hídricos.

A Lei 9.433/97, justamente com o escopo de estabelecer um forte regramento no sentido de preservar e manter um recurso, cuja escassez será, em breve, motivo de conflitos de esfera mundial, prescreveu diretrizes para um novo marco regulatório das águas.

252 Pesquisa estuda o potencial de reúso da água nas indústrias de Manaus como instrumento para o desenvolvimento sustentável. Disponível em: <http://www.canalciencia.ibict.br/pesquisas/pesquisa.php?ref_pesquisa=128>. Acesso em: 26 jan. 2007.

Com o advento do novo regramento, que surgiu dentro de um contexto em que a gestão passou a ser o operador conceitual por meio do qual se confrontam os objetivos do desenvolvimento econômico e da organização territorial, bem como aqueles relacionados à conservação da natureza ou à manutenção ou recuperação da qualidade ambiental, o instrumental para promover a gestão integrada dos recursos hídricos deixa de ser tão somente técnico-científico, pela simples razão de se tratar de um recurso repleto de interesses políticos, econômicos e culturais no seu uso e apropriação, para orientar-se pelo estilo de ação balizada pela negociação sociotécnica²⁵³.

O presente trabalho, tendo em vista a reformulação do papel do Estado, que, inspirado pelos postulados da Escola de Chicago, passou a adotar o modelo de Estado Regulador, tem por escopo realizar breve estudo acerca da eficiência dos instrumentos de gestão dos recursos hídricos operacionalizados pela Administração Pública, especificamente dos instrumentos da outorga dos direitos de uso e da cobrança pelo uso na gestão dos recursos hídricos, por traduzirem efetiva interferência estatal na esfera pessoal dos administrados, conferindo-lhes direitos específicos.

Nesse intento, antes de adentrar propriamente na abordagem da eficiência dos instrumentos mencionados por meio dos quais a Administração intervém para alcançar os objetivos colimados, fez-se necessário não só trazer a lume a percepção doutrinária acerca do princípio constitucional da eficiência administrativa mas também realizar algumas considerações pertinentes à estrutura nacional da gestão dos recursos hídricos, configurada pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei 9.433/97.

2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

O princípio da eficiência foi inserido pela a Emenda Constitucional 19/98, no artigo 37, caput, da Constituição Federal brasileira de 1988 (CF/88), no contexto da reforma do aparelho do Estado e na tentativa de implantar, no âmbito da Administração Pública, mecanismos de iniciativa privada, de modo a aproximá-la de uma qualificação gerencial²⁵⁴.

A doutrina, no entanto, questiona-se sobre o que há de substancialmente novo na inclusão do princípio da eficiência no âmbito público, argumentando que, ao que se infere com princípios já consolidados doutrinariamente como a segurança e a legalida-

253 MACHADO, Carlos José Saldanha. Mudanças conceituais na administração pública do meio ambiente. Revista da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência. Brasília. Ano 55, n. 4, p. 24, out.-nov.-dez. 2003.

254 "Administração pública gerencial é aquela construída sobre as bases que consideram o Estado uma grande empresa cujos serviços são destinados aos seus clientes, outrora cidadãos; na eficiência dos serviços na avaliação de desempenho e no controle de resultados, suas principais características. A Administração gerencial seria consequência dos avanços tecnológicos e da nova organização política e econômica mundial, para tornar o Estado capaz de competir com outros países." (MAFRÁ FILHO, Francisco Salles Almeida. Administração pública burocrática e gerencial. Revista Fórum Administrativo, Belo Horizonte, ano 5, n. 55, p. 6121-6129, set. 2005).

de, à Administração Pública sempre coube agir com eficiência em seus cometimentos, motivo pela qual restaria inócua a sua inserção no mencionado artigo²⁵⁵.

De todo modo, pondo-se de lado a discussão acerca da utilidade da explicitação do princípio da eficiência no texto Constitucional, a qual foge do escopo do presente estudo, estabelece-se que, a partir de então, a Administração passou a ter o dever constitucionalmente explícito de ser eficiente.

Resta, assim, a perquirição acerca da fixação nítida dos domínios da expressão (“princípio da eficiência”), a qual possui dificuldade tão grande quanto compreensível, por se tratar de um conceito jurídico indeterminado.

Primeiramente, destaque-se que o alto grau de indeterminação do conceito de eficiência não deságua na liberação ao aplicador do Direito para adotar qualquer solução, mas, em sentido contrário, na restrição da liberdade de sua aplicação, diante da incompatibilidade entre o limite do conceito e a atuação do aplicador, a qual conduz à invalidação desta última²⁵⁶.

Nesse sentido, pode-se, de certa maneira, uma vez que não deve haver empecilho a que o cientista do Direito busque em outras ciências noções que lhe permitam aclarar determinados conceitos jurídicos, ter os limites do contorno do conceito definidos a partir de orientações provenientes dos ensinamentos das ciências econômicas, da administração, da política etc., desde que adequadamente juridicizados²⁵⁷.

No nosso ordenamento, mais do que o viés econômico do princípio da eficiência, identificado na maximização dos lucros²⁵⁸, há, no âmbito do direito público, uma feição não econômica do princípio que se liga com a gestão equilibrada e com a ponderação da coisa pública.

255 Segundo Celso Antônio o princípio da eficiência “[...] mais parece um adorno agregado ao Art. 37”, que não pode ser concebido “senão na intimidade do princípio da legalidade” e, finalmente, que “é uma faceta de um princípio mais amplo, já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da ‘boa administração’”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 104). No mesmo sentido, Lúcia Valle Figueiredo afirma que “[...] é de se perquirir o que muda com a inclusão do princípio da eficiência, pois, ao que se infere, com segurança, à Administração Pública sempre coube agir com eficiência em seus cometimentos” e opina que “tais mudanças, na verdade, redundaram em muito pouco de substancialmente novo, e em muito trabalho aos juristas para tentar compreender figuras emprestadas, sobretudo do Direito Americano, absolutamente diferente do Direito brasileiro”. (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 63); e, ainda, Maurício Antônio Ribeiro Lopes, apontando o caráter retórico da inclusão da eficiência como princípio afirma: “[...] trata-se de princípio retórico imaginado e ousado legislativamente pelo constituinte reformador, sem qualquer critério e nenhuma relevância jurídica no apêndice do elenco dos princípios constitucionais já consagrados sobre Administração Pública”. (LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Comentários à reforma administrativa – de acordo com as Emendas Constitucionais 18, de 5.2.98, e 19, de 4.6.98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 108-109.)

256 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2006. p. 16.

257 AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O princípio da eficiência no direito administrativo. Revista Diálogo Jurídico, Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 14, jun.-ago. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 1º ago. 2008.

258 Em interpretação harmônica com os demais princípios estruturantes do Estado Democrático e Social brasileiro, Adriana Schier, entendendo que o conteúdo do princípio da eficiência não poderá estar ligado à implantação de uma racionalidade mercadológica na esfera dos serviços públicos, afirma que o mencionado princípio “[...] determinará um serviço público prestado a todos os cidadãos com qualidade e otimização de recurso, sem qualquer preocupação ligada à ideia de lucro, a qual deve permanecer incidindo somente na esfera da atividade econômica em sentido estrito”. (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. In: Edgar Guimarães (Coord.). Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 21-56).

Logo, ressaltando-se que a efetivação do princípio da eficiência deve ser mensurada em termos dos custos sociais de determinadas estruturas e práticas administrativas e sua repercussão sobre a formação de uma consciência de ação coletiva, de interesse público, dos cidadãos, observa-se que a eficiência pode ser entendida como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado²⁵⁹260.

A eficiência administrativa identifica-se, em outras palavras, com a função inerente à atuação da Administração Pública de atingir concreta e materialmente os objetivos da lei, modificando a realidade, ou seja, com a virtude do ato administrativo atingir uma finalidade concreta.

O poder modificador da realidade da atuação administrativa é esclarecido por Alexandre Santos Aragão, para quem o direito público do Estado contemporâneo, vinculado ao atendimento eficiente dos fins sociais e fáticos aos quais se destina, deixa de ser uma ciência preocupada apenas com a realização lógica dos seus preceitos, indo além, para aferir se essa realização lógica está sendo apta a realizar os seus desígnios na realidade da vida em sociedade²⁶¹.

Observe-se, todavia, que só se averigua, de fato, o respeito e a observância do princípio da eficiência administrativa quando o administrador atinge, efetivamente, a finalidade legal, sem se afastar dos preceitos do regime jurídico administrativo, ainda que assim o fizesse sob o argumento da prevalência do interesse público²⁶².

Em outras palavras: a Administração Pública não está autorizada a praticar atos ilegais, mesmo que esses contribuam para o incremento da sua eficiência²⁶³.

Ademais, não se pode olvidar que o princípio da eficiência vale-se, na sua aplicação concreta, assim como o princípio da razoabilidade, das regras tradicionais da experiência administrativa e prescinde, na sua aplicação, de disposição regulamentar, por se tratar de dispositivo autoaplicável²⁶⁴.

Diante da fundamental relação entre eficiência e legalidade, a Administração de resultado – Administração obrigada a assegurar com rapidez, eficiência, transparência e economicidade bens e/ou serviços à comunidade e às pessoas – não deve, repita-se, optar pelo menosprezo da lei, mas pela valorização dos elementos finalísticos, determinando a insurgência de uma dita legalidade finalística e material, e não mais de uma legalidade meramente formal e abstrata²⁶⁵.

259 BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-92

260 ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 237.; jul.-set. 2004.

261 ARAGÃO, op. cit.

262 FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. Revista de Direito Administrativo, v. 220, p. 168, abr.-jun. 2000.

263 AMARAL, op. cit.

264 BUCCI, op. cit., p. 1-92.

265 ARAGÃO, op. cit.

Não resta dúvida, portanto, que a lei superou sua atribuição precípua de servir apenas como um meio para impedir a arbitrariedade, para se transmutar em um ponto de partida para uma variedade de atividades nas quais há uma maior margem de delegação e de discricionariedade e um crescente espaço para a técnica.

No particular aspecto da discricionariedade, enquanto prerrogativa concedida pelo direito positivo à Administração Pública para inserir critérios de conveniência e oportunidade na sua atuação, esclareça-se que ela ocorre de forma controlada e delimitada, ocorrendo apenas nas situações específicas em que for materialmente impossível para o Poder Judiciário, diante da situação jurídica posta à sua apreciação, fixar a melhor interpretação; e quando a lei ou estabelece de forma expressa mais de uma opção à atuação administrativa concreta, ou furta-se da tarefa de fixar o motivo ou o objeto do ato administrativo, ou, ainda, quando são empregados conceitos jurídicos indeterminados no texto normativo²⁶⁶.

Observe-se, por fim, que a presente abordagem, apesar de não se propor a realizar aprofundamento no seu estudo, não ignora a compreensão de que, por trás do problema da ineficiência administrativa brasileira, não há só um aspecto técnico, de inadequação de meios ou procedimentos jurídicos mas também, e mais profundo, um problema político de apropriação privada do Estado brasileiro, de uso privado da estrutura administrativa estatal, herança do passado colonial e escravista²⁶⁷.

Nesse sentido, tem-se que a introdução do princípio da eficiência no Direito brasileiro deve ser acompanhada de condições concretas para a boa prestação do serviço, sob pena de seu uso retórico.

3 A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE GERENCIAMENTO DOS RECURSOS HÍDRICOS

Água pública sob controle da cidadania é nossa forma de responder: cá estamos e vivemos. Um basta à chantagem de uns com o que é de todos. O pacto mais elementar a se fazer em um país a ser reconstruído pela base e para si mesmo. (Luis Fernando Nova Garzon)

No contexto do ordenamento jurídico pátrio, a titularidade do Poder Público na noção da água como bem público, como em qualquer recurso natural, prende-se à função estatal de administrar, ou seja, gerir.

Ao falar-se em “gestão dos recursos hídricos”, faz-se referência, na verdade, a

266 FRANÇA, op. cit.

267 BUCCI, op. cit., p. 1-92. >> São essas páginas mesmo referentes a apenas esta nota ou a um capítulo todo?

um processo de intervenção, o qual se vale da manipulação do ciclo hidrossocial para a satisfação das necessidades humanas, sendo os problemas então confrontados, como poluição e escassez de água, decorrentes de um estranhamento entre natureza e sociedade²⁶⁸.

Nesse sentido, como parte da mudança geral no papel do Estado e buscando alternativa ao modelo dominante de gestão de águas, uma nova estrutura institucional foi introduzida na década de 1990, com a Lei 9.433/97, para dar resposta aos problemas socioambientais (hidrológicos, em especial) do passado.

A introdução do princípio constitucional da eficiência administrativa foi auspiciosa como consagração constitucional da necessidade de ponderação entre meios e fins, objetivando incrementar a dimensão material da ação administrativa.

Apesar de a inclusão do princípio em estudo, em 1998, ter ocorrido posteriormente à aprovação da mencionada lei, aprovada em 1997, tem-se que o novo regramento aplicável aos recursos hídricos já adentrou, no ordenamento pátrio, contextualizado com o desafio fundamental de promover o recurso a instrumentos diretos (normas de definição do sistema de tutela) e indiretos (normas de mercado) de regulação que facilitassem o reforço do grau de autorreflexão e de eficiência do sistema jurídico²⁶⁹.

Assim, visando a possibilitar uma melhor capacidade de gestão de quantidade e qualidade dos recursos hídricos, procurou-se, no âmbito nacional, a solidificação de novas bases conceituais por meio da Constituição Federal de 1988 e da Lei 9.433/97, a qual incorporou à ordem jurídica novos conceitos como o de bacia hidrográfica, considerada como unidade de planejamento e gestão; o da água como bem econômico passível de ter sua utilização cobrada; e o da gestão das águas delegada a comitês e conselhos de recursos hídricos com a participação da União, dos Estados, dos Municípios, de usuários de recursos hídricos e da sociedade civil.

Nesse sentido, o texto constitucional brasileiro, ao disciplinar acerca das águas, procurou estabelecer a gestão descentralizada e participativa dos recursos hídricos, fundando a bacia hidrográfica, e não os entes federativos, como unidade de planejamento, dado que o Ciclo Hidrológico segue uma lógica diferente da lógica do ordenamento político-territorial adotado no País.

Dessa feita, procurou-se instituir a divisão equitativa dos esforços e das responsabilidades entre os órgãos e entidades gestoras, ao mesmo tempo em que se buscou a compatibilização das particularidades locais e a conservação dos usos múltiplos dos recursos hídricos, sem perder de vista a vocação de cada bacia.

Nesse intento, tendo em vista o regime federativo, foram definidas constitucional-

268 IORIS, Antônio Augusto Rossotto. Passado e presente da política de gestão de recursos hídricos no Brasil. Revista Finisterra, XLI, 82 >> é ano, número?, p. 87-99, 2006.

269 PLANO NACIONAL DA ÁGUA. Administração dos Recursos Hídricos. Disponível em: <www.inag.pt/inag2004/port/a_intervencao/planeamento/pna/pdf_pna_v2/v2_c4_t3.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2008.

mente as competências relativas às águas por meio de regras de repartição de competências legislativas e executivas entre os entes federados²⁷⁰.

À União atribuiu-se a competência privativa para legislar sobre águas²⁷¹, o que significa que a ela cabe criar o direito sobre águas, que pode versar, por exemplo, sobre domínio de álveos e margens, aluvião, avulsão, álveo abandonado, retorno das águas ao leito anterior, mudança de curso, direito dos ribeirinhos, garantias de uso gratuito, direito de acesso às águas, inalienabilidade das águas, condições de obrigatoriedade dos prédios inferiores receberem águas que correm dos superiores, desvio das correntes, curso das águas nascentes, hierarquia de uso das águas públicas e multas e sanções sobre a desobediência a várias dessas disposições²⁷².

Ao legislar sobre recursos hídricos, a União deve, portanto, instituir normas sobre a qualidade e a quantidade das águas e estabelecer regras sobre como elas serão tratadas, partilhadas e utilizadas.

Verifica-se que há uma ampla abrangência do poder normativo da União, o qual deve ser utilizado para que as legislações estaduais não criem normas discriminatórias nem estimulem políticas diferentes ou, ainda, antagônicas sobre o uso das águas²⁷³.

No que concerne à função propriamente administrativa dos recursos hídricos, determinada pela Carta Magna, tem-se que esta conferiu à União, em matéria de águas, as competências executivas privativas: de elaboração e execução de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; de exploração, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, dos serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; e de instituição do sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definição de critérios de outorga de direitos de seu uso²⁷⁴.

Ao que aqui interessa, verifica-se, pelo texto constitucional, que cabe à União implementar diretrizes ao gerenciamento nacional dos recursos hídricos, a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), e instituir o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH), ou seja, um sistema que incorporasse, em seu bojo, as perspectivas e características de uma nação federada como o Brasil, além de estabelecer critérios de outorga de uso de recursos hídricos.

270 Para o escopo do presente trabalho, tome-se por competências a seguinte definição: “[...] o poder de ação e atuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos”. (Canotilho, in Graf, 2000;31)>> que nota é essa?.

271 Ver Art. 22, inc. IV, da CF.

272 POMPEU, Cid Tomanik. Direito das águas no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 47.

273 MACHADO, Paulo Afonso Leme. Recursos hídricos: direito brasileiro e internacional. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 19.

274 Ver Art. 21, Incisos IX; XII, letra b; e XIX, da CF.

A publicação da Lei 9.433/97, a qual procurou atender a essas determinações constitucionais, ocorreu após debate nacional, induzido pelos documentos que passaram a nortear a implementação de uma Política Internacional de Recursos Hídricos, entre os quais se incluem a Agenda 21, a Declaração de Amsterdã e o Tratado de Água Doce (todos datados de 1992), e enfrentando (até hoje) a dificuldade de se conciliarem interesses de mercado, disputas políticas e socioambientais.

O SINGREH, instituído pela Lei 9.433/97, reflete o *modus operandi* de todos os entes da Federação, devendo verificar-se uma articulação entre os mesmos. Os Estados, na implementação de seus sistemas, em conformidade com o ordenamento constitucional, devem observar as disposições do sistema nacional²⁷⁵.

O sistema visa a coordenar a gestão integrada das águas; a arbitrar administrativamente os conflitos relacionados com os recursos hídricos; planejar, regular e controlar o uso, a preservação e a recuperação dos recursos hídricos; e promover a cobrança pelo uso desses recursos²⁷⁶.

Os diversos órgãos e entidades que compõem o Sistema Nacional de Recursos Hídricos são ligados por laços de hierarquia e de cooperação, impedindo que suas ações se deem de forma antagônica e descoordenada.

Os Conselhos (Nacionais e Estaduais) e os Comitês de Bacia Hidrográfica são colegiados democráticos formados por representantes dos Governos e da Sociedade Civil (compreendendo segmentos dos usuários e entidades não governamentais), para a gestão dos recursos hídricos. Devido à sua composição, todos os setores interessados decidem, no âmbito dos conselhos, como planejar e gerenciar de forma participativa o uso da água, compatibilizando a ação humana, em qualquer de suas manifestações, com a dinâmica do ciclo hidrológico, preservando os diversos usos do recurso^{277/278}.

A Secretaria Executiva e as Agências de Água desempenham funções administrativas, nas esferas, respectivamente, do Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH) e dos Comitês de Bacias Hidrográficas.

O Decreto 5.776, de 2006²⁷⁹, o qual dispõe acerca da estrutura regimental do Ministério do Meio Ambiente (MMA), entre outras providências, define a Secretaria

275 CARVALHO, Rodrigo Speziali de. Breve discussão sobre o tema gestão de recursos hídricos e pacto federativo. Disponível em: endereço? Acesso em: 23 nov. 2006. p. 6.

276 Ver Art. 32, da Lei 9.433/97.

277 GRAF, Ana Cláudia Bento. A tutela dos Estados sobre as águas. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). Águas: aspectos jurídicos e ambientais. Curitiba: Juruá, 2005. p. 67.

278 O objetivo do Comitê de Bacia Hidrográfica, dentro do contexto da gestão dos recursos hídricos integrada, descentralizada e com ampla participação social, seria garantir a pluralidade de interesses na definição final do destino a ser dado aos recursos hídricos no âmbito de cada bacia hidrográfica, possibilitar mais ampla fiscalização das ações desde sua definição, a elaboração de projetos e o controle da eficácia e da destinação dos recursos, assim como a universalização das informações existentes e produzidas sobre recursos hídricos. (MACHADO, C., op. cit., p. 24).

279 O Decreto 5.776/2006 revogou o Decreto 4.755, de 2003 (Aprova a estrutura regimental do Ministério do Meio Ambiente e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério do Meio Ambiente, e dá outras providências).

de Recursos Hídricos (SRH) como órgão específico singular, com a competência para exercer a função de Secretaria-Executiva do CNRH.

O papel da SRH, portanto, deve ser o estabelecimento de diretrizes nacionais e de coordenação, nos casos em que a representação do País seja necessária, como, por exemplo, o Projeto Aquífero “Guarani”²⁸⁰.

Já as Agências de Água são órgãos executivos dos Comitês de Bacias Hidrográficas, sendo justamente elas que executam ou viabilizam as decisões do referido Comitê, exercendo funções de planejamento, informação e finanças. Entretanto, deve ser ressaltado que essas Agências não executam obras, repassando apenas os recursos financeiros arrecadados com a cobrança pelo uso/poluição dos recursos hídricos, para que os usuários possam resolver seus problemas hidroambientais²⁸¹.

No âmbito dos Estados, a estrutura do sistema de gerenciamento varia em conformidade com as respectivas leis instituidoras. Contudo, reafirma-se a necessidade da integração da gestão dos recursos hídricos em nível nacional e estadual, em decorrência da indissociabilidade das águas no ciclo hidrológico.

Assim, os Estados podem criar Agências de Águas diferentes do sistema preconizado pela Lei 9.433/97, desde que não desvirtuem a estrutura do Sistema Nacional, visto que a Constituição não retira desses a autonomia de legislar supletivamente sobre o Sistema Estadual de Gerenciamento de Recursos Hídricos²⁸².

No que concerne à PNRH, destaque-se, primeiramente, que com a sua instituição surgiu a necessidade de os Estados compatibilizarem suas normas administrativas à novel diretriz nacional, inclusive regulamentando, no âmbito de seus sistemas de gerenciamento constituídos, a outorga do uso dos recursos hídricos de seus domínios, a qual, conforme se verificará, é o instrumento antecedente e indispensável à viabilização da cobrança legalmente instituída²⁸³.

Estabelece-se, então, que a PNRH baseia-se nos seguintes fundamentos: a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico; o domínio da água é público; em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais; a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas; a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da PNRH e para a atuação do SINGREH; e a gestão dos recursos

280 O Projeto de Proteção Ambiental e Desenvolvimento Sustentável do Sistema Aquífero “Guarani” tem sua importância no fato de ser um projeto com enfoque na gestão de águas subterrâneas transfronteiriças, compartilhado por 4 países (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai), com a participação dos 8 Estados onde ocorre (Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Minas Gerais, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Goiás), e relevante papel geopolítico na região do Mercosul. (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. A SRH e as águas subterrâneas. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/srh/pas/capa/index.html>>. Acesso em 8 dez. 2006).

281 SILVA, Américo Luís Martins da. Direito do meio ambiente e dos recursos naturais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 465. Vol. 2.

282 MACHADO, P., op. cit., p.116.

283 VIEGAS, Eduardo Coral. **Visão jurídica das águas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 107.

hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades²⁸⁴.

Os objetivos identificados pela Lei 9.433/97 da implementação de uma política nacional em matéria de recursos hídricos referem-se à premência de assegurar-se à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos; empreender-se, tendo em vista o desenvolvimento sustentável, uma utilização racional e integrada dos recursos hídricos; e prevenir e defender os recursos naturais contra eventos hidrológicos críticos de origem natural, ou decorrentes do seu uso inadequado²⁸⁵.

Já as diretrizes de ação da PNRH aproximam-se justamente das dificuldades encontradas na implementação de uma política que possibilite a conformidade e articulação da gestão dos recursos hídricos de todo o território nacional com outras áreas (em especial aquelas de saneamento básico, de uso, ocupação e conservação do solo, de meio ambiente, de energia e de irrigação) e entre os entes federados e demais entes afins, nas perspectivas horizontais e verticais.

Essas diretrizes dizem respeito, portanto, à gestão sistemática dos recursos hídricos, sem dissociação dos aspectos de quantidade e qualidade; à adequação da gestão às diversidades físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das diversas regiões do País; à integração com a gestão ambiental; à articulação da gestão de recursos hídricos com a do uso do solo, assim como do planejamento de recursos hídricos com o dos setores usuários e com os planejamentos regional, estadual e nacional; à integração da gestão das bacias hidrográficas com a dos sistemas estuarinos e zonas costeiras; e, por último, à determinação de que a União articule-se com os Estados, tendo em vista o gerenciamento dos recursos hídricos de interesse comum²⁸⁶.

Vistos os fundamentos da PNRH, os seus objetivos e as diretrizes estabelecidas, resta especificar de que forma se instrumentaliza a sua concretização, ou seja, revelar os instrumentos de ação de que dispõe o Estado gestor para a implementação dos supramencionados aspectos legais.

Destaque-se, primeiramente, que nesse intento, são elaborados Planos de Recursos Hídricos (compatíveis entre si), por bacia hidrográfica, por Estado e para o País, que direcionam o gerenciamento dos recursos hídricos, em conformidade com a PNRH.

Outro instrumento da PNRH é o enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água, o qual visa a assegurar às águas qualidade compatível com os usos mais exigentes a que foram destinadas e a diminuir os custos de combate à poluição das águas, mediante ações preventivas permanentes²⁸⁷.

284 Ver Art. 1º, da Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997.

285 Ver Art. 2º, da Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997.

286 Ver Art. 3º, da Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997.

287 Ver Art. 9º, da Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997.

Já o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos funda-se em um sistema de coleta, tratamento, armazenamento e recuperação de informações sobre recursos hídricos e fatores intervenientes na sua gestão. Trata-se, então, de instrumento de extrema importância, tendo-se em vista que a composição de uma precisa base de dados, por intermédio do sistema completo e atualizado, viabiliza o planejamento e a intervenção eficiente, permitindo, ainda, a avaliação de diferentes indicadores de ocorrência, uso e aproveitamento dos recursos hídricos²⁸⁸.

A outorga de direito de uso dos recursos hídricos é, por sua vez, o instrumento pelo qual o Poder Público atribui ao interessado, público ou privado, o direito de utilizar privativamente o recurso hídrico²⁸⁹.

Essa outorga dar-se-á por ato da autoridade competente que esteja vinculada ao ente federativo titular do domínio do recurso hídrico de que se pretenda fazer uso, sendo possível, por disposição expressa de lei, a delegação pela União aos Estados ou ao Distrito Federal, da competência para outorga de direito de uso de água do domínio da União²⁹⁰.

A previsão da necessidade de obtenção da outorga do Poder Público para o uso da água já se encontrava devidamente enunciada no Código de Águas²⁹¹, o qual dispunha que as águas públicas (pelo atual ordenamento jurídico todas o são) não poderiam ser derivadas para a aplicação da indústria sem a existência de concessão administrativa, no caso de utilidade pública e, não se verificando essa, de autorização administrativa, que seria dispensada, todavia, na hipótese de derivações insignificantes.

Atualmente, a Lei 9.433/97 lista, de forma exaustiva, as hipóteses de não exigibilidade da outorga dos direitos de uso das águas, quais sejam: o uso de recursos hídricos para satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural; além das derivações insignificantes, já previstas no Código das Águas, as captações e lançamentos também considerados insignificantes; e as acumulações de volumes de água considerados insignificantes.

Por se tratar de foco central do presente estudo, no que tange, especificamente, à sua eficiência, a questão da outorga como instrumento de implementação da PNRH será mais detidamente abordada no próximo tópico.

De todo modo, ressalte-se, desde já, com relação às outorgas de uso de água, que essas estão condicionadas pela Lei 9.433/97 às prioridades de usos estabelecidas nos supramencionados Planos de Recursos Hídricos; ao respeito à classe em que o corpo de água estiver enquadrado; à manutenção de condições adequadas ao transporte aqua-

288 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.135.

289 GRAZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 180.

290 VIEGAS, op. cit., p. 99.

291 BRASIL. Decreto 24.643, de 10 de julho de 1934. Decreta o Código de Águas.

viário, quando for o caso; e à prevenção do uso múltiplo dos recursos hídricos²⁹².

Ao lado da outorga do uso, encontra-se prevista na Lei das Águas a cobrança pelo uso da água (que também será analisada no tópico seguinte) como instrumento da PNRH.

Desde já, cumpre observar que esse instituto já se encontrava inserido no nosso ordenamento antes mesmo da edição da referida Lei, podendo, então, a cobrança ser exigida, com base nos Arts. 68, do Código Civil de 1916; 36, §2º, do Decreto 24.643/34 (Código das Águas); e 4º, VII, da Lei 6.938/81, desde que houvesse a sua regulamentação²⁹³.

A fixação dos valores a serem cobrados envolve as Agências de Água (propõem aos respectivos Comitês de Bacia Hidrográfica os valores a serem cobrados)²⁹⁴, os Comitês de Bacia Hidrográfica (estabelecem mecanismos de cobrança e sugerem os valores a serem cobrados)²⁹⁵ e os Conselhos, nacionais e estaduais, de Recursos Hídricos (delibram sobre as questões que lhe tenham sido encaminhadas pelos Comitês de Bacia Hidrográfica, o que lhe confere poder de decisão sobre os valores que serão objeto de cobrança pelo uso da água)²⁹⁶. Os valores não serão arbitrados sem qualquer critério, visto que a Lei dispõe que, na sua fixação, devem ser observadas, dentre outras, as diretrizes estabelecidas nos Incisos I e II do Art. 21 da Lei 9.433/97²⁹⁷²⁹⁸.

Realizadas as devidas considerações gerais concernentes às Políticas Nacional e Estaduais de Recursos Hídricos e aos respectivos Sistemas de Gerenciamento, assim como expostos os fundamentos, objetivos, diretrizes de ação disponibilizados à Administração Pública e, principalmente, seus instrumentos de gestão, com foco especial na outorga dos direitos de uso dos recursos hídricos e na cobrança pelo uso, resta, para satisfação do escopo do presente estudo, formular breves impressões acerca da adequação dos referidos instrumentos enfocados ao contexto da reforma administrativa, em particular à exigência constitucional da eficiência na atuação administrativa.

292 POMPEU, op. cit., p. 242.

293 VIEGAS, op. cit., p. 106.

294 Ver Art. 44, XI, b, da Lei 9.433/97.

295 Ver Art. 38, VI, da Lei 9.433/97.

296 Ver Art. 35, IV, da Lei 9.433/97.

297 Lei 9.433/97, Art. 21: "Na fixação dos valores a serem cobrados pelo uso dos recursos hídricos devem ser observados, dentre outros: I – nas derivações, captações e extrações de água, o volume retirado e seu regime de variação; II – nos lançamentos de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, o volume lançado e seu regime de variação e as características físico-químicas, biológicas e de toxicidade do afluente".

298 VIEGAS, op. cit., p. 108.

4 OS INSTRUMENTOS DA OUTORGA DOS DIREITOS DE USO E DA COBRANÇA PELO USO NA GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS

Ao ordenamento jurídico de cada País cabe definir a natureza jurídica das águas nele existentes.

Em geral, no âmbito internacional são relevantes, além dos Atos Internacionais sobre a proteção das águas marinhas, oceânicas e respectivos recursos naturais, as considerações perante a Conferência Internacional Sobre a Água e o Meio Ambiente (ICWE), realizada em Dublin, Irlanda (1992), apresentadas à Conferência do RIO/92, segundo as quais a questão da água é, sem dúvida, “[...] a que demonstra de maneira mais concludente o caráter integrado do meio ambiente e do desenvolvimento”, e garantir “[...] a todos a necessidade humana fundamental de um abastecimento seguro de água doce de boa qualidade e em quantidade suficiente” é “[...] a mais fundamental das questões do desenvolvimento”²⁹⁹.

No ordenamento jurídico brasileiro, sob a égide do Código das Águas (Decreto 24.643, de 10 de julho de 1934), as águas eram classificadas em públicas, de uso comum e dominicais, comuns e particulares. O texto constitucional de 1988, todavia, concebeu, conforme visto, o fim da privatização dos recursos hídricos, definindo as águas como bens da União ou dos Estados³⁰⁰.

Dessa feita, em razão de não subsistir, no ordenamento jurídico instaurado, o direito de propriedade relativamente aos recursos hídricos, os antigos proprietários de poços, lagos ou qualquer outro corpo de água tiveram que se adequar ao novo regramento constitucional e legislativo, passando à condição de meros detentores dos direitos de uso desses recursos, nesse caso, ainda, desde que obtida a necessária outorga³⁰¹.

Nesse sentido, inclusive, é a posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, em decisão unânime e modelar, datada de 25 de fevereiro de 2004, nos autos do RESP 518744/RN, por sua primeira turma, tendo por Relator o Ministro Luiz Fux, assentou que o particular desapropriado não tem direito à indenização por desapossamento de aquífero, tendo em vista que a água, sendo bem público de uso comum, é insuscetível de apropriação pelo particular; logo, não tendo o proprietário o direito de exploração dos recursos hídricos, afasta-se o direito à indenização³⁰².

299 CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Direito ambiental e questões jurídicas relevantes*. Campinas: Millennium, 2005. p. 89.

300 Endossam tal posicionamento, exemplificativamente: Paulo Afonso de Leme Machado, José Afonso da Silva, Vladimir Passos de Freitas, Fernando Quadros da Silva, Aldo da Cunha Rebouças, Lydia Neves Bastos Telles Nunes, Ana Cláudia Bento Graf, Maria Luiza Machado Granziera, Rodrigo Andreotti Musetti, Juliana Santilli. Todavia, há posições contrárias, como, p.ex., a de Hely Lopes Meirelles, a de Maria Sílvia Zanella Di Pietro e a de José Carvalho dos Santos Filho, para quem, com base no Código de Águas, as águas classificam-se em quatro categorias: públicas, comuns, particulares e comuns de todos. (VIEGAS, op. cit., p. qual?).

301 GRAF, Ana Cláudia Bento. Água, bem mais precioso do milênio: o papel dos Estados. *Revista CEJ*, Brasília, n. 12, p. 30-39, p. 32, set.-dez. 2000.

302 VIEGAS, op. cit., p. 127.

Observa-se que a dominialidade pública das águas, afirmada pela Lei 9.433/97, deriva do arranjo institucional montado com o intuito de impulsionar a implementação de novas políticas públicas para o gerenciamento de recursos hídricos, não significando, portanto, a permissão ao Poder Público federal e estadual alienar o domínio da água. Isso porque, na atividade gestora dos bens públicos, não se inclui o poder de alienação, oneração e aquisição desses bens³⁰³.

Colaborando com esse entendimento consagrado dentro da noção de gestão, o Art. 18 da mencionada lei afirma que “[...] a outorga não implica a alienação parcial das águas que são inalienáveis, mas o simples direito de uso”.

A retirada das águas da titularidade privada para a inclusão integral como bem estatal está, inclusive, associada com o princípio regente da Constituição brasileira de 1988 de que a propriedade é assegurada (Art. 5º, XXII), mas deverá atender à sua função social (Art. 5º, XXIII).

Na atualidade, constata-se a inclusão da propriedade no processo econômico, passando à propriedade instrumental, vinculada ao fenômeno produtivo. Portanto, a propriedade deixa de ser um simples exercício de direito, transformando-se em um meio de servir tanto ao proprietário, em suas finalidades, quanto aos objetivos da sociedade³⁰⁴.

Resta claro que a relação jurídica estabelecida entre o Estado e os bens a ele pertencentes é diferente daquela com que o proprietário privado mantém com os seus bens. No entanto, reconhecidas certas distinções, pode-se identificar na relação que o Estado mantém com seu patrimônio um verdadeiro direito de propriedade. É certo que, de forma distinta, é regulado pelo direito público e que o Estado não possui o uso, o gozo e a disposição nos moldes em que o particular disputa os seus bens, mas isso não impede que se veja nessa relação um autêntico direito de propriedade, no sentido da necessidade de se resguardar a sua função social³⁰⁵.

Logo, uma vez outorgado pelo Poder Público o direito de uso do recurso hídrico, tem-se que esse uso privativo, além de estar condicionado ao consentimento estatal, por meio do instrumento da outorga, se sujeita a regras específicas derivadas dos preceitos basilares da Política Nacional de Recursos Hídricos, instituída pela Lei 9.433/1997, a qual, por sua vez, configura um marco que reflete uma profunda modificação valorativa que se refere aos usos múltiplos da água, às prioridades desses usos, ao seu valor ético e econômico, à sua finitude e à participação popular na sua gestão.

No uso de bens públicos por particulares, é necessário verificar atentamente o fim a que se destinam, porque de nenhum modo podem ser desvirtuados de seus objetivos básicos para satisfazer interesses exclusivamente privados³⁰⁶.

303 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 431.

304 RIBAS, Ilza Carla Bernardes et al. *Propriedade: origem, evolução e tendências*. Natal: Instituto Brasileiro de Tecnologia Jurídica; NOSSA Editora, 1998. p. 37.

305 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1994. p. 156.

306 PIETRO, Maria Sílvia Zanella Di. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1993. p. 217.

Isso porque a publicização da água, tendo-se em vista a busca pela obtenção da Tutela Estatal e pela garantia de acesso por todos, de acordo com os regulamentos estabelecidos, reflete a importância que lhe é dada para a sociedade, reforçando o entendimento que a disponibilidade da água constitui aspecto fundamental no desenvolvimento econômico-social de uma nação, sendo imperativo o criterioso planejamento dos usos das águas.

A intensa urbanização ocorrida em âmbito mundial introduziu novas escalas de demanda, desperdício e contaminação de águas, alterando substancialmente a drenagem e produzindo problemas à saúde humana, além de impactos como enchentes, deslizamentos e desastres provocados pelo desequilíbrio no escoamento das águas.

No Brasil, os recursos hídricos, apesar de abundantes, estão distribuídos de forma desigual, havendo uma pressão excessiva para usos múltiplos e grandes impactos nas águas superficiais e subterrâneas, em várias regiões, especialmente no Sudeste, onde o grau de urbanização e a atividade industrial são intensos.

Quanto mais diversas são as atividades econômicas e o desenvolvimento da região em análise, maior é o número de usos múltiplos e, potencialmente, de conflitos, de forma que a proporção da água destinada a um particular uso difere de uma região para outra.

Em razão dessa constatação de interação, por vezes, conflituosa entre os conjuntos de interesses sociais diversos, é que a Lei 9.433/97 estabelece como objetivo central da gestão dos recursos hídricos a contemplação de seu uso múltiplo, devendo para tanto se caracterizar como integrada, descentralizada e participativa, de modo a envolver representantes Poder Público, dos usuários e das diversas comunidades por intermédio do Comitê de Bacia Hidrográfica³⁰⁷.

Nesse sentido, o aumento e a diversificação dos usos múltiplos da água que, por consequência, resultam em uma multiplicidade de impactos, de diversas magnitudes, exigem diferentes tipos de avaliação qualitativa e quantitativa e monitoramento adequado a longo prazo.

De todo modo, em qualquer região considerada, deve ser reservado quantidade de água de qualidade ao uso doméstico, de forma a satisfazer as necessidades básicas dos seres humanos. É em obediência a essa premissa que deve se orientar toda a atividade de gerenciamento das águas, a qual é identificada como atribuição que objetiva o controle social e a racionalidade na utilização desse elemento natural, promovendo mudança na mentalidade do consumo e nos instrumentos de gestão e garantindo-se a sustentabilidade dos recursos hídricos por meio da compatibilização dos múltiplos usos.

Partindo do princípio de que a gestão dos usos das águas, denominada de gestão de demanda, sob o enfoque da eficiência, ocorre no sentido de utilizar, da melhor maneira possível, as disponibilidades hídricas viabilizadas pela oferta, as diversas ações, em

obras ou serviços, por meio dos quais a água se torna efetivamente útil aos homens, às plantas, aos animais e às paisagens, classificam-se os usos em funções, pelas quais é dada menor ou maior prioridade em razão das particularidades que envolvem um corpo hídrico determinado.

A identificação de usos das águas, baseada nas funções que lhes são conferidas, aponta as diversas atividades e interferências sem, necessariamente, identificar os usuários, pessoa física ou jurídica.

Percebe-se, pelo conjunto de atividades em que se utilizam recursos hídricos, que os usos múltiplos da água, determinados em razão das funções do recurso, incluem, além da irrigação e da utilização doméstica e industrial, entre outros, a recreação e o turismo, os quais são extremamente importantes em regiões do interior dos continentes, em que o acesso à recreação em água doce é mais fácil e barato, conseqüentemente, com pressão considerável sobre rios, lagos e represas³⁰⁸.

No momento em que essas atividades são desenvolvidas simultaneamente, surgem os mencionados problemas relativos às demandas de água e os conflitos entre seus usos.

São conflitantes, por exemplo, a recreação e o turismo e o uso industrial, uma vez que, se a água estiver contaminada por resíduos industriais, há ameaças à saúde humana, restringindo-se os dois primeiros usos. Também são, até certo ponto, conflitantes a mineração e o abastecimento público, pois a mineração pode deteriorar os mananciais e as fontes de abastecimento superficial e subterrâneo.

Nesse contexto, surge o papel da gestão dos usos dos recursos hídricos, no sentido de promover a resolução desses conflitos, a otimização dos usos múltiplos e a promoção de bases científicas sólidas, por meio do gerenciamento integrado de recursos hídricos, mais especificamente, por intermédio da outorga do direito de uso dos recursos hídricos.

Um importante aspecto dentro da abordagem preventiva desse gerenciamento é a definição da hierarquia de usos, a qual categoriza, em razão da atividade a que se destina a água, o padrão de qualidade do recurso hídrico.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a Resolução CONAMA 357, de 2005, encarregou-se de classificar as águas segundo seus “usos preponderantes”, ou seja, levando em consideração aspectos como a hierarquia de usos e o conjunto de condições e padrões de qualidade da água, em termos de uso possível com segurança adequada, definiu a classe na qual deve se inserir as águas, de acordo com a destinação que a ela é conferida.

À medida que não são observadas as determinações do Conselho Nacional, o lançamento de efluente, por exemplo, interferirá na classe de qualidade do corpo receptor – que pode ser “Classe Especial”, “Classe 1”, “Classe 2” ou “Classe 3” –, conferindo-lhe características em desacordo com as metas do seu enquadramento, o que é vedado, visto que caracteriza a contaminação intolerável de um corpo de água.

Categorizando-se da forma descrita o padrão de qualidade da água em razão do uso que será feito do recurso, possibilita-se o não comprometimento, no momento da outorga, dos usos mais nobres pela pressão das novas demandas advindas do desenvolvimento industrial, urbano e agrícola, e, uma vez definidos os “usos preponderantes” de determinado corpo de água, estar-se-á não só garantindo a convivência dos múltiplos usos da água mas também a sua utilização planejada, de forma a compatibilizar as demandas à disponibilidade por meio do aproveitamento racional.

O aproveitamento racional garante a disponibilidade de água potável para um maior número de pessoas, preserva os rios e a fauna usada para alimentação, possibilita o aumento da produção energética e da atividade industrial. Tudo isso se traduz em desenvolvimento, aumento de renda e do número de consumidores, além da proteção do bem jurídico maior: a vida.

A implantação do instrumento da outorga de uso ainda se encontra, atualmente, em processo de construção e deve ser aprimorado de forma a consolidar uma maior participação dos Estados e do Distrito Federal, obtendo-se um sistema realmente integrado de outorgas, o qual tem por unidade a bacia hidrográfica.

Todavia, atenta-se, desde já, para o fato de que a introdução de uma complexa estrutura institucional, encabeçada pela outorga, que possui dupla função de instrumentalizar a gestão eficaz dos recursos hídricos e possibilitar o efetivo exercício dos direitos de acesso aos mesmos, pode, na prática, redundar em mudanças apenas superficiais no tratamento dos recursos hídricos, à medida que se concentre unicamente nos aspectos técnico-econômicos do uso da água, deixando de oferecer respostas aos problemas sociais e ambientais criados pelo próprio desenvolvimento³⁰⁹.

Nesse sentido, argumenta-se que, diante da incorporação do discurso de sustentabilidade, uma vez não sendo as relações subjacentes de poder e os mecanismos de acumulação efetivamente afetados pelos novos procedimentos de gestão ambiental, não se estaria a promover, com o novo modelo institucional, a prática efetiva de uma gestão pública orientada pela lógica da negociação sociotécnica. Ou seja, a atividade administrativa não estaria atingindo o objetivo identificado no ajuste de interesses entre as propostas resultantes das legítimas aspirações e conhecimentos da população que habita o território de uma bacia hidrográfica e os entes do aparelho de Estado³¹⁰.

Ademais, partindo do entendimento que a instituição do direito subjetivo do administrado à participação e as garantias constitucionais nele inspiradas constituem em um grande instrumental jurídico para a concretização normativa da eficiência, canais como os Comitês de Bacia Hidrográfica devem ser, de fato, democráticos, de modo a não permitir que a estrutura de gestão siga dominada pelos mesmos setores econômicos e políticos que sempre exerceram hegemonia, evitando que consigam preservar e, até

309 IORIS, *op. cit.*, p. 87-99.

310 MACHADO, C., *op. cit.*, p. 25.

mesmo, ampliar os seus privilégios historicamente estabelecidos³¹¹³¹².

O ambiente, nacional e internacional, em que se inseriu a nova legislação brasileira sobre recursos hídricos identifica-se com a proposta de efetiva modificação das bases históricas de exploração de recursos naturais e exclusão social, razão pela qual a atuação administrativa não pode, fugindo a esse escopo maior, apenas gerar novas oportunidades econômicas dissimuladas na premissa de que o mercado é mais eficiente que os governos no provimento de serviços relacionados à água³¹³.

Assim, paralelamente à atuação de gerenciamento estatal dos recursos hídricos, as empresas, no atual cenário internacional, devem adotar um critério de precaução com respeito às questões ambientais e iniciativas para promover uma maior responsabilidade ambiental, além de deverem fomentar o desenvolvimento e a difusão de tecnologias ecologicamente racionais³¹⁴.

A água é um dos bens jurídicos fundamentais à vida em nosso planeta, possuindo um valor ambiental intrínseco a ser resgatado e protegido, independentemente da existência de lei ou da opinião da doutrina³¹⁵. Nesse sentido, não prospera o argumento de que a obtenção de outorga e consequente cobrança da água constituiriam em obstáculos ao desenvolvimento dos mais variados ramos da economia, em razão da agregação de custos à atividade.

Uma das maiores dificuldades do uso dos recursos hídricos com atendimento ao desenvolvimento sustentável refere-se a questões financeiras. A cobrança pelo uso é, nesse contexto, apontado como o instrumento econômico adequado ao equilíbrio entre as forças que comandam a oferta e a demanda de água.

A nova legislação hídrica brasileira, sob esse espectro, busca, por um lado, dar uma solução privada para a escassez pelo estabelecimento de uma “hidroeconomia”, só que não de acordo com a utilização absoluta das regras do mercado³¹⁶.

Com o uso privativo de bem público, dado pela outorga, transpõe-se o que era aberto a todos para um indivíduo específico. A própria noção de exclusividade destaca a modificação da ênfase da esfera pública (do bem de uso comum) para a esfera privada (do bem outorgado) mediante outorga.

Essa solução de esfera privada concentra-se, todavia, na faculdade de uso da água,

311 FRANÇA, op. cit., p. 168.

312 MACHADO, C., op. cit., p. 25.

313 IORIS, op. cit., p. 87-99.

314 Trata-se de princípios do Pacto Global (2000), derivados da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992). O Pacto, por sua vez, é uma iniciativa internacional que busca direcionar o Setor Privado a assumir uma conduta cidadã, aproveitando os avanços conquistados e aumentando a difusão dos princípios de cidadania. (ACORDO integra gigantes da responsabilidade social. The Global Compact. Nova Iorque, 10 out. 2006. Disponível em: < http://www.pactoglobal.org.br/view.php?id_mat=48>. Acesso em: 15 jan. 2006.).

315 MUSETTI, Rodrigo Andreotti. Da proteção jurídico ambiental dos recursos hídricos. São Paulo: Editora de Direito, 2001. p. 41.

316 FARIAS, Paulo José Leite. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

pois o domínio pleno, como dito, é público. A água deve ser tratada como bem público, e não como mercadoria. Isso significa que o controle e uso devem ser discutidos e definidos na esfera da política – entendida como espaço público, do debate público e da constituição do interesse público –, e não na esfera da economia. Ou seja, as decisões relativas à apropriação, controle e uso da água não se devem resolver e consumir-se no mercado.

Diante da existência de críticas à adoção de instrumentos de mercado (ou simuladores de mercado) na gestão de um bem público, tendo-se em vista as consequências que podem advir desse novo paradigma do valor econômico atribuído à água, tem-se justificado a implementação da cobrança como um instrumento que, ao se basear no princípio neoclássico de que incentivos de mercado promovem uma eficiente alocação e uso de recursos, tenta remover as ineficiências relacionadas com o antigo paradigma de gestão, o qual conduzia ao desperdício, uma vez que a água estava disponível gratuitamente³¹⁷.

Seja qual for a posição adotada, a favor ou contra a inserção de instrumentos de mercado na gestão de recursos hídricos, é oportuno que a água, de todo modo, seja tratada, em todas as partes do mundo, como um bem público, insuscetível de apropriação por particulares e, em especial, por gigantescas corporações internacionais, pois, se a lógica do mercado se cristalizar em nível global, apenas àqueles que possuem condições financeiras estará garantido acesso à água, e não para os pobres, que terão direitos fundamentais como a saúde, a vida e a dignidade da pessoa humana afetados letalmente³¹⁸.

Nesse sentido, repita-se que a gestão, uma vez concentrada unicamente nos aspectos técnico-econômicos do uso da água, deixa de oferecer respostas aos problemas sociais e ambientais criados pelo próprio desenvolvimento³¹⁹.

Portanto, ao invés de regular um “mercado da água”, cabe ao Poder Público, de maneira política, na esfera pública e no debate público, a instauração da política de águas, arbitramento político dos controles e usos e afirmação da água como bem público, não mercantil e, portanto, fora da esfera de valorização do capital, isto é, do negócio³²⁰.

Os objetivos dessa cobrança residem no reconhecimento da água como um bem econômico; em possibilitar ao usuário que tenha noção do real valor desse recurso ambiental; no incentivo à racionalização do uso da água; e na obtenção de recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos³²¹.

317 IORIS, op. cit., p. 87-99.

318 FÓRUM INTERNACIONAL DAS ÁGUAS: A VIDA EM DEBATE, 2003, Porto Alegre. **Carta de Porto Alegre**.

319 IORIS, op. cit., p. 87-99.

320 VEINER, Carlos Bernardo. Diretor do Ippur critica mercantilização da água. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/entrevistas/2005/02/entrevista2.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2007.

321 Ver Art. 19, da Lei 9.433/97.

Trata-se, então, de um instrumento destinado a realizar a mudança na mentalidade do uso descontrolado e irresponsável da água, promovido pela visão ilusória, verificada no País, da abundância do recurso.

Numa análise mais detida, verifica-se que 97,2% da água existente na Terra é salgada, imprópria para as necessidades prioritárias do homem. Dos 2,8% de água doce restantes 77,2% acumulam-se nas geleiras e calotas polares, e as águas subterrâneas, representadas pelos lençóis freáticos, aquíferos e umidades dos solos, concentram 22,4% desse percentual, sendo que dois terços delas encontram-se a mais de 750 m de profundidade; na atmosfera, encontram-se 0,04 de água doce em forma de vapor de água; os lagos e pântanos totalizam 0,35%; e, finalmente, apenas 0,01% de toda a água doce do mundo é superficial, representada pelos rios, córregos, lagos, paranás³²².

Diante desses fatos, constata-se que os recursos hídricos à disposição da humanidade são bastante limitados. Mesmo no Brasil, que detém 12% de todo o potencial de água doce disponível no planeta, sendo, portanto, um País privilegiado no tocante à quantidade de recursos hídricos, o risco de desabastecimento é real. Isso porque essa relativa abundância tem servido de suporte à cultura do desperdício da água disponível, à não realização dos investimentos necessários ao seu uso e proteção mais eficientes e à sua pequena valorização econômica³²³.

Todas as áreas relativamente mais povoadas dos Estados do Brasil, como visto, ostentam caóticos quadros sanitários, os quais são engendrados pelo crescimento desordenado das demandas, baixo nível de eficiência dos serviços e, sobretudo, pela degradação tolerada ou estimulada das águas. A necessidade de gerenciamentos dos recursos hídricos, dessa feita, configura-se à medida que a demanda evolui. Nesse cenário, as águas subterrâneas, por exemplo, constituem, em regra, uma reserva estratégica, devendo ser conservadas e aproveitadas de forma a priorizar o consumo humano e a multiplicidade de seu uso³²⁴.

A questão da análise da formação de preços, além de adentrar demasiadamente na seara adstrita às ciências econômicas aplicadas ao meio ambiente, não foi ainda suficientemente debatida, de forma que o presente estudo não se dedicará, particularmente, a esse tema. Não se estabeleceu ainda um mínimo de convergência no sentido da definição de uma metodologia padrão que se aplique a todas as cobranças devido à complexidade de circunstâncias envolvidas, cabendo, nesse sentido, destacar que economistas vêm desenvolvendo modelos de cobrança diferenciados, tendo em vista

322 CRUZ, Fernando Castro da. Das águas: sua importância no novo milênio. Belo Horizonte: Palpite, 2001. p. 57.

323 REBOUÇAS, Aldo da C. Águas doces no mundo e no Brasil. In: _____ (Coord.). Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação. 3. ed. São Paulo: Escrituras, 2006. p. 27.

324 Ibid., p. 29.

as particularidades de cada segmento de usuário³²⁵³²⁶.

É oportuno, neste ponto, assinalar que os usuários de águas devem participar das discussões despendidas sobre a questão. Isso porque, sendo, por vezes, os melhores conhecedores dos aspectos técnicos envolvidos nos distintos usos da água e capazes de contribuir para o bem-estar social da população de toda uma região, são os indicados e aptos a contribuir para a definição de preços justos e que, ao mesmo tempo, não inviabilizem as atividades da indústria, agricultura, pecuária etc.

Essa participação dos segmentos interessados nas tomadas de decisão se deriva da feição que o ordenamento jurídico, inaugurado com a Constituição de 1988, procura dar à gestão de recursos hídricos no Brasil: ajuste das atividades humanas com o equilíbrio do meio ambiente, o desenvolvimento social e econômico e a melhoria da qualidade de vida.

Admite-se que esse tipo de interação, por não assegurar a priori a segurança de que os resultados almejados situar-se-ão na perfeita interseção de todos os interesses, envolve riscos. Porque os participantes, eventualmente, utilizam-se da astúcia e empreendem manobras, a fim de reorganizar seus meios e conduzir os outros a tomar decisões por meio de um conjunto de movimentos.

No entanto, é inegável que esse tipo de recurso – a participação – tem a vantagem de ajustar melhor as partes entre si, de produzir novas situações e oportunidades por mediante um processo de barganha entre argumentos de troca e de firmar, em resumo, um pacto.

De todo modo, justamente por evidenciar-se como um exercício político arriscado, haverá sempre, inclusive com garantia constitucional, o recurso à apreciação do Poder Judiciário, nas situações em que se tenha sido acordado numa negociação sociotécnica, ou tenha sido estabelecido em lei, e não for cumprido por uma das partes. Para tanto, existem algumas modalidades de ações judiciais, dirigidas cada uma delas a situações específicas que viabilizam o exercício da cidadania ambiental³²⁷.

325 GARRIDO, Raymundo José Santos. Alguns pontos de referência para o estágio atual da política nacional de recursos hídricos. In: FREITAS, Marcos Aurélio Vasconcelos de (Org.). **Estudo das águas no Brasil, 2001-1002**. Brasília: Agência Nacional de Águas, 2003. p. 6.

326 CARVALHO, Antônio Manoel R. de; LEE, Francis; e AGUIAR, Maria do Amparo de. **A cobrança pelo uso dos recursos hídricos no Brasil**. Disponível em: < anhanguera.edu.br/home/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=94&Itemid=98>. Acesso em: 3 ago. 2008.

327 MACHADO, C., op. cit., p. 25.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, verifica-se que o novo marco regulatório aplicável aos recursos hídricos, baseado não apenas em instrumentos de comando e controle mas também em incentivos econômicos, representa um esforço de confluência entre o ecológico e o econômico, à medida que, ao mesmo tempo em que representa atitude nova frente aos recursos hídricos, procura manter-se em consonância com o contexto da reforma do aparelho do Estado, em uma tentativa de implantar, no âmbito da Administração Pública, mecanismos de iniciativa privada, de modo a aproximá-la de uma qualificação gerencial.

Desse modo, pode-se afirmar que a outorga, como principal ferramenta de disciplinamento do uso das águas, a fim de concretizar-se como instrumento realmente eficiente, deve ser, na busca de uma utilização adequada e racional dos recursos hídricos, operacionalizada com respeito aos princípios ético-normativos, principalmente no que concerne aos usos múltiplos da água, às prioridades desses usos, ao seu valor ético e econômico, à sua finitude e à participação popular na sua gestão.

Ademais, a outorga do direito de uso, para que não seja deliberada sem a percepção da realidade, requer antes a consolidação do sistema de informações de recursos hídricos, como previsto no PNRH, assim como não pode ser pensada separadamente do processo de licenciamento ambiental ou sem concordância com as políticas setoriais de saneamento ambiental, energia, mineração e de desenvolvimento urbano³²⁸.

A cobrança pelo uso da água, por sua vez, por envolver diretamente reconhecimento e estipulação do valor econômico da água, é o instrumento de gestão mais controverso.

Carrega, todavia, em princípio, propósito nobre: a mudança na mentalidade do uso descontrolado e irresponsável da água, à proporção que se propõe a promover uma eficiente alocação e uso de recursos e é defendida como alternativa mais eficiente do que a arrecadação de impostos para financiar ações de regulação e recuperação ambiental³²⁹.

A eficiência da cobrança como instrumento de gestão, no propósito de corrigir as distorções do modelo de desenvolvimento hídrico, deve estar associada, no mesmo sentido do exposto acerca da outorga, à participação dos segmentos interessados nas tomadas de decisão, assim como na afirmação da água como bem público, não mercantil e, portanto, fora da esfera de valorização do capital, isto é, do negócio, sob pena de servir de ferramenta ao aprofundamento das contradições da acumulação econômica capitalista.

328 GARZON, Luis Fernando Novoa. Política de águas no Brasil e os distintos caminhos de sua implementação. Disponível em: <www.tni.org/books/waterbrazil-p.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2008.

329 IORIS, Passado e presente da política de gestão de recursos hídricos no Brasil. Revista Finisterra, XLI, 82, 2006, pp. 87-99.

Enfim, dentro desse cenário, observa-se que as discussões em torno das políticas públicas no Brasil propõem um modo de atuação administrativa do Estado que envolva a implantação de instituições, as quais contam, necessariamente, com a participação da sociedade, de forma a conferir legitimidade às decisões.

No mesmo sentido, tem-se que, no intento de oferecer respostas efetivas aos problemas da água, deve-se ter em mente que tais questões são elementos importantes da democratização do Estado e da revisão de padrões de produção e consumo e que somente uma gestão ambiental independente das forças de mercado possibilitará o início do estabelecimento novas bases para a construção de uma relação mais justa e menos contraditória entre a sociedade e o resto da natureza³³⁰.

6 REFERÊNCIAS

ACORDO integra gigantes da responsabilidade social. The Global Compact. Nova Iorque, 10 out. 2006. Disponível em: <http://www.pactoglobal.org.br/view.php?id_mat=48>. Acesso em: 15 jan. 2006.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O princípio da eficiência no direito administrativo. Revista Diálogo Jurídico, Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 14, jun.-ago. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 1º ago. 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 237:1-6>> O que é isso?, jul.-set. 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1994.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Antônio Manoel R. de; LEE, Francis; e AGUIAR, Maria do Amparo de. A cobrança pelo uso dos recursos hídricos no Brasil. Disponível em: <anhanguera.edu.br/home/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=94&Itemid=98>. Acesso em: 3 ago. 2008.

CARVALHO, Rodrigo Speziali de. Breve discussão sobre o tema gestão de recursos hídricos e pacto federativo. Disponível em: endereço? Acesso em: 23 nov. 2006.

CRUZ, Fernando Castro da. Das águas: sua importância no novo milênio. Belo Horizonte: Palpite, 2001.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Direito ambiental e questões jurídicas relevantes. Campinas: Millennium, 2005.

FARIAS, Paulo José Leite. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

FÓRUM INTERNACIONAL DAS ÁGUAS: A VIDA EM DEBATE, 2003, Porto Alegre. Carta de Porto Alegre: Porto Alegre, 2003.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. Revista de Direito Administrativo, v. 220, p. 168, abr.-jun. 2000.

GARRIDO, Raymundo José Santos. Alguns pontos de referência para o estágio atual da política nacional de recursos hídricos. In: FREITAS, Marcos Aurélio Vasconcelos de (Org.). Estudo das águas no Brasil, 2001-1002. Brasília: Agência Nacional de Águas, 2003.

GARZON, Luis Fernando Novoa. Política de águas no Brasil e os distintos caminhos de sua implementação. Disponível em: <www.tni.org/books/waterbrazil-p.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2008.

GRAF, Ana Cláudia Bento. Água, bem mais precioso do milênio: o papel dos Estados. Revista CEJ, Brasília, n. 12, p. 30-39, p. 32, set.-dez. 2000.

GRAF, Ana Cláudia Bento. A tutela dos Estados sobre as águas. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). Águas: aspectos jurídicos e ambientais. Curitiba: Juruá, 2005.

GRAZIERA, Maria Luíza Machado. Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces. São Paulo: Atlas, 2001.

IORIS, Antônio Augusto Rossotto. Passado e presente da política de gestão de recursos hídricos no Brasil. Revista Finisterra, XLI, 82, p. 87-99, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2006.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Comentários à reforma administrativa – de acordo com as Emendas Constitucionais 18, de 5.2.98, e 19, de 4.6.98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACHADO, Carlos José Saldanha. Mudanças conceituais na administração pública do meio ambiente. Revista da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência. Local? Ano 55, n. 4, p. 24, out.-nov.-dez. 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Recursos hídricos: direito brasileiro e internacional. São Paulo: Malheiros, 2002.

MAFRA FILHO, Francisco Salles Almeida. Administração pública burocrática e gerencial. Revista Fórum Administrativo, Dir. Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 55, p. 6121-6129, set. 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. A SRH e as águas subterrâneas. Disponível em:

<<http://www.mma.gov.br/port/srh/pas/capa/index.html>>. Acesso em 8 dez. 2006.

MUSETTI, Rodrigo Andreotti. Da proteção jurídico ambiental dos recursos hídricos. São Paulo: Editora de Direito, 2001.

PIETRO, Maria Silvia Zanella Di. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 1993.

PLANO NACIONAL DA ÁGUA. Administração dos Recursos Hídricos. Disponível em: <www.inag.pt/inag2004/port/a_intervencao/planeamento/pna/pdf_pna_v2/v2_c4_t3.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2008.

Pesquisa estuda o potencial de reúso da água nas indústrias de Manaus como instrumento para o desenvolvimento sustentável. Disponível em: <http://www.canalciencia.ibict.br/pesquisas/pesquisa.php?ref_pesquisa=128>. Acesso em: 26 jan. 2007.

POMPEU, Cid Tomanik. Direito das águas no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 47.

REBOUÇAS, Aldo da C. Águas doces no mundo e no Brasil. In: _____ (Coord.). Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação. 3. ed. São Paulo: Escrituras, 2006.

RIBAS, Ilza Carla Bernardes et al. Propriedade: origem, evolução e tendências. Natal: Instituto Brasileiro de Tecnologia Jurídica; NOSSA Editora, 1998.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. In: Edgar Guimarães (Coord.). Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SILVA, Américo Luís Martins da. Direito do meio ambiente e dos recursos naturais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Vol. 2.

SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TUCCI, Carlos E. M. Gestão da água no Brasil. Brasília: Unesco, 2003.

VEINER, Carlos Bernardo. Diretor do Ippur critica mercantilização da água. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/entrevistas/2005/02/entrevista2.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2007.

VIEGAS, Eduardo Coral. Visão jurídica das águas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

COMPETÊNCIA NORMATIVA DA AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS

Vladimir da Rocha França

1 INTRODUÇÃO

Com a finalidade de disciplinar o Art. 21, XIX, da Constituição Federal³³¹, foi editada a Lei Federal 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Esse diploma legal institui a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) e cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH).

Nos termos do Art. 33, I-A, da Lei Federal 9.433/1997, integra o SINGREH a Agência Nacional de Águas (ANA).³³² Essa entidade foi constituída em forma de autarquia sob regime especial pela Lei Federal 9.984, de 17 de julho de 2000. No Art. 4º, II, da Lei Federal 9.984/2000, observa-se que a ANA recebeu a competência para disciplinar, em caráter normativo³³³, a implementação, a operacionalização, o controle e a avaliação dos instrumentos da PNRH³³⁴.

O objetivo do presente trabalho é examinar os limites dessa competência normativa da ANA, no ordenamento jurídico brasileiro³³⁵.

331 Vide o Art. 21, XIX, da Constituição Federal: "Art. 21. Compete à União: [...] XIX – instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso".

332 Vide o Art. 33, I-A, da Lei Federal n. 9.433/1997.

333 Para fins desse estudo, conceitua-se *competência normativa* como a prerrogativa de inserir normas gerais no sistema do direito positivo. Os atos jurídicos mediante os quais essa competência é exercida são rotulados aqui como *atos normativos*.

334 Vide o Art. 4º, II, da Lei Federal n. 9.984/2000.

335 Sobre a noção de ordenamento jurídico, consultar: BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1993; e KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1991.

2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Nos termos do Art. 5º, II, da Constituição Federal, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Nesse enunciado constitucional, a palavra “lei” deve ser entendida como um dos veículos constantes do Art. 59 da Constituição Federal.

Assim, a imposição de ablações ou restrições aos direitos individuais e a instituição de requisitos para o seu reconhecimento e exercício somente são juridicamente legítimas quando há amparo em lei. Trata-se da garantia fundamental da legalidade, inerente ao Estado de Direito³³⁶.

No que concerne à Administração Pública³³⁷, o Art. 37, caput, da Constituição Federal impõe-lhe o respeito à legalidade. E, nos termos do Art. 84, IV, da Constituição Federal, restringe-se o poder regulamentar do Presidente da República à expedição de atos normativos destinados à fiel execução da lei³³⁸.

Os Ministros de Estado, auxiliares diretos do Chefe do Poder Executivo, têm competência para expedir atos normativos destinados à execução das leis, decretos e regulamentos, conforme o Art. 87, parágrafo único, II, da Constituição Federal.

O princípio da legalidade administrativa impõe, assim, a subordinação da Administração Pública à lei, vinculando positivamente a ação administrativa aos seus preceitos³³⁹. Faz-se necessário um preceito legal que autorize, explícita ou implicitamente, a atuação administrativa para que esta possa ser considerada compatível com o ordenamento jurídico.

A atividade administrativa é, enfim, subordinada à lei, cabendo à Administração Pública obedecê-la e seguir fielmente os seus ditames³⁴⁰.

Indubitavelmente, a atividade administrativa não deve se submeter apenas às leis mas também a todos os preceitos que compõem o ordenamento jurídico. É natural que,

336 Sobre a matéria, consultar: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999; SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 419-429.

337 A administração pública compreende aqui o conjunto de órgãos e entidades vinculados ao Poder Executivo que exercem a função administrativa. Esta, por sua vez, deve ser compreendida como “[...] a atividade de expedição de regras complementares à lei e sujeitas a controle jurisdicional, desempenhada pelas pessoas estatais (ou por quem esteja no exercício de prerrogativas estatais), numa posição privilegiada e superior diante os particulares, para viabilizar a concretização dos interesses públicos” (FRANÇA, Vladimir da Rocha. Estrutura e motivação do ato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 53). Vide o Art. 76 da Constituição Federal: “Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado”.

338 Vide STF, ADI-MC n. 1.435-8/DF, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 6.8.1999, p. 5.

339 Como assevera Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo brasileiro. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burlle Filho. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 82): “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’”.

340 Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 88-95.

dentre eles, merecem destaque aqueles veiculados pela Constituição Federal³⁴¹. Daí se falar da evolução da legalidade administrativa para a juridicidade administrativa³⁴².

Não se nega que a Administração Pública se encontra diretamente vinculada aos direitos e garantias fundamentais, como determina o Art. 5º, §1º, da Constituição Federal. Entretanto, a legalidade constitui uma garantia fundamental, uma proteção da liberdade e da propriedade da pessoa³⁴³, que não lhe deve ser sonegada diante do exercício de competências administrativas³⁴⁴.

3 SOBRE A COMPETÊNCIA REGULAMENTAR DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA E A COMPETÊNCIA NORMATIVA DOS MINISTROS DE ESTADO

O Art. 84, IV, da Constituição Federal, como já foi visto, confere ao Presidente da República a prerrogativa de expedir regulamentos para a fiel execução das leis. Nesse dispositivo constitucional, fixa-se a competência regulamentar do Chefe do Poder Executivo.

Como se sabe, o Presidente da República exerce a direção superior da Administração pública federal, nos termos do Art. 84, II, da Lei Maior. O Chefe do Poder Executivo representa o órgão de cúpula da Administração Pública, tendo responsabilidade político-administrativa pelas decisões e condutas emanadas pela administração direta e indireta da União³⁴⁵, com respeito à Constituição Federal e à legislação em vigor³⁴⁶.

Por conseguinte, os regulamentos devem prevalecer sobre todos os demais atos normativos da Administração Pública. Mas os regulamentos, como manifestação da

341 Sobre a supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico, consultar: SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

342 Cf. BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 125-192; FRANÇA, Vladimir da Rocha. Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 52-68; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 69-141.

343 Os direitos e garantias fundamentais são assegurados tanto a pessoas físicas como a pessoas jurídicas, sejam elas nacionais, sejam elas estrangeiras que residam ou atuem no Brasil. As pessoas físicas estrangeiras que não residam no País tem seus direitos e garantias fundamentais protegidos, mas a lei teria um campo maior para a imposição de restrições e condicionamentos (cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 81-99). Vide o Art. 5º, caput, da Constituição Federal.

344 Como leciona Geraldo Ataliba (República e Constituição. Atualização de Rosalea Miranda Folgosi. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 122): "Se o povo é o titular da res publica e se o governo, como mero administrador, há de realizar a vontade do povo, é preciso que esta seja clara, solene e inequivocamente expressada. Tal é a função da lei: elaborada pelos mandatários do povo, exprime a sua vontade. Quando o povo ou o governo obedecem à lei, estão: o primeiro obedecendo a si mesmo, e o segundo ao primeiro. O governo é servo do povo e exercita sua servidão fielmente ao curvar-se à sua vontade, expressa na lei. O Judiciário, aplicando a lei aos dissídios e controvérsias processualmente deduzidas perante seus órgãos, não faz outra coisa senão dar eficácia à vontade do povo, traduzida na legislação emanada por seus representantes".

345 A Constituição Federal manteve a distinção da administração pública em direta e indireta estabelecida nos arts. 1º a 4º do Decreto-Lei n. 200, de 25.2.1967. Vide o Art. 37, caput, e XIX, da Constituição Federal.

346 Cf. ATALIBA, op. cit., p. 69-74. Vide o Art. 85, VII, da Constituição Federal.

atividade administrativa, devem-se subordinar à lei³⁴⁷.

Para que haja espaço para a competência regulamentar, a lei deve exigir a ação administrativa para sua concretização. Para as relações de supremacia geral da Administração, cabem os regulamentos de execução; para as relações de supremacia especial da Administração, os regulamentos autorizados³⁴⁸.

As relações de supremacia geral da Administração envolvem a generalidade dos administrados, envolvendo-os pelo simples fato de se encontrarem submetidos ao ordenamento jurídico. Aqui, não há legitimidade para a criação, modificação ou extinção de direitos e obrigações por via regulamentar.

Mediante os regulamentos de execução, o Chefe do Poder Executivo decompõe conceitos legais, uniformiza a aplicação da lei quando essa lhe confere competências discricionárias, ou institui os procedimentos internos que deverão ser empregados pela Administração Pública na concretização das determinações legais³⁴⁹. Em rigor, o regulamento de execução dispensa preceito legal expresso que o preveja para que possa ser expedido, encontrando base jurídica diretamente no Art. 84, IV, da Lei Maior.

As relações de supremacia especial da Administração são vínculos específicos entre o Estado e determinados administrados. São vínculos que não envolvem a generalidade dos administrados, seja porque escolheram o regime de sujeição especial, seja porque se exige uma regulação interna mais detalhada. Elas demandam prerrogativas especiais para a Administração, tais como a de instituir direitos e deveres para aqueles que estejam envolvidos nessas relações. São exemplos clássicos: os servidores públicos, os contratados pela Administração sob o regime dos contratos administrativos, os matriculados em instituições públicas de ensino, os internados em hospitais públicos, entre outros³⁵⁰.

Nesses casos, são cabíveis os regulamentos autorizados que, além de abranger as funções básicas dos regulamentos de execução, permitem à Administração Pública instituir deveres e sanções para o administrado³⁵¹. Mas, ao contrário dos regulamentos

347 Sobre a matéria, consultar: MELLO, C., op. cit., p. 313-344; BINENBOJM, op. cit., p.152-173; e GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 167-190; MELLO, Vanessa Vieira de. Regime jurídico da competência regulamentar. São Paulo: Dialética, 2001.

348 Sobre a distinção entre relações de supremacia geral e relações de supremacia especial, consultar: ALESSI, Renato. Principi di diritto amministrativo. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1966. Vol. 1. p. 196-230, 249-261; e MELLO, C., op. cit., p. 774-779.

349 Cf. MELLO, C., op. cit., p. 334-340.

350 Como bem leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (Op. cit., p. 776): "Em quaisquer destes casos apontados, os vínculos que se constituíram são, para além de qualquer dúvida ou entredúvida, exigentes de uma certa disciplina interna para funcionamento dos estabelecimentos em apreço, a qual, de um lado, faz presumir certas regras, certas imposições restritivas, assim como, eventualmente, certas disposições benéficas, sito é, favorecedoras, umas e outras, tendo em vista regular a situação dos que se inserem no âmbito de atuação das instituições em apreço e que não têm como deixar de ser parcialmente estabelecidas na própria intimidade delas, como condição elementar de funcionamento das sobreditas atividades" (grifos no original).

351 Embora rejeite a presença dos regulamentos autorizados no direito brasileiro, assim se posiciona Celso Antônio Bandeira de Mello (Op. cit., p. 777) sobre as relações de sujeição especial: "É igualmente reconhecível que nas situações referidas, ou em muitas delas, seria impossível, impróprio e inadequado que todas as convenientes disposições a serem expedidas devessem ou mesmo pudessem estar previamente assentadas em lei e unicamente em lei, com exclusão de qualquer outra fonte normativa. Exigência dessa ordem

de execução, os regulamentos autorizados demandam previsão legal expressa para a sua expedição válida³⁵².

É interessante notar ainda que, de acordo com o Art. 84, parágrafo único, I, da Constituição Federal, cabe aos Ministros de Estado, além de expedir instruções destinadas à execução das leis e regulamentos³⁵³, exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da Administração federal, na área de sua competência³⁵⁴.

Logo, os atos normativos dos Ministros de Estado, hierarquicamente inferiores às leis e regulamentos, devem prevalecer sobre os atos normativos de seus subordinados hierárquicos e das entidades da administração indireta submetidas à sua tutela administrativa³⁵⁵. Naturalmente, esses atos jurídicos não poderão exceder os limites instituídos para os regulamentos.

4 COMPETÊNCIA NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O Art. 174, caput, da Constituição Federal, determina que, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado deve exercer, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Mais adiante, em seu Art. 175, parágrafo único, a Lei Maior estabelece os parâmetros e matérias que devem ser objeto de regulação em matéria de serviços públicos.

A regulação tem sido entendida como uma nova dimensão da função administrativa, distinta do poder de polícia e do poder regulamentar³⁵⁶. Consistiria, em verdade, num feixe de competências infralegais cuja finalidade é viabilizar a existência de órgãos ou entidades reguladores que possam mediar conflitos de interesse em setores específicos da economia, com autonomia técnica e decisória perante os órgãos de cúpula do Poder Executivo e do Poder Legislativo³⁵⁷. A lei, ao estabelecer esse conjunto de prerrogativas,

simplesmente estaria a pretender do Legislativo uma tarefa inviável, qual seja, a de produzir uma miríade de regras, ademais extremamente particularizadas, dependentes de situações peculiares, e muitas vezes cambiantes, cuja falta, insuficiência ou inadaptação literalmente paralisariam as atividades públicas ou instaurariam o caos”.

352 Há um caso no qual a Constituição Federal atribui competência para regulamento autorizado, constante do Art. 84, VI, a, da Constituição Federal.

353 Vide o Art. 87, parágrafo único, IV, da Constituição Federal.

354 Sobre a tutela administrativa das entidades da administração indireta pela administração direta, consultar MELLO, C., op. cit., p. 70-71. Vide arts. 19 a 29 do Decreto-Lei n. 200/1967.

355 Vide STF, ADI-MC n. 1.075/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.11.2006, p. 59.

356 Vide STF, ADI-MC n. 2.095/RS, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 19.9.2003, p. 15. Sobre a matéria, consultar: ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002; NETO, Floriano de Azevedo Marques. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005; e SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

357 São identificadas como competências regulatórias: expedição de normas gerais destinadas à disciplina jurídica de aspectos técnico-econômicos que não podem ser exaustivamente definidos em lei; outorga e controle de licenças ou autorizações para o

limitar-se-ia a fixar as diretrizes a serem seguidas pelo ente regulador e os instrumentos jurídicos necessários para que esse ente possa atingi-las.

Para viabilizá-la, o ordenamento jurídico brasileiro passou a estabelecer autarquias sob regime especial – as agências reguladoras – com o escopo de exercer competências regulatórias sob as atividades econômicas e serviços públicos³⁵⁸. Dentre essas prerrogativas, merecem apreciação as competências normativas que lhes são outorgadas.

Partindo-se da premissa de que a regulação econômica não pode ficar vulnerável às vicissitudes dos processos e demandas político-eleitorais, as leis que instituem as agências reguladoras procuram assegurar-lhes autonomia perante a administração direta. Portanto, os atos normativos das agências reguladoras não deveriam ficar vulneráveis às manifestações do Chefe do Poder Executivo ou dos Ministérios de Estado que as supervisionam.

Contudo, as reformas constitucionais ainda não lograram êxito em pacificar a constitucionalidade das competências normativas das agências reguladoras, que deveriam estar submissas aos regulamentos e atos normativos ministeriais³⁵⁹. Pelo menos, na dimensão que se quer reconhecer em favor dessas entidades. Isso será aferido ao se examinar a competência normativa da ANA.

5 LIMITES À COMPETÊNCIA NORMATIVA DA ANA

No sistema constitucional brasileiro, os recursos hídricos são considerados bens públicos, integrando o domínio da União³⁶⁰ ou dos Estados-membros³⁶¹, consoante a sua natureza. Sem sombra de dúvida, bens indispensáveis para a concretização do direito fundamental do meio ambiente ecologicamente equilibrado³⁶².

exercício de atividades econômicas específicas; disciplina e realização de licitações para a realização de contratos de regime jurídico especial; prevenção e defesa do mercado contra violações à livre iniciativa e aos direitos do consumidor; repressão de ilícitos mediante a aplicação de sanções administrativas; resolução de conflitos entre os agentes do setor regulado, dentre outras.

358 Pode-se dizer que a partir das recentes reformas constitucionais nos enunciados da Lei Maior que cuidam da administração pública e da ordem econômica, procurou-se implantar um modelo de Estado Regulador e uma administração pública gerencial. Sobre a matéria, consultar: BINENBOJM, op. cit.; e GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. Vide Emenda Constitucional n. 6, de 15.8.1995; Emenda Constitucional n. 7, de 15.8.1995; Emenda Constitucional n. 8, de 15.8.1995; Emenda Constitucional n. 9, de 9.11.1995; e Emenda Constitucional n. 19, de 4.6.1998.

359 Sobre a matéria, consultar: MELLO, C. op. cit., p. 154-165; e MAZZA, Alexandre. *Agências reguladoras*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

360 Vide o Art. 20, III, VI e VIII, da Constituição Federal.

361 Vide o Art. 26, I, da Constituição Federal.

362 Sobre a matéria, consultar: CAUBET, Christian Guy. *A água, a lei a política...e o meio ambiente?* Curitiba: Juruá, 2004; FARIAS, Paulo José Leite. *Água: bem jurídico econômico ou ecológico?* Brasília: Brasília Jurídica, 2005; e XAVIER, Yanko Marcius de Alencar; BEZERRA, Nizomar Falcão. *Gestão legal dos recursos hídricos dos Estados do Nordeste do Brasil*. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2005. Vide o Art. 225, caput, da Constituição Federal. Vide o Art. 1º, I, II e IV, da Lei Federal n. 9.433/1997.

Segundo o Art. 4º, II, da Lei Federal 9.984/2000, compete à ANA disciplinar, em caráter normativo, a implementação, a operacionalização, o controle e a avaliação dos instrumentos da PNRH.

São instrumentos da PNRH: 1) os Planos de Recursos Hídricos; 2) o enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água; 3) a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos; 4) a cobrança pelo uso de recursos hídricos; 5) a compensação a Municípios; 6) o Sistema Nacional de Informações sobre Recursos Hídricos³⁶³.

De imediato, cumpre anotar que os atos normativos da ANA devem se restringir aos instrumentos da PNRH voltados preponderantemente à gestão dos recursos hídricos de domínio da União³⁶⁴, salvo na hipótese constante do Art. 4º, XII, da Lei Federal 9.984/2000. Pensar o contrário seria esvaziar completamente as competências normativas dos Comitês de Bacia Hidrográfica³⁶⁵ e dos órgãos da Administração Pública estadual que integram o SINGREH³⁶⁶.

É mister destacar que a competência normativa da ANA é indelegável, uma vez que a mesma não se encontra dentro do rol de prerrogativas que ela pode transferir para outros órgãos e entidades do SINGREH³⁶⁷.

Outro ponto relevante reside na subordinação dos atos normativos da ANA aos provimentos do Conselho Nacional de Recursos Hídricos³⁶⁸. Sua composição lhe dá uma posição especial na administração direta federal, aliado ao abrangente rol de competências que foram conferidas a esse colegiado³⁶⁹. Deve-se especial destaque ao Plano Nacional de Recursos Hídricos, ato normativo que institui os parâmetros e diretrizes que devem ser empregados na gestão de todos os recursos hídricos existentes nos limites do território nacional³⁷⁰.

Em face das competências do Ministério do Meio Ambiente em matéria de recursos hídricos³⁷¹, convém ressaltar que a ANA ainda se encontra sujeita à sua tutela administrativa. Logo, as instruções normativas expedidas por esse órgão da administração direta federal deverão prevalecer sobre os provimentos da autarquia em apreço.

363 Vide Art. 5º da Lei Federal n. 9.433/1997.

364 Cf. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 469. Vide o Art. 29 da Lei Federal n. 9.984/2000.

365 A bacia hidrográfica constitui a unidade territorial do SINGREH, conforme o Art. 1º, V, da Lei Federal n. 9.433/1997. Vide arts. 33, III, e 37 a 40, todos da Lei Federal n. 9.433/1997.

366 Vide os arts. 30, e 33, II e IV, todos da Lei Federal n. 9.433/1997.

367 Vide o Art. 4º, §4º, da Lei Federal n. 9.984/2000.

368 Registre-se que esse órgão colegiado integra a estrutura básica do Ministério do Meio Ambiente, conforme o Art. 29, XV, da Lei Federal n. 10.683, de 28.5.2003.

369 Vide o Art. 33, I, e 34 a 36, todos da Lei Federal n. 9.433/1997.

370 Vide os Arts. 6º a 8º da Lei Federal n. 9.433/1997.

371 Vide o Art. 27, XV, da Lei Federal n. 10.683/2003.

Mostra-se igualmente claro que os atos normativos da ANA devem ficar sujeitos aos decretos regulamentares editados pelo Presidente da República.

Também constitui limite natural à competência normativa da ANA a legislação em vigor. Os atos normativos expedidos por essa autarquia não poderão violar os parâmetros e critérios estabelecidos pela Lei Federal 9.433/1997 para o emprego dos instrumentos da PNRH. O mesmo deve ser dito quanto aos diplomas legais que dispuserem sobre matérias pertinentes à gestão dos recursos hídricos.

Por fim, deve-se examinar o alcance dos atos normativos da ANA em relação aos administrados.

A Lei Federal 9.433/1997 classifica os recursos hídricos como bens do domínio público e como recursos naturais limitados dotados de valor econômico³⁷². Assim, reconhece-se no plano infraconstitucional a sua importância para a proteção ao meio ambiente e para o desenvolvimento nacional.

A regulação dos recursos hídricos deve levar necessariamente em consideração o dever do Estado de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações³⁷³. Recorde-se que a tutela das águas não se destina à concretização de um direito individual, mas sim, de um direito difuso imprescindível para a própria sobrevivência do gênero humano, uma vez que elas compõem a estrutura essencial do meio ambiente³⁷⁴.

Por outro lado, os recursos hídricos constituem um insumo crucial para, praticamente, todos os campos da atividade econômica. Consequentemente, deve-se assegurar à iniciativa privada o acesso isonômico aos campos, dentro dos limites estabelecidos em lei³⁷⁵. Não é ocioso recordar que a atividade econômica é livre para o particular, somente podendo ser-lhe impostos restrições ou condicionamentos para a sua exploração mediante lei³⁷⁶.

Para compatibilizar esses valores em aparente conflito, a Lei Federal 9.433/1997 estabelece que a gestão das águas deva proporcionar o uso múltiplo desses bens, devendo-se dar prioridade ao consumo humano e à dessedentação dos animais em situações de escassez³⁷⁷.

372 Vide o Art. 1º, I e II, da Lei Federal n. 9.433/1997.

373 Vide o Art. 225, *caput*, da Constituição Federal.

374 Vide o Art. 3º, I, da Lei Federal n. 6.938, de 31.8.1981. Vide o Art. 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n. 8.078, de 11.9.1990). Sobre os direitos fundamentais difusos, consultar: BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 522; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 52-54; e FRANÇA, op. cit., p. 110. Sobre as bases constitucionais da proteção ao meio ambiente, consultar: MILARÉ, Édís. Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 180-265; e SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

375 Vide o Art. 5º, *caput*, e I, da Constituição Federal. Sobre a importância do princípio da igualdade no direito brasileiro, consultar MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. Vide o Art. 5º, *caput*, e I, da Constituição Federal.

376 Vide o Art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal.

377 Vide o Art. 1º, III e IV, da Lei Federal n. 9.433/1997.

Aliás, constituem objetivos da PNRH: 1) assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos; 2) a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável; 3) a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrente do uso inadequado dos recursos naturais³⁷⁸.

A pretensão do particular em empregar bens de domínio público como os recursos hídricos, ainda que para consumo próprio, insere-o numa relação de supremacia especial. Os interesses públicos consubstanciados na PNRH exigem o reconhecimento de prerrogativas específicas para entidades do SINGREH como a ANA.

Todavia, o exercício da competência normativa da ANA relativa à outorga e à cobrança dos direitos de uso dos recursos hídricos não poderá instituir restrições, condicionamentos ou penalidades sem permissivo legal expresso³⁷⁹. Ademais, o ato normativo da ANA que disciplina matéria sem amparo legal fica passível de ser invalidado perante o Poder Judiciário sob o argumento de inconstitucionalidade.

Não pode ser outra a conclusão diante da garantia fundamental da legalidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há na legislação regente da ANA qualquer dispositivo que coloque os seus atos normativos em patamar equivalente àqueles expedidos pela Administração direta federal. Esses atos podem ser perfeitamente fulminados pelo Presidente da República ou pelo Ministério do Meio Ambiente, quando inválidos ou incompatíveis com as diretrizes político-governamentais vigentes. Respeitada, evidentemente, a PNRH, uma vez que ela se encontra prevista em lei.

Finalmente, é importante advertir que as relações de supremacia especial que abrangem a gestão dos recursos hídricos não concedem à ANA a prerrogativa de disciplinar sem permissivo legal expresso.

A ANA tem um papel fundamental no SINGREH, devendo exercer as suas competências normativas dentro da legalidade. Ainda que a demanda pela defesa e preservação do patrimônio hídrico pressione a Administração Pública a exorbitar as raias que a lei lhe impõe, não pode se perder de vista que o argumento do interesse público de nada tem serventia quando leva à arbitrariedade.

378 Vide o Art. 2º da Lei Federal n. 9.433/1997.

379 Vide os arts. 11 a 22 da Lei Federal n. 9.433/1997.

7 REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. Princípios de direito administrativo. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1966. Vol. 1.
- ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. Atualização de Rosalea Miranda Folgosi. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOBBIO, Norberto. Teoria generale del diritto. Torino: G. Giappichelli, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- CAUBET, Christian Guy. A água, a lei a política...e o meio ambiente? Curitiba: Juruá, 2004.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FARIAS, Paulo José Leite. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- _____. Estrutura e motivação do ato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- _____. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MAZZA, Alexandre. Agências reguladoras. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 20. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- _____. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

MELLO, Vanessa Vieira de. Regime jurídico da competência regulamentar. São Paulo: Dialética, 2001.

MILARÉ, Édis. Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Direito ambiental constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

XAVIER, Yanko Marcius de Alencar; BEZERRA, Nizomar Falcão. Gestão legal dos recursos hídricos dos Estados do Nordeste do Brasil. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

ASPECTOS JURÍDICO-INSTITUCIONAIS NA IMPLEMENTAÇÃO DAS AGÊNCIAS DE BACIA NO SISTEMA NACIONAL DE GERENCIAMENTO DE RECURSOS HÍDRICOS

Patrícia Borba Vilar Guimarães
Yanko Marcus de Alencar Xavier

1 INTRODUÇÃO

Apresenta-se neste trabalho uma análise do papel institucional das agências de águas no modelo proposto pela PNHHR, sob o enfoque de alguns dos aspectos jurídicos, úteis para a formulação de modelos de implementação nas inúmeras bacias hidrográficas que ainda demandam a criação desse ente do sistema.

Analizamos a questão sob a perspectiva de que a adoção de instrumentos de gestão críveis e eficientes implica a evidência de desenvolvimento. Esse fato resulta numa dinâmica social constante, uma vez que o desenvolvimento se trata de um processo que visa a elevar os níveis social, econômico e cultural da sociedade³⁸⁰. Essa abordagem justifica-se em face da importância da legislação reguladora do setor de águas para o desenvolvimento estrutural do País, mediante o aprofundamento teórico das questões ligadas à gestão dos recursos hídricos³⁸¹ e ao meio ambiente. Nesse contexto, garantir

380 Desenvolvimento não se confunde com crescimento, um processo descrito de forma quantitativa, mas sim qualitativa, como têm se referido diversos economistas contemporâneos, entre eles Amartya Sen.

381 Cremos importante ressaltar que não fazemos distinção entre os termos águas e recursos hídricos ao longo deste trabalho. Nesse sentido, ver GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito de águas. São Paulo: Atlas, 2006. No sentido diverso, veja-se POMPEU, Cid Tomanik. Direito de águas no Brasil. São Paulo: RT, 2006. Para este autor a terminologia comporta a diferenciação dos conceitos.

o desenvolvimento implica também a instituição de políticas públicas direcionadas para tal fim, justificadas e fundamentadas no Art. 3º, II, da Constituição Brasileira.

Os fundamentos do desenvolvimento remetem à edificação de um processo complexo, de caráter econômico e político, que envolve inúmeras instituições públicas e privadas, além da base legal adequada, no favorecimento da gestão pública. Nesse contexto, a política pública também deve tentar cumprir prioridades decorrentes de valores, o que ocorre ao se facilitar a discussão no seio da sociedade, para reforçar as mudanças e estimular os cidadãos a serem participativos, e não apenas aguardarem por assistência.

No tocante à proteção dos recursos naturais, inserida na categoria ampla da proteção conferida pelo direito ambiental, o uso da água representa hoje uma das questões mais polêmicas a motivar reflexões acerca do conflito entre o desenvolvimento e o direito ao meio ambiente equilibrado.

O leque de aspectos abrangido pelo uso da água e seu disciplinamento, em consonância com o princípio legal que determina o seu uso múltiplo – dessedentação, saneamento, consumo humano, produção de bens, etc. –, reclama uma análise focada na configuração da água como bem público e como recurso natural limitado, de valor econômico³⁸².

A água está entre os elementos que causam maior preocupação aos ambientalistas do mundo todo em razão da sua escassez. Apenas há algumas décadas, o mundo despertou para a realidade adversa de que, diante dos maus usos, é preciso acabar com a falsa ideia de que a água é inesgotável e otimizar os aspectos da sua gestão. O desenvolvimento e até mesmo a viabilidade da humanidade estão associados aos usos da água.

2 DESAFIOS INSTITUCIONAIS DA GESTÃO DE ÁGUAS DOCES

O Relatório de Desenvolvimento Humano do ano de 2006, documento elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, ressalta aspectos do sofrimento pela crise mundial da água. O documento mostra que

[...] quase 2 milhões de crianças morrem todos os anos por falta de um copo de água limpa e de um simples banheiro em suas casas. Fora dos domicílios, a disputa pela água para produção se intensifica, prejudicando os menos favorecidos das áreas rurais e o meio ambiente (PNUD,2008)

Entretanto, a referência principal no texto diz respeito ao fato de que a crise mundial

382 Cf. Lei 9.433/97, Art. 1º e incisos.

da água não é resultado apenas da escassez, mas ressalta o fato de “[...] a pobreza, o poder e as desigualdades é que estão no âmago do problema” (PNUD, 2008). Essa afirmação se revela numa questão institucional de fundo antidemocrático e de ausência ou precariedade nas políticas públicas.

É possível identificar que, ao lado dos agentes públicos tradicionais, é crescente o número de organizações em nível global e setores da sociedade civil engajados na gestão e conservação de recursos hídricos, como elemento fundamental e necessário para promover também equidade, justiça social, distribuição de renda e sustentabilidade em questões que definem os usos, benefícios e ônus das águas.

Verificamos, sobretudo, expressividade de um referencial teórico conceitual para a política de recursos hídricos. Um referencial teórico “[...] deve se basear em visões ou posicionamentos estreitamente vinculados aos princípios, fundamentos e instrumentos de gestão, condensados na legislação do setor”³⁸³.

Essa necessidade encontra subsídios nos princípios elencados na lei de Águas, mediante a garantia do acesso de todos à água, seja para o consumo humano ou o desenvolvimento de atividades produtivas e capazes de promover o uso racional da água para o desenvolvimento sustentável. A política de recursos hídricos possui um “[...] caráter cívico ligado à sua forma de implementação (sistêmica, participativa e descentralizada), quanto ao seu objeto (a água, direito de todos), ou ainda à sua política (obrigação exclusiva do Estado)” (Idem) e a medida da eficácia dessa política será a sua capacidade de concretizar os direitos sociais básicos, pois

[...] como garantidora de direitos sociais e ambientais essenciais, a política de Estado de recursos hídricos apresenta-se, ao mesmo tempo, como uma ação regulatória e de disponibilização de bem essencial para garantir qualidade de vida, saúde, desenvolvimento e o pleno exercício da cidadania. (Ibdem).

Os Comitês de Bacia hidrográfica – CBH obtiveram recentemente em nosso País o status legal de se constituírem em fóruns importantes para a formulação e gestão das políticas e ações voltadas a garantir a sustentabilidade do desenvolvimento e a gestão ambiental³⁸⁴ dos recursos hídricos. No âmbito da PNRH, o legislador se preocupou em criar modalidades diferentes de organizações civis, englobando tanto associações locais de usuários diretos de recursos hídricos, tais como pescadores ou populações ribeirinhas, quanto organizações com interesse científico, participantes do sistema, incluindo também um conceito de “[...] organizações não governamentais com obje-

383 JOHNSSON, Rosa Maria Formiga; PEREIRA, Dilma Seli Pena. Descentralização da gestão dos recursos hídricos em bacias nacionais no Brasil. REGA, v. 2, n. 1, p. 53-72, jan.-jun. 2005.

384 A Gestão Ambiental pode ser definida como o processo de articulação das ações dos diferentes agentes sociais que interagem em um dado espaço, com vistas a garantir a adequação dos meios de exploração dos recursos ambientais – naturais, econômicos e socioculturais – as especificidades do meio ambiente, com base em princípios e diretrizes previamente acordados/definidos. Cf. LANNA, Antonio Eduardo. A inserção da gestão das águas na gestão ambiental. In: MUNOZ, Hector Raúl (Org.) Interfaces da gestão de recursos hídricos: desafios da Lei de Águas de 1997. Disponível em: < <http://www.mma.gov.br/port/srh/index.cfm> >. Acesso em: 05 mar. 2007.

tivos de defesa de interesses difusos e coletivos da sociedade”³⁸⁵. Ou seja, para a gestão do uso da água e defesa do meio ambiente, a subsidiariedade enquanto princípio que orienta a descentralização e a participação social passa a apresentar-se como um dos recursos mais promissores na tentativa de obter resultados efetivos no processo de controle das atividades regulatórias que abrangem a utilização da água.

A promessa de efetividade no controle social está fundamentada na proximidade dos agentes das questões que os afetam mais diretamente e do estabelecimento de um debate, sempre positivo em torno das questões locais. Na esfera local, o Comitê de Bacia Hidrográfica é o ente legítimo para a discussão dos problemas da bacia e depende fundamentalmente do seu braço executivo, a agência de bacia.

3 OS INSTRUMENTOS REGULATÓRIOS DE CONTROLE SOCIAL

Os usos da água envolvem uma interação conflituosa entre um conjunto significativo de interesses sociais diversos. Logo, o instrumental para promover a gestão integrada dos recursos hídricos deixa de ser tão somente técnico e específico do setor, em razão de se tratar de um recurso repleto de interesses políticos, econômicos e culturais no seu uso e apropriação.

Para tanto, a busca da sustentabilidade político-institucional da gestão é substituída pelo estilo de ação orientada pela negociação, como aponta Amartya Sen quando afirma que os juízos de justiça social não requerem precisão absoluta, e sim acordos operacionais sobre aspectos elementares de injustiça ou iniquidade graves (SEN, 2002). A política pública não deve só tentar cumprir prioridades decorrentes de valores, mas facilitar a discussão pública, para reforçar as mudanças e estimular os cidadãos a serem participativos, e não apenas aguardarem por assistência. As pessoas devem se responsabilizar pelo desenvolvimento e mudança do mundo, considerando seu entorno e reconhecer sua capacidade de intervir nos processos. Esse comportamento tem relevância direta no bem-estar das pessoas e influência indireta na mudança social e na produção econômica, mediante uma preocupação concreta e abrangente com o processo de fortalecimento das liberdades individuais e empenhos individual e social em resolvê-las. Assim, o envolvimento com as questões que afetam uma dada comunidade ou setor será mais bem gerenciado em nível local, em que surtirão os efeitos de sua própria atuação, gerando uma circularidade positiva ao processo.

Encontra-se nesse ponto o alcance inestimável do princípio da subsidiariedade, sobretudo de alcance ético e de justiça, no controle de todos os processos que afetam a proteção dos recursos naturais. O princípio da subsidiariedade é conceito jurídico-

político plurívoco, cuja principal característica é a delimitação das instâncias pertinentes para solução das questões que demandam algum tipo de escolha política. Também pode ser compreendido como a descentralização do poder decisório³⁸⁶.

Oriundo da Igreja Católica e reeditado ao longo dos séculos em vários de seus documentos-base, o princípio da subsidiariedade está presente no âmbito do direito público, quando se presta ora à explicitação dos termos e do relacionamento entre o Estado e a sociedade civil, ora na determinação das competências entre os órgãos federativos, ou, ainda, quando compõe o preceito da atuação subsidiária do Estado na ordem econômica³⁸⁷. Ele não poderá ser cumprido na totalidade, caso o Estado se proponha a dirigir a economia. Assim, “[...] o princípio de subsidiariedade, visto em confronto com a noção de Estado, na teoria do controle, deve ser encarado nas diversas maneiras de desmembramento do Estado através das coletividades secundárias” (BARACHO, 1996, p.40). As coletividades, evidentemente, não possuirão os mesmos poderes do Estado, mas atuarão na sua parcela de composição do ambiente democrático³⁸⁸. Na sua multiplicidade de entendimentos, permite que seja conceituado como “[...] princípio pelo qual as decisões, legislativas ou administrativas, devem ser tomadas no nível político mais baixo possível, isto é, por aqueles que estão o mais próximo possível das decisões que são definidas, efetuadas e executadas”³⁸⁹.

Ressaltamos um elevado conteúdo ético que o princípio assume, o que pode certamente vir ao encontro dos ideais de proteção e equilíbrio ambiental, pelos quais deve ser pautado o desenvolvimento.

O Estado regulador então caracterizado impõe limites à atividade dos entes privados e transforma o Estado em defensor da ordem pública, pois “[...] desde que fixado o modelo de organização administrativa, ocorre certo equilíbrio entre instituições e órgãos que compõem a organização”³⁹⁰. Será uma garantia contra a arbitrariedade, mediante a justificativa dos atos administrativos e, mais, de uma decisão que seja “socialmente aceitável”. A subsidiariedade fomentaria a adoção de uma forma de administração gerencial que redefina os papéis da Administração Pública³⁹¹.

Esse princípio é útil, portanto, na orientação da gestão de recursos naturais, seja pela preservação do interesse público, seja pela sua relevância nos vetores de controle participativo previstos em alguns modelos e expressamente definidos em outros, como na gestão de recursos hídricos. Entes como o Comitê de Bacia Hidrográfica e

386 BARACHO, Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 11.

387 TORRES, Sandra Faber. O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 34.

388 BARACHO, op. cit., p. 40.

389 Ibid. p. 91.

390 Ibid. p. 27.

391 TORRES, op. cit., p. 272.

sua respectiva agência de água são fundamentais para o funcionamento desse sistema. Ao lado dos instrumentos econômicos e jurídicos de controle de políticas públicas, o instrumento de controle social está ricamente caracterizado na PNRH, cabendo aos seus operadores um esforço na realização prática do mesmo.

Entretanto, as certezas e indefinições acerca do funcionamento dos Comitês, leiam-se agências de água, são extremamente nocivas ao estabelecimento da subsidiariedade, com consequências danosas à legitimidade democrática do sistema como um todo.

4 AGÊNCIA DE BACIAS: ELEMENTOS CONCEITUAIS

As Agências de bacias, também denominadas de agências de águas, como parte do sistema de gerenciamento dos recursos hídricos, ainda causam bastante controvérsia. Em razão da despersonalização jurídica do Comitê de Bacia Hidrográfica, deve haver um ente que possa ser responsabilizado na prática de atos jurídicos próprios de quem assuma funções administrativas. Daí a necessidade da existência da agência funcionando como organismo de execução dessas atividades diretas de gerenciamento, com celebração de contratos e a prática de atos jurídicos de diversas naturezas. Atuarão, desse modo, como secretarias executivas do respectivo Comitê de Bacia Hidrográfica. A área de atuação das agências de água, em regra, deverá ser a bacia hidrográfica do Comitê solicitante. Essa poderá se estender a mais de uma bacia hidrográfica, se os Comitês dessas bacias assim definirem. São várias as competências das agências de água, definidas na lei, todas de elevada especialização técnica³⁹². Do ponto de vista legal, a criação das Agências estará condicionada à prévia existência do respectivo Comitê de Bacia Hidrográfica e poderá determinar a sua viabilidade financeira, em função da implementação de instrumentos como a outorga e a cobrança pelos usos da água. Cada Estado brasileiro poderá estabelecer, no âmbito das especificidades locais, no contexto legal atual, a natureza jurídica que entender melhor para a agência de água.

4.1 Aspectos jurídicos específicos na abordagem das agências de águas

A doutrina jurídica nacional, que se dedica ao estudo do direito das águas, elege algumas possibilidades de qualificação jurídica das agências de bacia. Em regra, estas são

392 Cf. BRASIL. LEI 9.433/97. Regulamentada pelo Decreto 3.100/99. As principais competências da Agência de Água, previstas na Lei das Águas, são: manter balanço hídrico da bacia atualizado; manter o cadastro de usuários e efetuar, mediante delegação do outorgante, a cobrança pelo uso de recursos hídricos; analisar e emitir pareceres sobre os projetos e as obras a serem financiados com recursos gerados pela cobrança pelo uso dos recursos hídricos e encaminhá-los à instituição financeira responsável pela administração desses recursos; acompanhar a administração financeira dos recursos arrecadados com a cobrança pelo uso dos recursos hídricos em sua área de atuação; gerir o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos em sua área de atuação; celebrar convênios e contratar financiamentos e serviços para a execução de suas competências; promover os estudos necessários para a gestão de recursos hídricos em sua área de atuação; elaborar o Plano de Recursos Hídricos para apreciação do respectivo Comitê de Bacia Hidrográfica; propor ao respectivo Comitê de Bacia Hidrográfica o enquadramento dos corpos de água nas classes de uso, os valores a serem cobrados pelo uso dos recursos hídricos, o plano de aplicação de recursos e o rateio de custos das obras de uso múltiplo.

qualificadas como Organizações Sociais – objeto da Lei 9.637/98 – ou Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP – tratadas na Lei 9.790/99³⁹³.

No modelo francês, que inspirou o brasileiro, as agências de águas receberam a denominação de agência financeira de bacia. Como elas não eram efetivamente apenas financeiras, passaram a ser denominadas de agências de água, seguidas pela denominação da bacia a qual pertenciam. A política de gestão de recursos hídricos francesa tem servido de modelo em todo o mundo, incluindo-se o Brasil em face da sua característica de precursora na institucionalização, adotando como modelo a gestão participativa e integrada por bacia hidrográfica.

A legislação francesa³⁹⁴ permitiu, como no sistema brasileiro, a implantação de um sistema baseado em Comitês de Bacia, os parlamentos de águas. Nesse fórum possuem representação, ao lado do Poder Público, os usuários e as associações civis interessadas. As Agências de Bacias – como no modelo proposto para o Brasil – são as entidades técnicas e financeiras, que dão suporte e implementam as decisões dos comitês. As agências na França estão subordinadas ao Comitê de Bacia e seus presidentes são nomeados pelo Ministério do Meio Ambiente. Seus diretores são eleitos pelo Comitê por um conselho de representantes, com a finalidade de buscar a mesma estrutura de representação dos comitês.

As agências de água na França são, portanto, entidades executivas que funcionam como agentes planejadores e financiadores das ações de proteção e recuperação dos recursos hídricos da bacia.

A atuação marcante das agências ainda está no seu funcionamento como agências financeiras. Cabe às agências montar planos de ação quinquenais, os Plan de Basin, e obter os recursos financeiros necessários para sua realização. Esses planos, após emendas e/ou aprovações pelos comitês, são enviados para aprovação do Primeiro Ministro. À agência caberá o preparo de estudos, tanto técnicos como econômicos e financeiros, relativos aos planos, bem como a sugestão dos valores a serem cobrados pelo uso da água. A arrecadação e gestão dos recursos oriundos da cobrança e o financiamento das intervenções previstas no plano são feitos mediante empréstimos com juros subsidiados, tanto para os usuários públicos como para os privados³⁹⁵. Há agências bem constituídas e exercendo seus papéis institucionais com clareza.

O contexto institucional brasileiro de gestão dos recursos hídricos se caracteriza pela diversidade nos graus de implementação dos entes do sistema de gerenciamento. Há uma variabilidade nos níveis de maturação que gera grande disparidade entre as regiões e respectivas bacias hidrográficas.

393 POMPEU, Cid Tomanik. Direito de águas no Brasil. São Paulo: RT, 2006. p. 379. O autor chama a atenção para o fato de que as agências, não obstante esta qualificação jurídica, "[...] nada têm de sociais, são eminentemente técnicas e administrativas, não havendo prestação de serviços ao cidadão-usuário, como é o caso das OS ou Oscips".

394 Na França, a Lei das Águas data de 1964.

395 Cf. AGENCIE DE L'EAU SEINE-NORMANDIE. Disponível em: <<http://www.eau-seine-normandie.fr>>. Acesso em: 23 mar. 2007.

Especificamente no tocante às agências de águas, nos locais onde forem criados os Comitês de Bacia e as agências de água ainda não estiverem constituídas, o exercício de suas funções poderá ser delegado pelos Conselhos de Recursos Hídricos, por prazo determinado, às organizações sem fins lucrativos³⁹⁶ eleitas pela Lei 9.433/97, no artigo 47. É importante ressaltar que o tema foi regido temporariamente com a edição da Medida Provisória 165/04, que foi posteriormente convertida na Lei nº 10.881/04³⁹⁷.

4.2 As agências de água e as especificidades do contrato de gestão

Existe a possibilidade, conferida pela Lei 10.881/04, de que os entes delegatários de funções de agência de água celebrem contratos de gestão para o exercício das suas atividades em nível da União. No tocante aos sistemas estaduais, a interpretação que pode ser dada às eventuais perspectivas de implantação está fundada nessa lei, que alterou o artigo 51 da Lei 9.433/97, que ora estabelece:

Art. 51. O Conselho Nacional de Recursos Hídricos e os Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos poderão delegar às organizações sem fins lucrativos relacionadas no Art. 47 desta Lei, por prazo determinado, o exercício de funções de competência das Agências de Água, enquanto esses organismos não estiverem constituídos.

Os Contratos de Gestão, que passam a regulamentar a atuação das agências de água, são documentos contratuais celebrados entre o Poder Público e entidades específicas, nos quais são estabelecidas as responsabilidades mútuas, as metas a serem alcançadas, com base em indicadores estabelecidos, e os critérios de avaliação final. Uma vez tendo sido criada uma Agência de água, essa assumirá as competências estabelecidas pelos Arts. 41 e 44 da Lei 9.433, encerrando-se, em consequência, o contrato de gestão referente à sua área de atuação³⁹⁸.

Os contratos de gestão observarão o seguinte conteúdo mínimo:

I – especificação do programa de trabalho proposto, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação a serem utilizados, mediante indicadores de desempenho;

396 São associações civis de recursos hídricos: os consórcios e associações intermunicipais de bacias hidrográficas, as associações regionais, locais ou setoriais de usuários, as organizações técnicas e de ensino e pesquisa com interesse na área de recursos hídricos, as organizações não governamentais com objetivo de defesa de interesses difusos ou coletivos da sociedade, ou ainda outras legalmente constituídas e reconhecidas pelos Conselhos.

397 BRASIL. LEI 10881/04. Dispõe sobre os contratos de gestão entre a Agência Nacional de Águas e entidades delegatárias das funções de Agências de Águas relativas à gestão de recursos hídricos de domínio da União e dá outras providências.

398 A ANA e a AGEVAP celebraram um contrato de gestão com a intervenção do CEIVAP visando ao exercício das funções de competência da Agência de Águas da Bacia: Contrato ANA/Agevap 014/2004. Disponível em: <http://www.ceivap.org.br/gestao_4.php>. Acesso em: 27 mar. 2007.

- II – a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das entidades delegatárias, no exercício de suas funções;
- III – a obrigação de a entidade delegatária apresentar à ANA e ao respectivo ou respectivos Comitês de Bacia Hidrográfica, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados, independentemente das previsões mencionadas no inciso II do caput desse artigo;
- IV – a publicação, no Diário Oficial da União, de extrato do instrumento firmado e de demonstrativo de sua execução físico-financeira;
- V – o prazo de vigência do contrato e as condições para sua suspensão, rescisão e renovação;
- VI – a impossibilidade de delegação da competência prevista no inciso III do Art. 44 da Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997³⁹⁹;
- VII – a forma de relacionamento da entidade delegatária com o respectivo ou respectivos Comitês de Bacia Hidrográfica;
- VIII – a forma de relacionamento e cooperação da entidade delegatária com as entidades estaduais diretamente relacionadas ao gerenciamento de recursos hídricos na respectiva bacia hidrográfica.

De acordo com essa lei, os termos dos contratos deverão ser submetidos ao Comitê da bacia e receberem aprovação do Ministério do Meio Ambiente.

Mas há um aspecto da Lei 10.881/04 que merece a atenção mais detida. O artigo 1º, §1º dessa lei faz uma remissão aos termos do artigo 43, II da Lei 9.433/97, que estatui:

Art. 43. A criação de uma Agência de Água é condicionada ao atendimento dos seguintes requisitos: I - prévia existência do respectivo ou respectivos Comitês de Bacia Hidrográfica; II - viabilidade financeira assegurada pela cobrança do uso dos recursos hídricos em sua área de atuação. (Grifo nosso).

Se adotarmos uma interpretação restritiva, nos termos da lei, só poderia ser criada Agência de água vinculada à existência prévia do instrumento da cobrança, ou seja, já implementado. Essa é uma realidade jurídica controvertida para os padrões da re-

399 "III - efetuar, mediante delegação do outorgante, a cobrança pelo uso de recursos hídricos;"

alidade fática brasileira do sistema de gestão dos recursos hídricos. A grande maioria dos Comitês já criados necessita de uma estrutura administrativa que lhes dê suporte, inclusive para propiciar elementos que permitam a implantação dos instrumentos de gerenciamento, como a outorga e a cobrança. Ou seja, se a agência só pode ser implementada mediante a viabilidade financeira da mesma, obtida por meio da cobrança, e o Comitê não tem autonomia para tais iniciativas, estamos diante de um impasse, que nos desafia a compreensão.

Em se considerando a possibilidade de uma interpretação ampliada do texto legal, mas consentânea com a realidade observada em nosso País, a parte final do artigo, correspondente ao inciso II, refere-se aos estudos de viabilidade e análises precursoras da implantação efetiva que produzam os indícios de “[...] viabilidade financeira assegurada pela cobrança [...]”.

É claro que a autonomia financeira é um dos determinantes mais relevantes para o estabelecimento de qualquer processo de gestão de recursos.

A questão é agravada pelo sistema federativo nacional, com o estabelecimento de competências compartilhadas entre União e Estados acerca da dominialidade e gestão de águas. CARVALHO (2007) chama a atenção para o fato de que haja respeito às “dimensões natural e ecológica” do planejamento setorial de recursos hídricos, enquanto política pública, já que a atual política

[...] no caso dos recursos hídricos, remete-nos à adoção da bacia hidrográfica enquanto unidade de planejamento e gestão [...] Vale ressaltar que o ciclo hidrológico segue uma lógica diferente ao do ordenamento político-territorial adotado no País [...] o que determina uma lógica transversa de planejamento, demandando um arranjo institucional capaz de responder as questões de dominialidade e planejamento territorial compatibilizados em relação aos aspectos naturais e ecológicos da água.

Por conseguinte, caso esse vetor local não seja respeitado, utilizando-se os próprios mecanismos de gestão participativa, poderia se colocar em risco a qualidade desta gestão. Para CARVALHO (2007

[...] um dos pressupostos da independência das instituições é autonomia financeira, para implementar seus projetos e atribuições, sendo que a cobrança pelo uso da água deverá exercer este papel, entretanto, a mesma, somente poderá ser implementada após o cumprimento de alguns pressupostos previstos na própria política, tais como o cadastro de usuários realizado, o plano de bacia elaborado, um sistema de outorga implementado.

A existência da agência de bacia é fundamental nesse processo prévio de organização das tarefas de gerenciamento.

5 PROBLEMÁTICAS IDENTIFICADAS NOS MODELOS LEGAIS DE IMPLEMENTAÇÃO

Diante das questões controvertidas que se colocam no atual modelo institucional das agências de águas, seria possível juridicamente discutir sua implantação antes da dos instrumentos econômicos, como a cobrança? Quais as repercussões da adoção dessa proposta de modelo?

Do ponto de vista dos rios de domínio da União, a questão encontra-se bem definida juridicamente, pois a ANA – Agência Nacional de Águas realiza a cobrança. Entretanto, no tocante aos rios de domínio dos Estados, em face das peculiaridades da delegação enfrentadas com a disposição do artigo 1º, §1º da Lei 10.881/04, alguns percalços poderão ser sentidos.

Podemos realizar algumas inferências com base na relação entre a legislação federal e estadual que trata dos recursos hídricos em cada Estado da Federação. Observamos que num total de 27 Estados a gestão de águas recebeu tratamento diferenciado nas respectivas Constituições (Quadro 1):

QUADRO 1 – Aspectos da legislação estadual de recursos hídricos, por Estado da Federação

Enquadramento da gestão de recursos hídricos nas Constituições estaduais	Estados
Tratam em item específico	AL, AP, MT, MS, PE, SP, SE
Tratam conjuntamente com os minerais	AM, BA, ES, GO, MG, PA, PB
Tratam conjuntamente com o meio ambiente	DF, PI, RJ
Tratam conjuntamente com a política agrícola e fundiária	CE
Tratam conjuntamente com a ordem econômica	RS
Não disciplinam	AC, MA, PR, RN, RO, RR, SC, TO

Fonte: Adaptado de POMPEU, op. cit., p. 382.

Acreditamos que o fenômeno da constitucionalização do tema repercute na forma como a questão é enxergada pelos atores das políticas públicas do setor. Quando se

pretende conduzir o tema nos Estados e regiões onde é conferida menor autonomia, conseqüentemente, o estado deveria operar com maior desenvoltura. Entretanto, o fato da não previsão em item específico no texto constitucional estadual, ou a omissão, não elimina a possibilidade de regulamentação específica em leis estaduais.

Sintetizamos no quadro que segue algumas experiências observadas nas regiões brasileiras acerca dessa problemática, relacionando os Estados onde existe previsão legal sobre as agências de bacia e a implantação das mesmas, de conformidade com o instrumento de cobrança (Quadro 2):

QUADRO 2 - Síntese nacional da legislação estadual de recursos hídricos referente à agência de bacias por região geográfica.

Região geográfica	Previsão da agência na lei estadual por Estado	Referência à agência implantada <u>com cobrança</u> , por Estado
NORTE	0/6	0/6
SUL	2/3	0/3
SUDESTE	4/5	3/5
CENTRO-OESTE	1/4	3/4
NORDESTE	4/9	5/9
TOTAL	7/27	11/27

FONTE: adaptado de <www.mma.gov.br>.

Observamos que atualmente uma minoria dos Estados da Federação prevê a criação das agências de água nas suas leis estaduais. Apenas 11 deles se referem a sua implementação com a cobrança.

Outra perspectiva de análise interessante na temática da implantação das agências é trazida pela Lei 11.107/05, que trata da possibilidade de celebração de consórcios públicos. A União, os Estados e os Municípios poderão constituir consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum, mediante a constituição de associação pública ou pessoa jurídica de direito privado. Há experiências significativas no contexto do objetivo comum de gestão dos recursos hídricos. Esses entes, nos termos combinados com a Lei 10.881/04, podem vir a ser transformados em agências de águas.

Verificamos que as bacias que representam maior grau de desenvolvimento na sua institucionalização e, conseqüentemente, de implantação dos respectivos instrumentos são as bacias dos rios da União.

5. 1 As experiências da região Sudeste

Como tivemos oportunidade de ressaltar, existe uma variabilidade no modelo de

implantação das agências de água no País. Nos Estados onde o modelo institucional já se encontra mais fortalecido, há alguns exemplos já bem definidos, como na Bacia do Paraíba do Sul.

Na região Sudeste, conforme o quadro I, quatro dos cinco Estados preveem a agência de bacia na sua legislação estadual.

A experiência mais significativa na implantação dos instrumentos da PNRH na região Sudeste está sediada na Bacia do Rio Paraíba do Sul, representada pelo CEIVAP – Comitê da Bacia do Vale do Rio Paraíba do Sul. Com o objetivo de institucionalizar o exercício das funções de secretaria executiva do CEIVAP, a AGEVAP – Associação Pró-Gestão das Águas da bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul – foi criada em 20 de junho de 2002 e com a edição da Medida Provisória 165/04, posteriormente convertida na Lei 10.881/04. A AGEVAP foi qualificada pelo CNRH como entidade delegatária das funções de agência de água e estabelecido Contrato de Gestão com a Agência Nacional de Águas⁴⁰⁰.

A AGEVAP tem a personalidade jurídica de uma associação de direito privado, sem fins lucrativos, cujos associados são membros do CEIVAP, que compõe sua Assembleia Geral e é administrada pelo Conselho de Administração, cujos membros são indicados pela Assembleia geral. Possui um Conselho Fiscal e Diretoria, que é formada por um diretor e dois coordenadores. Sua fonte de receita está fundada na cobrança, captação, consumo e diluição de efluentes.

Dentre as experiências nacionais, essa é uma das mais bem sucedidas, na qual se podem observar várias etapas da implementação do sistema de gerenciamento sendo efetuadas⁴⁰¹. Entretanto, trata-se de uma entidade delegatária, cuja natureza é de sociedade civil sem fins lucrativos, não podendo realizar a cobrança, ficando ao encargo da União. Sua atuação se dará no apoio necessário para esses procedimentos, como o cadastramento de usuários.

No sistema de gestão de recursos hídricos em implantação na bacia do Paraíba do Sul, já foi encaminhada a proposta de criação de uma Agência de Bacia, subordinada ao CEIVAP, sob o formato de OS – Organização Social⁴⁰².

Outra experiência em curso acontece com a Agência de Bacia do Alto Tietê, cuja natureza jurídica é de direito privado, sob a fiscalização do Tribunal de Contas e Assembleia Legislativa, além do Ministério Público. Entretanto, a ausência da cobrança seria hoje um dos principais obstáculos ao bom funcionamento da agência⁴⁰³.

400 ANA – AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. Disponível em: <<http://www.ana.gov.br>>. Acesso em: 12 de março. 2008

401 CEIVAP – COMITÊ DE BACIA DO VALE DO PARAÍBA DO SUL. Disponível em: <<http://www.ceivap.br>>. Acesso em: 27 mar. 2007.

402 Ibid.

403 HOJDA, Alexandre. Gestão da Política de Recursos Hídricos: o papel da Agência da Bacia do Alto Tietê – 2002 a 2004. 2005. 166 p. Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil)-PEPGEF, PUC-SP, São Paulo, 2005. p. 94.

5.2 Experiências no semiárido nordestino

Em face da natureza diferenciada, com baixa oferta hídrica, o semiárido nordestino possui peculiaridades que representam obstáculos extras na implementação do sistema de gerenciamento dos recursos hídricos preconizado por lei, mesmo se considerando que essas peculiaridades – ligadas ao fenômeno da escassez – demandem urgência na gestão dos recursos disponíveis. Os problemas da região, em síntese, a diferenciam sobremaneira, pois a natureza dos mesmos é bem diversa daquela encontrada numa bacia de grande oferta hídrica, como o são as localizadas nas regiões Sul e Sudeste.

O Estado do Ceará tem desincumbido bem a missão de institucionalização do sistema, no aspecto da agência de bacia. O papel institucional dela é desenvolvido pela COGERH, instituição de natureza pública, cuja fonte de receita é a captação e adução de água bruta. A COGERH é uma sociedade de economia mista do Estado do Ceará, vinculada à Secretaria Estadual de Recursos Hídricos.

Em Pernambuco, embora seja hoje o Estado com a pior situação de abastecimento e distribuição de águas do País, existem iniciativas pioneiras na gestão ambiental e relativa institucionalização da gestão dos recursos hídricos. O Estado possui representação no Comitê de Bacia Hidrográfica do São Francisco, em razão de contribuir com a participação de 16% da área daquela bacia. O CBHSF é uma instituição anterior à Lei 9.433/97, surgido quando o enfoque principal do uso da água era a geração de energia. Embora esse comitê não tenha origem recente, ainda não possui a agência de bacia associada.

Nos Estados da Paraíba e do Rio Grande do Norte, estão assemelhados no estágio de constituição dos entes do sistema, ao sistema Piranhas-Açu. A bacia do rio Piranhas-Açu situa-se no Nordeste do Brasil e está inserida em território dos Estados do Rio Grande do Norte e da Paraíba. O rio é denominado Piranhas no Estado da Paraíba e, após cruzar a fronteira com o Estado do Rio Grande do Norte, adquire o nome de Piranhas-Açu. O principal rio da bacia é, portanto, de domínio federal, uma vez que nasce no Município de Bonito de Santa Fé, no Estado da Paraíba, e segue seu curso natural pelo Estado do Rio Grande do Norte, desaguardo no Oceano Atlântico, na costa potiguar.

Os dois Estados, visando ao gerenciamento participativo de suas águas, resolveram criar o Comitê de Integração da Bacia Hidrográfica do Rio Piranhas-Açu – CIBHPA, fundamentados nas suas leis estaduais de recursos hídricos, aprovadas e regulamentadas no mesmo ano. O Comitê foi instituído pelo Ministério do Meio Ambiente em março de 1998. Em dezembro de 2004, foi instituída a Resolução 687 da ANA, que trata do Marco Regulatório para a gestão do Sistema Curema-Açu e estabelece parâmetros e condições para a emissão de outorga preventiva e de direito de uso de recursos hídricos e declaração de uso insignificante. No tocante às bacias de rios estaduais, a Paraíba possui três comitês de bacias criados, cujas áreas de atuação foram definidas

pela Resolução 03 do CERH. São eles os Comitês do Litoral Norte, Litoral Sul e do Rio Paraíba, o maior do Estado. Entretanto, não há agências de águas implantadas. No Rio Grande do Norte, cuja disponibilidade hídrica é bem maior que a da Paraíba, há ainda implantado o Comitê da Sub-bacia Hidrográfica do Pitimbu, em fase incipiente. Nos dois Estados, entretanto, não há agências de águas implantadas.

6 CONCLUSÕES

Procuramos ressaltar ao longo deste trabalho que a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos demandou a criação de novos mecanismos e instrumentos de gestão pública em nosso País, que vieram de encontro às necessidades de reparação de déficits democráticos supostamente presentes no ambiente de atuação das agências reguladoras independentes, bem como de encontro aos anseios de controle dos atos da Administração Pública no contexto gerencial atual. Como a Lei 9.433/97 determinou que a gestão da água deveria contemplar seu uso múltiplo, devendo por isso ser integrada e descentralizada e contar com ampla participação social, de forma a incorporar representantes do Poder Público, dos usuários que dela fazem uso econômico e das diversas comunidades, enxergamos no setor de recursos hídricos objeto deste trabalho, um ambiente legal e institucional marcado pela presença da subsidiariedade, como princípio basilar.

A evidência da participação popular, conceito emergente em nosso contexto político-jurídico, anuncia que o ambiente regulatório, em termos de política de águas, está dotado de esferas pragmáticas de atuação, com o papel exercido pelos Comitês de Bacias Hidrográficas – CBH. A subsidiariedade, enquanto princípio de justiça, pode representar auxílio nesse processo em que há grande preocupação com a legitimidade democrática das decisões. Especificamente em se tratando da proteção do meio ambiente e dos direitos humanos, essenciais a uma existência digna, indiscutível será o valor da participação da sociedade e da descentralização decisória para que seja alcançado um elevado nível de desenvolvimento, ressalte-se de caráter qualitativo, como têm reforçado as mais recentes teorias econômicas e indicadores de desenvolvimento.

A instituição das agências de águas, como complemento fundamental da institucionalização dos comitês de bacia hidrográfica, deve ser tratada com prioridade pelos gestores públicos.

7 REFERÊNCIAS

- AGENCIE DE L'EAU SEINE-NORMANDIE. Disponível em: <<http://www.eau-seine-normandie.fr>>. Acesso em: 23 mar. 2007.
- AESA. AGENCIA EXECUTIVA DE GESTÃO DE ÁGUAS DO ESTADO DA PARAÍBA. Disponível em: <www.aesa.pb.gov.br>. 12 de março. 2007
- ANA – AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. Disponível em: <<http://www.ana.gov.br>>. Acesso em: 12 DE MARÇO. 2007.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. 9. ed. Direito ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BARACHO, Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- CEIVAP – COMITÊ DE BACIA DO VALE DO PARAÍBA DO SUL. Disponível em: <<http://www.ceivap.br>>. Acesso em: 27 mar. 2007.
- CARVALHO, Rodrigo Speziali. Breve discussão sobre o tema gestão de recursos hídricos e pacto federativo. Disponível em: <<http://www.cnrh-srh.gov.br/artigos/main.htm>>. Acesso em: 03 abr. 2007.
- Contrato ANA/Agevap 014/2004. Disponível em: <http://www.ceivap.org.br/gestao_4.php>. Acesso em: 27 mar. 2007.
- GRANZIERA, MARIA Luiza Machado. Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- HOJDA, Alexandre. Gestão da Política de Recursos Hídricos: o papel da Agência da Bacia do Alto Tietê – 2002 a 2004. 2005. 166 p. Dissertação (Mestrado em Engenharia civil)-PEPGE, PUC-SP, São Paulo, 2005.
- JOHNSSON, Rosa Maria Formiga; PEREIRA, Dilma Seli Pena. Descentralização da gestão dos recursos hídricos em bacias nacionais no Brasil. REGA, v. 2, n. 1, p. 53-72, jan.-jun. 2005.
- LANNA, Antonio Eduardo. A inserção da gestão das águas na gestão ambiental. In: MUÑOZ, Hector Raúl (Org.) Interfaces da gestão de recursos hídricos: desafios da Lei de Águas de 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/srh/index.cfm>>. Acesso em: 05 mar. 2007.
- MUÑOZ, Hector Raúl (Org.). Interfaces da gestão de recursos hídricos: desafios da Lei de Águas de 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/srh/index.cfm>>. Acesso em: 05 mar. 2007.
- POMPEU, Cid Tomanik. Direito de águas no Brasil. São Paulo: RT, 2006.
- PNUD. Brasil melhora IDH, mas cai no ranking . Obtido em <http://www.pnud.org.br/pobreza_desigualdade/reportagens/index.php?id01=2388&lay=pde>. Acesso em 21 de abril. 2008.

RIBEIRO, Márcia Maria Ribeiro; LANNA, Antonio Eduardo Leão. Instrumentos regulatórios e econômicos: aplicabilidade à gestão das águas e à bacia do rio Pirapama/PE. Revista Brasileira de Recursos Hídricos, v. 6, n. 4, p. 41-70, out.-dez. 2001.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TORRES, Sandra Faber. O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

O PAPEL DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO NOVO MODELO DE GESTÃO INTEGRADA DE RECURSOS HÍDRICOS

Ronaldo Alencar dos Santos
Hudson Palhano de Oliveira Galvão
Vladimir da Rocha França

1. INTRODUÇÃO

Os problemas ambientais espalharam-se pelo mundo, ganhando contornos teóricos diversos sob os mais diversos olhares. Novos valores surgiram influenciando o pensamento de doutrinadores que especulam sobre novos fundamentos e princípios orientadores do Estado. Muitos já falam em um Estado Ambientalista, como sendo uma das mais recentes metamorfoses no qual o Estado se transmutou.

O fato é que o meio ambiente constitui-se num problema complexo que requer um abarcamento teórico em conjunto pelos diversos ramos do conhecimento humano. Apontamos isso como uma necessidade, algo que não deve ser negligenciado sob pena de medidas frustradas em seus resultados. Apontamos também para a necessidade de um olhar diferenciado, pois muitas confusões são feitas quando a questão ambiental é analisada. Muitos tomam como ponto de partida visões ultrapassadas, embasados em sistemas cognitivos ligados a um modelo político-econômico ultrapassado de sociedade, e acabam por trazer ao direito uma estagnação que fere sua característica principal, a saber, seu dinamismo.

O direito é dinâmico. Constitui-se como um movimento de construção racional-histórico-dialético do homem, em sua relação com outros homens e com o meio ambiente a sua volta. Ele acompanha as mudanças ocorridas no meio social político, servindo como sistema ordenador e estruturador da ordem pela consecução e conservação do meio ambiente necessário a sua existência. Dentro dessa evolução histórica,

apontamos para um novo direcionamento tomado pelo nosso ordenamento jurídico pela adoção de um novo modelo político na gestão dos recursos hídricos.

A Lei Federal 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que estabeleceu a Política Nacional de Recursos Hídricos, prevê como de fundamental importância na gestão das águas a participação popular. A materialização desse princípio, na verdade, encontra diversos entraves práticos oriundos de diversos níveis. O fato é que esse princípio é fundamental para a operacionalidade do fim último da política de recursos hídricos, a saber, a correta distribuição desse bem tão importante para a vida humana.

Um dos motivos que propomos como empecilho à correta implementação da Lei Federal 9.433/1997 é de origem político-cultural; trata-se da forma como se reveste o nosso modelo de democracia. Tal modelo não viabiliza na prática os fundamentos para os quais se presta conceitualmente, constituindo-se, portanto, como proposição meramente retórica, discurso produzido com intuito de causar agradabilidade naquele que lê e conseqüentemente afasta-nos da solução do problema.

Este trabalho busca principalmente apontar o papel da democracia participativa, conceito que se encontra subentendido na referida lei, como proporcionador da correta gestão dos recursos hídricos. Se se trata de um bem público a água, ou seja, de uso de todos, é correto afirmar que deva existir um plano que possibilite a participação de todos na distribuição deste. A questão que resta a saber é: estarão todos preparados para tal participação?

A questão apenas é colocada e não respondida, dando ao leitor parâmetros para que pense nela por si só. Fazemos isso como forma de afirmar que o problema que envolve a democracia é de origem cultural-ideológica, e não meramente jurídico-dogmática (normativa). Da mesma forma como é praticamente impossível implantar um regime democrático num país de origem muçulmana como fora tentado pelos EUA no Iraque, será possível falar de democracia participativa num país cujo povo tem o costume histórico de responsabilizar os outros, os governantes, dos problemas pelos quais passa?

Tais questionamentos são propostos apenas para ilustrar o quão complexo os debates sobre o tema podem ser; sua amplitude é definida justamente pelo nível de abstração no qual o conceito se funda. Em nosso trabalho não adentraremos em questionamentos de ordem tão profundamente filosófico-sociológica, mas isso não quer dizer que possamos nos dar ao luxo de prescindir deles. Contudo, buscamos dar ênfase na forma em que tudo isso pode ser materializado pela Lei Federal 9.433/1997.

Daremos especial atenção ao sistema de gestão participativa dos recursos hídricos concretizado pela lei supracitada, aos modos de atuação da população dentro desse sistema, o papel do Poder Público na consecução dos ideais orientadores, transformando uma diretriz a ser atendida numa realidade verificável empiricamente. Abrimos parênteses também para os entraves práticos relativos a esse sistema e a forma como poderiam ser solucionados, sem, contudo, ferir os limites de abordagem deste artigo,

visto que tal matéria possui substrato para um verdadeiro compêndio ambiental, que em número razoável já existe por aí.

São inúmeras questões com as quais o cientista do direito defronta-se e é obrigado a pensar. Não temos o intuito de com este trabalho esclarecer por completo o tema tratado; pelo contrário, queremos dar nossa contribuição à geração de novos questionamentos e debates que ocasionem o engrandecimento de nosso saber, trazendo ao máximo o tratamento do tema aos rigores epistemológicos da ciência jurídica e retirando-os da mera abstração ou ideologia oriunda do ativismo ambiental.

2 CONSTRUÇÃO DO ESTADO AMBIENTAL E EXPANSÃO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

2.1 Estado Democrático

O Estado Liberal guardava em si diversas contradições, que não se sustentaram ao longo do tempo, gerando a necessidade de formulação de um modelo de Estado que, ainda que fosse opositor do Estado absolutista, pudesse ir além do liberalismo.

O liberalismo propôs uma igualdade de direitos, mas sustentou com isso uma desigualdade fática. A igualdade para o livre comércio entre os membros da sociedade não era uma igualdade de oportunidades, ou igualdade entre distribuição de bens e riquezas. Logo passou a existir uma diferenciação, uma distância entre a formalidade das normas e a sua materialidade.

A antiga distância proporcionada pelas leis aos indivíduos em sua relação com o Estado passou a ser encarada de forma negativa, e cada vez mais as massas exigiam uma atuação mais ativa do Estado, frente às transformações ocorridas no seio da sociedade, a qual se pode destacar: a crescente pobreza que levava ao desrespeito dos princípios de proteção à dignidade humana e o abuso dessa condição pelos que detinham riquezas.

O povo significando todos os cidadãos, sem limitações de qualquer espécie, é um dos conceitos fundamentais da democracia. O povo necessita de uma maior participação dentro da esfera pública de decisões políticas do Estado.

Surgiu como forma de busca a uma igualdade não apenas formal mas material, a adoção de meios que proporcionasse a real efetivação, o exercício dos princípios legislados. A democracia é um conceito histórico. Não pode ser encarada como um fim em si mesmo, mas apenas um meio utilizado, um caminho a ser percorrido, para se atingir um objetivo final, que é a repartição das tarefas inerentes à vida em sociedade de forma a se gerar uma felicidade individual e coletiva. Olhando sobre esse prisma, vemos que o conceito político de democracia engendra muitas

contradições, principalmente numa sociedade capitalista, cujo fator econômico se destaca frente aos demais.

O conceito de democracia inclui os valores da maioria, liberdade e igualdade. Todos esses valores constituem-se em metas a serem alcançadas. Dessa forma, podemos dizer que, independente do meio utilizado para alcançar tais metas, podemos ter vários tipos de democracia: direta, indireta, semidireta etc., que apenas mostrar-se-ão legítimos se verificarmos um avanço em direção a essas metas.

Para que se assegurem aos indivíduos condições para o efetivo exercício das liberdades, era necessário que o Poder Público estivesse nas relações particulares, corrigindo as desigualdades e dando meios para as relações justas e favoráveis a todos os lados. Essa intervenção estatal também a conduziria a influenciar economicamente o meio social, entrando como parte na balança econômica da sociedade, na busca não de uma igualdade jurídica, mas social, por meio da necessidade de uma planificação democrática dos lucros e fortunas. Além disso, ressaltamos que a liberdade de agir do indivíduo, que constitui numa obrigação negativa aos outros (inclusive ao Estado), necessitou ser refreada em prol da maioria. Podemos dizer que esses valores não são absolutos, mas relativos e restritos segundo determinados parâmetros.

Com os acirrados debates internacionais nos últimos trinta anos, vemos surgir dentro da esfera da democracia um outro fator, juntamente com os demais: o fator ambiental. Não mais nos basta liberdade ou igualdade, é necessário inserir o meio ambiente enquanto propiciador da qualidade de vida (em seu sentido amplo, incluindo o econômico) nessa balança. O meio ambiente é determinado na constituição como um bem público, ou seja, de todos. Para que essa determinação não seja meramente literal, mas real-material, deve-se proporcionar meios eficazes para que o povo possa interferir nas decisões estatais no que se refere aos destinos dados ao meio ambiente.

Se não fizermos assim, teremos uma liberdade e uma igualdade que de nada servirão. Dessa forma, surge uma figura além do Estado Democrático de Direito, a figura do Estado Ambiental de Direito.

2.2 Estado Ambiental

O Estado ambiental é fruto da atual situação de crise ecológica oriunda de antigos sistemas econômicos que se utilizaram de forma indevida dos recursos ambientais. Segundo Antonio Magalhães⁴⁰⁴,

Verifica-se, nesta perspectiva, que a crise ambiental contemporânea configura-se, essencialmente, no esgotamento dos modelos desenvolvimentistas levados a efeito nas últimas décadas, nomeadamente as de 1960 e 1970, que, a despeito dos benefícios

404 MAGALHÃES JUNIOR, Antônio Pereira. Indicadores ambientais e recursos hídricos: realidade e perspectivas para o Brasil a partir da experiência francesa. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. p. 67.

científicos e tecnológicos daí decorrentes, trouxeram, no seu bojo, a devastação do meio ambiente e a escassez dos recursos naturais em nível planetário

Como forma de antítese ao antigo descompromisso para com o meio ambiente, a humanidade enfrenta pela primeira vez em sua história uma luta não contra si mesmo, mas contra as condições adversas que colocam em risco sua existência no planeta.

Contudo, a questão é bem mais extensa do que se imagina; a crise ecológica pela qual nossa época passa trouxe repercussões em todas as esferas de nossa vida cultural. Todas as relações humanas foram modificadas ou tendem a ser alteradas. A esfera ambiental está intimamente ligada às esferas sociais, econômicas, políticas, psicológicas etc., de modo que uma mudança em seu contexto acarreta uma mudança no contexto de todas as outras. Segundo isso nos indica Derani⁴⁰⁵:

O Direito Ambiental é em si reformulador, modificador, pois atinge toda a organização da sociedade atual, cuja trajetória conduziu à ameaça da existência humana pela atividade do próprio homem, o que jamais ocorreu em toda história da humanidade [...] um Direito que surge para rever e redimensionar conceitos que dispõem sobre a convivência das atividades sociais, bem como para resolver problemas inter-relacionados de proteção ambiental, permeando praticamente todo o conjunto da ordem jurídica, superando, com isto, toda a classificação tradicional sistemática do Direito.

O Estado ambiental (Umweltsaat) seria um Estado pós-Social, que abarca valores de uma sutil complexidade, em que os diversos ramos da existência humana se entrelaçam ligados à dependência de uma maior valorização do contexto ambiental. Não se trata de um conceito meramente ideológico, mas de uma necessidade prática de focalização das atenções sobre uma questão até então tratada com descaso. Os princípios de desenvolvimento sustentável e solidariedade entre gerações não são apenas metas mas verdadeiras “consciências” que a coletividade precisa aprender, introjetar e com a qual conduzir-se de acordo para a preservação de nossa espécie. O Estado ambiental, traduz justamente a necessidade dessa tomada de consciência por parte de todos.

Conforme veremos, o modelo de Estado Ambiental exige uma democracia participativa para a efetivação de seus princípios. A antiga e já ultrapassada democracia representativa consiste num “entrave” prático, numa desvalorizada forma de governo que não mais atende às necessidades de nosso tempo histórico. Esse novo Estado exige instrumentos legais que sejam condizentes com a nova realidade e que tenham uma efetividade prática incontestável. Obviamente isso não é tarefa fácil, visto que inúmeros fatores influenciam na efetividade das normas, fatores metajurídicos, sociais e políticos que incluem os “fatores reais de poder”, que tecem dentro da sociedade a tessitura de seus próprios princípios. É papel do atual Estado Ambiental coibir a ação predatória de agentes que, por sua influência econômico-social, põem-se acima das leis e utiliza-se de seus recursos em desfavor da sociedade.

2.3 Democracia participativa.

A devastação causada no bem ambiental obrigou o Estado a repartir com a sociedade a responsabilidade pela proteção ambiental. Emprega-se o termo “obrigou”, porque o Estado se viu “encurralado ao canto” por um problema que deixou de pertencer ao domínio exclusivamente público em que a lei o permite inferir mais profundamente, passando também ao domínio privado. O dever de proteger o meio ambiente é um ideal cada vez mais compartilhado entre o Poder Público e os cidadãos, e não se trata de uma divisão meramente didática, como a divisão público-privado, mas que exige uma funcionalidade prática.

Pondo o problema em termos axiológicos, isso tudo implica um novo modelo de Estado, uma nova cidadania, consciente de seu papel dentro da preservação do meio ambiente frente a atividades predatórias, a adoção de um novo Ethos que demonstra uma solidariedade com a vida do outro e das próximas gerações.

Enfocaremos agora alguns pontos que achamos ser de fundamental importância para que se materialize o ideal de democracia participativa.

A democracia participativa exige uma igualdade política, ou seja, iguais oportunidades para que todos possam influenciar as decisões políticas. O papel do direito é justamente o de apontar os meios, critérios e formas por meio das quais essas oportunidades serão propiciadas.

É necessária a proliferação de uma consciência de participação do povo na gestão pública em sentido geral. A responsabilidade sobre os rumos tomados pelo país deve retornar à mão do povo, e isso só se dá mediante o compartilhamento de informações e investimentos em educação política do povo. O povo precisa estar ciente de sua importante função e do problema que surge proveniente da sua alienação aos problemas políticos enfrentados pelo seu país. Caso contrário, a participação popular não passará de mero simbolismo, ou, então, de uma atuação inocente e ignorante.

3 GESTÃO DAS ÁGUAS E CIDADANIA

Afirma-nos Christian Guy Caubet⁴⁰⁶:

Outrora, a distribuição da água à população dependia de decisões unilaterais da Administração Pública, preocupada essencialmente com a garantia de um resultado: satisfazer as necessidades com um insumo abundante e gratuito, a ser distribuído a todos com qualidade igual. A água não é mais abundante, no sentido de outrora.

Dessa forma, podemos afirmar que o método utilizado para a sua exploração econômica e distribuição pela sociedade também não pode permanecer a mesma.

406 CAUBET, Christian Guy. A água, a lei, a política... E o meio ambiente? 3. tir. Curitiba: Juruá, 2006. p. 103

Diversos fóruns e debates internacionais têm colocado ênfase na questão da participação popular na gestão das águas. No entanto, a questão ainda é revestida de contornos retóricos, visto que, se existe um consenso sobre a participação, ainda não se encontrou uma modalidade prática de implementação bem sucedida dessa diretriz⁴⁰⁷.

Vemos bem que a participação popular deve inferir justamente sobre a tomada de decisões acerca do uso dado ao recurso hídrico, juntamente com a Administração Pública. Trata-se de um princípio bastante ousado, visto que engendra em si a quebra de um paradigma cultural-social de um Estado paternalista e provedor e um povo acostumado a tratar com desgosto as questões políticas associadas ao rumo tomado pelo país. Obviamente, esse pensamento irá repercutir na prática.

4 A PARTICIPAÇÃO POPULAR CONSCIENTE

A participação popular dentro do processo de decisões políticas da gestão hídrica deve ser consciente e feita com responsabilidade. Muitos autores destacam a necessidade de um mínimo de conhecimento técnico sobre os problemas a serem resolvidos. De nada adianta uma participação desinformada ou preconceituosa no que tange ao problema enfrentado.

A Lei Federal 9.433/1997 prevê a participação conjunta entre poderes públicos, usuários e sociedade civil, dando maior importância ao conhecimento oriundo do campo técnico-científico especializado. A preferência sobre essa fonte de participação é bastante coerente, ao nosso olhar, dados os inúmeros elementos que podem compor uma visão alienada por parte da população.

Sobre esse ponto podemos inferir um exemplo bastante típico. Tanto a mídia quando o próprio Poder Público podem manipular o processo participativo de forma a mobilizar a população em prol dos seus objetivos. A criação de “movimentos de cidadania”, “movimentos em prol da defesa da constituição” etc. retiram da população a obtenção de informações para a adoção de meras posturas, condutas, que serão repetidas sem pensar, de forma automática. Em muitos casos, as autoridades públicas apontam para objetivos relevantes, por meio da adoção de um discurso heurístico, que visa à criação de uma coerente ilusão, de forte apelo social. Debates, encontros e reuniões são promovidos em que mais se comunicam do que propriamente se explicam, instruem a população com informações verdadeiras. Obviamente, ocorre a adesão popular em prol da causa apontada pelo governo, e com isso o potencial participativo da população

407 Diz-nos o Princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio ambiente (1992): “[...] a melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar nos processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos”.

na decisão da gestão fica comprometido. O mesmo acontece com a mídia, que sempre obedece (às escondidas) a tendências políticas cujo interesse lhes é correlato.

Com todos esses problemas reais sobre a participação popular nas decisões, perguntamos mais uma vez: é possível se falar em democracia participativa na gestão de recursos hídricos? Quais as ressalvas que devemos levar em consideração quando interpretamos a Lei Federal 9.433/1997?

Em prol do papel de participação popular consciente na gestão das águas, a Lei Federal 9.433/1997 prevê a existência de um sistema de coleta e compartilhamento de informações sobre os recursos hídricos, conforme os princípios de seu Art. 26. Além dos princípios, os objetivos que seguem o texto compartilham da mesma visão, incluído importante papel de atualização e divulgação dos dados obtidos e que serão utilizados na elaboração dos Planos de Recursos Hídricos.

Além da Lei Federal 9.433/1997, temos um importante aliado na informação e criação de uma consciência ambiental na população: a Lei 9795, que estabelece a Política Nacional de Educação Ambiental. Como vimos, dispositivos legais não faltam, resta-nos investir na operacionalização prática desses, assim como evocar a participação popular no compartilhamento e divulgação dos problemas ambientais.

5 O ANTIGO REGIME DE GESTÃO DE RECURSOS HÍDRICOS

O regime estatuído pelo antigo Código das Águas de 1934 era um verdadeiro documento em prol da burocracia e acarretava em diversos entraves políticos. Segundo Américo Luís Martins⁴⁰⁸, o “[...] objetivo principal do administrador de recursos hídricos (agente público) era fazer cumprir rigorosamente a lei através da fiscalização.” Isso significava dizer que a gestão não possuía metas em prol da correta administração do bem, apenas a obediência aos princípios jurídicos que visavam a proteger esse recurso.

Devido ao tempo histórico em que foi criado, sem o acontecimento dos debates internacionais sobre o tema, ele tinha como fundamento o recurso hídrico como bem infinito, cuja exploração não levava à escassez, pois se acreditava que era 100% renovável. A água era tratada como inerente à propriedade privada, no sentido de que uma pessoa podia proclamar-se como proprietária da água existente entre seus domínios, podendo utilizá-la conforme bem lhe aprouvesse. Esse modelo, que admitia a apropriação privada da água, coloca o modelo de gestão como limitado a uma pequena esfera de atuação, visto que a forma de uso e emprego da água era de inteira faculdade do particular, justamente por isso não se podia falar em gestão mas em fiscalização do uso.

408 SILVA, Américo Luís Martins da. Direito do meio ambiente e dos recursos naturais. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005. p. 460. Vol. 2.

A divisão “águas comuns e águas particulares”, utilizada pelo antigo código, foi superada pela Constituição de 1988, que promoveu um momento de despatrimonização do Direito Civil como de outros ramos, dando maior ênfase à proteção da dignidade da pessoa humana em detrimento da prevalência do capital. Em seu Art. 22, IV, ela submeteu todas as águas ao controle público, visando a promover seu uso consciente.

Podemos citar também o abarcamento diferenciado da questão pelo Código Nacional de Saúde de 1961, cujos artigos 37, 38 e 39 trouxeram alguns dizeres sobre a proteção dos recursos hídricos; assim como pelo Código Florestal de 1965, que prevê a proteção das águas, tendo como referência para a preservação das demais formas de vegetação em suas proximidades. Tudo isso colaborou com a transição na gestão de recursos hídricos, de um início particular-predatório para o público-racional, consubstanciado na Constituição de 1988.

6 O REGIME CONSTITUCIONAL DOS RECURSOS HÍDRICOS

A Constituição de 1988 abriu vários caminhos para a busca de soluções de inúmeros problemas contemporâneos que atormentam o homem. Um deles, com certeza, é a continuidade de sua espécie e o direito à vida digna de todos. Esses problemas, da ordem da realidade palpável, exigiam igualmente medidas um tanto drásticas.

Anteriormente à escrita da Constituição Federal de 1988, o regime constitucional brasileiro tratava do meio ambiente e da sua proteção jurídica como agregados a outros bens jurídicos, em geral a proteção à saúde humana. Falava-se em saúde ambiental, tendo como pressuposto explícito a saúde humana.

Apenas após a década de 1970, precisamente quando ocorreu a conferência de Estolcomo, que a Constituição de diversos países, incluída a brasileira, passou a dar um tratamento efetivo ao meio ambiente, individualizando-o como bem jurídico per si, independente e autonomamente em relação a outros bens jurídicos.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a mencionar a expressão “meio ambiente” e a tratá-lo individualizadamente, em um capítulo próprio, e delimitando os critérios fundamentais destinados a sua interpretação e aplicação. Apesar do tratamento dado em um capítulo específico, a Tutela constitucional do meio ambiente está distribuída por todo o corpo da Constituição.

O Art. 225 da Constituição Federal funda explicitamente a existência de um direito ao meio ambiente, o que por si só já é fonte interminável de diversas ramificações legais e discussões teóricas, com as quais nos ocuparemos no momento.

Em seu caput vem escrito que “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 os presentes e futuras gerações”.

O uso do termo “todos” nos indica que o referido direito é de uso de cada um, seja brasileiro ou estrangeiro, independe de raça, sexo, idade etc., cada um enquanto ser humano tem o direito de usufruir um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se, portanto, de um direito público subjetivo,

Ao tratarmos o meio ambiente como bem essencial à vida, não poderia enfocá-lo apenas como bem pelo qual se admite a existência da vida mas também proporcionador da consecução da vida, do viver.

Poderíamos sobreviver a um meio ambiente poluído (como já acontece em alguns países do mundo), assim como nos alimentarmos de alimentos com agrotóxicos etc., no entanto, sobreviver distingue-se de viver. Pesquisas indicam que pessoas que vivem em grandes metrópoles industriais e comerciais sofrem mais doenças do trato respiratório e imunológico que as que vivem em ambientes rurais. Várias dessas pessoas buscam em seus períodos de férias cidades cujo meio ambiente é menos poluído, enfim, cidades em que a poluição ambiental ainda não alcançou a degradação da qualidade de vida daqueles que lá habitam. Muitos afirmam a necessidade de fugir do caos que é viver numa grande metrópole. Propomo-nos a colocar a noção de meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto proporcionador da vida, do viver, e não apenas da sobrevivência.

Pois bem, o caos distingue-se inteiramente de equilíbrio. Logo, entendemos por equilíbrio ecológico: o estado harmônico entre os diversos fatores que, aliados uns aos outros, formam um ecossistema que possibilita não apenas a sobrevivência dos seus agrupados em si em relação de independência mas a consecução plena de suas vidas de seu existir.

O Art. 225 consagra, materialmente, o direito ao meio ambiente como um direito fundamental e constitui-se num verdadeiro axioma a ser efetivado. Nele estão contidos direitos a serem garantidos no agora e outros que estão por vir, logo estão ali em potencial.

Até então conduzíamos nosso debate dentro da esfera da preservação da vida, a continuidade da raça humana. Como nos aponta Paulo Afonso Leme Machado⁴⁰⁹, a presença humana não pode ser vista de forma separada, mas como uma cadeia de elos sucessivos, o que leva a considera que o que fazemos ao meio ambiente hoje afetará diretamente o modo de vida das gerações futuras. Existe no Art. 225 a consagração de uma ética de solidariedade, em que a geração presente fica impedida de utilizar os recursos naturais de tal forma a levá-los a escassez, debilitando o seu usufruto pelas futuras gerações. A utilização de bens naturais não deve ser privilégio de uma geração apenas; se tal fosse, teríamos uma geração como maior possuidora de bens que outra

geração, o que levaria a um conflito jurídico entre gerações. As reservas naturais devem fluir, e não ficar estancadas na mão de uma geração apenas.

7 O NOVO REGIME JURÍDICO DOS RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL

A Lei Federal 9.433/1997 trouxe inúmeras inovações dentro do tratamento dado à água no nosso País. Muitos deles carecem de uma correta interpretação, no sentido de lhe abalzar um significado mais coerente com a situação atual e os objetivos buscados. Entretanto, cabe-nos salientar que o novo estatuto das águas é um documento jurídico de natureza política, no sentido que infere principalmente sobre a política administrativa dada à água em seu caráter público, a institucionalização de competências, órgãos envolvidos e o papel da população em geral e em como esta pode influir sobre a tomada de decisões.

Abordaremos primeiramente, de forma pormenorizada, alguns elementos e incisos extraídos do texto da lei, sistematizando-os. Daremos atenção a critérios gerais inerentes à nova política de gestão, para depois partirmos para os assuntos correlatos à participação popular dentro do sistema, assunto prioritário em nosso trabalho.

7.1. Metas e objetivos

Olhando profundamente o texto legal do estatuto das águas, podemos identificar algumas de suas metas e objetivos:

Promover a garantia de usufruto de quantidade e qualidade dos recursos hídricos, traçando as formas condizentes com a sua correta distribuição em acordo com a disponibilidade.

Promover concretamente os debates internacionais (ratificados pelo Brasil) no que diz respeito a seu uso sustentável, em acordo com os princípios oriundos do desenvolvimento sustentável.

Preservar os recursos hídricos, promovendo o seu uso consciente, defendendo-o de abusos e uso incompatível com a razoabilidade traçada pela lei, preservando-a para as gerações atuais e futuras.

Estabelecer o seu uso em caráter prioritário, no caso de situação emergencial de escassez, garantindo um mínimo para o consumo humano e o desenvolvimento das atividades ligadas a sua sobrevivência.

Promover os múltiplos usos da água, inclusive o econômico, garantindo que seja possível a sua utilização igualitária para as diversas finalidades com que seja empregada.

7.2. Referenciais e fundamentos.

O Art. 1º da Lei Federal 9.433/1997 estabelece os fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH). São eles:

A água é um bem de domínio público, com valor econômico per si, e com ampla possibilidade de uso garantido legalmente.

Deve-se levar em consideração, como critério de adoção de medidas procedimentais e administrativas dos recursos hídricos, a bacia hidrográfica, que se constitui numa constatação geofísica adotada pelo direito como ponto de partida.

A gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e participativa, com possibilidade de participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades. Tudo que puder ser decidido deverá ser feito em níveis hierárquicos mais baixos, atendendo-se às questões de competência legislativa e prevalência de atendimento das decisões dos governos locais.

As estruturas institucionais criadas para materializar esse objetivo de participação mútua na gestão são: Comitês de Bacias, Agências de Bacias ou Agências de Águas.

Ressalte-se que, as diretrizes gerais para a implementação da PNRH, encontram-se no Art. 3º da Lei Federal 9.433/1997. Abordaremos agora a forma prática com que foi contornado o tema, pela adoção de um sistema de gestão integrada dos recursos hídricos, cujos limites foram estabelecidos pela Lei Federal 9.433/1997.

8 GESTÃO INTEGRADA DE RECURSOS HÍDRICOS

A água, em sua generalidade, já foi fruto de inúmeros estudos e propostas políticas que visavam à otimização do seu uso para fins socioeconômicos. O que tem se incluído dentro dessa antiga visão, e que tem sido produto de inúmeros debates internacionais sobre o tema, é a questão de sua preservação para que as gerações futuras possam usufruir dela, assim como nós.

A inclusão desse critério, se assim podemos dizer, foi causador de uma ruptura teórica dentro dos sistemas de tendências econômicas de gestão desse importante bem natural. Os antigos sistemas de gestão partiam da premissa que o bem ambiental era infundo e seu consumo deveria ser feito dentro das possibilidades tecnológicas disponíveis. No atual panorama em que vivemos, um sistema de gestão desse tipo não pode subsistir. É necessária a adoção de uma nova forma de gestão dos recursos hídricos que faça valer o pensamento atual sobre a importância da preservação dos recursos naturais.

Primeiramente, conceituamos gestão da água como

[...] atividade analítica e criativa voltada à formulação de princípios e diretrizes, ao preparo de documentos orientadores e normativos, à estru-

turação de sistemas gerenciais e a tomada de decisões que tem por objetivo final promover o inventário, uso, controle e proteção da água⁴¹⁰.

O novo modelo de gestão tem como base fundamental a conciliação entre atividade de uso e manutenção do recurso hídrico, no sentido de lidar de forma consciente com o problema da escassez relativa da água. É um sistema, um complexo formado por inúmeras partes que não podem ser consideradas de forma isoladas, mas apenas quando imersas dentro da lógica fomentadora do complexo. Essa lógica é dada justamente pela finalidade do complexo: viabilizar e compatibilizar os múltiplos usos da água, com a preservação de seu uso, conforme nos orienta a Política Nacional de Recursos Hídricos.

Esse objetivo acontece a partir do gradual planejamento e adoção de ações que estão associadas a metas e objetivos específicos a cada problema, região, recurso hídrico em questão etc., com o trabalho de formulação de políticas e sistemas de gerenciamento que alcancem uma operacionalidade prática. Em termos simplificados, a gestão da água tem como objetivo tornar efetivos, operacionalizar, materializar todos os princípios que motivaram a sua existência. Em termos específicos, podemos dizer que o sistema de gestão de águas busca concretizar o princípio de desenvolvimento sustentável, assim como os outros que repercutem sobre a questão das águas.

9 MODELO DE GESTÃO INTEGRADA DE RECURSOS HÍDRICOS

Antes de conceituá-lo, devemos dizer primeiramente que ele não apenas visa a otimizar e superar os inúmeros “entraves” do antigo sistema dito tradicional, ele foi construído num tempo histórico diferente, segundo valores diferentes e, logicamente, tem uma fundamentação e objetivos diferentes.

Tal sistema propõe uma visão complexa ao objetivo de conciliar os interesses e usos feitos da água. Se assim o faz, é porque o problema o exige. O meio ambiente é um todo, unitário, e dotado de um equilíbrio quase indecifrável para a ciência. Separamos e particularizamos alguns de seus pontos, para que possamos aprofundar nosso conhecimento sobre ele. Infelizmente não podemos agir assim atualmente. O termo “integrada” se expande por todas as questões relativas ao abarcamento dado às águas pelo modelo de gestão, as quais veremos separadamente por motivos didáticos. Apontaremos, então, sobre esse eixo comum, algumas particularidades inerentes a seu sistema.

9.1 Adoção da bacia hidrográfica como unidade de planejamento e gestão

Segundo nos afirma José Afonso da Silva⁴¹¹, “[...] problemas inevitáveis resultam da nossa repartição do poder governamental em unidades que não correspondem com as exatas divisões em matéria ambiental”. O fato é que os problemas ambientais não se detêm nas fronteiras dos entes estatais, e, muitas vezes, um problema ocorrido num Estado é decorrente de um ato produzido em outro. Esses são problemas de ordem prática, que instigam o jurista em sua construção teórica.

Não se leva mais em consideração o bem natural, rio, riacho etc., em sua forma isolada, como referencial de planejamento. Em busca de se abarcar o problema com melhor efetividade, leva-se em consideração toda a bacia hidrográfica, nos quais rios e afluentes estão relacionados, independente de fronteiras administrativas e/ou político-jurídicas. Após a escolha da unidade territorial, segundo dimensões adequadas à viabilização de sua manutenção, deve haver a incorporação da sua gestão num processo amplo de gestão ambiental integrada, compreendida como a gestão de abordagem ecossistêmica, na qual o desafio é realizar a transição demográfica, econômica, social e ambiental rumo ao equilíbrio durável. A importância dessa visão global e sistêmica depende justamente do funcionamento da própria bacia, que não permite a desvinculação das partes, mas exige uma visão unária.

9.2 Interdisciplinaridade relativa ao estudo e abarcamento do tema

Toda questão relativa à preservação ambiental e sua conciliação com os interesses de desenvolvimento humano requerem uma visão interdisciplinar, uma integração entre os saberes. No intuito de se viabilizar concretamente os princípios gerais e a efetivação das corretas intervenções, é necessário que haja uma comunicação entre os diversos ramos envolvidos no processo. Essa permuta de informações deve ser eficaz a fim de que todos possam utilizar os conhecimentos dos outros, interagindo frente ao problema, nunca impedindo ou criando obstáculos à atuação do outro, na busca e efetivação das possíveis soluções.

9.3 Gestão descentralizada e participativa

A gestão é descentralizada em termos operacionais, no sentido de que todos os “órgãos” envolvidos no processo possuem autonomia de não submeterem suas atribuições aos outros, gerando, dessa forma, uma maior mobilidade pela própria liberdade em agir, que se traduz na maior operacionalidade devido à existência de menos entraves burocrático-hierárquicos. Centralização apenas em torno do problema e sua solução.

411 SILVA, José Afonso. Direito ambiental constitucional. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 73.

Devem-se buscar meios de participação plena de todos os envolvidos, incluindo a população, última interessada, na busca de soluções. Segundo Antonio Pereira Magalhães Júnior, “[...] gestão participativa da água é a que incorpora a participação de diferentes setores da sociedade, incluindo os usuários da água e representantes da sociedade civil organizada”⁴¹².

Abordaremos agora os aspectos mais formais relativos à Lei Federal 9.433/1997, comentando contextualizadamente alguns de seus artigos, especificamente aqueles que interessam ao tema do nosso trabalho.

10 CONTORNOS FORMAIS DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA LEI FEDERAL 9.433/1997

10.1 Participação popular e os fundamentos e objetivos gerais do PNRH

No Art. 1º, I, da Lei Federal 9.433/1997, consta entre os fundamentos da PNRH que a água é um bem de domínio público.

Tal inciso está em consonância com o Art. 20, III, da Constituição Federal, que classifica como bens da União

[...] os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terreno de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a territórios estrangeiros ou deles provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais.

A água já foi de domínio privado e considerada pelo ordenamento jurídico como um bem público. Isso significava dizer que cabe à Administração Pública fixar as modalidades de seu uso, de acordo com as diretrizes fixadas na Lei Federal 9.433/1997⁴¹³.

O direito anterior de cunho inteiramente individualista foi gradativamente abolido pelo pensamento consubstanciado pelos direitos de segunda e, posteriormente, de terceira geração. A doutrina do direito saiu do individual para o coletivo, do privado para o público. O instituto da função social da propriedade surgiu da necessidade social e operacional da redistribuição das riquezas e da concretude da igualdade formal iluminista. Que a propriedade atenda ao interesse de todos e não apenas atenda ao arbítrio de seu proprietário é um direito fundamental coletivo, dotado de eficácia e aplicabilidade. Da mesma forma aconteceu com a água.

A instituição da função ambiental da propriedade alterou significativamente a dispo-

412 MAGALHÃES JUNIOR, op. cit., p. 170.

413 Christian Guy Caubet faz um comentário crítico a respeito da efetividade desse dispositivo legal: “Por mais que se queira afirmar que a água não é elemento suscetível de direito real de propriedade, a natureza das operações realizadas pela outorga tem a consequência inevitável de entregar a propriedade da água ao benefício do direito de uso” (CAUBET, op. cit., p. 144).

sição das funções e competências do Estado, que teve de repartir as responsabilidades pela proteção do meio ambiente em âmbito público: União, Estados e Municípios, além dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; e a imposição de deveres à esfera particular, como da coletividade como um todo.

No que tange a seu objeto, a função ambiental versa ora sobre o meio ambiente entendido em sua acepção de interesse difuso, independente dos elementos que o integram, ora sobre uma acepção fragmentada e específica (uma determinada vegetação de uma determinada área, um ecossistema específico etc.). Entretanto, o interesse sobre a função ambiental é reflexo de uma necessidade de todos, não se adequando apenas à moldura da norma jurídica. Tal é a característica maior do interesse ambiental, considerado enquanto direito difuso.

Existe uma apropriação particular da parcela de um bem que é de todos, inclusive daqueles que ainda não nasceram, das gerações futuras. Portanto, tal apropriação deve conter limites que visam a assegurar a continuidade do bem que é de todos, em contrapartida do uso fruto de apenas um. Nessa ótica, não pode o proprietário dos “microbens” utilizá-los de forma a colocar em risco o equilíbrio ecológico, cuja titularidade é difusa; justamente, nesse aspecto, encontra-se o fundamento substancial da função socioambiental da propriedade.

No Art. 1º, II, da Lei Federal 9.433/1997, determina-se que a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico.

Com esse inciso, a água passou a incluir-se no contexto do mercado econômico. Entretanto, essa é uma questão que suscita dúvidas. A água antes não possuía valor agregado; cobrava-se como contraprestação pela sua captação, tratamento e distribuição, não pela água em si. Atualmente a água, enquanto mercadoria, recebe cobrança levando-se como parâmetro o volume consumido, além daqueles feitos para a sua captação e distribuição.

Notamos que o valor econômico é colocado em primeiro lugar frente aos demais, no texto legal. Sob essa perspectiva, podemos dizer que o legislador deu especial ênfase a esse quesito frente aos demais.

Essa combinação de valores – economia, bem público, justiça social e defesa do meio ambiente – legitima-nos falar em uma função econômico-ambiental da água, reafirmando com isso sua função maior, não apenas como bem fundamental à consecução da vida mas também ao crescimento econômico, no sentido de conferir a todos uma existência digna e um meio ambiente equilibrado.

Nesse diapasão, prescreve-se, no Art. 1º, III, da Lei Federal 9.433/1997, que, em situações de escassez, deve haver prioridade para o uso dos recursos hídricos para o consumo humano e para a dessedentação de animais.

Constitui ainda fundamento da PNRH que a gestão de recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades, consoante o Art. 1º, IV, da Lei Federal 9.433/1997.

Descentralizar significa delegar competência ou poder decidir sobre determinada matéria, desde que atendidos os requisitos gerais dados pela Lei. A ideia de que o Poder Público possa identificar as categorias representativas mais apropriadas, ou seja, a atribuição legal, para tomar decisões relativas à administração de recursos hídricos. Para isso é necessária a existência de uma multiplicidade de categorias representativas possíveis de serem incumbidas de tal missão: comitês, agências, comunidades, coletividades locais etc.

Deve-se criar, antes de tudo, um vínculo de comunicação entre a Administração Pública e os agentes da sociedade que possibilite a discussão, o debate sobre o qual ação a ser empregada é a mais apropriada para determinada questão. Jürgen Habermas⁴¹⁴ definiu tal prática de “Razão Comunicativa”, estabelecendo-a como uma importante fonte de progresso da sociedade em conjunto com o Estado, ambos se conscientizando sobre os interesses sociais e os meios racionais para atingi-lo. Em suas palavras:

A razão comunicativa é justamente o domínio dessa negociação social com os diversos interesses claramente postos para a negociação, pelo entendimento da dinâmica, dos conflitos e dos diferentes interesses sociais em jogo, e a opção por uma transformação baseada na razão. (Idem)

Consta como uma das diretrizes gerais de ação para concretização da PNRH a articulação do planejamento de recursos hídricos com o dos setores usuários e com planejamento regional, estadual e nacional, consoante o Art. 3º, IV, da Lei Federal 9.433/1997.

A quantidade inumerável de entraves políticos faz com que o estabelecimento de ações planejadas seja um dos maiores desafios enfrentados pela Administração Pública. Isso é quase uma meta ideal! Geralmente Municípios, Estado e União propõem soluções diferenciadas para determinados problemas, visto que cada ente vê sob um ponto de vista diferente do outro.

Quando tratamos do tema de repartição de competência, basicamente traçamos limites de atrações próprias para casa um, respeitando a esfera do outro. O que o referido inciso busca é justamente o oposto, deixar de lado os conflitos e buscar uma única opção de planejamento em que os entes concordem em conjunto.

Esse planejamento inclui a confecção de cronogramas de despesas, repasse de verbas etc., assunto delicado e que geralmente leva a desacordos⁴¹⁵.

414 HABERMAS, Jürgen. Conhecimento e interesse. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987. p. 87.

415 Segundo Christian Guy Caubet: “A noção de planejamento, tal como evoca no inc. IV, remete para um necessária articulação entre os setores usuários e com o planejamento nas três esferas de Poder da Federação. A palavra articulação entre os setores usuários e com os planejamentos nas três esferas de Poder da Federação. A palavra articulação, diversas vezes utilizada na legislação de recursos hídricos, não tem tradição no Direito Administrativo e somente aparece na Constituição Federal, de maneira indeterminada” (CAUBET, op. cit., p. 55).

10.2 Participação popular no Sistema Nacional de Gerenciamento dos Recursos Hídricos.

A Lei Federal 9.433/1997 reconhece, nos vários níveis, o Sistema Nacional de Gerenciamentos dos Recursos Hídricos (SINGREH), espaço para a participação popular na gestão das águas no Brasil.

No Conselho Nacional de Recursos Hídricos, instância máxima do SINGREH, há a previsão de representantes dos usuários dos recursos hídricos na formação desse colegiado, conforme o Art. 34, III, da Lei Federal 9.433/1997. O mesmo pode ser dito quanto aos Comitês de Bacia Hidrográfica, ao se verificar o Art. 39, IV, do mesmo diploma legal.

Embora a lei silencie quanto à presença de representantes dos usuários nos Conselhos Estaduais e do Distrito Federal pertinentes ao SINGREH, é importante que as leis desses entes federativos reconheçam esses espaços em homenagem ao princípio da participação popular.

Também é importante anotar a previsão das organizações civis de recursos hídricos, nos termos do Art. 47 da Lei Federal 9.433/1997, que permitem aos usuários, de forma organizada, participar do SINGREH.

11 CONCLUSÃO

O direito relativo aos recursos hídricos está em forte evidência na atualidade, e, até então, não temos muitos trabalhos disponíveis sobre o tema. Poucos são os que se têm aventurado sob um tema que envolve uma sutil complexidade, no sentido que exige a ampliação dos conhecimentos dos cientistas para outras ciências afins. No entanto, todos esses fatos nos trazem intensa satisfação e instigam nosso desejo criativo, que, numa análise realista, reflete a sincera intenção em dar nossa contribuição no sentido de modificar o atual quadro jurídico-social que envolve o tema.

Partimos da constituição teórica dos alicerces de nosso modelo de Estado, julgando ser de extrema importância a historicização dentro do ramo do direito, considerado o direito como produto histórico. Essa análise nos situa dentro de um contexto maior daquele designado na norma, informando-nos se existe a possibilidade de encontrar aplicação dentro do seio da sociedade e, se não, quais as mudanças ou posicionamento hermenêutico devemos ter ao analisarmos seus dizeres.

A participação popular dentro da esfera de decisões do Estado é uma conquista lenta e progressiva. O poder de decidir os recursos do Estado já foi consagrado nas Constituições do mundo todo, entretanto a realidade tende a mostrar algumas contradições. A Lei Federal 9.433/1997 veio integrar o ordenamento jurídico no sentido de tornar efetiva a participação popular no processo de gestão dos recursos hídricos em nosso

País. Esse importante instituto em prol da efetividade das diretrizes constitucionais ainda não contornou por completo o tema, de forma a conciliar a preservação das águas com o desenvolvimento econômico. Entretanto, a mudança já é perceptível.

11 REFERÊNCIAS

- CAUBET, Christian Guy. A água, a lei, a política... E o meio ambiente? 3. tir. Curitiba: Juruá, 2006.
- DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FREITAS, Vladimir Passos de. Águas: aspectos jurídicos e ambientais. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- HABERMAS, Jurgen. Conhecimento e interesse. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.
- LANNA, A. E. L. Gerenciamento de bacia hidrográfica: aspectos conceituais e metodológicos. Brasília: Ibama, 1995.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MAGALHÃES JUNIOR, Antônio Pereira. Indicadores ambientais e recursos hídricos: realidade e perspectivas para o Brasil a partir da experiência francesa. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
- SABATOUSKI, Emílio (Org.). Meio ambiente: legislação federal. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- SILVA, Américo Luís Martins da. Direito do meio ambiente e dos recursos naturais. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.
- SILVA, Bruno Campos (Org.). Direito ambiental: enfoques variados. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.
- SILVA, José Afonso. Direito ambiental constitucional. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVEIRA, Patrícia Azevedo. Competência ambiental. Curitiba: Juruá, 2006.
- SIMIONI, Rafael Lazzaroto. Direito ambiental e sustentabilidade. Curitiba: Juruá, 2006.

DESAFIOS CONSTITUCIONAIS DA INTERPRETAÇÃO NO CONFLITO PELO USO DA ÁGUA

Patrícia Borba Vilar Guimarães
Yanko Marcus de Alencar Xavier

1. INTRODUÇÃO

A intensa conflituosidade interna da sociedade de massa⁴¹⁶ que se desenvolve desde o final do século passado, dada a sua inserção num contexto globalizado, supranacional e excludente, requer que se possam utilizar mecanismos para preservar os interesses de carácter metaindividual – como o são os bens ambientais – quando se mostrem violados ou simplesmente ameaçados de lesão. Como a ordem jurídica tem por objetivo a harmonização das relações sociais, o direito é apresentado como uma das formas de controle social⁴¹⁷. A existência do conflito não pode, idealisticamente, ser dirimida pela cooperação, em face do fenómeno da escassez, regulado também pela disciplina económica. Desse modo, uma vez caracterizada a insatisfação e institucionalizado o conflito, impõe-se a solução jurisdicional para os casos concretos⁴¹⁸.

416 Sociedade de massa pode ser definida como uma sociedade em que a grande maioria da população se acha envolvida, segundo modelos de comportamento generalizado, na produção em larga escala, na distribuição e no consumo de bens e serviços, tornando igualmente parte na lide política, mediante padrões generalizados de participação, e na vida cultural, através do uso dos meios de comunicação. (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicolla; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. 13. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007. p. 1211).

417 Definido como “[...] o conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição de modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios”. (GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 19).

418 A composição dos conflitos pode operar-se por iniciativa de ambos os interessados na solução, quando um deles renuncia a parcela do seu direito, ou ambos, ou por ato de terceiro, esta última hipótese, fundamental para o estabelecimento da jurisdição, como a conhecemos, onde um juiz age em substituição às partes na solução do litígio. Cf. GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO op. cit., p.22-23.

A valorização da tutela do meio ambiente, por ser um fenômeno recente, se comparado aos demais movimentos de proteção de direitos, requer ainda uma elevada dose de amadurecimento por parte dos seus intérpretes⁴¹⁹. A sua constitucionalização aconteceu no mesmo período em que se deu a sua valorização infraconstitucional, mas a prática dessa interpretação constitucional ainda carece de elementos que a subsidiem, dada a característica sistêmica do bem ambiental como objeto de análise jurídica requer.

É preciso refletir em que termos a segurança jurídica – claramente assegurada nas técnicas tradicionais de subsunção do fato à norma – é um valor absoluto, em face das funções do Direito na sociedade contemporânea. Entendemos que ao lado da função pacificadora, a função transformadora é inegavelmente ínsita ao Direito, sob pena de condená-lo à obsolescência. Daí a importância do exame dos casos concretos para deles retirar elementos que subsidiem novas tentativas de aplicação da lei.

Será examinado neste trabalho um caso representativo do conflito em matéria constitucional ambiental travado nos Tribunais Superiores brasileiros, como forma de verificar a aplicabilidade de técnicas interpretativas como a ponderação⁴²⁰, nos casos de incidência principiológica conflitante entre o desenvolvimento nacional e a proteção do meio ambiente: o projeto de Transposição das águas da bacia hidrográfica do rio São Francisco, para as bacias do Nordeste Setentrional.

2. CARACTERIZAÇÃO DO CONFLITO AMBIENTAL NA CONTEMPORANEIDADE DO DIREITO

O conflito ambiental é caracterizado pela violação ou pela simples possibilidade ou ameaça de violação. O bem jurídico ambiental ostenta a condição de bem de uso comum, conferida pelo Direito brasileiro, mediante a definição do artigo 255 da CF, implicando, portanto, que os valores ambientais podem e devem ser usufruídos por todos da forma mais ampla possível. Isso, entretanto, só é possível no interior da ordem jurídica, visto que, em todo e qualquer caso de violação de tal “bem comum”,

419 “Há, em tal constatação, um aspecto que impressiona, pois na história do Direito poucos valores ou bens tiveram uma trajetória tão espetacular, passando, em poucos anos, de uma espécie de nada-jurídico ao ápice da hierarquia normativa, metendo-se com destaque nos pactos políticos nacionais.” (BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 61).

420 A postura contemporânea da interpretação constitucional traz uma mudança de premissas na qual o papel da norma é enriquecido pelo exame dos fatos e do contexto de aplicação da mesma. O juiz realiza, portanto, escolhas racionais a partir desta consideração de lugar ou contexto de inserção da norma. Para tanto, novas categoria de critérios interpretativos são eleitas, colocando-se a ponderação como substitutivo para a mera subsunção, quando a situação de conflito evidente entre princípios constitucionais impedir o abandono de qualquer deles – sob pena de inconstitucionalidade – e impuser a consideração dos valores em conflito. Segundo Sarmento, “A ponderação de interesses só se torna necessária quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre pelo menos dois princípios constitucionais incidentes sobre o caso concreto. Assim, a primeira tarefa que se impõe ao intérprete, diante de uma possível ponderação, é a de proceder à interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los”. (SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 99).

o aparato repressivo do Estado poderá ser acionado por qualquer indivíduo que se sinta prejudicado, mediante os mecanismos processuais próprios⁴²¹.

A estrutura jurisdicional nacional oferece possibilidades de recurso tanto à jurisdição em sentido estrito, como aos denominados “meios alternativos de pacificação social”⁴²². Estão adquirindo força nos últimos anos, ao lado dos meios tradicionais de exercício da jurisdição, os denominados meios alternativos de pacificação, cujas principais modalidades são a conciliação e o arbitramento, apoiados por procedimentos variados e normas específicas. O conflito ambiental, ao lidar com elementos complexos, requer multiplicidade de enfoques, variadas possibilidades de acesso jurisdicional e a flexibilidade interpretativa que um bem multifacetado demanda.

Importa-nos caracterizar, para lidar com o tratamento dos conflitos ambientais, o que vêm a ser os direitos metaindividuais, dentre os quais podemos enquadrar o direito ao meio ambiente equilibrado. Genericamente se refere aos mesmos como direitos coletivos, englobando direitos difusos e individuais homogêneos.

Direitos ou interesses coletivos em sentido estrito são firmados por vínculos associativos, dada a sua natureza corporativa; já os direitos difusos e individuais homogêneos ligam-se apenas por vínculos essencialmente fáticos, e não necessariamente em decorrência de relação jurídica. Em sede legislativa ordinária, a definição do que sejam interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos veio expressa no Código de Defesa do Consumidor⁴²³. A diferenciação básica existente entre os interesses coletivos e difusos tem por base a maior abrangência desse último, em que o universo de pessoas afetadas pelo ato lesivo não é passível de determinação, enquanto que, em relação aos interesses coletivos, há uma coletividade concreta e determinável ligada aos bens jurídicos em disputa⁴²⁴.

421 ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 770-771.

422 “[...] se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição e através das formas do processo civil...” (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, op. cit., p. 26).

423 Que assim os caracteriza e distingue, em seu artigo 81: “I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeito deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos para efeito deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.” BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

424 Observamos que a legislação utiliza indistintamente os termos direito e interesse. Neste sentido, Mancuso apresenta três acepções do interesse coletivo. A primeira relaciona-se com o interesse pessoal do grupo. Significa o exercício do interesse pela pessoa moral. Não se trata de um interesse propriamente coletivo, mas de um interesse do grupo no caso concreto. Assim, por exemplo, acontece a uma empresa comercial que vai a juízo na defesa de seu patrimônio contra danos causados por terceiros ao seu patrimônio. Uma segunda acepção de interesse coletivo se daria com o exercício conjunto de interesses individuais, com a soma destes interesses. A forma de exercício é coletiva, porém o interesse continua sendo individual. Na terceira acepção, temos o interesse coletivo como síntese de interesses individuais, pelo fato de ter “nascido a partir do momento em que certos interesses individuais, atraídos por semelhança e harmonizados pelo fim comum, se amalgamam no grupo”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 17-19).

Em se tratando de direitos ou interesses coletivos, adotamos a noção predominante de que os mesmos vinculam pessoas ligadas por uma relação jurídica base⁴²⁵. São considerados direitos difusos aqueles que dizem respeito a pessoas cuja identificação é impossível, dada a amplitude do bem jurídico a ser resguardado, e que é passível de desfrute por uma parcela considerável da sociedade. Nesses termos, indiretamente, o interesse é de toda sociedade à proteção daquele bem, como acontece com o direito ambiental.

A Lei 7.347/1985 veio disciplinar a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico e “outros interesses” difusos e coletivos. Enfim, trouxe-nos amplas possibilidades de defesa de direitos, considerados inovadores para aquela fase na cultura jurídica nacional. A referida lei tutela, especialmente, os interesses difusos, nos termos antes definidos.

No que diz respeito à legitimidade para propositura de ações dessa natureza, o artigo 5º e incisos, alterados pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), preceitua que “[...] a ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista e por associação”; esta última, desde que presentes alguns pré-requisitos como tempo de constituição, relativizado quando houver grande relevância do bem a ser tutelado, e a inclusão, entre suas finalidades institucionais, da defesa daqueles interesses relacionados no caput⁴²⁶. Sem dúvida, é nesse tipo de ação que a legitimidade para a causa outorgada ao Ministério Público demonstra toda a sua amplitude. Entretanto, a outorga às associações ou entes personificados específicos, como os CBH, representa um avanço, dada a maior manifestação de legitimidade presente nesses casos. O ente coletivo – no sentido amplo – como grupo intermediário entre Estado e indivíduo, possui excelentes condições de aferir a importância e conveniência do ingresso em juízo nas ações dessa natureza, dada a sua proximidade com a sociedade, direta ou indiretamente atingida por uma possível lesão na sua esfera de direitos.

3 ASPECTOS DA PROTEÇÃO JURÍDICA DA ÁGUA NO BRASIL

A água, enquanto um bem comum de todos, está ajustada ao conceito de bem difuso, e o conflito acerca desse uso é tutelável por via da Ação Civil Pública. Um

425 Entretanto, podemos verificar que os direitos coletivos compreendem tanto grupos de pessoas unidas pela mesma relação jurídica básica como grupos unidos por uma relação fática comum. Ou seja, os direitos são compartilhados por todos os integrantes do grupo. O Art. 81, inciso II do Código de Defesa do Consumidor, como visto, conceitua o interesse coletivo e lega a titularidade do direito ou interesse coletivo a um grupo, categoria, ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária pela relação jurídica base. BRASIL. Lei 8.078/1990.

426 BRASIL. Lei 8.078/90.

eventual conflito pelo uso da água poderá estar determinado por variáveis como o aumento populacional, aumento do desenvolvimento industrial e do risco gerado pelos mesmos, de que a oferta de água não seja suficiente para o suprimento das necessidades humanas, nas suas variadas vertentes. Sobretudo, a água é enxergada como um dos componentes naturais possuidora do condão de influir nos aspectos da climatologia da Terra, que tem seus efeitos nocivos tão debatidos atualmente. Indiscutível, portanto, sua condição de bem ambiental de prioridade absoluta na agenda mundial.

Cid Tomanik Pompeu traça um panorama histórico da evolução da proteção jurídica conferida às águas, ressaltando que primeiro foram regulados os seus usos individuais, uma vez que, na sua gênese, o conjunto de leis disciplinava a relação entre as pessoas, baseada no enfoque privatístico, dentro do direito de vizinhança constante dos códigos e de outras formas de caráter civil⁴²⁷.

O ambiente institucional e legal da atualidade, após a atual Constituição, encontra-se marcado pelo caráter juspublicístico, revelando grande margem de atuação para o Judiciário e o Ministério Público. Entretanto, a análise da legislação aplicada ao uso da água e em especial, a norma definidora da PNRH, encarregada de promover, ao lado da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) a gestão desse recurso, está focada na possibilidade conferida pela Lei Federal 9.433/97, mediante o estabelecimento de competência própria ao Comitê de Bacia Hidrográfica (CBH) de arbitrar em primeira instância administrativa os conflitos em nível de bacias hidrográficas de sua área de atuação⁴²⁸.

O CBH funciona como agente gerenciador das intervenções acerca do uso da água em cada bacia hidrográfica. No tocante ao gerenciamento de conflitos a que o CBH pode prestar a sua atuação, enquanto ente investido de competência para tal, não envolve a disponibilidade do bem, mas o direito ao seu uso. O conflito extrajudicial atualmente está bastante focado na arbitragem⁴²⁹, por força de legislação federal relativamente recente, que não exclui a possibilidade de atuação do CBH nesse campo.

No Brasil, um dos conflitos mais recentes e expressivos acerca da gestão da água tem ocorrido no Nordeste, com a tentativa de operacionalizar o projeto de transposição das águas do rio São Francisco para a Bacia Hidrográfica do Nordeste Setentrional, colocado pela Administração Pública federal como prioridade de governo e de fundamental importância para o desenvolvimento nacional. O projeto inicial, de inúmeras

427 POMPEU, Cid Tomanik. Direito de águas no Brasil. São Paulo: RT, 2006. p.151.

428 Cf. inciso II do artigo 38 da Lei 9.433/97

429 S Historicamente, a arbitragem e há muito se coloca como meio de solução de conflitos, tendo se revelado mesmo como a sua forma primitiva, como aponta Carreira Alvim, "[...] com o evoluir dos tempos, os homens compreenderam a excelência de um outro método, segundo o qual a solução dos conflitos era entregue a outra pessoa, desinteressada do objeto da disputa entre os contendores, surgindo, então, a arbitragem facultativa, em tudo superior aos métodos anteriores". (ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 16). No entanto, em sendo a arbitragem ao longo da história processual, ora facultativa, ora obrigatória, esta deu origem ao processo, na forma como o conhecemos e atualmente, renovada em face das transformações sofridas direito na época da liberalização econômica.

e significativas repercussões para o desenvolvimento da região Nordeste, originou fortes movimentos contrários nos Estados de Minas Gerais, Bahia, Alagoas e Sergipe. Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Ceará aparecem como favoráveis ao projeto, mediante a ação de seus parlamentares e representantes populares.

Esse conflito oferece a possibilidade pragmática de análise da conflituosidade entre os princípios constitucionais da diminuição das desigualdades regionais (Art. 170, 3º, III), do desenvolvimento (Art. 3º, II), da preservação do meio ambiente (Art. 225, IV e VII), leia-se Princípio da Precaução e, sob o foco processual, não especificamente analisado no âmbito desse trabalho, mas que assumiu bastante relevo em face da argumentação utilizada no seio do conflito juridicizado, da independência entre os poderes (Art. 2º) e do Pacto Federativo (Art. 18), com sua respectiva distribuição de competências (arts. 23 e ss.)⁴³⁰.

4 A CARACTERIZAÇÃO DA REGIÃO DE CONFLITO

O rio São Francisco tem 2.700 km de extensão e nasce na Serra da Canastra em Minas Gerais, escoando no sentido sul–norte pela Bahia e Pernambuco, quando altera seu curso para este, chegando ao Oceano Atlântico por meio da divisa entre Alagoas e Sergipe. A bacia hidrográfica está dispersa entre sete unidades da Federação, aqui indicadas com o respectivo percentual de participação do Estado no território da bacia: Bahia (48,2%), Minas Gerais (36,8%), Pernambuco (10,9%), Alagoas (2,2%), Sergipe (1,2%), Goiás (0,5%) e Distrito Federal (0,2%). No tocante aos Municípios, quinhentos e quatro estão contemplados nos domínios da bacia, o que representa cerca de 9% do total de Municípios do País. Devido à sua extensão e diferentes ambientes percorridos, a bacia está dividida em quatro regiões: Alto São Francisco – das nascentes até a cidade de Pirapora (111.804 km² – 17,5% da região); Médio São Francisco – de Pirapora até Remanso (339.763 km² – 53% da região); Submédio São Francisco – de Remanso até Paulo Afonso (155.637 km² – 24,4% da região); e o Baixo São Francisco – de Paulo Afonso até sua foz (32.013 km² – 5,1% da região).

Aproximadamente 16,14 milhões de pessoas (9,5% da população do País) habitam a bacia hidrográfica do São Francisco, com maior concentração no Alto (56%) e Médio São Francisco (24%). A população urbana representa 77% da população total, e a densidade populacional é de 22 hab./km². Nas demais regiões, observam-se percentual

430 Mancuso, numa referência a esse tema, acrescenta “[...] a busca do pleno emprego e o fomento ao livre exercício de atividade econômica (Art. 170, VIII e parágrafo único)”. Ainda, “O caso da transposição das águas do Rio São Francisco parece propício a engendrar colisão de princípios fundamentais, já que não se pode, a pretexto reduzir desigualdades sociais e regionais (CF, arts. 3º, III, e 170, VII), colocar em risco a higidez do corpo d’água (CF, Art.225, IV e VII) [...]” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Transposição das águas do Rio São Francisco: uma abordagem jurídica da controvérsia. In: MILARÉ, Edis. A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: RT, 2005. p.252).

de população da ordem de 10% no Submédio e no Baixo São Francisco⁴³¹.

Pela quantidade de Estados envolvidos, e por consequência desse fato, em face da característica de rio de dominialidade da União, com vários rios afluentes em sua maioria de domínio estadual, já se caracteriza a extensa bacia Hidrográfica do São Francisco um espaço de potencial conflituosidade intensa. Além desse fato, a região do Projeto encontra-se na área do Polígono das Secas, sendo que o Nordeste Setentrional – parte do semiárido ao norte do rio São Francisco – é a área que mais sofre os efeitos de secas prolongadas, abrangendo parcialmente os Estados de Pernambuco, Ceará, Paraíba e Rio Grande do Norte.

A transposição ou transferência de águas de bacias, recurso utilizado para conduzir certo volume de água de uma bacia para outra, tem gerado nesse caso um conflito sem precedentes na história brasileira, segundo o documento da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC)⁴³².

Nos momentos modernos, a principal motivação para a transferência de água entre as bacias nas regiões áridas e semiáridas é a chamada segurança hídrica, cujo objetivo básico é aumentar o nível de garantia de suprimento de água para as atividades a que se destina. Tais ações são sustentadas no princípio geral de equidade no direito do acesso à água, principalmente no que se refere ao abastecimento humano e animal, assegurado como princípio moral e incorporado na legislação das nações.

Em regras, aqueles que propõem a operação discutem a excelência técnica dos projetos, os benefícios econômicos e contribuições globais para desenvolvimento da sociedade. Os oponentes procuram mostrar, por outro lado, que os custos sociais e ambientais são muito altos e, conseqüentemente, inaceitáveis para a sociedade.

Todas as iniciativas de projetos e obras que historicamente envolveram as bacias hidrográficas do Nordeste Setentrional e a vizinha bacia do rio São Francisco tiveram, de um modo ou de outro, o propósito de mitigar a necessidade de abastecimento de água de Municípios localizados no semiárido nordestino. No caso específico do mais recente projeto, o da transposição de águas proposto pelo governo da União, por intermédio do Ministério da Integração Nacional, pretende-se atender o semi-

431 MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. Os números do rio. Disponível em: <<http://www.integracao.gov.br/saofrancisco/rio/numeros.asp>>. Acesso em: 02 fev. 2008.

432 “[...] a experiência das nações vem estabelecendo alguns preceitos como essenciais para assegurar a justiça nesse tipo de empreendimento: (1). A região receptora de água deve ter comprovada a escassez de água para o atendimento de suas necessidades; (2). Os recursos hídricos da região de origem devem ser suficientes para satisfazer a demanda da transferência sem acarretar impedimento ao desenvolvimento futuro dessa região; (3). Os impactos ambientais ocasionados pela transferência de água devem ser mínimos para ambas as regiões, de destino e de origem; (4). Os benefícios sociais para a região de destino devem ser compatíveis com o porte do empreendimento; (5). Os impactos positivos gerados devem ser compartilhados razoavelmente entre as regiões de origem e de destino. Argumentos pró e contra projetos de transferência de água entre bacias são essencialmente os mesmos que devem estar presentes em todos os investimentos em infraestrutura de grande escala: Viabilidade técnica construtiva e operacional; Prioridade regional e nacional e global, quando se tratar de países diferentes; Justificação econômica, justiça e valor social; Aceitabilidade quanto aos impactos ambientais; Suporte legal. Estes princípios foram consagrados no Segundo Fórum Mundial de água em Haia, Holanda, ocorrido em março de 2000.” SBPC. WORKSHOP SOBRE A TRANSPOSIÇÃO DE ÁGUAS DO RIO SÃO FRANCISCO. Relatório das Discussões. Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência: Recife, 2004, p. 3. (grifos nossos).

árido, o agreste de Pernambuco e a região metropolitana de Fortaleza como regiões receptoras de água.

5 O CONFLITO JURISDICIONALIZADO

A primeira instância de mediação do conflito jurisdicionalizado acerca do projeto da Transposição, por excelência, deveria ser o CBH, a quem cabe a interpretação da vontade popular, institucionalizado por força da Lei 9.433/97 como ente legitimado para o tratamento das questões envolvendo a bacia hidrográfica como unidade de gestão.

Devem igualmente ser respeitadas as etapas essenciais que caracterizam uma obra desse porte, de evidente impacto ambiental tanto para a região receptora como para a região doadora. A obra deve, portanto, receber o tratamento jurídico concedido a qualquer empreendimento desse volume que apresente potencial de dano ou de risco ambiental com a realização de todas as etapas que orientam o processo de licenciamento ambiental.

O principal elemento do amplo embate jurisdicional no Projeto da Transposição foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal, na RCL 3074/MG⁴³³. Essa reclamação foi proposta em face Juízo da 12ª Vara Federal do Estado de Minas Gerais, em Ação Civil Pública, em que o Estado de Minas Gerais, no interesse da proteção ambiental do seu território, pretendia impor exigências à atuação do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) no licenciamento da obra federal.

Foi suscitado, em princípio, um conflito federativo, no qual se reconheceu a competência originária do STF para processos no qual contendam, de um lado, Estados-membros ou órgãos seus e, de outro lado, a União ou autarquia federal, nas questões que o projeto referido envolva. Sustentava-se que o julgamento originário da ação ofendia o pacto federativo, enquanto princípio constitucionalmente assegurado, que confere autonomia às questões de cada Estado-membro da Federação. Como o projeto afeta diretamente vários deles, Minas Gerais sentia-se prejudicado em relação aos demais. Por conseguinte, foram pensadas aos autos as diversas ações oriundas dos Estados onde se veiculou controvérsia sobre o mesmo tema.

O relatório de impacto ambiental (RIMA) produzido menciona iniciativas de combate às secas na região receptora que remontam à colonização e ao império. No mesmo sentido, refere-se o decisum da RECL 3470, o principal elemento de manifestação

433 RECL 3074/MG. Tribunal Pleno, Relator: Sepúlveda Pertence, publicado em DJ 30.9.05. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 18 fev. 2007.

judicial sobre o caso⁴³⁴. Como a grande parte dos argumentos levantados pelo CBHSF refere-se ao Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), sua configuração merece um maior detalhamento.

A legislação nacional prevê como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente – por via da Lei 6938/81, Art. 9º, IV – o sistema de licenciamento ambiental que

[...] tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana⁴³⁵.

Nas obras que representem significativos riscos de dano ao meio ambiente, é necessário esse procedimento administrativo prévio para que o órgão ambiental competente aprove a localização, instalação, ampliação e operação de empreendimento ou atividade potencialmente prejudicial ao meio ambiente⁴³⁶.

Surge a necessidade de apresentação de relatórios técnicos que subsidiem o Poder Público, no ato de concessão das respectivas licenças que compõem o procedimento administrativo de licenciamento ambiental⁴³⁷, consubstanciados na apresentação de Estudos de Impacto Ambiental (EIA), com o respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), devendo o estudo atender aos princípios e objetivos da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente e às diretrizes gerais da legislação ambiental, assim como desenvolver as atividades técnicas mínimas exigidas⁴³⁸.

434 Em seu decisum nos autos da reclamação 3074, o Min. Sepúlveda Pertence ressalta que “A ideia do projeto foi retomada 1994 pela Secretaria de Irrigação do Ministério da Integração Regional, que elaborou o relatório do ‘Projeto de Derivação das Águas do Rio São Francisco para Regiões Semiáridas dos Estados de Pernambuco, Ceará, Paraíba e Rio Grande do Norte’ – posteriormente denominado ‘Projeto de Transposição do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional’. [...] Sob o atual governo, além de algumas modificações técnicas [...] o termo ‘transposição’, na denominação do projeto, foi alterado para ‘integração’, ressaltando o aproveitamento da infraestrutura já existente. (...) A calamidade era, então, tentada remediar pela Coroa portuguesa com a distribuição de alimentos - e o recrutamento dos favorecidos para trabalhar na infraestrutura da região -, sendo ilustrativo o envio de três navios carregados de mantimentos durante as “secas” de 1721 e de 1727. [...] A despeito das boas intenções do Império, entre 1877 e 1879 – período conhecido como ‘a grande seca’ – estima-se que mais da metade da população da área afetada, calculada em 1,7 milhão de pessoas, morreu de fome e de sede”. (Ibid.).

435 BRASIL. LEI Nº 6938/81, Art. 2º e respectivas resoluções do CONAMA.

436 BRASIL. CONAMA. Resolução 237/97, Art. 1º, “I. O ato administrativo por meio do qual são estabelecidas as condições, restrições e medidas de controle ambiental a serem observadas pelo empreendedor é a licença ambiental, emitida pelo órgão ambiental competente (Art. 1º, II). As modalidades de licenças a serem expedidas pelo Poder Público no exercício de sua competência de controle são: a Licença Prévia -LP; a Licença de Instalação - LI; e a Licença de Operação - LO. (Decreto 99274/90, Art. 19; CONAMA. Resolução 237/97, Art. 8º.

437 A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, (Lei 6.938) inseriu como objetivos desta política pública compatibilizar o desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico e a preservação dos recursos ambientais, com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente (Art. 4º, I e VI). Entre os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente colocou-se a avaliação dos impactos ambientais (Art. 9º, III). Incontestável passou a ser a obrigação de prevenir ou evitar o dano ambiental, quando o mesmo pudesse ser detectado antecipadamente.

438 Cf. BRASIL. CONAMA. Resolução 01/86, Art. 2º, c/c arts 5º e 6º.

No caso específico do Projeto da Transposição, foram realizadas as etapas do licenciamento, não obstante esse processo tenha sido alvo de inúmeros questionamentos judiciais, com pedidos de liminares que obstaculizassem as audiências públicas para discussão do mesmo. Por outro lado, algumas ações pretendiam exatamente o contrário, argumentando que o processo de licenciamento não tinha contemplado a realização das audiências públicas necessárias, ou com a participação de todos os grupos e comunidades envolvidos, em especial, os indígenas e quilombolas.

O relatório de impacto ambiental para a obra da transposição do São Francisco afirma que a captação de água do rio São Francisco será de cerca de 3,5% da sua vazão disponível. Ou seja, dos 1.850 m³/s de água do rio São Francisco, 63,5 m³/s serão retirados. Desse volume, 42,4 m³/s serão destinados às bacias do Jaguaribe, Apodi, Piranhas-Açu e Paraíba, e 21,1 m³/s, ao Estado de Pernambuco, que está inserido também na bacia do São Francisco. De acordo com o documento, as bacias hidrográficas beneficiadas são as seguintes: rio Jaguaribe, no Ceará; rio Piranhas-Açu, na Paraíba e Rio Grande do Norte; rio Apodi, no Rio Grande do Norte; rio Paraíba, na Paraíba; rios Moxotó, Terra Nova e Brígida, em Pernambuco, na bacia do rio São Francisco. O empreendimento viabilizará o fornecimento de água para fins de abastecimento humano, irrigação, dessedentação de animais, criação de peixes e de camarão, numa área que possui cerca de 12 milhões de habitantes e extrema condição de pobreza gerada pela escassez de água⁴³⁹.

Segundo consta do RIMA, a definição do projeto decorreu de duas etapas de análise: Estudos de Inserção Regional, com avaliação da disponibilidade e a demanda por água no Nordeste Setentrional, considerando uma área mais ampla que a área efetivamente beneficiada pelo empreendimento; Estudos de Viabilidade Técnico-Econômica, avaliação das alternativas para o anteprojeto de engenharia para definir a melhor opção de traçado, o planejamento das obras e seus custos, e a sua viabilidade econômica. E, ainda, “Esses estudos consideraram os benefícios socioeconômicos que poderiam ser ampliados por outros empreendimentos independentes já implantados, em construção ou planejados”⁴⁴⁰. Na metodologia utilizada foram identificadas “matrizes de impactos”,

439 “Nessa ampla região do Nordeste brasileiro, são encontradas exceções a essa regra geral. Em alguns polos interioranos, como Campina Grande (PB), Juazeiro do Norte (CE) e Mossoró (RN), uma economia diversificada impulsiona processos locais de modernização e melhoria das condições de vida. Exceções também são os projetos hidroagrícolas situados nas margens e proximidades do rio São Francisco, dos grandes açudes (como Armando Ribeiro Gonçalves), de trechos de rios regularizados por grandes reservatórios (como Jaguaribe e Açu) e aqueles menores, localizados nas proximidades dos açudes Quixabinha, São Gonçalo e Lagoa do Arroz (ao longo do rio do Peixe). A seca impede a fixação do homem no campo e é a principal responsável por um processo migratório que pressiona pequenas e médias cidades incapazes de absorver essa população. A consequência é o deslocamento dessa massa para os centros interioranos (Campina Grande, Juazeiro do Norte, Petrolina, Mossoró, dentre outros) e, principalmente, para as metrópoles (Fortaleza, Natal, João Pessoa e Recife), criando os “bolsões” de pobreza das cidades.” (RIMA. Disponível em: <www.integracao.gov.br/saofrancisco/rima/download.asp>. Acesso em: 02 fev. 2007. p. 119).

440 RIMA. Projeto de Integração do Rio São Francisco com Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional. Disponível em: <www.integracao.gov.br/saofrancisco/rima/download.asp>. Acesso em: 02 fev. 2007. p. 3.

tanto positivos quanto negativos, no total de quarenta e quatro⁴⁴¹.

Os impactos positivos mais relevantes a serem previstos com a implantação e operação do Projeto de Integração são os seguintes: aumento da oferta e da garantia hídrica; geração de empregos e renda durante a implantação; dinamização da economia regional; aumento da oferta de água para abastecimento urbano; abastecimento de água das populações rurais; redução da exposição da população a situações emergenciais de seca; dinamização da atividade agrícola e incorporação de novas áreas ao processo produtivo; melhoria da qualidade da água nas bacias receptoras; diminuição do êxodo rural e da emigração da região; redução da exposição da população a doenças e óbitos; redução da pressão sobre a infraestrutura de saúde.

Dentre os impactos ambientais negativos, caracterizadores do conflito ambiental, avaliados como mais relevantes, estão a modificação da composição das comunidades biológicas aquáticas nativas das bacias receptoras; risco de redução da biodiversidade das comunidades biológicas aquáticas nativas nas bacias receptoras; possibilidade de interferências em populações indígenas; perda e fragmentação de cerca de 430 hectares de áreas com vegetação nativa e de habitats de fauna terrestre; risco de introdução de espécies de peixes potencialmente daninhas ao homem nas bacias receptoras; interferência sobre a pesca nos açudes receptores; modificação do regime fluvial das drenagens receptoras. O RIMA menciona ainda que “[...] a avaliação dos impactos ambientais decorrentes da instalação e operação do Projeto de Integração do Rio São Francisco com Bacias do Nordeste Setentrional levou à elaboração de 24 Programas Ambientais” que, ao serem implantados, “[...] possibilitarão prevenção, atenuação e correções de impactos”, como alternativa para mitigação do impacto ambiental do projeto⁴⁴². Como medida de incremento ao desenvolvimento local e regional, o RIMA aponta⁴⁴³

[...] a diminuição da migração e, portanto, retenção de um importante contingente humano na região beneficiada; dinamização das atividades produtivas, gerando mais negócios, empregos e renda; redução da pressão migratória sobre as pequenas e médias cidades e metrópoles da região, reduzindo seus problemas sociais e ambientais.

O documento produzido após o estudo de impacto ambiental e que deveria subsidiar a aplicação do Princípio da Precaução no caso em comento foi um dos mais atacados na judicialização do conflito, durante a fase inicial do projeto, qual seja a concessão de licença prévia. As ações que pretendiam atacá-lo, tendo como parte ré o IBAMA, órgão responsável pela concessão da licença ambiental correspondente, culminaram com a Reclamação julgada pelo Supremo Tribunal Federal, sob o pressuposto de violação do Pacto Federativo.

441 “Identificaram-se 44 impactos, sendo 23 considerados como de maior relevância. Desses impactos 11 são positivos e 12, negativos.” (Ibid., p. 73).

442 Ibid., p. 98.

443 Ibid.

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) Federal manifestou-se publicamente acerca de possível inconstitucionalidade de alguns pontos processuais da controvérsia e, especificamente no tocante ao procedimento de licenciamento, apontou falha no procedimento de concessão da licença prévia, com base em vários argumentos. Foram citados: a apresentação de outorga de direitos de uso de recursos hídricos pela ANA; a apresentação de certificado de Avaliação de Sustentabilidade da Obra; o detalhamento do Projeto Básico Ambiental; a inclusão de estudos etnoecológicos das comunidades indígenas impactadas pelo projeto; a confirmação, por meio de novos estudos, da eventual existência de comunidades quilombolas; realização de um inventário florestal, estimando-se a intensidade amostral necessária para garantir erro de amostragem máximo de 20%; apresentar mapas de vegetação, confrontando as áreas propícias à expansão agrícola com as áreas consideradas prioritárias para a conservação. Foi sustentada, para tal, a “[...] usurpação da competência originária do Supremo Tribunal Federal, por tratar-se de discussão potencialmente lesiva aos valores que informam o pacto federativo”. Ainda, a Ação Civil Pública poderia paralisar o Projeto de Integração do Rio São Francisco, atingindo interesses não apenas do Estado de Minas Gerais e da União como também de diversos Estados da região Nordeste⁴⁴⁴.

Nas várias ações propostas, há uma série de interessados que pleitearam o direito de oposição a esse projeto do Governo Federal. Alguns deles mereceram o tratamento de intérpretes privilegiados, como o poder Judiciário e o Comitê de Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco (CBHSF), entes legitimados para tal.

6 CONCLUSÕES

Apesar da recente implantação da Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), definida por força da Lei 9.433/97, do ponto de vista da regulamentação de recursos hídricos, existe satisfatória oferta de legislação e instituições bem definidas, desempenhando seus papéis. A Lei 9.433/97, ao estabelecer um controle compartilhado da política de recursos hídricos, mediante as decisões colegiadas dos CBH e Conselhos Superiores, fornece elementos para a implementação do direito ao desenvolvimento e princípios pertinentes, conforme as técnicas interpretativas adequadas. Ao tentar compatibilizar esses dois princípios – do uso múltiplo e da consideração econômica da água –, estaria favorecendo a equidade no uso da água e o acesso equitativo ao desenvolvimento, mediante a conferência de legitimidade popular aos processos decisórios. As falhas na estrutura regulatória, presentes nesse caso, tendo em vista o comprometimento da obediência aos preceitos da Lei 9.433/97 e do planejamento

444 OAB. PARECER TÉCNICO. Disponível em: <<http://www.cbhsaofrancisco.org.br/download/transposicao/sintese%20juridica%20OAB%2015-08.htm>>. Acesso em: 13 mar. 2007.

institucional violado juntamente com a desobediência aos Planos de Bacia do Rio São Francisco⁴⁴⁵ e a falta de transparência, autorreferenciada no âmbito do exame desse conflito, conduziram a essas constatações.

Entretanto, a análise do conflito selecionado na bacia do rio São Francisco mostrou que, não obstante a presença das instituições, normas e estatutos avançados para o setor, todos não foram suficientes para dirimir o conflito gerado pela necessidade de proteção ambiental e de subsídios ao desenvolvimento nacional, de forma equilibrada e estável, do ponto de vista da segurança da decisão sobre a questão da transposição de bacias do rio São Francisco.

No mesmo sentido, as séries de decisões no conflito da transposição de bacias não conduziram a uma possível valorização do Princípio da Precaução em detrimento do desenvolvimento, fato evidenciado pelos argumentos em favor da ofensa aos direitos das populações ribeirinhas, indígenas e quilombolas, não suficientemente explorados no EIA/RIMA e nos procedimentos de audiências públicas. Tal fato poderia caracterizar até mesmo eventual abuso de discricionariedade da Administração Pública Federal, ao insistir num projeto em que pretensas irregularidades estariam sendo cometidas, restando prejudicada a credibilidade das instituições nesse caso concreto.

A conflituosidade não está sendo dirimida pela interpretação dada até aqui pelo Tribunal Constitucional. A utilização da melhor técnica interpretativa será refletida na qualidade e segurança da decisão de mérito, que, não obstante seu possível caráter político, também assegura um pronunciamento jurídico com características de efetividade normativa. A credibilidade das instituições, como leis e interpretações dos Tribunais Superiores, depende, em certa medida, do adequado tratamento dado ao conflito juridicizado. A utilização de recursos interpretativos específicos para as situações de colisão de princípios constitucionais pelos Tribunais Superiores, plenamente disponíveis e ao alcance dos mesmos, traria um elemento contributivo de segurança da decisão, ao serem ventilados no mérito princípios como o desenvolvimento e a eliminação de desigualdades regionais e a proteção ao meio ambiente, como no caso analisado. Já houve decisões ancoradas nesses argumentos de colisão entre ecologia e desenvolvimento sustentável que foram tratados mediante uso da ponderação no âmbito do STF⁴⁴⁶. Ao analisar-se a aplicabilidade dos princípios na solução do

445 Planos de bacia são documentos discutidos e aprovados pelos CBH, do qual constam as diretrizes de atuação na gestão da bacia hidrográfica. Possuem força de regulamento, em razão da aprovação colegiada em todos os níveis respectivos da PNRH. Esta observação partiu do fato segundo qual a opinião manifestada pelo CBHSF, contrária à execução da obra, e fundamentada pelo Plano de Bacia Hidrográfica não foi elemento considerado como argumento contrário à interrupção das obras nas decisões do STF.

446 “[...] RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQUENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II)

conflito na bacia hidrográfica do São Francisco, sob o ponto de vista dos intérpretes autorizados, verificou-se que várias ações foram propostas em ataque ao projeto da Administração Federal e há possibilidade de que essa conflituosidade ainda frutifique em termos de ações.

A reclamação que sintetizou, por via dos mecanismos processuais, o cerne da decisão judicial, discutiu o RIMA, em ação cujo polo passivo foi o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). O mérito da ação pretendeu apenas suscitar um conflito federativo, alegando-se que a lide, por tratar de assunto que interessava a mais de um Estado da Federação, estaria, portanto, ofendendo ao Princípio Constitucional do Pacto Federativo. Na lide deduzida em juízo, o Supremo Tribunal Federal afirmou sua competência para processar e julgar todas as ações que discutissem o Projeto de Integração do Rio São Francisco, sem fazer nenhuma referência a fundamentos de ponderação principiológica dirigida ao mérito em si da questão ambiental, sintetizada no conflito entre meio ambiente e desenvolvimento.

O Princípio da Precaução, entretanto, foi amplamente utilizado como argumentos no posicionamento público do CBHSF, no parecer ministerial colhido na RECL 3074, em que se discutiram aspectos técnicos do RIMA. Foi, portanto, esse um dos principais elementos da judicialização do conflito, sob o prisma da valorização da proteção do meio ambiente e dos recursos naturais.

O princípio da legalidade foi levantado pelo CBSF e pelo MP, quando argumentaram aspectos da violação dos termos da Lei 9.433/97, que disciplina os procedimentos de gestão dos recursos hídricos, especialmente pontuados pela necessidade de respeito às decisões do CBHSF e à necessidade de obediência ao Plano de Bacia. Foi questionada inclusive a exacerbação do poder discricionário da Administração Pública Federal em insistir no plano, mesmo desrespeitadas as etapas que envolveram o princípio da participação popular, leia-se Princípio da Subsidiariedade⁴⁴⁷. Evidente ainda a ofensa flagrante a esse princípio, que, mesmo tratado infraconstitucionalmente, tem enorme relevo para a questão levantada. Nesse caso concreto, verifica-se o desrespeito às decisões colegiadas das instituições aos quais foi atribuída a gestão dos recursos hídricos na bacia do rio São Francisco. Essa referência institucional é indispensável nesse conflito, uma vez que todo o processo participativo decisório, característico da Política Nacional de Recursos Hídricos, princípios, instrumentos e formas de atuação institucional são caracterizados pela subsidiariedade, de ampla base legal.

A análise refletiu, portanto, o fato de que as matérias julgadas estiveram mais afetas aos aspectos processuais ou instrumentais das ações. Os aspectos materiais, embora

E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA". STF. ADI-MC 3540/DF. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADI\\$.SCLA.%20E%203540.NUM.E\)%20OU%20\(ADI.ACMS.%20ADJ2%203540.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADI$.SCLA.%20E%203540.NUM.E)%20OU%20(ADI.ACMS.%20ADJ2%203540.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 03 abr. 2008.

447 BARACHO, Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

tivessem sido considerados, não adquiriram o destaque merecido numa questão de tal envergadura. No tocante ao uso de técnicas de ponderação, não houve referência explícita ao seu uso enquanto instrumental decisório, muito embora os casos dessa natureza, tipicamente, conforme se sustentou, demandem a adoção dessa técnica por parte dos intérpretes autorizados. Fica notória a consideração de que a ponderação de princípios constitucionais não parece ser ainda fato corriqueiro nos Tribunais Superiores brasileiros. Sob esse enfoque, seria imperativo que a ponderação desse ser elemento de julgamento dos aspectos materiais desse conflito.

Mesmo que a questão suscite a ponderação entre os princípios que determinam o desenvolvimento das regiões receptoras, para eliminação das desigualdades regionais e melhoria da qualidade de vida das populações atingidas, o ataque ao RIMA nas diversas ações deduzidas em juízo tem sido utilizado como elemento de superelevação do Princípio da Precaução, em detrimento dos demais princípios levantados. O Princípio da Precaução será invocado sempre como forma de tentar mitigar o possível risco de dano ambiental.

A intensa conflituosidade jurisdicional que se operou até agora tende a não se exaurir nas decisões até aqui proferidas. Por sua vez, a Administração Pública federal continuará a manifestar seu interesse no projeto, enquanto viabilização de uma política desenvolvimentista e integradora da região Nordeste. De todo o exposto, conclui-se que a questão foi tratada pelos intérpretes autorizados, evidentemente, nos limites das ações propostas, sem que o mérito do conflito entre desenvolvimento nacional e proteção do meio ambiente fosse diretamente referido enquanto argumento de decisão. No entanto, a violação de diversos princípios constitucionais e a fragilização de instituições consolidadas, bem como a ausência de técnicas interpretativas específicas de direito material, que conduzissem a uma maior segurança jurídica e efetividade na decidibilidade do conflito, ficaram evidentes.

O Judiciário, nesse caso, parece adotar uma condição de legitimador de uma Política Pública específica da União Federal, ao eximir-se da real apreciação do mérito do conflito: o embate entre desenvolvimento e a proteção do meio ambiente. Esse fato conduz a inúmeras reflexões em torno da tripartição de poderes e ao sistema de freios e contrapesos, instituições plenamente identificadas com o sistema jurídico-político nacional. O valor da interpretação conforme a Constituição para o desenvolvimento de um país está no dia a dia dos Tribunais Superiores, e, especialmente na proteção ambiental, poderá ser amplamente incrementado com a valorização das questões meritórias de natureza material, nas quais as reflexões éticas e cidadãs podem ser sobremaneira valorizadas.

7 REFERÊNCIAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BARACHO, Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, Rubens Morato. Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicolla; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. 13. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 859p.
- BRASIL. Constituição Federal (1988).
- _____. CONAMA. Resolução 237/97.
- _____. CONAMA. Resolução 01/86.
- _____. LEI 6938/81. Institui a Política Nacional do Meio Ambiente.
- _____. Lei 8.078/1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor.
- _____. LEI 9.433/1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, Rubens Morato. Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007. 433p.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 360p.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Direitos difusos: conceito e legitimação para agir. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 277p.
- MILARÉ, Édis. (Coord.). A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: RT, 2005. 639p.
- MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. Os números do rio. Disponível em: <<http://www.integracao.gov.br/saofrancisco/rio/numeros.asp>>. Acesso em: 02 fev. 2008.
- OAB. PARECER TÉCNICO. Disponível em: <<http://www.cbhsaofrancisco.org.br/download/transposicao/sintese%20juridica%20OAB%2015-08.htm>>. Acesso em: 13 mar. 2007.
- POMPEU, Cid Tomanik. Direito de águas no Brasil. São Paulo: RT, 2006. 512p.
- RIMA. RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL PARA OBRA DA TRANPOSIÇÃO DE BACIAS DO RIO SÃO FRANCISCO. Disponível em: <www.rima.org.br>.

integracao.gov.br/saofrancisco/rima/download.asp>. Acesso em: 02 fev. 2007.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 220p.

SBPC. WORKSHOP SOBRE A TRANSPOSIÇÃO DE ÁGUAS DO RIO SÃO FRANCISCO. Relatório das discussões. Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência: Recife, 2004. Disponível em: <<http://www.cbhsaofrancisco.org.br/>>. Acesso em: 10 mar. 2008.

1 “Em geologia, engenharia e topografia subsidência referem-se ao movimento de uma superfície (geralmente a superfície da Terra) à medida que ela se desloca para baixo relativamente a um nível de referência, como seja o nível médio do mar”. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Subsid%C3%Aancia>>. Acesso em: 04 set. 2008.