

**FACULDADES INTEGRADAS**  
**“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O REGIME JURÍDICO DA PROPRIEDADE, USO  
E TUTELA DAS ÁGUAS**

Silvio dos Santos Retamiro

Presidente Prudente / SP.  
2005

**FACULDADES INTEGRADAS**  
**“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O REGIME JURÍDICO DA PROPRIEDADE, USO  
E TUTELA DAS ÁGUAS**

Silvio dos Santos Retamiro

Monografia apresentada como requisito  
parcial de Conclusão de Curso para  
obtenção do Grau de Bacharel em Direito,  
sob a orientação do Prof. Luis Roberto Gomes.

Presidente Prudente / SP.  
2005

# **O REGIME JURÍDICO DA PROPRIEDADE, USO E TUTELA DAS ÁGUAS**

Trabalho de conclusão de curso aprovado  
como requisito parcial para obtenção do  
Grau de Bacharel em Direito.

---

Luis Roberto Gomes

---

Sandro Marcos Godoy

---

Roberto Tadeu Miras Ferron

Presidente Prudente / SP, 30 de Novembro de 2005

*“ A água faz parte do patrimônio do planeta. Cada continente, cada povo, cada nação, cada região, cada cidade, cada cidadão é plenamente responsável aos olhos de todos. ..*

*A água é a seiva de nosso planeta. Ela é condição essencial da vida...*

*A água não é somente herança de nossos predecessores; ela é, sobretudo, um empréstimo aos nossos sucessores. Sua proteção constitui uma necessidade vital, assim como a obrigação moral do homem para com as gerações presentes e futuras...”.*

*(Fragmentos da Declaração dos Direitos Universais da Água).*

*“(....) O riacho, o rio, a cascata têm, pois, um falar que os homens compreendem naturalmente. Uma música de humanidade”.*

*Bachelard / Wordsworth.*

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus, que me deu muita perseverança para enfrentar cada dificuldade ao longo da minha ainda breve caminhada.

Em especial à minha mãe, Aparecida que ilumina os meus passos com suas orações e alimenta os meus sonhos com seu exemplo de dedicação e esforço pela vida.

À Graciele, com quem tanto partilhei os muitos dias desta jornada; à minha família que soube compreender minhas ausências e aos amigos que de um modo ou de outro me incentivaram.

Agradeço muito aos professores, à direção e a alguns funcionários da E.E. Cleófano Mota, em Taciba, que sempre me incentivaram e acompanharam meu esforço em conciliar o trabalho na escola e o desafio de cursar mais uma faculdade.

Ao prof. Luis Roberto Gomes, pela paciência e pelo incentivo, desde os primeiros anos e mais ainda neste trabalho. Ter a sua orientação foi uma honra e uma grande satisfação.

Por fim, agradeço ao Prof. Dr. Sebastião Jorge Chammé (in memoriam) que inspirou minha vontade de pesquisar e foi um grande exemplo de mestre e amigo.

À todos, meu eterno agradecimento.

## RESUMO

O presente trabalho aborda o regime jurídico da propriedade ou domínio das águas, bem como seu uso, e analisa os instrumentos que podem ser utilizados para a tutela administrativa e civil dos recursos hídricos. A pesquisa mostra em primeiro lugar a importância da água como bem ambiental e recurso de valor econômico, salientando a preocupação com as questões ambientais que necessariamente passam pela conservação e uso adequado das águas. Em seguida, trata do novo regime de propriedade das águas trazido pela Constituição Federal de 1988 e pela Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/97) e das consequências dessa mudança, principalmente no tocante à possibilidade ou não de indenização aos antigos proprietários de águas particulares, existentes no regime anterior. Neste sentido, analisa principalmente dois aspectos fundamentais que disciplinam o regime de uso das águas: a outorga e a cobrança, reiterando a necessidade de regulamentação e implementação dos dispositivos normativos já existentes, além de salientar a necessidade de efetiva atuação do poder de polícia da administração neste campo. Por fim, traz o trabalho os instrumentos administrativos e judiciais existentes na legislação brasileira, capazes de propiciar uma tutela adequada e por conseguinte, um uso racional e sustentado dos recursos hídricos para as atuais e futuras gerações.

Palavras-chave: Meio Ambiente. Recursos Hídricos. Domínio e uso das águas. Tutela Administrativa. Tutela Civil

## ABSTRACT

The present work covered the regimen legal of the property or domain of waters and its use, and analyzes the instruments that can be used for the administrative and civil guardianship of the hydric resources. The research shows at first the importance of the water as ambient wealth and economic value resource, pointing out the concern with the ambient questions that necessarily pass for the conservation and adequate use of waters. After that, it treat with the new regimen of property of waters brought by the Federal Constitution of 1988 and the National Politics of Hydric Resources (Law 9,433/97) and of the consequences of this change, mainly in the possibility or not of indemnity to the old proprietors of particular waters, existing in the previous regimen. In this direction, it mainly analyzes two basic aspects that discipline the regimen of use of waters: the grant and the collection, reiterating the necessity of regulation and implementation of the already existing normative devices, besides pointing out the necessity of effective performance of the power of policy of the administration in this field. Finally, the work brings the judicial and administrative instruments existing in the Brazilian legislation, capable to propitiate an adequate guardianship and therefore, a rational and supported use of the hydric resources for the current and future generations.

Keywords: Environment. Hydric Resources. Domain and use of waters. Administrative Guardianship. Civil Guardianship

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE</b> .....	12
1.1 Noções gerais.....	12
1.1.1 A questão ambiental e o desenvolvimento sustentável.....	14
1.2 Princípios do direito ambiental.....	15
1.2.1 Princípio do usuário/ poluidor – pagador.....	16
1.2.1 Princípios da prevenção e da precaução.....	17
1.2.3 Princípios da informação e participação.....	18
1.3 A proteção constitucional do meio ambiente.....	19
1.3.1 A repartição de competências nas questões ambientais.....	20
<b>2 DAS ÁGUAS</b> .....	23
2.1 Noções gerais.....	23
2.2 A proteção legislativa das águas no Brasil.....	25
2.3 O Sistema Nacional de Gerenciamento dos Recursos Hídricos.....	27
2.3.1 Órgãos e entidades do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.....	28
2.3.1.1 Conselho nacional de recursos hídricos.....	28
2.3.1.2 A agência nacional de águas – ANA.....	28
2.3.1.3 Conselhos estaduais de recursos hídricos.....	29
2.3.1.4 Comitês de bacias hidrográficas.....	30
2.3.1.5 As agências de águas.....	31
2.4. A política nacional de recursos hídricos.....	33
2.4.1 Fundamentos da política nacional de recursos hídricos.....	33
2.4.2 Objetivos da política nacional de recursos hídricos.....	33
2.4.3 Diretrizes de ação.....	34
<b>3 DA PROPRIEDADE DAS ÁGUAS</b> .....	35
3.1 Da propriedade.....	35
3.1.1 Evolução histórica da propriedade.....	35



3.1.2	Características do direito de propriedade.....	37
3.1.3	A propriedade no direito brasileiro e sua função social.....	38
3.2	Direito de propriedade e meio ambiente.....	40
3.3	A propriedade das águas no Brasil .....	43
3.3.1	Competência legislativa e material sobre águas .....	43
3.3.2	A propriedade das águas e sua função social.....	46
3.3.3	A água como bem ambiental .....	48
3.4	O novo regime jurídico de propriedade das águas.....	52
3.4.1	A dominialidade das águas .....	52
3.4.2	Comparação com alguns atos de intervenção do Estado na propriedade .....	55
3.4.3	A questão do direito adquirido e das indenizações.....	58
3.4.4	A averbação da perda da propriedade das águas no registro do imóvel.....	69
<b>4</b>	<b>O USO DOS RECURSOS HÍDRICOS.....</b>	<b>71</b>
4.1	O uso social e múltiplo das águas.....	71
4.2	Os instrumentos de proteção do novo regime de uso das águas.....	72
4.2.1	O plano de recursos hídricos.....	72
4.2.2	O enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos Preponderantes.....	73
4.2.3	O sistema de informações sobre recursos hídricos .....	74
4.3	A outorga para uso dos recursos hídricos.....	75
4.4	A cobrança pelo uso da água .....	83
<b>5</b>	<b>OUTROS INSTRUMENTOS ADMINISTRATIVOS DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E DO USO DAS ÁGUAS.....</b>	<b>88</b>
5.1	Considerações gerais.....	88
5.2	Os padrões de qualidade ambiental .....	89
5.3	O zoneamento ambiental .....	89
5.4	A Avaliação de impacto ambiental.....	91
5.4.1	Aspectos gerais .....	91
5.4.2	O estudo prévio de impacto ambiental .....	92
5.4.2.1	Aspectos gerais e características.....	92
5.4.2.2	Diretrizes e conteúdo do EIA.....	98
5.4.2.3	O Rima e a Audiência pública .....	101

5.4.3 Audiência pública .....	102
5.5 O licenciamento ambiental .....	105
5.5.1 Noções gerais .....	105
5.5.2 Natureza jurídica.....	106
5.5.3 Características e etapas do licenciamento ambiental.....	108
5.5.4 Prazos para análise e para vigência das licenças .....	112
5.5.5 Competência para o licenciamento ambiental .....	113
5.5.6 Invalidação da licença ambiental.....	114
5.6 As infrações e as sanções administrativas .....	115
5.6.1 As infrações administrativas e as sanções previstas na política nacional de recursos hídricos.....	121
<b>6 A TUTELA CIVIL DAS ÁGUAS.....</b>	<b>125</b>
6.1. Considerações iniciais.....	125
6.2 A responsabilidade civil por danos ao meio ambiente .....	125
6.3 Instrumentos processuais para a tutela civil das águas e do meio ambiente.....	131
6.3.1 Considerações iniciais.....	131
6.3.1.1 O controle da omissão administrativa em matéria ambiental .....	131
6.3.2 O inquérito civil .....	132
6.3.3 O compromisso de ajustamento de conduta. ....	135
6.3.4 A ação civil pública .....	136
6.3.4.1 Aspectos gerais .....	136
6.3.4.2 Legitimidade ativa e passiva.....	138
6.3.4.3 Competência .....	140
6.3.4.4 Desistência ou abandono da ação .....	141
6.3.4.5 Transação, antecipação de tutela e medidas liminares .....	142
6.4.5 A ação popular ambiental .....	144
6.4.5.1 Noções gerais .....	144
6.4.5.2 A Ação popular e a participação política.....	147
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>148</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>151</b>

## INTRODUÇÃO

No contexto da preocupação com a conservação dos recursos naturais e como consequência, com o futuro do planeta, se insere a discussão em torno do regime jurídico do domínio e uso dos recursos hídricos, que diante da escassez anunciada, mesmo num país como o nosso, torna-se de relevante importância o estudo das bases jurídicas nas quais se fundamentam o seu uso e proteção.

Visando despertar os olhares para este tema ainda pouco discutido, mas que brevemente tornar-se-á foco de intensos e acalorados debates de âmbito jurídico, procurou-se com este trabalho, utilizando-se basicamente de pesquisa bibliográfica a respeito do tema, abordar a questão do domínio, uso e proteção dos recursos hídricos, neste último caso restringindo-se à proteção das águas na esfera administrativa e civil.

Evidentemente a presente pesquisa não visou esgotar o assunto, inclusive porque é um tema que somente à pouco tempo tem sido discutido no âmbito jurídico, ficando antes restrito às manchetes de jornais e às pesquisas de técnicos e especialistas. A própria legislação é bastante recente e carece de regulamentação em muitos de seus aspectos, além das dificuldades estruturais da própria administração em implementar e fazer cumprir a nova legislação vigente.

Num primeiro momento retratou-se a problemática do meio ambiente e das águas, a realidade em que se encontra o planeta, a disponibilidade e o uso das águas no Brasil, a preocupação com a degradação, a escassez e a evolução legislativa como fruto da recente preocupação com o tema.

Em seguida, abordou-se a questão da propriedade ou domínio das águas, que com a Constituição Federal de 1988, ficou sacramentada como um bem de domínio público, discutindo-se ainda a questão da possibilidade ou não da existência de direito adquirido e de indenização aos antigos proprietários de águas particulares do regime de uso anterior à nova Constituição.

No que concerne ao uso dos recursos hídricos, o presente trabalho procurou expor as novidades trazidas pela Lei 9433/97, que representa a Política Nacional de Recursos Hídricos e indica as bases nas quais deve ocorrer o uso apropriado das águas, diante da necessidade premente de mudança de paradigma, considerando agora as águas como um recurso natural limitado e dotado de valor econômico. Seguindo nesta linha, buscou-se demonstrar a importância da outorga e da cobrança pelo uso dos recursos hídricos como

forma de disciplinar e dar condições para que se alcance um uso mais racional e sustentado desse recurso tão precioso.

Na última parte da pesquisa tratou-se dos instrumentos disponibilizados pela Política Nacional de Recursos Hídricos e pela Política Nacional do Meio Ambiente para a efetivação do disposto na legislação tendo sempre como meta final o uso social da água, atendendo assim o interesse público e da coletividade.

Tratou ainda o trabalho de salientar que no caso de omissão do poder público de exercer o poder de polícia por meio dos instrumentos administrativos de proteção das águas, tem-se à disposição os instrumentos judiciais como a Ação Civil Pública e a Ação Popular, nas quais tem importante papel o Ministério Público e a participação popular, esta última de necessidade imprescindível, pois somente com a implementação da Política Nacional de Educação Ambiental é que se alcançará uma intensa participação popular sem a qual o uso racional e a proteção das águas e dos demais recursos naturais ficam comprometidos.

# **CAPÍTULO 1**

## **A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE**

### **1.1 Noções gerais**

A transformação do ambiente natural pelas sociedades humanas ocorreu à medida que foram sendo aprimoradas as técnicas de obtenção dos recursos naturais para a satisfação das necessidades e também proporcionalmente ao crescimento da população. Enquanto se utilizavam técnicas rudimentares e a população não crescia em patamares altos, o poder de transformação das paisagens, de destruição dos ecossistemas era reduzido e por consequência os impactos ambientais eram até mesmo desprezíveis.

Mas à partir da Revolução Industrial, ocorreu um grande salto na produção de bens e na necessidade de explorar mais ainda os recursos do planeta para a obtenção de matérias-primas e energia.

No contexto dessa evolução tecnológica se juntou o desenvolvimento das comunicações utilizado pelos agentes do sistema capitalista para despertar o consumismo desenfreado na população mundial que em meados do século XX cresceu espantosamente. Pronto, estava elaborada a receita para um mundo dilapidado e que aos poucos agoniza.

Se por um lado ampliou-se vertiginosamente a degradação dos recursos naturais, por outro demorou muito tempo para a preocupação com o futuro do planeta ser discutida e disseminada por todos os lugares. A consciência ecológica que surge primeiro entre os estudiosos do assunto, somente nas últimas décadas teve a adesão popular e a iniciativa dos países para assumir uma postura compromissada com as questões ambientais.

Hoje percebemos que aquela nave que nos conduzia e que nos colocava medo diante de sua imponente e grandeza nos primórdios das civilizações, agora é conduzida por nós, que temos medo não mais dela em si, mas do que estamos fazendo com ela. Estamos agora com medo das consequências que podem surgir por não estarmos conduzindo nosso planeta com a mesma inteligência que dirigimos nossos interesses econômicos mesquinhos e imediatistas.

Neste curto caminho percorrido, as sociedades humanas ocuparam quase todos os espaços, desenvolveram a ciência, geraram progressos, mas entre os tantos males que criaram está a degradação da natureza, fonte de tudo que retirou para conseguir o referido progresso.

Em pouco menos de 300 anos o desenvolvimento tecnológico e o crescimento populacional foram mais intensos que em toda a história da presença humana no planeta, mas concomitantemente, a deterioração das condições ambientais ocorreu em ritmo e escala jamais vistos.

Mesmo em economias emergentes como o Brasil, imperou o crescimento econômico a qualquer custo, sem a preocupação com o exaurimento dos recursos naturais e os impactos ambientais advindos dessa incessante busca pelo “progresso” sem ao menor preocupação com o meio ambiente. Na maioria dos países os custos para proteger o meio ambiente eram considerados um exagero diante de um “mal menor”.

Entramos no novo milênio com esta preocupante constatação: não faltam informações, a ciência progride, as discussões e acordos até acontecem, mas não houve ainda um comportamento satisfatório por parte de países como os Estados Unidos..

No plano interno das nações, tem ocorrido maiores avanços, mas ainda é necessário maior empenho de toda a sociedade para a proteção deste organismo vivo que habitamos. Ainda predomina a antiga e bíblica idéia de que o mundo foi criado por Deus para o homem e este deve dominar sobre todos os outros seres vivos da Terra.

Em todos os lados, verificamos que o planeta está morrendo. Em muitos lugares está agonizando. Assim, a cada dia, por onde quer que olhemos, deparamo-nos com inúmeros problemas ambientais ao nosso entorno. A paisagem natural da Terra está cada vez mais ameaçada pela poluição do ar que vem das fábricas e carros, pelo lixo atômico, pelos dejetos orgânicos nas águas, pela contaminação dos pólos, pela chuva ácida, pelas queimadas. Por conta disso, as águas escasseiam, as florestas diminuem, o ar se torna irrespirável, o solo contaminado, o patrimônio genético se extingue, o clima sofre profundas alterações.

Diante desta constatação, estamos abreviando os anos que nossa espécie tem para viver sobre o planeta, o futuro tornou-se mais impreciso e o horizonte curtíssimo de nossa existência pode ser encerrado não por eventos naturais que levem à extinção da espécie, mas pelo próprio homem que dilapida suas riquezas. O poder de auto-regeneração do meio ambiente está chegando ao limite, estamos quase chegando a um ponto sem retorno.

Desse modo afirma Édis Milaré:

*Não há dúvida, pois, de que a questão ambiental, por esse prisma, é uma questão de vida ou morte, morte ou vida, estas não apenas de animais e plantas, mas do próprio homem e do planeta que o abriga. (MILARÉ, 2001, pág. 39)*

O alerta já foi dado há um bom tempo, a conscientização de que estamos num momento caótico é o primeiro passo para uma considerável mudança em nossa relação com o meio ambiente.

### **1.1.1 A questão ambiental e o desenvolvimento sustentável**

Não se pode negar que nestas últimas décadas as discussões acerca da questão ambiental provocou um “despertar” para este problema. Se a consciência ecológica é o primeiro passo, a mudança de atitude deve segui-la, do contrário cai-se no discurso vazio e protelatório.

O melhor caminho que se vislumbra até o momento para nortear essa mudança de comportamento é o chamado desenvolvimento sustentado.

Este conceito surge da acalorada discussão entre as duas correntes que durante um bom tempo dominaram os pensadores da questão ambiental: a Antropocentrista e a Biocentrista.

Na visão do Biocentrismo, homem e seres vivos estão num patamar de igualdade, estão integrados no ecossistema interdependente, enquanto na ótica antropocentrista o homem é centro da vida e por isso deve dominar sobre todos os demais seres. Toda a preocupação está na qualidade de vida do homem e toda e qualquer proteção ao meio ambiente dever ter como objetivo final a satisfação das necessidades humanas.

O desenvolvimento sustentável nada mais é que uma nova postura diante dessas duas correntes. É uma evolução do antropocentrismo que nos últimos anos já trazia correntes intermediárias mais moderadas. Representa o desenvolvimento sustentável a proposta mais viável surgida até então para conciliar o desenvolvimento econômico e a qualidade de vida das pessoas com a urgente necessidade de conservação e utilização racional dos recursos naturais.

Edis Milaré (2001, pág.42) sintetiza muito bem o real alcance do que afirma ser o desenvolvimento sustentável:

*Compatibilizar meio ambiente e desenvolvimento significa considerar os problemas ambientais dentro de um processo contínuo de planejamento, atendendo-se adequadamente às exigências de ambos e observando-se as suas inter-relações particulares a cada contexto sócio-cultural, político, econômico e ecológico, dentro de uma dimensão tempo/espaço. Em outras palavras, isto implica dizer que a política ambiental não se deve erigir em obstáculo ao desenvolvimento, mas sim em um de seus instrumentos, ao propiciar a gestão racional dos recursos naturais, os quais constituem a sua base matéria.*

A ECO 92 que adotou na Agenda 21 o desenvolvimento sustentado como o caminho a ser trilhado por todos os países, não deixou de ter um enfoque antropocêntrico ao afirmar que “ *os seres vivos são o centro das preocupações com o desenvolvimento sustentado*”. Assim também, o Direito Ambiental é em sua essência antropocêntrico, pois é uma ciência social, mas estamos falando de um antropocentrismo já evoluído, em que as pessoas estejam providas da “consciência ambiental” e vivam um postura ética e coerente com o racionalismo que atribuímos à nossa espécie.

É preciso salientar que o desenvolvimento sustentado exige uma radical mudança de estilo de vida e dos modelos de civilização, explicando melhor, a produção e o consumo, bases da sociedade capitalista devem ser sustentáveis. A mudança nos padrões de produção e consumo passa necessariamente pelo emprego de tecnologias limpas que impliquem menos consumo de energia, matéria-prima e produção de resíduos. Ao mesmo tempo, a quebra do consumo desnecessário só ocorrerá com a tomada de consciência, com o esclarecimento do cidadão, capaz de modificar seus hábitos e atitudes e desencadear uma reação que alcance os processos produtivos.

## **1.2 Princípios do direito ambiental**

O Direito do Ambiente é conceituado por Edis Milaré como:

*O complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando à sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações. (MILARÉ, 2001, pág. 109).*

É uma disciplina jurídica que se relaciona com várias outras áreas do Direito e notadamente tem um relevante aspecto interdisciplinar, pois utiliza-se de conhecimentos de diversas ciências. Como ciência social, pauta-se o Direito do Ambiente, por princípios gerais da Ciência Jurídica e por princípios específicos das Ciências Naturais.

Os princípios são os postulados básicos, os pilares, os fundamentos nos quais se assenta a doutrina, a legislação, as decisões administrativas e judiciais no que diz respeito à proteção do meio ambiente.

Há uma considerável gama de princípios elencados por diversos autores, entre os quais Paulo Affonso Leme Machado que elege como princípios o direito á sadia qualidade de vida; princípio do acesso equitativo aos recursos naturais, os princípios da informação e da participação, os princípios do usuário-pagador e poluidor-pagador e os princípios da precaução, prevenção e reparação. Édis Milaré também elenca alguns desses princípios e



acrescenta outros que estão intrinsecamente relacionados ou que até apresentam o mesmo significado de alguns princípios mencionados, como podemos citar os princípios do direito ao desenvolvimento sustentável; do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana; o princípio da natureza pública da proteção ambiental; o princípio da consideração da variável ambiental no processo decisório das políticas de desenvolvimento; o princípio da função sócio-ambiental da propriedade e o princípio da participação comunitária.

Dentre esse enorme elenco de princípios lembrados por este e outros autores, é importante discorrer a respeito de alguns princípios que são comuns, unânimes entre os autores e que constituem princípios específicos e substanciais ao Direito do Ambiente e a proteção das águas.

### **1.2.1 Princípio do usuário/ poluidor – pagador**

O princípio do usuário-pagador assenta-se na necessidade de cobrança do uso dos recursos naturais em certas circunstâncias, notadamente nas hipóteses de raridade do recurso, uso poluidor e pela necessidade de prevenir impactos significativos e catástrofes. Mas alerta Paulo Affonso Leme Machado (2002, pág. 51) que “ *a valorização econômica dos recursos naturais não pode ser administrada para excluir faixas da população de baixa renda. Essa é uma questão muito polêmica, mas que já começa a ser discutida no país, inclusive no que diz respeito ao uso da água*”.

O princípio do usuário-pagador, na visão do mesmo autor contém também o princípio do poluidor-pagador. Fundamenta-se este princípio na teoria de que os custos sociais externos do processo produtivo devem ser levados em conta ao elaborar os custos de produção, tendo assim o produtor que internalizá-los, o que pode modificar a tendência antiga de privatização dos lucros e socialização das perdas no sistema capitalista.

Este princípio obriga o poluidor a pagar pela poluição que pode ser causada ou que já foi causada. Tem, desse modo, um aspecto preventivo, não objetiva permitir a poluição mediante pagamento ou compensação pelos danos, mas evita o dano ao ambiente. Frisa-se bem, trata-se do princípio do poluidor-pagador e não do pagador-poluidor.

Tanto a declaração do Rio, de 1992, quanto a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, de 1981 acolheram este princípio.

### 1.2.2 Princípios da prevenção e da precaução

As expressões “prevenção e precaução” são muito próximas, o que leva alguns autores a considerá-los como um único princípio e outros a identificá-los como princípios distintos.

Do mesmo modo que Edis Milaré, também consideramos que o princípio da prevenção, de caráter mais amplo, engloba o da precaução de caráter mais restrito, por isso adotamos a expressão “princípio da prevenção”.

Sem dúvida, este é o princípio-mestre do Direito Ambiental, uma vez que todos os outros princípios e quaisquer atitudes na proteção do meio ambiente devem ter o caráter preventivo.

A grande maioria dos prejuízos causados ao meio ambiente é de natureza irreversível, daí a necessidade de uma política preventiva, uma ação antecipada, o que implica em informação e pesquisa.

Paulo Affonso Leme Machado (2002) divide o princípio da prevenção em cinco itens para sua aplicação:

- a) Identificação e inventário das espécies animais e vegetais de um território, quanto a conservação da natureza e identificação das fontes contaminadas das águas do mar, quanto ao controle da poluição;
- b) Identificação e inventário dos ecossistemas, com elaboração de mapa ecológico;
- c) Planejamentos ambiental e econômico integrados;
- d) Ordenamento territorial ambiental para a valorização das áreas de acordo com a sua aptidão;
- e) Estudo de Impacto Ambiental;

A política ambiental não deve ter como meta apenas a eliminação ou redução da poluição já existente, mas fazer com que a poluição seja combatida desde a existência do simples risco de degradação. Muitas atividades econômicas são de risco considerável ao meio ambiente, por isso devem ser minimizados estes riscos sem tornar inviáveis as atividades humanas, mas visando a manutenção da qualidade de vida e dos recursos naturais.

A ECO-92 consagrou no princípio 15 que *“o princípio da precaução deve ser 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 com razão para prevenir a degradação ambiental”.*

Assim a prevenção ou precaução caracteriza-se pela ação antecipada diante do risco ou do perigo de degradação ambiental, mesmo quando houver incerteza do risco. Em caso de dúvida, de incerteza científica apresentada com fundamentos razoáveis, não pode ser dispensada a prevenção.

Paralelo ao princípio da prevenção está o da reparação pelo qual quem provocou danos ambientais pode ser responsabilizado civilmente, administrativamente e até mesmo na esfera penal. Ressalta-se que a indenização cível é independente da sanção administrativa e da penal e inclusive, independe também de qualquer custo ambiental de caráter preventivo advindo da aplicação do princípio do poluidor-pagador.

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (6.938/81) adotou a responsabilidade objetiva ambiental, completando a previsão de reparação dos danos ao meio ambiente contida na Constituição Federal.

### **1.2.3 Princípios da informação e participação**

Estes princípios não são específicos do Direito Ambiental, mas percorrem todas as áreas do Direito, principalmente o princípio da informação, amplamente ligado ao princípio da publicidade, que é um princípio geral de direito.

A participação pressupõe que antes haja informação. A informação visa dar chance às pessoas para que tomem posição e se pronunciem sobre a matéria informada. Os dados ambientais devem ser informados com o objetivo de formar uma consciência ambiental na população, em seus diversos segmentos.

A Declaração do Rio-92 afirma no princípio 10 que *“no nível nacional , cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas”.*

*A informação ambiental não tem o fim exclusivo de formar a opinião pública. Valioso formar a consciência ambiental, mas com canais próprios, administrativos e judiciais, para manifestar-se. O grande destinatário da informação – o povo, em todos os seus segmentos, incluindo o científico não-governamental – tem o que dizer e opinar.*

*As informações recebidas pelos órgãos públicos devem ser transmitidas à sociedade civil, excetuando-se as matérias que envolvam comprovadamente segredo industrial ou de Estado. A informação ambiental deve ser transmitida sistematicamente, e não só nos chamados acidentes ambientais.*

*A informação ambiental deve ser transmitida de forma a possibilitar tempo suficiente aos informados para analisarem a matéria e poderem agir diante da Administração Pública e do Poder Judiciário.(MACHADO,2002. pg. 77)*

Quanto ao princípio da participação, este foi contemplado pela Constituição Federal no artigo 225, caput, que prescreve ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

A proteção dos interesses difusos e coletivos veio premiar a participação popular nas questões sociais, especialmente na proteção do meio ambiente, dentro de um contexto moderno de democracia no qual se insere a República Federativa do Brasil.

Deve-se destacar que a informação e a participação são indissociáveis, pois de nada vale uma população informada, mas sem o ímpeto participativo e de nada adianta abrir-se espaço para a participação se os indivíduos nem souberem do que se trata tal reunião ou audiência. Com a informação, os cidadãos têm melhores condições de atuar na sociedade, de tomar uma posição ativa nas decisões que lhe interessam.

A participação popular nas questões ambientais pode influenciar em diversos aspectos, seja na formação das decisões administrativas, nos recursos e julgamentos e ainda pode ocorrer efetivamente por meio da participação nas ações judiciais individuais ou coletivas, reconhecido o caráter difuso e coletivo dos bens ambientais.

### **1.3 A proteção constitucional do meio ambiente**

Além dos princípios da proteção do meio ambiente já comentados, de igual importância é a proteção ambiental expressamente prevista na Constituição Federal de 1988, na qual foi inserido um capítulo inteiro com esta finalidade.

Antes de 1988, a proteção constitucional do meio ambiente era muito fragmentada. Não havia uma preocupação específica com o meio ambiente visto de forma global como se exige.

Agora, no Capítulo VI, Título VIII (Da Ordem Social), o artigo 225 e seus parágrafos e incisos tratam expressamente da questão ambiental, além de outros artigos dispersos pela Carta Magna.

No caput do artigo 225 se inscreve a norma-matriz, que revela alguns pontos essenciais como a elevação do meio ambiente como entidade autônoma, considerado “*bem de uso comum do povo*”, que assim pertence a generalidade da sociedade. O meio ambiente pelo caput do artigo 225 também é reputado bem essencial à sadia qualidade de vida e cria-se para o poder público um dever constitucional, não mais uma faculdade de

defender e preservar a natureza. Ainda pelo dispositivo constitucional passa o cidadão a ser titular do dever de preservar e defender o ambiente para as presentes e futuras gerações. Assim, aqueles que ainda não existem, neste aspecto também seriam titulares do direito a um ambiente equilibrado e sadio.

Além dessa proteção ampla e geral, o § 1º e seus incisos versam sobre os instrumentos de garantia e efetividade do direito enunciado no caput. São nestes artigos que estão implícitos todos os procedimentos, inclusive administrativos de que discorreremos mais adiante, para a efetiva proteção do ambiente descrita no caput do artigo 225 da Constituição.

Por fim, nos § 2º a 6º estão compreendidos um conjunto de determinações particulares, em relação a objetos e setores de elevado conteúdo ecológico.

### **1.3.1 A repartição de competências nas questões ambientais**

Tema dos mais discutidos e controvertidos, dada a extensão dos ecossistemas e sua interdependência, a competência dos entes da federação em matéria ambiental deve seguir as regras estabelecidas pela Constituição.

Neste prisma, a competência administrativa ou executiva (também denominada competência material) em matéria ambiental, é estabelecida no artigo 23 da Constituição Federal, que define a proteção do meio ambiente como competência comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Entende-se na competência comum que qualquer ente da Federação pode e deve administrativamente defender o meio ambiente. Assim o município pode exercer seu poder administrativo independentemente de haver disposições Estaduais ou Federais sobre determinado assunto ambiental. É óbvio que qualquer matéria municipal deve estar em harmonia com o exercício dessas atividades no âmbito dos Estados e da União.

O parágrafo único do artigo 23 estabelece que Lei Complementar irá fixar normas para cooperação entre os Estados Federados, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em nível nacional”. Enquanto essa lei não é editada, a responsabilidade pela proteção do meio ambiente é comum e solidária, com a ressalva de que em cada caso concreto é que se poderá definir a que ente político estará o cargo de exercer a prerrogativa de polícia ambiental, o que define mediante análise da extensão territorial do problema, ou seja, se a matéria for de interesse ou extensão local, que não extrapole os limites físicos do município, deve ser administrado pelo executivo municipal,

porém se a matéria ou os seus efeitos extrapolam os limites do município, envolvendo vários municípios, a competência será do Executivo Estadual.

Vale lembrar que esse critério para determinar as competências executivas Federal, Estadual ou Municipal quando a competência material é comum, pode haver no que se refere às questões ambientais, algumas especificidades, pois quase sempre estas questões escapam aos domínios territoriais geográficos do município. Neste sentido é importante a previsão constitucional de delegação de competência material, o que permite ao Estado delegar a administração de políticas ambientais, por exemplo, a consórcios de municípios quando o problema ambiental vai além de seus limites físicos. É sem dúvida, uma decisão acertada, pois são os municípios que convivem com o problema e conhecem o “palco” onde eles ocorrem, que podem melhor elaborar e executar políticas para combater a degradação ambiental a nível local e regional.

Quanto à competência Legislativa, esta é atribuída em razão do ato de legislar e consiste na capacidade de editar normas, podendo ser PRIVATIVA ou CONCORRENTE, esta última se subdividindo em COMPLEMENTAR, que pressupõe a existência de uma norma federal e a necessidade de outra Estadual necessária para a aplicação regional; e SUPLEMENTAR, aquela em que diante de uma norma geral Federal e uma norma Complementar Estadual, constata a omissão sobre uma situação de interesse local e supre tal lacuna.

A princípio, numa interpretação literal do artigo 24 da Constituição Federal, poderia concluir-se que o município não tem competência para legislar sobre normas ambientais, pois a Carta Magna somente traz essa previsão para a União e os Estados. No entanto, repetimos aqui o entendimento de Edis Milaré:

*Se a Constituição conferiu-lhe poder para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer grau de sus formas – competência administrativa - , é óbvio que para cumprir tal missão há que poder legislar sobre a matéria. Acrescente-se, ademais, que a Constituição Federal, entre as inúmeras competências conferidas aos Municípios, entregou-lhes a de, em seu território, legislar supletivamente à União e aos Estados sobre a proteção do meio ambiente. (MILARÉ, 2001, pag. 264)*

Assim, concluímos que a competência legislativa entre os entes federados em questões ambientais é concorrente, inclusive no que se refere aos municípios. Sendo concorrente, em alguns casos poderá ser complementar, ou seja, a União estabelece normas gerais, e os Estados as completam, no mesmo sentido os municípios, em harmonia com a União e Estado, completam a legislação no que for necessária no nível local. Poderá ainda a competência ser suplementar (supletiva) quando a União não tiver legislado, quando

houver omissão sobre certa matéria, então o Estado pode legislar inclusive sobre normas gerais, do mesmo modo o município, se nem a União e nem os Estados legislarem sobre assunto que em matéria ambiental tenha efeitos locais.

É importante ressaltar que a competência legislativa não pode ser objeto de delegação entre os entes federados, assim como a competência material exclusiva.

## **CAPÍTULO 2**

### **DAS ÁGUAS**

#### **2.1 – Noções gerais**

No bojo das preocupações e debates a respeito da questão ambiental está a problemática da água, um dos sustentáculos da vida nos ecossistemas do planeta. A água, “fonte da vida” constitui-se num dos principais elementos necessários à manutenção dos seres vivos, tanto que nos estudos em outros planetas, a procura por sinais de vida passa primeiro pela possibilidade de existência de água.

Nosso planeta poderia muito bem chamar-se “ Planeta Água”, dada a imensidão dos Oceanos que ocupam 70% da superfície da Terra.

Para o ser humano ela é imprescindível ao seu desenvolvimento, inclusive econômico. Nosso corpo é constituído por água quase na mesma proporção do planeta e suporta menos tempo sem o líquido que sem alimentação.

Muitas atividades humanas dependem da água, que pode ser utilizada para os mais diversos fins: consumo direto, dessedentação de animais, higiene e limpeza, irrigação, lazer, consumo industrial, navegação, entre outros.

Desde as primórdias civilizações até os dias atuais, a água sempre foi um fator importante na localização geográfica das aglomerações humanas e de suas atividades, tanto que as grandes civilizações se desenvolveram às margens de importantes rios. Na história humana a água, pela sua importância vital e seu significado, foi motivo de muitos conflitos entre povos vizinhos. Atualmente ainda existem focos de conflitos causados por uma série de fatores políticos e econômicos, entre os quais está inserida a problemática do uso dos recursos hídricos. E para piorar, o cenário que se vislumbra é desolador diante do que se pode constatar nas últimas décadas.

O crescimento populacional e industrial vertiginoso das últimas décadas tem provocado um aumento no consumo de água em níveis ainda mais elevados. Os padrões de consumo e de poluição do mundo capitalista estão comprometendo as reservas de recursos naturais, inclusive no tocante aos recursos hídricos. A tudo isso soma-se ainda a irregularidade da distribuição das chuvas, sua sazonalidade e as alterações no regime hídrico decorrente de fenômenos naturais (ainda não se sabe ao certo) como o El Niño e da



poluição atmosférica, efeito estufa, chuvas ácidas, inversão térmica, causadas pelas atividades humanas.

A água não é um recurso natural infinito, como até a algum tempo apregoavam, é sim renovável, mas somente até certo limite, passando desse limiar de renovabilidade, qualquer curso de água não “consegue” se auto-purificar.

Soma-se ainda a constatação de que, embora o planeta seja formado por 70% de água, quase toda ela é salgada, a água doce não chega a 3% do total da superfície líquida do planeta, e está concentrada nas geleiras e nos lençóis subterrâneos. Nos rios e lagos a quantidade de água é ínfima, no entanto o consumo e a poluição aumentaram substancialmente.

Como se não bastasse, a distribuição dos rios, lagos e lençóis subterrâneos de água pelo planeta é muito irregular. Em alguns lugares, como por exemplo, nos semi-áridos e desertos do Continente Africano e Oriente Médio, a disponibilidade de água chega a miserável cifra de 6 litros / habitante ao dia, enquanto que em outros lugares como no Canadá e Brasil, há abundância de cursos de água doce.

Nosso país é mesmo privilegiado em recursos naturais, notadamente os hídricos, uma vez que é drenado por uma grande rede de rios que constituem importantes bacias hidrográficas da América do Sul. Cerca de 13% de toda a água dos rios do mundo está nessas bacias. Entretanto, essa abundância de água é relativa, uma vez que a distribuição dos cursos de água pelo território e o consumo de água são bastante desiguais. No Nordeste muitos rios são intermitentes por causa do clima semi-árido de chuvas irregulares; na Amazônia há muita água, mas o consumo é pequeno e o seu transporte para o Centro-Sul é inviável; já no Centro-Sul onde o consumo é muito grande, apesar da abundância de rios, a maioria estão poluídos ou em processo de assoreamento. Em decorrência disso, a população do país que é tão rico em recursos hídricos sofre com a falta de água nas grandes metrópoles e em regiões como o Nordeste e parte do Rio Grande do Sul, onde as manchas de semi-desertos são cada vez maiores.

A degradação das águas, provocada pela poluição industrial, residencial, agrícola, pela erosão e retirada das matas galerias provocando assoreamento e pela contaminação por metais, agrotóxicos e outras substâncias químicas têm comprometido a “vida” de muitos rios que já não conseguem se auto-regenerar, o que inviabiliza o processo de renovabilidade das águas e coloca em xeque a própria sobrevivência humana e o destino das gerações presentes e futuras.

Mesmo com a preocupação em relação às questões ambientais, a discussão a respeito dos recursos hídricos só eclodiu um pouco mais tarde, mas pode-se afirmar que os avanços na questão da água vêm a reboque das discussões ambientais, genericamente falando.

Por se tratar de um elemento essencial para a vida e a própria dignidade da pessoa humana, é necessária uma discussão setorial específica a respeito da água, mas sempre tendo em vista que toda a discussão em torno das questões da água se insere num nível mais amplo que é o do meio ambiente como um todo. Neste sentido, muitas iniciativas a nível internacional e doméstico foram realizadas para discutir a questão dos recursos hídricos e a preocupação com a degradação por meio de Conferências, Simpósios e Campanhas dos governos e instituições. A preocupação com a escassez e a poluição das águas extrapolou o ambiente das universidades e centros de pesquisa para chegar ao conhecimento de toda a sociedade. Mais do que em qualquer época se discute e se conhece a real situação dos recursos hídricos, inclusive no Brasil. Onde por muito tempo esse assunto estava longe de ser preocupação, diante da irreal sensação de abundância de água.

À medida que a degradação das águas e a conseqüente discussão a respeito do exaurimento desse líquido precioso foram ocupando espaço, a legislação também passou por um notável aprimoramento para atender as expectativas sociais e a necessidade da criação de um arcabouço jurídico capaz de criar os instrumentos necessários à preservação dos recursos hídricos sem tornar inviável o desenvolvimento sustentável.

## **2.2 – A proteção legislativa das águas no Brasil**

Um dos primeiros diplomas legais instituídos especificamente para regulamentar a utilização das águas foi o Código de Águas, que apesar de ainda vigente foi muito modificado por leis posteriores. Antes do Código de Águas, o Código Civil de 1916 já trazia algumas considerações a respeito da propriedade das águas e do seu uso, o que ainda continua no Código Civil de 2002, mas com uma nova visão de propriedade e de sua função social

O Código de Águas foi sendo alterado pelas sucessivas Constituições Leis Ordinárias, como é o caso do Código Florestal no tocante aos terrenos que margeiam os rios. A divisão em águas públicas, comum e particulares delimitada pelo Código de Águas não mais existe em função da atual Constituição que dispôs serem todas as águas públicas, inclusive as subterrâneas.

Apesar do artigo 225 da Constituição Federal, dedicado inteiramente ao meio ambiente não tratar expressamente da água, o fato desta ser um dos elementos essenciais do meio ambiente, faz com que se aplique à água o enunciado do referido artigo. Assim todos têm direito à água, bem de uso comum do povo.

A Constituição trata expressamente da água no artigo 26, ao estabelecer o domínio da água e a competência para administrar e legislar sobre águas.

Pelo artigo 26 da Constituição, são bens dos Estados as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste último caso, as decorrentes de obras da União, na forma da lei. Praticamente todos os depósitos de água, inclusive as subterrâneas são abrangidas pelo inciso I do artigo 26. As águas emergentes são as nascentes, as fluentes são as que constituem rios e córregos e as dormentes correspondem aos lagos, lagoas e represas. Não havendo limitações territoriais no texto da Constituição Federal, pode-se concluir que as águas são de domínio dos Estados.

Ressalta-se porém que no artigo 20, a Constituição estabelece:

*São bens da União: (...) III – Os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seus domínios, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os territórios marginais e as praias fluviais (...) VI - O Mar Territorial (...) VIII – Os potenciais de energia hidráulica (...).*

Resumindo, são bens de domínio dos Estados as águas interiores, dentro dos limites dos Estados, com exceção das águas subterrâneas que mesmo se estendendo pelo território de mais de um Estado, sempre serão Estaduais. As águas da União são aquelas que se estendem por mais de um Estado e limítrofe com outros países, com exceção das águas subterrâneas. O Mar Territorial (águas marítimas) sempre são da União.

Com a edição da Lei 6831/81, a Política Nacional do Meio Ambiente trouxe as linhas gerais para a efetiva proteção do Meio Ambiente e as linhas mestras para a criação de outros dispositivos que tratem de temas mais específicos.

A Constituição Federal, como já dito, trouxe definições importantes, recepcionou a Lei 6381/81 e abriu amplas possibilidades de grandes inovações na questão da proteção do Meio Ambiente.

Neste terreno fértil e propício, diante das preocupações com a água, surge a Lei 9433/97, com importantes modificações no tratamento jurídico dos recursos hídricos, ampliando mais ainda as inovações já iniciadas com a Constituição Federal de 1988.

Sem dúvida a Lei da Política Nacional dos Recursos Hídricos torna-se um importante marco para a preservação e conservação das águas no país, pois traz uma nova

proposta (ou talvez a primeira) de gestão integrada dos recursos hídricos, inclusive vinculando-se à Política Nacional do Meio Ambiente.

Alguns Estados que já haviam elaborado suas leis sobre recursos hídricos, como é o caso de São Paulo (Lei 7663/91) passaram a regulamentar esses dispositivos com vistas a se adequar às disposições gerais da Política Nacional da Lei 9433/97, uma vez que a competência concorrente prevista na Constituição Federal para a execução em matéria ambiental presume harmonia entre os entes da Federação.

Assim, a Lei 9433/97 associada à Constituição Federal e à Política Nacional do Meio Ambiente trouxe uma nova forma de gestão dos recursos hídricos, mais racional e moderna, que deve ser executada por meio do Sistema Nacional Gerenciamento dos Recursos Hídricos.

### **2.3 – O Sistema Nacional de Gerenciamento dos Recursos Hídricos**

Para a implementação da Política Nacional dos Recursos Hídricos foi criado um conjunto de órgãos e entidades que atuam na gestão desses recursos e que forma o denominado Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

A própria Constituição Federal previu a criação deste sistema no artigo 21, inciso XIX, reforçada pela Lei 9433/97, que trouxe como objetivos desse sistema:

- a) Coordenação da gestão integrada da água;
- b) Arbitrar administrativamente os conflitos relacionados com os recursos hídricos;
- c) Implementar a política Nacional de Recursos Hídricos;
- d) Planejar, regular e controlar o uso, a preservação e a recuperação dos recursos hídricos;
- e) Promover a cobrança pelo uso dos recursos hídricos.

Se por um lado a autonomia dos Estados deve ser mantida, pois mesmo com o Sistema Nacional estes têm competência constitucional para se organizarem, por outro lado, considera-se a Política Nacional do Meio Ambiente um sistema nacional e não federal. Não existe um sistema estadual e um sistema federal de recursos hídricos, mas um Sistema Nacional, integrado por órgãos dos três níveis de poder, pois pela própria natureza

dos cursos de água, é mister um estudo das águas interligadas e não de águas separadas, com gestão isolada.

*“A gestão das águas é descentralizada no Sistema Nacional de Recursos Hídricos, mas não pode ser antagônico e descoordenada”*, no dizer de Paulo Affonso Leme Machado.

Todos os órgãos e entidades: Agências de Águas, Comitês de Bacias Hidrográficas, Conselhos Estaduais e Recursos Hídricos e o Conselho Nacional de Recursos Hídricos são ligados por laços de hierarquia e cooperação para uma gestão integrada.

### **2.3.1 Órgãos e entidades do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos**

#### **2.3.1.1 Conselho nacional de recursos hídricos**

É o órgão maior do sistema, com poderes normativos e de articulador dos planejamentos de recursos nacional, regionais, estaduais e dos setores usuários. Ainda lhe foi conferida competência para deliberação sobre projetos de aproveitamento das águas; análise de propostas de alteração da legislação; estabelecimento de diretrizes complementares para implementação da Política Nacional, critérios gerais para outorga de uso e cobrança e até mesmo arbitragem de conflitos.

Quanto a esta última competência descrita, percebe-se que possíveis conflitos de águas serão resolvidos por várias instâncias administrativas componentes do sistema por arbitramento, é claro, sem excluir possível apreciação posterior pelo poder judiciário.

O C.N.R.H. é competente para conhecer dos recursos interpostos contra os Comitês de Bacias Hidrográficas de rios de domínio da União, ou bacias compostas por rios da União e dos Estados. Em última instância, o Conselho deve arbitrar os conflitos existentes entre os Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos.

#### **2.3.1.2 A agência nacional de águas – ANA**

No contexto da nova economia global, marcada pelas privatizações, o Brasil ainda manteve uma de suas características importantes que é a intervenção do Estado na

economia ao criar as agências reguladoras, autarquias especiais com autonomias administrativa e financeira, especializadas num determinado setor da economia ou serviço público.

Do mesmo modo que as outras agências reguladoras, a ANA foi criada com a finalidade de regular a prestação de serviços ou a exploração de atividades econômicas vinculadas a um Ministério (no caso da ANA, o Ministério do Meio Ambiente), mas não dependente deste.

O papel da ANA é de operacionalização, implementação e execução das políticas de recursos hídricos, ao passo que o papel do C.N.R.H é a formulação de políticas, das linhas gerais de ação e a articulação de planejamentos.

A Lei 9984/2000 que instituiu a ANA define várias atribuições à ANA, entre as quais a de criar normas para a efetivação da Política Nacional de Recursos Hídricos com a utilização de seus instrumentos, desde que não esteja em desacordo com a Lei 9433/97 e com as resoluções do CNRH.

Outras atribuições especiais são a de cuidar das águas da União, inclusive fiscalizando o seu uso e o poder de arrecadar as receitas vindas da cobrança pelo uso das águas, o que tem sido alvo de críticas de muitos estudiosos, pois contraria a própria essência do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, que é a descentralização da gestão, e cria o receio de que o dinheiro arrecadado não seja usado prioritariamente na bacia em que foi gerado.

A ANA ainda é competente para suspender total ou parcialmente a outorga de direitos de uso, constatar as infrações previstas no artigo 49 da Lei 9433/97 e impor as sanções previstas no artigo 50.

### **2.3.1.3 Conselhos estaduais de recursos hídricos**

Estes conselhos podem encaminhar questões para deliberação do CNRH e constituem instância recursal das decisões tomadas pelos Comitês de Bacias Hidrográficas de rios de domínio estadual. É também o órgão competente para outorgar a criação de Agências de Águas em rios de domínio Estadual. Os Estados, por meio desses conselhos, poderão suplementar as regras da Lei 9433/97, desde que não as descumpram.

#### 2.3.1.4 Comitês de bacias hidrográficas

Os Comitês de Bacias Hidrográficas são órgãos colegiados com atribuições normativas, com poderes para deliberar e com caráter de órgão consultor, funções estas que serão exercidas na Bacia Hidrográfica, Sub-bacia Hidrográfica ou grupo de Sub-bacias de sua competência.

Pela resolução CNRH 5/2000, os Comitês de Bacia Hidrográfica com rio principal de domínio da União são vinculados ao CNRH, mas esta vinculação somente é obrigatória se nos cursos de água estaduais e tributários do curso principal da União não tiverem sido estabelecidos Comitês em sua sub-bacia Hidrográfica. Havendo comitês nas Sub-bacias Hidrográficas de rios estaduais, estes estarão vinculados aos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos.

Os comitês têm como área de atuação ou a totalidade de uma bacia hidrográfica ou uma sub-bacia hidrográfica de tributário do curso principal da bacia, ou de tributário desse tributário ou ainda grupos de bacias ou sub-bacias hidrográficas contíguas; assim observa-se que há cinco tipos de Comitês de Bacias Hidrográficas.

Da análise do artigo 37, pode-se entender que os Comitês serão únicos em determinado espaço territorial. Contudo o artigo 37, II demonstra que podem ser criados até três comitês no interior de uma mesma bacia. Mesmo assim, esse critério é inadequado para bacias muito extensas como a do São Francisco, por exemplo.

Os comitês são compostos por representantes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, situados no todo ou em parte em uma área de atuação, ainda pelos usuários de sua área de atuação e entidades civis de recursos hídricos com atuação comprovada na bacia.

Quanto aos usuários (possuem 40% da composição de um comitê) a resolução CNRH 5/2000 estabelece uma divisão entre usuários com outorga em vigor e usuários que solicitam volumes de água considerados insignificantes; estes últimos terão que integrar associações regionais, locais ou setoriais de usuários dos recursos hídricos, denominadas “*organizações civis de Recursos Hídricos*”.

Os Comitês de Bacias Hidrográficas pelo artigo 38 da Lei 9344/97 têm como competência:

- 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 providências necessárias ao cumprimento de sua 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 o domínio destes;*  
*VI – estabelecer mecanismos de cobrança pelo uso de recursos hídricos e sugerir valores a serem cobrados;*  
*VII – aprovar o Plano de Aplicação de Recursos arrecadados com a cobrança pelo uso dos recursos hídricos;*  
*VIII – autorizar a aplicação, fora da respectiva bacia hidrográfica dos recursos arrecadados com a cobrança pelo uso dos recursos hídricos;*  
*X – estabelecer critérios e promover o rateio de custo de obras de uso múltiplo, de interesse comum ou coletivo.*

No caso do inciso II, deve-se lembrar que todos os usos poderão ser questionados, assim como os respectivos usuários das águas poderão ser sujeitos ativos ou passivos perante o Comitê de Bacia Hidrográfica. Da decisão do Comitê caberá recurso para o Conselho Nacional de Recursos Hídricos.

No que se refere aos incisos VII e VIII, estes foram vetados pelo Presidente da República e o inciso IX, apesar de forte controvérsia, está vigente, podendo inclusive a Agência de Águas propor ao Comitê o rateio de custo de obras de uso múltiplo.

Por fim, não obstante a autonomia dos comitês, se houver manifesta transgressão das normas contidas na Lei 9433/97 e na resolução CNRH 5/2000, o CNRH deverá intervir nos comitês.

### **2.3.1.5 As agências de águas**

As Agências de Águas fazem parte do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e com base nos artigos 41 a 44 da Lei 9433/97, podem ser criadas pelos Estados (artigo 53), desde que não desvirtue a estrutura do sistema nacional; lembrando que os Estados têm competência para legislar sobre a gestão das águas, não sobre as águas.

Entre as atribuições que a Lei 9433/97 conferiu às Agências de Águas (artigo 44) estão:

- a) efetuar, mediante delegação do outorgante, a cobrança pelo uso dos recursos hídricos;
- b) analisar e emitir pareceres sobre os projetos e 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;



- c) acompanhar a administração financeira dos recursos arrecadados com a cobrança pelo uso dos recursos hídricos em sua área de atuação;
- d) celebrar convênios e contratos, financiamentos e serviços para a execução de suas competências;
- e) elaborar a sua proposta orçamentária;
- f) propor os valores a serem cobrados pelo uso dos recursos hídricos;
- g) propor o plano de aplicação dos recursos arrecadados com a cobrança pelo uso dos recursos hídricos;
- h) propor o rateio de custo das obras de uso múltiplo, de interesse comum ou coletiva;
- i) aplicar as receitas recebidas da ANA.

Ainda tem a Agência de Águas entre suas atividades de planejamento as de:

*manter balanço atualizado da disponibilidade de recursos hídricos em sua área de atuação, manter o cadastro de usuários de recursos hídricos, promover os estudos necessários para a gestão dos recursos hídricos em sua área de atuação e elaborar o Plano de Recursos Hídricos (artigo 44, I, II, VII e IX).*

Outras atribuições das Agências de Águas são a de “*gerir o sistema de informações sobre Recursos Hídricos em sua área de atuação*”.

Elaborado o Plano de Recursos Hídricos pela Agência de Águas, será responsabilidade do Comitê de Bacia Hidrográfica submeter esse plano à Audiência Pública.

Estando criadas as Agências de Águas, os consórcios e as associações intermunicipais de Bacias Hidrográficas constituirão uma das organizações civis a terem assento nos Comitês de Bacia Hidrográficas e, dessa forma, estarão ligados ao funcionamento das Agências e, inclusive poderão receber competência por delegação do CNRH ou de Conselhos Estaduais por prazo determinado para o exercício das atribuições das Agências de Águas, enquanto estes não estiverem constituídas.

Esses atos de delegação podem ser anulados pelo judiciário se os artigos 39, §1º, 43 e 48 da Lei 9433/97 não forem cumpridos.

Há também necessidade de se instituírem normas expressas do dever de publicidade dos atos dos consórcios intermunicipais e do controle de receita, despesa e resultados pelo Tribunal de Contas e Ministério Público.

## 2.4 A política nacional de recursos hídricos

A Lei 9433/97 associada à Constituição Federal e à Política Nacional do Meio Ambiente trouxe uma nova forma de gestão dos recursos hídricos, mais racional e mais moderna, que deve ser executada pelos órgãos do Sistema Nacional de Recursos Hídricos. Seus objetivos, fundamentos e diretrizes são explanados à seguir.

### 2.4.1 – Fundamentos da política nacional de recursos hídricos

A Lei 9433/97, que trata da Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:

- I – a água é um bem de domínio público;*
- II – a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;*
- III – em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais;*
- IV – a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas;*
- V – a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional dos Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;*
- VI – a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e da comunidade.*

Estes fundamentos explicitados no artigo 1º definem o caráter inovador e moderno desta lei, que traz uma nova concepção de gestão dos recursos hídricos e uma nova mentalidade acerca da disponibilidade de água para as presentes e futuras gerações.

O inciso I do artigo 1º constitui-se numa verdadeira revolução em matéria de propriedade das águas. Num outro tópico mais adiante explanaremos a respeito da dominialidade da água, ou seja, quais águas são bens da União e quais são dos Estados e ainda toda a questão que envolve o uso dos recursos hídricos.

### 2.4.2 Objetivos da política nacional de recursos hídricos

A Política Nacional de Recursos Hídricos deixa explícita no artigo 2º os seus objetivos:

- a) assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água com qualidade adequada para os seus respectivos usos;
- b) o uso racional e integrado dos recursos hídricos, inclusive no transporte hidroviário, almejando o desenvolvimento sustentável;

c) a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos causados por eventos naturais ou pelo uso inadequado da água ou de outros recursos naturais;

Percebe-se claramente que nos seus objetivos a Política Nacional de Recursos Hídricos se baseia nos princípios do Desenvolvimento Sustentável, que define a disponibilidade de água, utilização racional e integrada como três aspectos dessa sustentabilidade. A água não deve estar disponível apenas em quantia suficiente, mas também em qualidade, o que só se consegue com a utilização racional e integrada desse recurso, constatada por meio dos atos de outorga dos direitos de uso e nos planos de recursos hídricos.

#### **2.4.3 Diretrizes de ação**

Para serem alcançados os objetivos expostos na Lei 9433/97, esta fixou algumas diretrizes gerais. São caminhos a serem seguidos pelos órgãos do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos para a implantação da política nacional. Estão no artigo 3º, *in verbis*:

- I – a gestão sistemática dos recursos hídricos, sem dissociação dos aspectos de quantidade e qualidade;*
- II – a adequação da gestão de recursos hídricos às diversidades físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das diversas regiões do país;*
- III – a integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental;*
- IV – a articulação do planejamento de recursos hídricos com o dos setores e usuários e com os planejamentos regional, estadual e nacional;*
- V – a articulação da gestão de recursos hídricos com a de uso do solo;*
- VI – a integração da gestão das bacias hidrográficas com a dos sistemas estuarinos e zonas costeiras.*

A gestão dos recursos hídricos não pode ocorrer de forma isolada. Deve levar em conta as diferenças regionais estar integrada às políticas econômicas, culturais, de uso do solo, demográficas. Ainda deve-se observar as especificidades de cada bacia hidrográfica.

Outro aspecto previsto nas diretrizes são a gestão sistemática da qualidade e da quantidade dos recursos hídricos e a necessidade de articulação dos planejamentos de recursos com o planejamento regional, estadual e nacional e ainda levar em consideração os Planos Diretores dos Municípios integrantes da bacia ou sub-bacia hidrográfica.

## **CAPÍTULO 3**

### **DA PROPRIEDADE DAS ÁGUAS**

#### **3.1 Da propriedade**

##### **3.1.1 Evolução histórica da propriedade**

O instituto da propriedade surge com a própria origem das sociedades organizadas, mas apesar de instituto tão antigo, ainda incita muitas discussões por parte dos estudiosos, principalmente porque a noção de propriedade tem evoluído em decorrência do desenvolvimento e progresso sociais.

Nas primeiras civilizações a propriedade era tida como um direito natural coletivo, sem valor econômico, e que todos tinham o direito de possuí-la. Mas com o passar dos tempos, os homens começaram a perceber o aspecto econômico embutido na propriedade e verificar que o fato de ter a propriedade das coisas poderia trazer poder e riqueza.

Esse novo interesse despertado pelos homens contribuiu sobremaneira para a formação das distintas classes sociais e constitui-se num fator de relação dos interesses nas sociedades. O direito de propriedade surgiu como um produto cultural, uma criação da inteligência humana, que organizou a vida em sociedade.

Embora códigos da antiguidade como o de Hamurabi já trouxessem disposições acerca da propriedade, foi sem dúvida o Direito Romano que aperfeiçoou e sistematizou o direito de propriedade.

Nos primeiros tempos do Império Romano vigorava a Lei das XII Tábuas, que arraigou a noção de propriedade individual e perpétua ao estabelecer forte relação da propriedade privada com a religião doméstica e familiar.

Para alguns autores é possível inclusive distinguir a propriedade daquela época em propriedade familiar e propriedade individual.

Para Carlos Alberto Maluf “ no decurso da história romana destacam-se três espécies de propriedade: a quiritária, única a ser reconhecida pelo Direito Romano e somente concedido aos cidadãos romanos; a Pretoriana, adquirida por meio de uma ação na qual o pretor reconhecia direitos ao adquirente de possuir a coisa e a dos *ius gentium*

que formava-se à partir das relações entre peregrinos e romanos, mas não se confundia com a quirritária.

Importante marco foi a sistematização das leis romanas por Justiniano que deu especificamente à propriedade um regime típico e particular, ganhando as características de direito absoluto, exclusivo e perpétuo.

Essa concepção romana foi transmitida para a cultura jurídica ocidental, em que pese a propriedade na Idade Média ter perdido o caráter unitário e exclusivista pois a terra passa a ser sinônimo de poder e a idéia de propriedade ficou ligada à de soberania nacional.

Foi somente na Idade Moderna, com o advento do Iluminismo que ressurgiu o Direito Romano que foi recepcionado pelos estados modernos, notadamente com a Revolução Francesa que consagrou a propriedade no mesmo plano da liberdade individual como direitos naturais e imprescritíveis do homem.

Essa idéia jusnacionalista da propriedade como proveniente do direito natural racional serviu aos interesses do liberalismo, pois justificou o caráter absoluto e individualista que passou a ostentar. A liberdade individual era a tônica e por meio do contrato, se afirmavam as relações negociais envolvendo a transmissão da propriedade, a circulação de riquezas que diante de um sistema liberal logo vislumbrou sua face mais perversa, a concentração de riqueza e da desigualdade social, principalmente após a Revolução Industrial.

Para se contrapor a essa realidade surgiram as idéias socialistas, com uma proposta alternativa de socialização da propriedade. No entanto o que se implantou na antiga URSS foi um capitalismo de Estado que aboliu a propriedade privada, mas que pela sua própria estrutura conheceu o fracasso, segundo alguns, porque era a própria negação da propriedade privada contrária aos anseios mais naturais do homem.

Apesar do colapso socialista, muitos países passaram a adotar a concepção do Estado Social e até mesmo codificá-lo, o que resultou em significativas mudanças, inclusive no que se refere ao direito de propriedade.

No Brasil essas idéias não foram capazes de, no começo do século XX provocar mudanças na legislação, pois no Brasil vigoravam fortemente as idéias liberais em benefício das elites conservadoras.

Não obstante a desintegração do socialismo real, a concepção da finalidade social da propriedade emergiu em todo o mundo, inclusive no Brasil, diante da tendência socializante do estado capitalista. É notória a intervenção cada vez maior do Estado,

mesmo em contraste com as idéias neoliberais do capital global vigente nas últimas décadas.

### 3.1.2 Características do direito de propriedade

O direito de propriedade é o direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro do limite normativo, de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha.

Os elementos constitutivos do direito de propriedade são: o *jus utendi*, pelo qual o proprietário tem o direito de usar o bem, de explorá-lo, podendo ser exercido pelo titular ou mesmo em proveito de um terceiro.

Outro elemento é o *jus fruendi*, que corresponde ao direito de colher os frutos e produtos da coisa. O *jus abutendi* é o direito de disposição que tem o proprietário em relação ao bem, e o que mais diferencia o direito de propriedade do direito de posse.

O objeto do direito de propriedade pode ser coisa móvel ou imóvel, coisas corpóreas ou incorpóreas, e só não pode ser objeto de direito de propriedade aquilo que a lei proíbe.

O direito de propriedade tem como características a exclusividade, a perpetuidade e o fato de ser absoluto. É exclusivo porque um mesmo bem não pode pertencer simultaneamente a duas pessoas distintas.

O direito de propriedade é perpétuo no sentido de que ela somente se encerra por causa legal ou por ato voluntário do proprietário.

O direito de propriedade durante muito tempo já foi considerado absoluto em sentido amplo. Modernamente, apenas é absoluto o direito de propriedade em sentido restrito, ou seja, levando-se em conta que o direito mais da pessoa em relação á coisa. As faculdades de usar, fruir e dispor do bem dão um grande poder ao seu proprietário. No entanto, no próprio Código Civil estão presentes limitações a tais poderes, por meio dos direitos de vizinhança e em outras leis esparsas.

Inserido dentro do capítulo do direito das coisas, o direito de propriedade é, portanto, uma espécie de direito real, que por isso se difere dos direitos de caráter pessoal, pois apresenta características distintas tais como:

- a) vínculo jurídico entre o titular do direito e a coisa, do qual o sujeito ativo é o proprietário, embora pela corrente personalista exista um sujeito passivo representado por toda a coletividade;

- b) eficácia *erga omnes*, ou seja pode ser oposto contra todos;
- c) possui uma ação própria corresponde ao direito real, se o direito de propriedade foi violado (ação possessória, reivindicatória, etc.);
- d) no direito de propriedade o objeto é a própria coisa, ao contrário dos direitos pessoal em que o objeto é uma prestação;
- e) deve estar previsto taxativamente na lei;
- f) direito de seqüela, isto é, de buscar e apreender a coisa nas mãos de quem a detém injustamente;
- g) direito de preferência, no sentido de que a propriedade se for dada em garantia, responde preferencialmente pela quitação do débito garantido;

Além disso, outros aspectos caracterizam o direito de propriedade com direito real que é, dos direitos pessoais.

### **3.1.3 – A propriedade no direito brasileiro e sua função social**

Como já explanado, no Brasil as idéias sociais tardaram a chegar e pouco influenciaram na legislação durante grande parte do século XX, que se manteve ainda sob o jugo da teoria liberal.

O próprio Código Civil de 1916, fora algumas limitações ao direito de propriedade, trazidos pelo denominado direito de vizinhança, pregava o caráter absoluto da propriedade.

Era patente a insuficiência dessas limitações de direito de vizinhança para fazer frente às necessidades, em virtude das constantes ingerências do Estado na vida particular dos cidadãos e da proliferação de idéias de um Estado social no mundo capitalista.

A Constituição de 1934, trouxe pela primeira vez a idéia de limitação social ao direito de propriedade condicionado ao bem estar social, mas foi somente com a Constituição de 1988 que se dispensou um tratamento peculiar à propriedade, inserindo-a em vários artigos ao longo do texto e reforçando a sua função social, o que não ocorreu com as leis civis que, até a promulgação do Novo Código Civil, se mantiveram desvinculadas da realidade social e incompatíveis com a crescente intervenção estatal, características do Estado de Bem Estar Social preconizado pela própria constituição.

O artigo 1º da Constituição Federal traz a livre iniciativa, corolária da propriedade privada como um princípio fundamental, confinando o regime capitalista no Brasil, inclusive reforçado no caput do artigo 170 ao tratar da ordem econômica:

*Artigo 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:*

*[...]*

*II – propriedade privada*

*III – função social da propriedade.*

Mas como se denota da parte final do capítulo e seus incisos, a intenção é alcançar um estágio de capitalismo mais socializado por meio da ampliação de sentido do conceito econômico da propriedade, agora voltado à satisfação das necessidades sociais.

O próprio artigo 5º da Constituição Federal, que trata dos direitos fundamentais, portanto cláusulas pétreas da Constituição, após garantir o direito de propriedade em seu caput e no inciso XXII, destaca no inciso XXIII que a propriedade deve atender a sua função social.

Em diversos outros artigos o constituinte procurou assegurar o direito de propriedade, mas impôs limitações e tratou de ressaltar o papel social que a propriedade deve cumprir. Assim está no artigo 182 §1º ao tratar da política urbana: “ *A propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor*”.

No que se refere à política agrícola e fundiária, o artigo 186 da Constituição dispõe:

*Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus e 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 dos trabalhadores.*

Daí se compreende que a função social da propriedade privada (e também pública) converte-se num princípio, viga mestra que deve ser observada por todo o ordenamento jurídico, que no entender de José Afonso da Silva é

*[...]um princípio que condiciona a propriedade como um todo, não apenas seu exercício[...] Com essa concepção é que o intérprete tem de entender as normas constitucionais que fundamentam o regime jurídico da propriedade: sua garantia enquanto atende sua função social”. (SILVA apud ALBUQUERQUE, 1999, pg.77).*



Por este princípio, o direito de propriedade é realizado, no sentido de que deve ser utilizado sob o espírito de uma missão social, sob pena de se cometer abuso de direito.

Fabíola Santos Albuquerque, neste sentido afirma:

*O certo é que, em decorrência do princípio da função social, o direito de propriedade foi atingido na sua expressão capitalista mais acentuada, que é a liberdade de iniciativa (valor preponderantemente liberal), perdeu em definitivo o seu caráter absoluto e passou a ter seu uso condicionado ao atendimento de uma função. Propriedade como sinônimo de riqueza, concentrada nas mãos de uma pequena minoria, representa uma ameaça à finalidade maior do ordenamento jurídico. Garante-se o direito de propriedade privada, vinculado a uma função social, cuja consequência importa na consecução de formas mais solidárias de participação de cidadãos. (ALBUQUERQUE, 1999, pg. 78)*

Em decorrência do princípio da função social da propriedade, dois novos institutos jurídicos se destacam: o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) e o Novo Código Civil, que representam um grande avanço das leis civis em consonância com os dispositivos constitucionais.

Quanto à propriedade rural, foram editadas as leis 8174/91 e 8629/93 que regulamentam os dispositivos constitucionais sobre reforma agrária. Essas leis têm reflexos diretos sobre o direito de propriedade, pelo seu aspecto eminentemente social, pois visam o melhor aproveitamento da propriedade rural e do solo urbano.

O Novo Código Civil, representa um novo patamar de adequação do direito civil ao Estado Social, notadamente pelo que dispõe o artigo 1228, § 1º:

*O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como a evitar a poluição do ar e das águas.*

### **3.2 Direito de propriedade e meio ambiente**

Analisando-se o instituto da propriedade sob o enfoque econômico, social e ambiental que se exige modernamente, verifica-se o amplo grau de interferência do Estado por meio de muitas limitações que, no entender de Louis Josserandi, citado por Fabíola Albuquerque, (1999, pág. 72) podem ser agrupadas em quatro categorias:

- a) limitações gerais que derivam da função social do direito de propriedade de seu espírito e de seu objeto (teoria do abuso dos direitos);
- b) restrições especiais estabelecidas no interesse da coletividade;
- c) restrições impostas pelo interesse da propriedade vizinha (direitos de vizinhança);

d) restrições impostas pela vontade do homem (clausulas de inalienabilidade).

Verifica-se que são de várias ordens as limitações impostas ao direito de propriedade. Além da limitação geral em virtude da função social da propriedade já explicitada, em diversos dispositivos do Código Civil o direito de vizinhança procura ordenar as relações entre os particulares, impondo certas proibições para a boa convivência entre proprietários vizinhos.

Outra forma de limitação ao direito de propriedade consiste nas diversas formas de imposições proporcionadas pela liberalidade que possuem as partes como um contrato ou qualquer negócio jurídico voluntário relativo à propriedade, em que podem estabelecer clausula de inalienabilidade, por exemplo.

As restrições especiais estabelecidas no interesse da coletividade são aquelas limitações impostas pelo poder público, e que são reguladas pelo Direito Administrativo por meio de várias formas de intervenção na propriedade privada. Meirelles (1995) apud Fabíola Albuquerque (1999) define intervenção na propriedade privada como sendo *“todo ato do poder público que compulsoriamente retira ou restringe direitos dominiais privados, ou sujeita o uso de bens particulares a uma destinação de interesse público”*

Entre essas restrições estabelecidas no interesse da coletividade impostas pelo poder público, estão as limitações de caráter ambiental, que também se impõem em virtude da limitação geral relativa à função social que toda propriedade deve desempenhar.

Há uma forte relação do princípio da função social da propriedade com o princípio do meio ambiente, ambos contemplados pela constituição. O artigo 186 da Constituição Federal define de modo expresso que um dos requisitos para que a propriedade cumpra a sua função social é a preservação do meio ambiente e a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis.

A Constituição ainda contempla esses dois princípios de modo destacado no artigo 170, ao tratar da ordem econômica, considerando-os essenciais à dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

O constituinte valorizou assim, a preservação do meio ambiente e a função social da propriedade como categorias de direito fundamentais colocados no mesmo patamar do direito à vida, que é inerente à condição humana.

Desse modo, todos esses princípios que se constituem em direitos fundamentais, embora sejam de gerações diferentes, têm o mesmo patamar constitucional e o mesmo

valor, sendo inerentes à pessoa humana. Nenhum tem mais valor que outro, até porque um depende e é essencial para o outro integrando-se harmoniosamente.

É dessa forma que entende Fabíola Albuquerque ao expor:

*Vida em sua amplitude é premissa maior e meio ambiente premissa menor, o que nos induz ao seguinte silogismo: se vida é um direito fundamental de todos, e se o meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à sadia qualidade de vida, conclui-se que sua preservação e defesa são imprescindíveis para assegurar a saúde, o bem-estar do homem e as condições de seu desenvolvimento, em resumo, a própria vida. Logo, meio ambiente protegido é um direito-dever que diz respeito a todos, no sentido de uma melhor qualidade de vida. (ALBUQUERQUE, 1999, p. 121 e 122)*

Denota-se portanto que o meio ambiente tem valor essencial e incontestável para assegurar o direito fundamental à vida, que é a origem e razão de todos os demais direitos fundamentais. Se o meio ambiente é condição para o direito à vida e com dignidade, este está no mesmo nível do direito de propriedade, inclusive condicionando-o. Neste sentido, o direito de propriedade é harmonizável com o do meio ambiente e o primeiro não se extingue em decorrência da função social ou da proteção do meio ambiente:

*...direito de propriedade e meio ambiente são situações compatíveis. Nada impede que o proprietário permaneça exercendo seu direito, em razão da existência de uma área de proteção ambiental no seu domínio, desde que para tanto compatibilize com a preservação e defesa do meio ambiente emergente dele. (ALBUQUERQUE, 1999, p. 131)*

Várias leis ambientais promulgadas nas últimas décadas que dispõe sobre o Código Florestal (Lei 4771/65), sobre proteção à fauna (Lei 5.197/69) e sobre a criação de estações ecológicas e áreas de proteção ambiental (Lei 6902/81), entre outras, impuseram expressamente limitações à propriedade privada sem extinguir o direito de propriedade que também é legítimo.

O Código Florestal em outros artigos também dispõe regras limitativas à propriedade privada, mas sempre mantendo o caráter conciliável entre esses dois direitos fundamentais.

A Lei 6902/81 que normatizou a criação de estações ecológicas e áreas de proteção ambiental em momento algum cogita a respeito da perda do direito do proprietário e sim apresenta apenas limitações a esse direito como forma de privilegiar um uso dentro das necessidades ecológicas, o que referenda a tese da compatibilidade entre o direito de propriedade e o meio ambiente.

Na hipótese de eventual conflito entre esses direitos fundamentais, durante muito tempo se resolveu pelo confronto entre direito subjetivo público (meio ambiente) versus

direito subjetivo privado (direito de propriedade), mas como ambos têm igual status constitucional, a doutrina moderna, tem utilizado outro critério denominado método do balanceamento ou da ponderação que permite avaliar os interesses e valores em disputa, em cada caso concreto.

Qualquer tentativa de solução se adotada sem a necessária ponderação de valores e interesse pode conduzir em alguns casos a situações de injustiça.

A análise de diversos julgados permite vislumbrar que a Jurisprudência dos tribunais superiores, tanto o STF quanto o STJ nos casos de conflito entre o direito de propriedade e o direito ambiental têm apontado pelo primeiro. Esses tribunais ainda enxergam a propriedade interpretada conforme o direito privado e sem a ótica constitucional, tendo assim um posicionamento tradicional que prejudica e dificulta a construção de uma nova concepção que efetivamente valorize o meio ambiente e o eleve ao mesmo patamar da propriedade privada.

Observamos anteriormente que em virtude do novo Código Civil, até mesmo o direito privado tem passado por profundas mudanças no que se refere ao caráter antes absoluto do direito de propriedade; por isso mesmo é que esse posicionamento conservador dos tribunais superiores já começa a mudar.

Nos tribunais de justiça se constata já há algum tempo que estes de forma geral consideram o meio ambiente um valor irrenunciável à qualidade de vida, com a tendência em defendê-lo primeiramente à propriedade. Esses tribunais estão seguindo uma linha mais progressista e numa eventual colisão de princípios, utilizam-se mais frequentemente do método do balanceamento com tendência a favorecer mais a proteção do meio ambiente que o direito de propriedade.

### **3.3 A propriedade das águas no Brasil**

#### **3.3.1 Competência legislativa e material sobre águas**

A Constituição Federal, como já explanou-se anteriormente trata da competência dos Estados Federados no que se refere às questões ambientais, sendo a competência material comum entre União, Estados e Municípios e a competência Legislativa concorrente, o que presume a competência complementar e até mesmo suplementar para assuntos nos quais houver omissão ou para assuntos locais, previstos no artigo 24 da Constituição Federal.

Embora a água seja um bem ambiental, a Constituição expressamente atribuiu competência legislativa privativa sobre águas à União, conforme o artigo 22, IV. Se a competência é privativa, esta também é exercida de modo reservado pela União, mas com a possibilidade de delegação (art. 22, § único da CF), com a autorização para os Estados legislarem sobre essa matéria através de lei complementar.

Ocorre que em face da reforma atual do Estado Brasileiro, os seus entes federados possuem autonomia político-administrativa e em face do contexto histórico atual em que a legislação sobre águas não tem mais o intuito de privilegiar a geração de energia, mas o próprio recurso ambiental como essencial aos seus diversos usos, é preciso que haja uma interpretação mais moderna e coerente considerando-se a água como um bem ambiental que é, e assim, a supremacia do artigo 24 da Constituição sobre o artigo 22, IV da mesma Carta Magna, podendo-se inferir que ocorrendo conflito de competência federativa em decorrência dos dispositivos constitucionais, deve-se aplicar aquele que for mais benéfico à coletividade e ao interesse público e que atenda de forma mais efetiva ao interesse comum, ainda mais no tocante a bens ambientais como é caso das águas.

A água frente ao seu caráter transindividual e sua natureza de bem ambiental pode ter muito bem a sua competência tanto material quanto legislativa, estabelecida segundo os critérios definidos pelos artigos 23 e 24 da Constituição Federal que se referem ao ambiente e seus diversos elementos que, não obstante o constituinte não ter incluído expressamente a água, é evidente que ao tratar de competência ambiental, também o constituinte incluiu implicitamente todos os recursos e elementos que o constituem.

Neste sentido, interpreta-se o artigo 22 apenas no que diz respeito ao uso das águas para a geração de energia e que cabe à União estabelecer normas gerais de aplicação nacional sobre as águas com a finalidade de criar, alterar ou extinguir direitos das águas, inclusive estabelecendo padrões de qualidade, classificação e volume dos recursos hídricos aplicáveis a todo o território nacional. Como afirma Maria Luiza Granziera (2001), cada ente político tem competência para estabelecer as regras administrativas para guarda e administração dos bens sobre o seu domínio, numa referência clara às águas que em relação às normas administrativas podem ter a competência concorrente dos Estados e Municípios.

No entender de Ney Lobato Rodrigues e William Ricardo do Amaral Carvalho, (2002), ao analisarem os comentários de Maria Luiza Granziera afirmam:

*“Se a estes (aos Estados) não fosse atribuída a edição de normas administrativas, restaria lacuna no direito, pois tampouco a União poderia legislar em matéria administrativa, sobre bens cuja gestão não lhe pertence”.*

Assim, é óbvio que é dada aos Estados e até mesmo aos Municípios, a competência para legislar sobre águas, mas apenas regulamentar e criar dispositivos que possibilitem uma melhor gestão dos recursos hídricos em harmonia, dentro de parâmetros estipulados pela União.

Este também é o entender de Araújo:

*Havendo normas que disciplinem o mesmo tema, dentro da capacidade de suplementação, deve prevalecer a que proteja mais o bem em tela, ou seja, a boa e adequada utilização da água. O povo de cada Estado-membro ou de cada município poderá se encarregar de dar atendimento ao princípio da boa utilização da água. Imaginemos uma política uniforme traçada pela União Federal em caso de conflito decorrente de falta de água. A política nacional pode não ser suficiente para determinada unidade da federação, que tem problemas específicos, com questões localizadas, distantes do padrão nacional. No caso, as normas gerais podem ser traçadas pela União Federal, ficando os Estados-membros encarregados de tutelar seus problemas específicos, em decorrência da situação de seu povo. Assim, a melhor solução é a que deixa para a concorrência de competência a regra de legislar sobre a água, em caso de conflito por má utilização do bem. E inexistindo a norma geral, o Estado poderá legislar plenamente para atender às suas peculiaridades” (ARAÚJO, 2002, pág. 35/36).*

Portanto, no que tange à competência material, não há dúvidas, segue-se a regra do artigo 21, pois este previa a instituição do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e a definição de matérias para a outorga de direitos de uso, o que já se efetivou pela edição da Lei 9433/97 que consagrou a competência comum dos entes federados, dentro dos moldes já previstos pelo artigo 23 da Constituição Federal.

Quanto à competência legislativa, não obstante a competência privativa da União expressa no artigo 22, a interpretação que se deve fazer para a proteção mais efetiva desse bem comum é restringi-la a normas gerais de alcance nacional e normas visando a utilização para geração de energia. Nos demais casos, a competência para legislar sobre águas é também concorrente, devendo-se seguir a mesma linha da competência atribuída às questões ambientais, dada a natureza ambiental do bem “água”, embora este tenha algumas especificidades como veremos adiante.

### 3.3.2 A propriedade das águas e sua função social

Considerada a água um bem, e que esta é “*apropriável*”, não no sentido de que possa ser alienada ou que alguém tenha a propriedade sobre esse bem ambiental, mas no sentido de que é um bem utilizável, um bem de uso, por isso sua utilização deve também atender o princípio da função social da propriedade previsto na Constituição.

O artigo 225 consagra o meio ambiente como um bem de “uso comum do povo”, não podendo se falar então em apropriação do meio ambiente, pois este pertence a todos, e todos têm a responsabilidade de defendê-lo e utilizar a propriedade tendo em vista a correta utilização do meio ambiente, daí vem o caráter difuso da tutela ambiental.

Há situações concretas em que a defesa das águas pode ocorrer apenas individualmente ou para atender um grupo de pessoas determinado que está numa mesma situação fática, como no caso do vazamento de óleo em leito de rio e dano às famílias ribeirinhas. Neste caso o interesse tutelado tem o caráter de individual homogêneo. Nesta ou em outras situações, mesmo havendo dano a pessoa determinada, o interesse maior pode ser o de defender a água como um bem ambiental pertencente a todos, assumindo assim o caráter de interesse difuso.

Em outras hipóteses a defesa da água pode assumir o aspecto de interesse coletivo, pois interessa a uma determinada categoria de pessoas como no caso de cidadãos de um município que pretendem assegurar o fornecimento de água para o consumo. Os sujeitos são determináveis ou determinados, os quais estão unidos por uma relação jurídica-base comum entre eles e a parte contrária.

Diante dessas várias possibilidades, a doutrina majoritária considera a defesa da água de forma geral a tutela de um interesse difuso. O direito à água enquadra-se, portanto, na categoria de interesse difuso, mas é possível, dependendo do caso concreto, enquadrar o direito à água nas categorias de interesse coletivo ou individual homogêneo.

A água, não obstante suas especificidades, enquanto bem ambiental deve seguir as regras do artigo 225 da Constituição e de tudo que já foi explanado a respeito da função social da propriedade.

Por ser objeto de diversos enfoques constitucionais, numa primeira observação pode-se analisar a água enquanto propriedade e sob esse enfoque é um bem que pode se apropriado, devendo num primeiro momento ser tratada pelo direito comum de propriedade.

O direito de propriedade, como já visto foi tratado pela constituição como um dos direitos fundamentais ao lado da vida, da liberdade, da segurança e da igualdade.

A propriedade considerada como um direito fundamental sob todas as suas formas, em qualquer delas deve atender a função social prevista na Constituição.

A Constituição Federal expressamente trouxe apenas os requisitos necessários para atender a função social da propriedade rural e da propriedade urbana, mas nem por isso deixou de tratar da propriedade de forma geral.

Dessa forma, as outras propriedades devem ter seu conceito de função social extraída do texto a partir de determinados valores. O constituinte deixou para o intérprete a fixação de parâmetros da função social das outras formas de propriedade que não estão aclaradas na Lei Maior, mas que nem por isso não devem cumprir a sua função social.

Isso acontece com a água. No entender do ilustre mestre Luiz Alberto David Araújo:

*Não há indicativos explícitos para determinar qual seria a função social da propriedade da água. Mas sabemos que o direito de propriedade sobre a água deverá atender à sua função social, já que a constituição federal, no artigo quinto, não fez qualquer distinção entre propriedades”. (ARAÚJO, 2002. pág. 29).*

Ainda na opinião do renomado doutrinador, um caminho razoável para determinar a função social da água seria verificar o artigo 186 que condiciona o cumprimento da função social da propriedade rural à utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente. Assim conclui o autor:

*“Ora, se respeitar o meio ambiente é dever do cumpridor da função social, a preservação e a boa utilização do bem água (necessário para preservação do meio ambiente) é, sem dúvida, também elemento da função social do proprietário da água”. (ARAÚJO, 2002. pág. 29)*

Sendo, portanto, objeto do direito de propriedade, esse direito deve atender a sua função social, limitada à sua correta utilização. Diante da realidade atual, o direito de propriedade sobre a água estará sendo objeto de disputa em breve, e por esta razão os conflitos a respeito de sua reserva e utilização, certamente ocorrerão, não deve esperar muito para disciplinar este tema utilizando-se como base o arcabouço constitucional de forma mais adequada.



A função social da propriedade e mais especificamente a da propriedade da água como limitadora ao seu uso, tanto em qualidade quanto em quantidade, tem por meta maior coroar os princípios fundamentais do direito à vida e da dignidade da pessoa humana.

Não basta apenas tutelar a vida, é preciso que qualquer tutela ofereça condições para que essa vida surja e se desenvolva com qualidade, daí a importância dada, a essa noção ainda muito vaga, de dignidade da pessoa humana escolhido entre um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A água, imprescindível à vida, é parte e elemento necessário para a sadia qualidade de vida, e portanto, à dignidade do ser humano. Não se pode assim falar em dignidade da pessoa humana se não está assegurada a utilização da água para suas necessidades.

Haveria, dessa forma, um confronto entre a utilização adequada e mínima de água pelos habitantes de determinada região e os proprietários da água. Os limites seriam fixados em benefício da utilização da água, apesar da garantia do direito de propriedade. A função social da propriedade, no caso, seria formatada a partir do assegurar de um mínimo de dignidade aos habitantes de determinada região. (ARAÚJO, 2002, pág. 32)

Como já explanado anteriormente, havendo conflito entre o direito de propriedade e o princípio da dignidade da pessoa humana, deve-se resolver pela utilização social do bem, cumprindo-se a função social da propriedade que deve existir antes de tudo para o bem comum da coletividade.

É neste sentido que o artigo 1º da Lei 9433/97 trouxe como um de seus fundamentos o uso da água em situações de escassez tendo como prioridade o consumo humano e a dessedentação de animais.

### **3.3.3 A água como bem ambiental**

O meio ambiente é constituído por uma imensa teia de elementos bióticos e abióticos que se inter-relacionam formando os ecossistemas e suas complexas cadeias interativas. Os elementos bióticos são os seres vivos que dependem dos elementos abióticos que se constituem elementos fundamentais para a existência de vida. Entre os elementos está a água, necessária para qualquer forma de vida no planeta.

Desse modo a água, sendo um dos elementos que constituem o todo que é o meio ambiente, têm as mesmas prerrogativas deste, embora, como já ressaltamos, apresente certas peculiaridades até mesmo no que diz respeito ao regime jurídico de seu uso.

Todos os princípios da PNMA presentes no artigo 2º da Lei 6938/81 tem profundas implicações na proteção jurídica das águas.

A Constituição prescreve no artigo 225, caput:

*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.*

Numa análise desse artigo, Cristiani Derani (2002), demonstra que a constituição Federal foi revolucionária no sentido de criar um outro gênero de bem que nem é público, nem é privado. Ao tratar o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental do qual todos são destinatários e que contêm duas características específicas, a de ser um bem de uso comum do povo e a de ser essencial à sadia qualidade de vida.

A Lei 9433/97 que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos aponta como um dos seus fundamentos, no artigo 1º, inciso I, que a água é um bem de domínio público.

Na lição de Hely Lopes Meireles (1995), o termo “ domínio público” pode significar ora o poder que o Estado exerce sobre os bens próprios e alheios ora consiste na condição desses bens. Para o nobre jurista, essa repressão também pode significar o conjunto de bens destinados ao uso público.

Para este presente estudo, essa expressão “*domínio público*” significa a condição de um determinado bem, neste caso a água, que é um bem inapropriável individualmente, mas de função geral que pode ser desfrutado por qualquer pessoa. Sobre essa ótica assinala Hely Lopes Meirelles (2002), que em sentido amplo e genérico o domínio público abrange não só os bens das pessoas jurídicas de direito público interno como as demais coisas que por sua utilidade coletiva merecem a proteção do poder público, tais como as águas, as jazidas, as florestas, a fauna, o espaço aéreo e as que interessam ao patrimônio histórico e artístico nacional.

A outra noção de “*domínio público*” citada é aquela que considera o poder que o Estado exerce sobre os bens próprios e alheios, e neste sentido, no que se refere a água, essa noção também é válida uma vez que sendo um bem de interesse difuso e de utilidade pública, não podendo ser apropriado no sentido de que não pode ser alienado, então o Estado deve exercer o domínio ou controle sobre esse bem, para que o mesmo seja

tutelado, preservado e utilizado de acordo com o interesse público. Ainda de acordo com este pensamento, embora a Constituição no artigo 20, III trate os lagos, rios e quaisquer correntes de água como bem da União, estes não são de propriedade da União, pois esta não pode aliená-las.

Os cursos d'água de domínio da União são aqueles que correm nas terras em que a União tem o domínio e a competência para resolver conflitos, mas não são estes cursos d'água propriedade particular do ente da federação.

Da mesma forma ocorre com os Estados cujos bens estão delineados no artigo 26, I da Constituição. Estes entes da Federação não são proprietários das águas superficiais ou subterrâneas que existem no seu domínio.

Domínio aqui não significa propriedade, como usualmente se emprega no direito civil (direito privado), mas consiste na responsabilidade de proteção de determinados bens (neste caso as águas) como se de sua propriedade fossem. O poder público deve exercer o poder de polícia no sentido de manter a segurança e a conservação do bem, pois neste caso das águas, é atribuição dada pela própria Constituição.

O domínio público sobre as águas ( e sobre qualquer bem ambiental) significa, portanto, o dever de determinado ente público de cuidar deste bem que não é de propriedade da pessoa jurídica de Direito Público Interno, mas de toda a coletividade, não pertencendo a ninguém individualmente.

Nessa ordem esclarece Machado:

*O domínio público da água não transforma o Poder Público Federal ou Estadual em proprietário da água, mas o torna gestor desse bem, no interesse de todos. O ente público não é proprietário, senão no sentido formal (tem poder de autotutela do bem), na substância é um simples gestor do bem de uso coletivo. (MACHADO, 2002, pág. 25).*

Seguindo este entendimento pode-se compreender que a expressão “ *bem de domínio público*” utilizada pela Lei 9433/97 da PNRH está institucionalmente ligada à expressão “bem de uso comum do povo” expressa pela Constituição Federal de 1988.

Chega-se a essa conclusão, pois na divisão dos bens públicos feita pelos diversos doutrinadores em direito administrativo, estes podem ser: Bens de Uso Comum do Povo, Bem de Uso Especial ou Bens Dominicais. Por essa classificação, os bens de uso comum do povo são justamente aqueles que podem ser desfrutados por toda e qualquer pessoa, são os bens aos quais todos devem ter acesso em condições de igualdade dentro das limitações constitucionais, o que se coaduna perfeitamente à natureza dos bens ambientais, notadamente a água.

Importante ressaltar que por ser um bem de uso comum do povo, automaticamente a água também se constitui um bem de domínio público, pois não pode ficar sem a proteção do poder público, ainda mais por ser essencial à qualidade de vida. Isso quer dizer que a água não pode ser alienada, vendida, mas não quer dizer que o seu uso não possa ser cobrado, aliás, sendo um bem de uso comum, o poder público em razão do domínio que exerce sobre a proteção do bem, pode cobrar um preço pela sua utilização.

E é isso que prevê a Lei 9433/97, ou seja, a cobrança pelo uso das águas como instrumento que visa reconhecer a água como um bem econômico e dar ao usuário uma condição de seu real valor.

Para que um bem do povo possa ser considerado ambiental, ele deve ser, além de uso comum do povo, essencial à qualidade de vida. Conforme afirma Ana Claudia Bento Graf:

*Os bens essenciais à qualidade de vida são aqueles fundamentais à garantia da dignidade da pessoa humana, que constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (CF/88, artigo 1º, III) e que estão relacionados com os direitos fundamentais referidos no artigo 6º da Constituição: o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção da maternidade, à infância e à assistência aos desamparados". (GRAF, apud SOUZA FILHO, 2002, p. 05).*

Afirma que os bens ambientais são todos aqueles essenciais para a manutenção da vida de todas as espécies e de todas as culturas, dessa maneira podemos enxergar o papel da água, sendo assim um bem ambiental imprescindível para a existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, preconizado pela Magna Carta.

Portanto, o meio ambiente sendo um bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, nos leva a estender estas prerrogativas também a água, pois esta é um dos elementos que o compõem. Portanto, não há como negar que a água, antes de ser um bem apropriável no sentido de que pode ser consumida, deve ser considerada um bem ambiental difuso, cuja utilização, por este motivo, está condicionada à manutenção do equilíbrio ecológico do ambiente, compromisso que deve ser assumido pelo poder público e por toda a coletividade.

### 3.4 O novo regime jurídico de propriedade das águas

#### 3.4.1 A dominialidade das águas

Conforme verificou-se em tópicos anteriores o direito de propriedade vem sofrendo paulatinamente e de forma mais profunda nas últimas décadas, transformações no seu caráter privado e individual.

As novas tendências ideológicas e sociais têm proporcionado à propriedade uma nova fisionomia por meio do recente arcabouço jurídico no qual se insere o direito de propriedade.

No que se refere às águas, esse bem até pouco tempo atrás era visto na sociedade e mais ainda pelas legislações, não como um bem ambiental de domínio público e de uso comum do povo. A preocupação era essencialmente com o aproveitamento das águas para fins energéticos e vista como uma mercadoria a ser apropriada livremente por qualquer particular, sem interferência do poder público.

Era esta a visão que predominava na legislação sobre águas no Brasil, representada notadamente pelo Código de Águas e por alguns dispositivos do Código Civil.

O Código de Águas classificava as águas em:

- a) Águas públicas de uso comum ou dominicais (capit.I)
- b) Águas Comuns (capit.II)
- c) Águas particulares (capit.III)

Fez o código, a partilha das águas entre União, Estados, Municípios e os particulares. Quanto às águas particulares, assim dispunha o artigo 8º do Código de Águas:

*“Art. 8º. 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”.*

Dos Municípios eram as águas que estivessem exclusivamente em seus territórios, respeitadas algumas restrições que pudessem ser impostas pelos Estados.

O restante das águas eram de domínio dos Estados e da União.

Esse regime previsto pelo Código de Águas era condizente com o estabelecido pelas Constituições de 1934 e 1937. Entretanto, as constituições posteriores, desde 1946 já

promoveram alterações nesse regime jurídico estabelecido pelo Código de Águas, restringindo o domínio dos municípios e dos particulares.

Como consequência dessa evolução, foi a Constituição de 1988 que trouxe as maiores alterações no que se refere à propriedade sobre as águas. A Constituição Federal de 1988 confirmou a tendência de cristalizar o domínio da União e dos Estados sobre todos e quaisquer cursos de água, retirando de vez do Município a possibilidade de domínio sobre as nascentes ou águas que percorrem seu território.

Assim dispõe o artigo 20, inciso III:

*Art. 20. São bens da União:*

....

*III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limite com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as terras fluviais.*

Quanto às águas de domínio dos Estados, assim traz o art. 26, I :

*Art. 26. 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.*

Pertencem assim aos Estados as águas em suas diversas formas de manifestação, sejam superficiais, subterrâneas, efluentes, emergentes e em depósito, desde que banhem apenas o respectivo Estado, isto é, desde que sejam águas interiores, dentro dos limites dos Estados.

As águas emergentes são as nascentes, as efluentes são as que constituem rios e córregos e as águas em depósito são as que constituem lagos, lagoas e represas.

Da análise dos artigos 20 e 26, pode-se entender que o domínio da União é residual, pois todas as águas que banham os Estados serão de domínio Estadual, exceto aquelas águas superficiais que se estendam por mais de um Estado, as que sirvam de limite ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham e as águas em depósito decorrentes de obras da União.

No que concerne às águas subterrâneas, uma inovação. Como o artigo 20 nada diz a respeito das águas subterrâneas e o artigo 26 da CF é expresso em afirmar que estas são de domínio dos Estados, sem fazer nenhuma restrição ou ressalva, entende-se que não existem águas subterrâneas da União, mesmo que se estendam por mais de um Estado, sempre serão de domínio estadual. Quanto às águas marítimas, nenhuma dúvida, sempre serão de domínio exclusivo da União (Art. 20, IV CF/88).

Pode-se concluir então, que a Constituição Federal nenhuma menção faz aos municípios e nem às águas particulares, portanto excluindo destes o domínio sobre as águas. A CF inclusive, ao afirmar que as águas em depósito são de domínio dos Estados, exceto aquelas que são decorrentes de obras da União, não fez outra exceção. Onde a Constituição não excepcionou não se pode interpretar que poderia, por omissão do texto da Magna Carta, excepcionar e entender possível o domínio particular das águas depositadas em terrenos privados. Ou as águas em depósito serão dos Estados ou da União. Assim todas as águas de represas, açudes e lagoas decorrentes de captação são públicas, exceto as águas pluviais das quais não tratou a Constituição Federal e, segundo parte da doutrina, poderiam ser utilizados pelos proprietários particulares nos moldes previstos pelo Código de Águas e pelo Código Civil de 2002 que não modificou a disciplina do Código de 1916.

Assim, se um proprietário particular fizer obras em sua propriedade para captar águas pluviais, esta água confinada então não seria pública, mas de sua propriedade particular pois não foi captada de nenhum curso hídrico.

Então, dúvidas poderiam ser suscitadas, pois se a Constituição Federal nada trouxe a respeito, não se poderia presumir que não existiriam mais águas particulares, pois nem mesmo a Constituição fez menção expressa à classificação das águas.

Com o advento da Lei 9433/97, esta tornou-se de modo implícito uma lei regulamentadora dos artigos 20, I e IV, do art. 26 e ainda do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, dada a natureza da água como bem ambiental.

Embora não traga explicitamente uma classificação das águas, o artigo 1º desta lei define que “ a água é um bem de domínio público”. Essa expressão genérica abrange todo tipo de água, a superficial, a subterrânea, as efluentes, emergentes ou em depósito, sejam quais forem e onde estiverem, estas são de domínio público.

A respeito dessa mudança, José Ribeiro (2002, pág.39) assim descreve:

*Tem-se assim que, com o novo disciplinamento dado às águas pela vigente Constituição Federal e pela mencionada Lei 9.433, o Código de Águas (Decreto 24.643, de 10.07.1934) ficou superado, por incompatibilidade, em vários aspectos, mas sobretudo na parte que conceituava e classificava as águas em águas públicas, águas comuns e águas particulares. Pela nova ordem constitucional, as águas serão sempre públicas e isso vem ratificado, expressamente, no art. 1º, inc. I, da Lei 9.433, ao preceituar que a água é um bem de domínio público. Já não há, portanto, águas particulares.*

Conclui-se então que não há mais águas de propriedade de particulares, em primeiro lugar porque tanto a Constituição Federal quanto a Lei 9433/97 não lhes trazem esse direito, pelo contrário, referem-se apenas ao domínio público das águas, e em segundo

lugar porque ao definir a Lei 9433/97 que a água é um bem de uso comum do povo, lhe retira completamente o caráter de bem privado.

Dessa nova atribuição ao regime jurídico de propriedade das águas surgem diversos reflexos e discussões a respeito de questões como: o direito adquirido dos antigos proprietários dessas águas antes da Constituição de 1988 e por conseqüência o direito de indenização, os conflitos pelo uso da água, que certamente deverão ser resolvidos não mais apenas pelas normas do direito de vizinhança, mas pela supremacia do interesse público, entre outros.

### **3.4.2 Comparação com alguns atos de intervenção do Estado na propriedade.**

Com a verdadeira “*conversão*” das águas internas em águas públicas, a doutrina ambiental, pela interpretação da Lei 9433/97, que regulamentou o artigo 20, I da Constituição Federal, não há mais águas particulares. Dessa alteração no regime jurídico das águas decorrem várias conseqüências, que numa primeira impressão parecem não ser tão relevantes, ou dizer respeito a questões meramente acadêmicas, mas num futuro muito breve, emergindo conflitos jurídicos pelo uso dos recursos hídricos, poderão ser alvo de acaloradas discussões.

Primeiramente cabe perguntar se o ato que converteu as águas particulares em públicas, mesmo decorrentes de dispositivo constitucional pode ser considerado uma espécie de intervenção na propriedade.

Se admitirmos que sim, caberá então definir qual a medida administrativa de intervenção na propriedade, que seria mais adequada para efetivar essa conversão das águas particulares em públicas. Entre essas figuras tem-se a desapropriação, a limitação administrativa, a desapropriação indireta (não prevista na lei pois é ato ilícito cometido pela própria administração) e a servidão administrativa, modalidades de intervenção na propriedade que mais se coadunam com o objeto do presente estudo.

Analisando o instituto da desapropriação, percebe-se que o mesmo não pode ser utilizado para explicar ou regular tal ato de conversão das águas particulares em públicas, isto porque na desapropriação o particular que teve seu bem expropriado não continua de posse do mesmo, fato que vem ocorrendo no caso das águas, que não obstante serem públicas, podem continuar sendo utilizadas pelos antigos proprietários particulares, desde



que com a licença do poder público, o que muitas vezes, neste último caso nem sempre acontece.

Outra complicação é que para a desapropriação é exigido todo um procedimento, que inclusive garante ao particular a indenização pela perda do bem. No caso das águas, não houve, quando da aprovação da Assembléia Constituinte nenhuma disposição, nem mesmo nos atos de disposição transitórios nenhuma disposição a respeito do procedimento necessário para a conversão das águas particulares em públicas, nem mesmo nas leis regulamentadoras da gestão e uso dos recursos hídricos, que posteriormente foram editadas.

Além disso a desapropriação normalmente é dirigida a propriedade determinada, para situações particulares. O que ocorreu no caso dos recursos hídricos foi uma medida de intervenção de caráter geral aplicável a todas as propriedades que tiverem cursos ou depósitos de água.

Outro instituto que poderia ser empregado, é o da limitação administrativa. Esta inclusive é a medida de intervenção na propriedade privada utilizada pelo poder público para a preservação, conservação e uso racional das áreas de floresta de preservação permanente e de Reserva Florestal Legal, é portanto a modalidade das mais utilizadas de intervenção na propriedade para conservação dos recursos naturais.

A este respeito:

*A reserva florestal é uma limitação administrativa imposta pelo Poder Público, não sendo uma das obrigações de não fazer, mas uma imposição positiva, a de fazer, ou seja, a de impor o dever de utilizar, de certo modo, o bem imóvel rural. A partir dessa ampliação da tarefa do Poder Público, é que começou a se falar em função social da propriedade” (LIMA, 2000. pág. 64).*

Ainda no entender da autora, citando o ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

*Assim, a preservação dos recursos naturais se faz por dois modos: pelas limitações administrativas de uso, gerais e gratuitas, sem impedir a normal utilização econômica do bem, nem retirar a propriedade do particular, ou pela desapropriação, individual e remunerada de determinado bem, transferindo-o para o domínio público e impedindo a sua destruição ou degradação”.(LIMA, 2000 apud MEIRELLES, 1999. pág. 488).*

Nota-se que pela novidade do assunto e talvez mesmo pela importância atual, possivelmente mais teórica que prática, efetivamente o que acontece nas propriedades rurais particulares é que estas continuam, embora sejam pela lei de uso comum do povo, utilizando as águas como se fossem propriedade particular. Mesmo que o poder público exija a licença e a cobrança pelo uso dos recursos hídricos, essa medida é de caráter geral

(o que se coaduna com mais uma das características das limitações administrativas) não retira efetivamente o domínio dos antigos proprietários particulares sobre os recursos hídricos que confinou, muitas vezes com a realização de obras e benfeitorias.

Neste passo, o uso das águas e a utilização das áreas de preservação permanente e de reserva florestal legal são intimamente parecidas, o que nos levaria a admitir por analogia, o mesmo tratamento dado a ambos, considerando a intervenção na propriedade que detém tais recursos, uma modalidade de limitação administrativa.

Todavia, na limitação administrativa a propriedade permanece com o particular, apenas o seu uso é condicionado às exigências e restrições impostas pelo poder público.

A lição do renomado mestre Hely Lopes Mirelles (2000. pág. 601), assim define:

*“Limitação administrativa é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social”.*

Desse modo, não obstante a possibilidade de utilizarmos as disposições do Código Florestal e leis esparsas a respeito das áreas de preservação permanente e de reserva Florestal como analogia para suprir a falta de regulamentação e então definir-se o regime jurídico de limitação administrativa para as águas. No caso desse bem ambiental, isso não ocorre pois o dispositivo constitucional e depois a Lei 9433/97 não apenas pôs restrições ao uso das águas, mas claramente converteu-se em bem de domínio público, daí a grande diferença entre essas duas situações, o que teoricamente não permitiria o uso da analogia. Com efeito, no caso das águas não se trata de mera limitação administrativa incidindo sobre uma propriedade, haja vista que se tem duas propriedades, uma particular e outra pública (água), ambas convivendo num espaço específico.

Ocorre que como veremos, nenhuma dessas modalidades se “encaixa” com a forma na qual ocorreu a mudança no domínio das águas e a maneira pela qual efetivamente ocorre o uso dos recursos hídricos nestas mesmas propriedades.

É verdade que em virtude da natureza singular do domínio e do uso deste bem tão precioso, talvez nenhuma das formas existentes deva ser empregada, mas tenhamos a criação ou adaptação a uma espécie de desapropriação diferenciada ou limitação administrativa “*sue generis*” ou ainda continuar sendo uma espécie de intervenção inominada na propriedade particular, como até o momento talvez seja o mais razoável afirmar.

Entretanto, temos por outro lado outra opinião, pois o ato que converteu, ou seja, que alterou o domínio da águas não foi um ato administrativo, mas um ato legislativo. E ainda mais, não se constitui um ato legislativo ordinário, mas uma determinação do poder Constituinte Originário.

Se pensarmos desta forma, sendo um ato legislativo de caráter originário da Constituição Federal, não há que se discutir se as medidas administrativas tomadas para efetivar o dispositivo constitucional são de um ou de outro caráter, se constitui desapropriação direta, indireta, limitação ou servidão administrativa, até porque a legislação infra-constitucional que trata dos recursos hídricos se limita a afirmar que as águas são públicas, mas também não regularam e nem trouxe a necessidade de atos administrativos para efetivar esse dispositivo constitucional. Basta entender simplesmente que foi o próprio constituinte originário que alterou o regime das águas, não podendo contra esse dispositivo invocar nem mesmo o direito adquirido.

### 3.4.3 A questão do direito adquirido e das indenizações

A idéia de direito adquirido é muito antiga e está inteiramente ligada ao direito intertemporal.

Para a ocorrência do direito adquirido é necessário que se tenha originado de um fato jurídico de acordo com a lei no tempo em que se formou ou produziu e que tenha entrado para o patrimônio do indivíduo.

Segundo Caio Mário (1976. pág. 152):

*[...] o direito adquirido aplica-se tanto no direito público quanto no direito privado... Onde quer que exista um direito subjetivo, de ordem pública ou de ordem privada, oriundo de um fato idôneo a produzi-lo segundo os preceitos da lei vigente ao tempo em que ocorreu, e incorporado ao patrimônio individual, a lei nova não o pode ofender.*

Repetindo aqui as idéias do saudoso Clóvis Beviláqua, (1940 apud BRAGA, pág.86) podemos ter uma noção da importância deste instituto.

*o respeito aos direitos adquiridos é uma necessidade imposta pelo instinto de conservação da sociedade, que não teria organização estável, nem base para o seu natural desenvolvimento, se a ordem jurídica e os direitos, que ela assegura, se dissolvessem com as sucessivas reformas da legislação.*

Previsto na CF/88, artigo 5º XXXVI, o direito adquirido surge para proteger o direito nas relações de direito privado e constitui um instrumento dotado de status de direito fundamental.

Não há dúvida que em sede de direito privado, o direito adquirido é amplamente respeitado, não se admitindo que nova lei atente contra situações jurídicas já consolidadas e que, por isso mesmo já integram o patrimônio do indivíduo.

O problema reside na proteção do direito adquirido ante a edição de normas de ordem pública, como são as de proteção ambiental.

No caso das legislações ambientais, sempre o direito ambiental deve buscar um equilíbrio entre a proteção da natureza e o desenvolvimento econômico proporcionando o que se chama “Desenvolvimento Sustentável”. Neste sentido, anotamos as idéias de Rodrigo B. Braga (2005. pág.88, Revista de Direito Ambiental, nº 35):

*[...] o direito adquirido, destarte, deve ser analisado do ponto de vista concreto, e se quando a situação fática assim o reclamar. Somente em causas específicas se poderia conhecer da essência do princípio do direito adquirido e, inclusive detectar-lhe os elementos básicos”.*

É importante lembrar também, que sendo um direito fundamental, o direito adquirido no confronto com uma norma de direito público, deve-se ter cautela, inclusive utilizando-se neste caso do princípio da proporcionalidade.

Por este ponto de vista, afirma Braga, pode-se verificar que, embora seja praticamente uma exceção, pode existir sim direito adquirido pelo particular, mesmo em questões ambientais.

Para explicar melhor, o mesmo autor cita como exemplo o licenciamento ambiental. Ao conceituar licenciamento ambiental, considera este um procedimento que pelo seu caráter de definitividade reveste-se da natureza de licença e não de autorização.

É verdade que a licença ambiental tem um aspecto próprio, pois é licença, mas com prazo determinado, mas esta particularidade não lhe tira o caráter de definitividade.

Nestes termos continua o autor:

*[...] licenciada a atividade e estando ela em plena operação, tendo o empreendedor realizado vultosos investimentos, tais como a realização de obras de infra-estrutura, construção de prédios e equipamentos de grande porte, não pode mais a administração Pública revogar a licença concedida, desde que vigentes e respeitadas as condicionantes propostas, pois isto equivaleria não só a uma afronta ao direito adquirido, mas ao conteúdo do direito de propriedade.(BRAGA, 2005, pág. 91)*

A administração tem o poder de revogar seus atos por conveniência e oportunidade, mas se o empreendedor recebeu a licença da administração e se conduz

conforme as exigências dessa licença, enquanto esta vigorar, o mesmo terá sim direito adquirido, e se a administração quiser revogar a licença até poderá fazê-lo, mas terá que indenizar o empreendedor.

Braga utiliza-se da Súmula 473 do STJ para fundamentar esta idéia:

*Sum. 473: A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.*

Assim, respeitadas as condicionantes para a expedição da licença, enquanto esta estiver em vigor, tendo o empreendedor realizado vultosos investimentos não pode mais a administração pública revogá-los, ou melhor, pode, mas desde que desaproprie o empreendedor, tendo que indenizá-lo, caso contrário estaria afrontando o direito adquirido e o direito de propriedade, estimulando a prática da desapropriação indireta, que infelizmente tem se tornado usual.

Obviamente, como a licença tem um tempo determinado, se sobrevier nova lei indicando novos padrões de proteção ambiental, o poder público ante a existência implícita da cláusula “*rebus sic stantibus*”, neste tipo de licença, pode negociar com o empreendedor a adoção desses novos padrões. Caso não haja acordo, poderá exigir a administração o cumprimento dos novos padrões somente no término da licença, pois enquanto determinada licença for vigente a administração não poderá obrigá-lo a modificar seu padrão de proteção ambiental.

Em último caso, se as modificações do padrão de proteção ambiental forem imprescindíveis e não havendo acordo com o empreendedor, utilizando-se da supremacia do interesse público, a administração poderá paralisar a atividade, mas terá de indenizar a empresa uma vez que esta tem o direito adquirido de funcionar nas condições da licença concedida pela própria administração, e se é impedida pelo poder público, deve ser indenizada. O poder público tem a prerrogativa ou neste caso o ônus de parar a atividade, pois ninguém tem o direito adquirido de poluir.

Neste sentido, no que se refere às licenças ambientais pode-se dizer que a afirmação de que em matéria ambiental não existe direito adquirido é uma meia-verdade, não podendo ser aplicada em todos os casos, devendo-se observar cada caso em concreto, notadamente no que diz respeito ao licenciamento.

Em virtude das semelhanças já apontadas, pode-se dispensar o mesmo tratamento das áreas de reserva florestal legal ao regime de propriedade das águas, no que se refere ao direito adquirido e a possibilidade de indenização?

O principal problema para a utilização da analogia entre os terrenos cobertos por reservas florestais legais e as áreas cobertas por recursos hídricos é o fato de que os primeiros não foram convertidos em bens públicos e se mantiveram com a natureza de áreas particulares com limitações administrativas enquanto que as últimas foram convertidas em bens públicos (tanto o líquido “água” quanto o álveo em que ela se acumula).

Ainda pode-se verificar que a utilização dos recursos hídricos pelos antigos proprietários pode ocorrer, desde que tenham a outorga de uso, licença esta que impõe uma série de condicionantes. De modo oposto, nas áreas de reserva legal os proprietários efetivamente se comportam como se proprietários não fossem, pois sofrem inúmeras restrições ao uso desses espaços.

O que se observa porém, é que no caso dos recursos hídricos os ex-proprietários efetivamente mantém certo direito de uso por meio da outorga, sendo o direito de propriedade o menos importante. No caso das reservas florestais legais, o direito do proprietário também tem reduzida sua importância pois o proprietário particular mantém apenas um certo direito de uso, ressalta-se, bastante restrito. Neste sentido, as duas espécies de bens ambientais que por sinal se revestem de recursos naturais importantes, têm lá as suas semelhanças.

Diferenças à parte, se acreditarmos ser possível, ao menos enquanto não houver regulamentação, que haja o mesmo tratamento para os dois bens jurídico-ambientais estaremos diante da seguinte situação: além dos casos das licenças ambientais, que pelo já exposto mostra possibilidade de se admitir o direito adquirido e conseqüentemente ao menos o direito de indenização, outro caso em que ao menos uma minoria admite exceção é o das áreas de reserva florestal legal e assim por analogia, poderíamos também admitir a existência de direito adquirido no que concerne aos recursos hídricos, o que seria mais uma exceção, diante da postura predominante de não se admiti-lo diante de novas normas ambientais, ainda mais de cunho constitucional.

No caso dessas áreas de reserva florestal legal, por suas características peculiares, existem algumas divergências quanto ao reconhecimento do direito adquirido dos proprietários e por consequência no que se refere à possibilidade de indenização pelas restrições ao uso econômico mais intensivo dessas terras.

Para Luís Carlos S. de Moraes a implementação imperativa do Estado, obrigando o administrado a fazer ou não fazer, mesmo que não retire por completo a utilização econômica do bem, garante ao proprietário rural à indenização.

O STF em acórdão proferido pelo relator Min. Celso de Mello, se pronunciou no mesmo sentido sobre a matéria:

*Ementa: Recurso Extraordinário – Estação ecológica – Reserva florestal na Serra do Mar – Patrimônio nacional (CF, art.225, parágrafo 4º) – Limitação Administrativa que afeta conteúdo econômico do direito de propriedade – Direito do proprietário à indenização – Dever estatal de ressarcir os prejuízos de ordem patrimonial sofridos pelo particular – RE não conhecido.[...]*  
*A circunstância de o Estado dispor de competência para criar reservas florestais não lhe confere, só por si – considerando-se os princípios que tutelam, em nosso sistema normativo, o direito de propriedade – a prerrogativa de subtrair-se ao pagamento de indenização compensatória ao particular, quando a atividade pública, decorrente do exercício de atribuições em tema de direito florestal, impedir ou afetar a válida exploração econômica do imóvel por seu proprietário. A norma inscrita no artigo 225, parágrafo 4º da Constituição deve ser interpretado de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclama pelo art.5º, XXII da Carta Política, garante e assegura o direito de propriedade em todas as suas projeções, inclusive aquela concernente à compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis à atividade estatal. O preceito consubstanciado no art. 225 parágrafo 4º da Carta da República, além de não haver convertido em bens públicos os imóveis particulares abrangidos pelas florestas e pelas matas nele referidas (Mata Atlântica, Serra do Mar, Floresta Amazônica brasileira) também não impede a utilização, pelos próprios particulares, dos recursos naturais existentes naquelas áreas que estejam sujeitas ao domínio privado, desde que observadas as prescrições legais e respeitadas as condições necessárias à presença ambiental” (RE nº 134.297-8-SP, o Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 22 de Setembro de 1995, Seção 1, p.30.597).*

Mas deve-se lembrar que essa posição é minoritária na doutrina e embora tenha decisões consideráveis nos tribunais superiores, esse ponto de vista cada vez mais perde força até mesmo nos tribunais do Estados, diante das pesadas críticas da esmagadora doutrina ambientalista.

Luís H. Paccagnella, (1995. pág. 17) em artigo sobre o assunto na Revista Brasileira de Direito Ambiental escreve:

*É que, com a nova ordem jurídica instalada em 1988, só ficou reconhecido o direito de propriedade, quando cumprida tal função sócio-ambiental, como pressuposto e elemento integrante daquele. Se não cumprida tal função social, o direito de propriedade simplesmente não existe, não havendo como, portanto, se falar em direito adquirido à degradação ambiental.*

Para reforçar, esta tem sido a posição comum da jurisprudência, nos tribunais dos Estados retratada aqui por acórdão do TJ de Minas Gerais:

*Ação Civil Pública – Não se pode invocar direito adquirido à atividade poluidora, lavra ou o que seja, por não haver, salvo ressalva, direito adquirido*

*contra nova CF, como ocorre com a de 1988. Frente a uma nova ordem constitucional, descabem argumentos ou direitos de anterior ordem constitucional que não tenham sido ressalvados". (AC 547331/1 – 5ª Câm. Rel.Dês. Schalcher Ventura – DJ MG 19.06.1997, Revista Jurídica 240/92).*

Ainda neste caminho leciona Lima (2000) apud Meirelles, (2002):

*[...] não são devidas indenizações nem pelas áreas de preservação permanente de cunho geral, nem pela reserva legal, uma vez que hodiernamente são espaços territoriais protegidos, com fundamento constitucional, sendo que sua preservação, em termos ambientais, é parte da função sócio-ambiental da propriedade, como pressuposto da existência jurídica desta última..*

O principal fundamento para tais argumentos, se vincula à idéia de que a preservação do meio ambiente já é requisito essencial que toda propriedade rural e urbana deve conter, sem o qual o direito de propriedade se sustente, uma vez que se este não cumpre sua função social, exigência constitucional para sua própria razão de ser, o próprio direito de propriedade não existe.

*A preservação da qualidade ambiental na propriedade rural, conforme a constituição, é pressuposto da existência do direito de propriedade, conferido pelo constituinte. Logo, a definição de espaços territoriais protegidos, impostos em caráter geral a todos os proprietários, não constitui restrição ou intervenção no direito de propriedade, mas sim condição para o reconhecimento jurídico deste último. (PACCAGNELLA, 1995. pág. 15)*

Nos mesmos moldes prossegue o referido doutrinador, no mesmo artigo publicado pela Revista de Direito Ambiental nº 8:

*Em suma, não são devidas indenizações nem pelas áreas de preservação permanente de cunho geral, nem pela reserva legal, uma vez que hodiernamente são espaços territoriais protegidos, com fundamento constitucional, sendo que sua preservação, em termos ambientais, é parte da função sócio-ambiental da propriedade, como pressuposto da existência jurídica desta última.*

Hely Lopes Meirelles (1999, p.608) , também conclui pela não possibilidade de indenização pois seguramente considera as áreas de reserva florestal legal como sujeitas apenas à limitação administrativa; e estas tradicionalmente não dão direito ao proprietário particular à indenização, pois este não perde a propriedade, porém traz uma ressalva:

*[...] a proibição de desmatamento de parte da área florestada em cada propriedade rural. Mas se o impedimento de construção ou de desmatamento atingir a maior parte da propriedade ou sua totalidade, deixará de ser limitação para ser interdição de uso da propriedade, e neste caso, o poder público ficará obrigado a indenizar a restrição que aniquilou o direito dominial e suprimiu o valor econômico do bem.*



Diante da opinião do renomado autor, poderiam alguns perguntarem se essa exceção dada às áreas de reserva florestal legal, também se estenderia aos ex-proprietários das águas particulares sob o regime anterior à Constituição Federal de 1988.

A resposta é afirmativa, em que pesem algumas diferenças e tratamento dado à esses dois bens ambientais. Neste caso as áreas de reserva florestal legal estariam sofrendo “interdição de uso” de tal monta que não se caracterizaria simples limitação, mas praticamente uma perda da propriedade, muito semelhante ao que a CF e posteriormente a lei infra-constitucional impuseram aos antigos proprietários de águas particulares, ou seja, a perda da propriedade desses recursos hídricos.

Caso, em última análise não seja possível aplicar a analogia da natureza dessas áreas de reserva florestal legal ao regime jurídico dos recursos hídricos, então este cairá na vala comum de qualquer questão ambiental ou de direito público, e de qualquer modo não será objeto de indenização pois, praticamente sem exceção, doutrina e jurisprudência são quase unânimes em afirmar a inexistência de direito adquirido pelo particular em face da norma de direito público e mais ainda em virtude de nova ordem jurídica do poder constitucional originário.

Como se não bastasse, contra a norma constitucional é mais segura ainda a opinião da maioria dos constitucionalistas, independente de se tratar de direito privado ou público (ambiental por exemplo) de que não existe direito adquirido, conforme jurisprudência citada por Ribeiro (2002 apud FERREIRA 1989. pág. 148):

*Com efeito é pacífico entre os constitucionalistas, que as normas constitucionais se aplicam de imediato, sem que se possa invocar contra elas a figura do direito adquirido. Mesmo nas constituições que vedam ao legislador ordinário a edição de leis retroativas, declarando que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, esse preceito se dirige apenas ao legislador ordinário, e não ao constituinte. (RT, 68:13).*

A maioria dos autores repetem o ensinamento da supremacia das normas constitucionais em relação à ordem jurídica anterior, relativamente a pretensão de se alegar direitos adquiridos. A constituição, segundo a doutrina dominante, é ato inaugural do Estado, não estando sujeita à imposição de regras e limites por ordem jurídica pretérita, não se podendo então invocar o princípio da irretroatividade para proteger pretensão de direito adquirido.

Ocorre que, o bem jurídico-ambiental água é mesmo ímpar, singular em sua essência e forma de uso. Sob esse ponto de vista, a este não poderia ser aplicado nenhum regime jurídico similar por analogia. Se assim considerarmos, até mesmo com a regra

acima cristalizada, poderia admitir a doutrina a existência do direito adquirido frente à nova norma constitucional? Para alguns autores isso parece ser possível. Assim não se aplicaria a posição dominante para os casos de discussão do regime jurídico da propriedade e uso dos recursos hídricos.

Salientamos aqui o que discorre Paulo Affonso Leme Machado (2002, pág. 414):

*Há razoabilidade 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 pretenderem o domínio das águas referidas no art. 8º do Código de Águas. Não se pode simplesmente 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). Houve um inegável esvaziamento do direito de propriedade (art.5º, XXII da CF/88), que acarretou nesse caso a obrigação de indenizar ou de não cobrar a água utilizada.*

José Ribeiro (2002, p. 40) cita Ferreira Filho, (1972) em caso semelhante ocorrido no país, quando na CF de 69 incluiu as ilhas oceânicas e fluviais à propriedade da União, entendendo que para essas ilhas que já estavam sob a propriedade de particulares o Estado deveria ter respeitado o direito adquirido por esses proprietários:

*“ Na verdade, seria estranho que essa constituição, tão respeitosa como as precedentes, do direito de propriedade, fosse despojar sem cerimônia inúmeros particulares, numa expropriação sem qualquer indenização”.*

Ribeiro (2002, p. 41) cita Cretella Junior para deixar claro a irretroatividade e a prevalência do direito adquirido dos particulares, mesmo em face da nova Carta Magna, referindo-se ainda às ilhas que foram incluídas entre os bens da União.

*Não teria sentido que a União, sem recorrer a regular processo expropriatório, simplesmente se assenhорasse do patrimônio privado, despojando-o além do que prevalece, no Direito brasileiro, o princípio da irretroatividade, não interessando, no caso, se o dispositivo consta da Constituição ou se é lei ordinária. Ou se é decreto-lei(...). Não tem sentido, portanto, repetimos, pretender que os direitos adquiridos sejam postergados, mesmo por dispositivo constitucional(...).*

O caráter singular; ambiental e econômico, daria às águas um tratamento jurídico diferente no que diz respeito à questões em sede de direito adquirido e de indenização? Essa é uma questão difícil de se responder. Mas ao menos quanto à indenização, não havendo direito adquirido em face da Constituição, mesmo que não continuem sob o domínio dos particulares, o posicionamento de José Ribeiro (2002, pág. 42 e 43) é bastante contundente:

*Ficou claro, ante os fundamentos já mencionados, que as águas que integram o domínio dos particulares passaram a integrar, pela nova ordem constitucional, o domínio público. Resta aos antigos proprietários, ao que parece, apenas pleitear a correspondente indenização. Afigura-se justo cabimento da indenização, pois se a atual Carta Magna assegura o direito de propriedade (art. 5º, XXII), o que também fazia pretérita, a expropriação desse direito deve ser compensada monetariamente. Do contrário, haverá verdadeiro confisco genérico, que é vedado pela constituição, como ocorreu anteriormente, em relação às minas e demais riquezas do subsolo, que foram transferidas do patrimônio particular para o do Estado, pelo Código de Minas e pela Constituição de 1934, como refere Rodrigues (1994, pág.84). Ninguém duvida que a propriedade imobiliária que contém águas é em geral mais valiosa no mercado. Muitas transações relativas a imóveis só se concretizaram, para inúmeros proprietários, por causa das águas neles existentes. Outros proprietários, aproveitando os recursos hídricos de seus terrenos, fizeram tanques, açudes, represas, lagos, etc., despendendo recursos financeiros. Assim, devem ser indenizados pela perda da propriedade sobre as águas e do respectivo solo que elas ocupam, não sendo justo ao Estado locupletar-se, assenhorando-se desses bens, sem qualquer contraprestação. Sobretudo, levando-se em conta que esses antigos proprietários terão de pagar, agora, pelas águas que utilizarem, conforme dispõe a Lei 9433/97.*

Se concluirmos pelo direito à indenização, mais ainda deve ter direito a ser indenizado o proprietário que realizou benfeitorias em sua propriedade, não se admitindo que sofra um locupletamento por parte do poder público, o que caracterizaria o confisco que é proibido pelo ordenamento jurídico. Da leitura sistemática da legislação vigente, verifica-se que em qualquer situação, se o proprietário tiver que ceder qualquer bem a título definitivo ao bem público, além do direito à indenização pela perda da propriedade, ainda deve ser muito mais indenizado pelas benfeitorias realizadas, ainda mais no caso das águas em que muitas vezes o seu uso somente é possível com a realização de determinadas obras. Se o poder público se assenhora dessas águas, certamente tem o dever de indenizar pelas obras realizadas das quais se aproveita o Estado e outros consumidores.

Essa indenização pelas benfeitorias se justifica mais ainda pelo fato dos proprietários, para poderem se utilizar dessas águas deverão agora obter a outorga do poder público, o que certamente acarretará custos, principalmente se for um grande consumidor, pois terá que obrigatoriamente pagar pelo uso dessa água quando a cobrança for regulamentada.

Diante do novo regime de propriedade e do uso das águas, algumas situações peculiares podem ocorrer. Veja-se por exemplo, o caso de um proprietário que realizou obras em sua propriedade para poder captar água. Se este por um motivo qualquer não conseguir obter a outorga para uso dos recursos hídricos, não poderá utilizar a água que está confinada no lago de sua propriedade, mas como esta água é pública, outros

proprietários vizinhos poderão utilizá-la. Mas em termos práticos, como isto poderá ocorrer?

Essas situações cremos que ainda não foram previstas e pouco pensadas, pois nenhuma regulamentação existe por enquanto neste sentido. Somente uma análise sistemática da legislação vigente, inclusive com o uso da analogia poderá suprir estas incertezas.

Os posicionamentos divergentes em relação à possibilidade de indenização se devem ao fato de não existir até o momento uma regulamentação nem mesmo na nova legislação sobre recursos hídricos à possibilidade ou não de indenização aos proprietários das antigas águas particulares.

Percebe-se que essa situação tem sido cômoda para o poder público, pois enquanto não a regulamentação necessária, não precisa indenizar os antigos proprietários desses recursos hídricos confinados, caso a legislação assim determine. É também cômoda para os antigos proprietários que continuam se utilizando dessa água, muitos sem a outorga exigida pela Lei 9433/97 e ainda sem pagar pela água, pois na maioria dos Estados a cobrança pelo uso dos recursos hídricos não foi ainda regulamentada.

Cabe ainda ressaltar no que se refere à possibilidade de indenização, que como qualquer direito, este não pode subsistir eternamente. Existe um prazo em que os proprietários de águas particulares sob o regime jurídico anterior podem reclamar a respectiva reparação civil pela perda dessa parte de sua propriedade.

Não havia dispositivo específico expresso no Código Civil de 1916 a respeito do direito de indenização para casos como este, que aliás, já salientamos é *sue gênero*, embora tenha alguma semelhança com o que ocorreu com as ilhas e os recursos minerais, também expropriados dos particulares em constituições anteriores.

Por falta de prazo prescricional específico e caracterizando-se o direito à indenização (reparação civil) como um direito de natureza obrigacional, presume-se que o prazo seria de 20 anos, conforme previa o art. 177 do Código Civil de 1916.

Com a vigência do Código Civil de 2002, o artigo 206 traz expressamente que o prazo prescricional para a propositura de ação visando qualquer forma de reparação civil é de 3 (três) anos. Com esse novo prazo, vêm a tona a discussão a respeito da irretroatividade da lei nova para a contagem dos prazos prescricionais de fatos ocorridos durante a vigência da lei revogada.

É desnecessário aprofundar essa discussão, pelo menos neste momento, pois prevendo esse tipo de complicação, as disposições finais e transitórias do Novo Código Civil de 2002 enfatiza no art. 2028:

*“Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na Lei revogada”.*

Justamente é isso que ocorre no presente caso em estudo. As águas foram convertidas em públicas pela Constituição Federal de 1988 e o Novo Código Civil entrou em vigor em 2003. De 1988 até 2003 transcorreram 15 anos, isto é, mais da metade do prazo estabelecido pelo Código Civil anterior, e se seguirmos o exposto no referido art. 2028, o prazo a ser utilizado é o do Código Civil de 1916, ou seja, 20 anos.

Portanto, seguindo este pensamento, quaisquer proprietários que tenham águas em suas propriedades, por estas terem se tornado públicas, ainda têm o direito de ajuizar ação indenizatória, inclusive pelas benfeitorias, pois não expirou o prazo prescricional que é de 20 anos e não de 3 anos.

Salientamos, por fim que certamente em virtude de toda e qualquer reservatório de água ser de domínio público, qualquer conflito que ocorra por exemplo, entre proprietários vizinhos (no que se refere ao direito de uso das águas) não poderá ser resolvido pelas regras do direito de vizinhança, mas por normas de direito público que podem ser estaduais ou até municipais, desde que atendam os preceitos básicos da Constituição e da Lei de Política Nacional dos Recursos Hídricos.

Ocorre que em nosso entender, apenas aquelas situações que ferem o interesse público serão alvo de utilização das normas de caráter público em detrimento do Código Civil e de algumas proposições ainda vigentes do Código de Águas.

Nas questões que envolvem única e exclusivamente interesses privados e que se encaixam nos dispositivos desses institutos, podem obviamente ser resolvidos por estes, mas se envolver questão de Direito Público, regulamentado ou não, deverá ser utilizada a norma de Direito Público, cuja base normativa é a Lei 9433/97.

Em alguns Estados como em São Paulo, já existe uma Lei de Política Estadual de Recursos Hídricos, que essencialmente, inclusive por meio de regulamento, disciplina a outorga de uso dos recursos hídricos e constitui importante instrumento para a solução de possíveis conflitos entre proprietários rurais, entre estes e outros consumidores de água e ainda em conflitos entre particulares em geral com o poder público, quando o interesse público estiver presente.

#### **3.4.4 Averbação da perda da propriedade das águas no registro do imóvel**

Como conseqüência da mudança do regime jurídico das águas no país, outra obrigação dos ex-proprietários, além da outorga para uso dos recursos hídricos é a averbação da perda dos terrenos onde estão as águas junto à matrícula do imóvel no cartório de registro de imóveis.

Esta é outra providência que envolve diretamente o interesse de terceiros e pode ter repercussão no direito privado, provocando inúmeros litígios.

A fiscalização do poder de polícia da administração deverá envolver também essa providência.

O registro de imóveis é o instituto que se destina a fixar a situação da propriedade imobiliária e a acompanhá-la em suas mutações, tornando públicas quaisquer mudanças de ordem significativa na propriedade imobiliária. O registro é o meio para a obtenção de segurança, eficácia e autenticidade dos atos jurídicos.

Regido pela Lei 6.015/73 o registro das propriedades imóveis constitui-se em fonte primária de informações ao público sobre a situação dominial dos imóveis.

Entre os atos essenciais do registro de imóveis estão o registro propriamente dito (assentamento do título no livro para efeito translativo ou declaratório da propriedade) e a averbação que é o lançamento que se faz na matrícula do imóvel registrado, de atos ou qualquer ocorrência que altere a própria matrícula ou os assentamentos, seja por mudança na propriedade, quer seja em relação às pessoas mencionadas na matrícula.

Fornecidas essas considerações gerais, cabe agora examinar os reflexos que se dão no registro com o fato de as águas particulares terem passado para o domínio público.

Obviamente, como o legislador não separou as águas do solo (poderia ter feito instituindo uma espécie de servidão nessas áreas de águas públicas) a água, estando sobre uma superfície (o álveo) também é imóvel (art. 79, Código Civil 2002) e dessa maneira não somente a água tornou-se pública, mas a parte da propriedade (porção de terra ocupada pelas águas) também passou para o domínio do Estado.

Ora, se essa parte da propriedade onde estão as águas é agora de domínio público, justifica-se plenamente a necessidade de averbação na matrícula do imóvel, pois o registro do mesmo deve espelhar a realidade fática, inclusive para que, ficando a parte do imóvel

pertencente ao particular perfeitamente conhecida e delimitada, tornar-se-á pública tal delimitação, evitando-se que terceiros que adquirirem futuramente de boa-fé tais propriedades, não sejam enganados pagando um preço à mais pelas águas, que na verdade deveriam estar excluídas do valor do imóvel do particular, uma vez que são públicas.

Pela impossibilidade de alienação dessas águas, aponta José Ribeiro (2002) a desnecessidade de abertura de matrícula para essas áreas, até porque a transferência de domínio se deu não por convenção ou título, mas pela própria constituição, que se sobrepõe a todas as leis infraconstitucionais, inclusive a Lei 6.015/73. No entanto entende ser indispensável proceder à averbação.

Justifica-se a necessidade de averbação utilizando-se mais uma vez da analogia com as áreas de Reserva Legal Florestal, cuja averbação está prevista no art. 16, §2º da Lei 4771/65.

Essa averbação nos casos da reserva florestal é condição legal para o exercício do direito à exploração (em que pese, algumas vezes terem posição diferente).

Da mesma forma, utilizando-se de analogia, pensamos que as águas públicas devam brevemente, na regulamentação mais minuciosa de seu uso, ser consideradas espécies de “Reserva Legal Hídrica”, sendo assim necessário para obter a outorga de uso, que o antigo proprietário faça a respectiva averbação na matrícula do imóvel.

Além disso, a não averbação pode acarretar eventualmente, em virtude da exigência da mesma, a exemplo do que acontece com as áreas florestais, dificuldades para privilégios fiscais, dificuldades para contratação com o poder público e para obtenção de financiamentos e créditos em bancos públicos.

## **CAPÍTULO 4**

### **O USO DOS RECURSOS HÍDRICOS**

#### **4.1 O uso social e múltiplo das águas**

A água, essencial ao ser humano, pode ser utilizada de diversas formas e por muitas atividades humanas, quer seja industrial, comercial, residencial, recreativa, agrícola ou esportiva.

Em virtude dessa amplitude, um dos fundamentos da PNRH é a gestão dos recursos hídricos visando os múltiplos usos, ao contrário do código de águas que conferia prioridade à produção energética em detrimento dos demais usos.

É necessário que a gestão das águas viabilize os usos múltiplos em decorrência da complexa e infinita cadeia de usuários e necessidades. O poder público, sendo assim não pode conceder outorgas que favoreçam um uso em detrimento dos demais, caso contrário estariam estas outorgas sujeitas à anulação administrativa ou judicial.

Por outro lado, no artigo 1º, inciso III da Lei 9433/97 está previsto que em situações de escassez o uso prioritário de recursos hídricos é o consumo e a dessedentação de animais.

Neste aspecto, o uso da água pode não ser múltiplo, pois consiste numa exceção a esse princípio, reforçada esta idéia pelo artigo 15, V da mesma lei que prevê a hipótese de suspensão parcial ou total das outorgas dos direitos de uso da água que prejudiquem o consumo humano e a dessedentação de animais.

O que se entende por consumo humano corresponde estritamente a água para satisfação das primeiras necessidades da vida, tais como: água para beber (dessedentação), preparo de alimentos e higienização. O lazer e jardinagem, por exemplo, estão excluídos do conceito de consumo humano.

Deve-se, portanto, levar em consideração as necessidades mínimas de sobrevivência do ser humano.

No que se refere aos animais, a água tem uso prioritário em época de escassez apenas para a dessedentação dos mesmos, não havendo prioridade para a utilização de água para o abate e o processo de comercialização.

Ainda em relação ao artigo 15 da PNRH é importante ressaltar que a suspensão da outorga do direito de uso, nos casos mencionados por este artigo, não se trata de um ato



discricionário do poder público, mas vinculado, sendo que, não agindo a administração pública, caberá a ação do poder judiciário.

O uso múltiplo das águas deve ser elaborado nos Planos de Recursos Hídricos, ao dizer sobre as prioridades para a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos (art. 7º, VIII da Lei 9433/97).

A lei não enumera todas as espécies de uso e nem poderia, tão variada é a multiplicidade de utilização da água, sendo mencionadas no texto legal os seguintes usos: consumo humano, dessedentação de animais, abastecimento público, lançamento de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, transporte e potencial hidroelétrico. Mas, além desses, pode-se acrescentar a irrigação, esportes, lazer, piscicultura, entre outros.

A mesma lei, no § único do artigo 13 veda o privilégio de um uso em detrimento dos demais, tanto que assim exprime: “ *A outorga de uso dos recursos hídricos deverá preservar o uso múltiplo das águas*”.

Portanto, qualquer ato de outorga que ofenda essas normas legais deve ser anulado administrativa ou judicialmente.

Ainda destaca que o artigo 11 da referida lei, concordando com a opinião de Botelho, deve estar em concordância com o § único do artigo 13 da PNRH promovendo a preservação do uso múltiplo das águas, uma vez que o artigo 11 assim descreve, in verbis:

“ *Art. 11. O regime de outorga de direitos de uso dos recursos hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso á água*”.

## **4.2 Os instrumentos de proteção do novo regime de uso das águas**

### **4.2.1 O plano de recursos hídricos**

A PNRH, em seu artigo 5º traz os instrumentos que os órgãos competentes podem utilizar para a tutela e gestão dos recursos hídricos nos níveis federal e estadual.

O primeiro instrumento previsto é o Plano de Recursos Hídricos que têm por função orientar, articular, controlar e racionalizar a utilização dos recursos hídricos, como denota-se do artigo 6º, in verbis:

“*Os planos de recursos hídricos são planos diretores que visam fundamentar e orientar a implementação da PNRH e o gerenciamento dos recursos hídricos*”.

O órgão competente para a confecção do plano é a Agência de Água e sua aprovação é atribuição do Comitê de Bacia Hidrográfica.

O artigo 7º dispõe sobre o conteúdo mínimo dos planos:

- I- diagnóstico da situação atual dos recursos hídricos;*
- II – análise de alternativas de crescimento demográfico, de evolução de atividades produtivas e de modificações dos padrões de ocupação do solo;*
- III- balanço entre disponibilidade e demandas futuras dos recursos hídricos, em quantidade e qualidade, com identificação de conflitos potenciais;*
- IV- metas de racionalização de uso, aumento da quantidade e melhoria da qualidade dos recursos hídricos disponíveis;*
- V – medidas a serem tomadas, programas a serem desenvolvidos e projetos a serem implantados, para o atendimento das metas previstas;*
- VI- (VETADO)*
- VII – (VETADO)*
- VIII- prioridades para outorga de direitos de uso de recursos hídricos;*
- IX- diretrizes e critérios para a cobrança pelo uso dos recursos hídricos;*
- X- propostas para a criação de áreas sujeitas a restrição de uso, com vistas à proteção dos recursos hídricos.*

Os planos de recursos hídricos são de longo prazo, compatíveis com o período de implantação de seus programas e projetos e devem ser elaborados por bacia, por Estado e para o país. O Plano da Bacia Hidrográfica é essencial, pois a partir dele será elaborado o estadual, e da articulação dos planos estaduais será criado o Plano Nacional. Este último, além das necessidades hídricas nacionais das presentes e futuras gerações, irá ponderar dados e necessidades transnacionais, em relação aos rios fronteiriços.

#### **4.2.2 O enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes.**

Pela resolução 12/2000 do CNRH o enquadramento das águas significa estabelecer um nível de qualidade a ser alcançado ou mantido em um dado segmento do corpo de água em determinado período, de acordo com os usos a que se destina.

Os objetivos principais do enquadramento, nas palavras de Silviana Lúcia Henkes (2003) são:

*“Assegurar a qualidade da água compatível com os usos mais exigentes a que se destinam e diminuir os custos do combate à poluição mediante adoção de ações preventivas permanentes”.*

Conforme a resolução do CNRH 12/2000, artigo 4º, o procedimento para a realização do enquadramento deverá seguir quatro etapas:

1ª - diagnóstico de uso e da ocupação do solo e dos recursos hídricos na Bacia Hidrográfica;

2ª - prognóstico de uso e da ocupação do solo e dos recursos hídricos na Bacia Hidrográfica;

3ª - elaboração de proposta de enquadramento;

4ª - aprovação de proposta de enquadramento e respectivos atos jurídicos.

Essa mesma resolução dispõe acerca da classificação das águas brasileiras nas suas respectivas classes e diferencia classificação e enquadramento. Pelo que expõe a referida resolução, classificar é “ *estabelecer níveis de qualidade para a água e fixar os usos compatíveis com tais níveis*” e enquadrar é “ *estabelecer o nível de qualidade apresentado por um segmento de corpo d’água ao longo do tempo*”.

A finalidade desses institutos, embora distintos é a de assegurar a qualidade das águas compatível com os usos a que foram destinados.

A resolução CONAMA 20/86 e a resolução 12 do CNRH, classificam as águas doces (salinidade igual ou menor que 0,5%), as águas salobras (salinidade de 0,5% a 30%) e as águas salinas (salinidade superior a 30%) em nove classes de acordo com os usos preponderantes.

São as Agências de Águas que devem propor o enquadramento aos Comitês de Bacia e estes após aprovação devem encaminhar a proposta para o CNRH ou Conselho Estadual, conforme o domínio do respectivo curso ou corpo d’água.

Após a aprovação e adoção do enquadramento, compete aos órgãos públicos gestores dos recursos hídricos fiscalizar, controlar e monitorar os corpos d’água, encaminhar relatórios indicando os corpos d’água que ainda não atingiram as metas estabelecidas, com as justificativas respectivas. Cabe a esses conselhos, para que as metas sejam satisfeitas, determinar as providências e intervenções necessárias.

#### **4.2.3 O sistema de informações sobre recursos hídricos**

Outro instrumento de gestão e proteção dos recursos hídricos previsto pelo artigo 5º da Lei 9433/97 é o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos. O artigo 25 afirma que este é um sistema de coleta, tratamento, armazenamento e recuperação de informações sobre os recursos hídricos e fatores intervenientes em uma gestão.

Os objetivos desse sistema são (artigo 27):

- I – reunir, dar consistência e divulgar os dados e informações sobre a situação qualitativa e quantitativa dos recursos hídricos no Brasil;
- II- atualizar permanentemente as informações sobre disponibilidade e demanda de recursos hídricos em todo o território nacional;
- III – fornecer subsídios para a elaboração dos Planos de Recursos Hídricos.

Entre seus princípios norteadores estão a descentralização na obtenção e produção de dados e informações, coordenação unificada do sistema e garantia de acesso às informações para toda a sociedade.

Os outros instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos são a outorga de uso dos Recursos Hídricos e a Cobrança pelo Uso da Água que pela sua grande importância para a proteção das águas serão estudadas pormenorizadamente à seguir.

### **4.3 A outorga para uso dos recursos hídricos**

A outorga de direitos de uso da água é tratada nos artigos 11 a 18 da Lei 9433/97 e tem como metas “*assegurar o controle quantitativo e qualitativo de uso da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água*”.

Segundo Graziera (2003):

*À medida que o recurso hídrico deixa de ser entendido como um bem infinito e passa a ser considerado escasso e de valor econômico, o controle sobre seu uso assume contornos de garantia de sobrevivência. É justamente neste quadro que vislumbro, hoje, a outorga de direito de uso da água, assim como os diversos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos.*

A outorga constitui um dos instrumentos da PNRH utilizadas para o controle, fiscalização e promoção da sustentabilidade das águas.

Somente obterão a outorga os usos que estiverem de acordo com as prioridades estabelecidas nos planos de uso dos recursos hídricos, e estes últimos devem ser elaborados com a participação popular.

Nas palavras de Machado (2001, p. 439) a outorga visa:

*“ Dar garantia quanto a disponibilidade de água, assumida como insumo básico do processo produtivo e que tem valor econômico par quem a recebe, na medida em que oferece garantia de acesso a um bem escasso”.*

Para Caroline Correia de Almeida (2002):

*A outorga de uso dos recursos hídricos configura um dos instrumentos mais relevantes da PNRH. A sua efetivação possibilita o controle de todos os usos pelo poder público, visando a garantia do cumprimento dos objetivos da política, com base nos seus fundamentos e respeitando-se as diretrizes gerais de ação para a implementação. Constitui ainda um meio de cognição dos usuários poluidores ou daqueles que, de qualquer forma degradam os corpos de água, possibilitando a aplicação das sanções criminais e administrativas, bem como a responsabilização civil pelo dano causado.*

Quanto à natureza jurídica da outorga para uso dos recursos hídricos, deve-se antes de tudo salientar que no Direito Administrativo a outorga é o instituto utilizado para a descentralização da prestação do serviço público ou de utilidade pública. É também por meio da outorga que o Estado ao criar uma entidade, a ela transfere por lei determinado serviço público. Este serviço não deixa de ser público ou de utilidade pública em razão da outorga gerar presunção de definitividade da transferência, os serviços são outorgados por tempo indeterminado e só podem ser transferidos, modificados ou retirados por lei.

No entanto, conforme afirma Caroline Correa de Almeida, no âmbito do Direito Ambiental, o conceito de outorga de uso dos recursos hídricos tem natureza diversa da outorga aplicada no Direito Administrativo. Pelo instrumento de outorga para a proteção das águas não se transfere a titularidade da água outorgada pelo poder público e não tem esta outorga o objetivo de permitir ao outorgado a prestação de um serviço público ou de utilidade pública.

Mesmo estabelecendo a obrigatoriedade da outorga, a Lei 9433/97 não especificou o tipo de ato a ser emitido. Muito se discutiu a doutrina a respeito da possibilidade de se utilizar qualquer uma das suas formas (licença, autorização, permissão, concessão), mas posteriormente vários doutrinadores, inclusive Hely Lopes Meirelles, pelas características próprias desse ato de outorga específico mediante o qual a autoridade outorgante faculta ao outorgado o direito de uso de recursos por prazo determinado, nos termos e as condições expressas no respectivo ato, pelo caráter administrativo e precário, portanto dotado de certa discricionariedade, optaram por considerar essa outorga uma espécie de autorização condicionada, podendo assim ser considerada um instrumento intermediário entre a autorização e a permissão administrativa.

A outorga deve ser entendida como o consentimento pelo uso dos recursos hídricos por parte do poder público, devendo atender a alguns parâmetros sob pena de revogação. Conforme afirma Marcos Botelho(2003): “A outorga não dá ao outorgado completa soberania, pelo contrário, está ele preso aos ditames da lei, devendo para isso observar normas relativas ao uso, previstas na Lei 9433/97”.

A outorga , como visto não implica em alienação parcial das águas, pois estas são inalienáveis, mas o simples direito de seu uso, em razão do interesse maior de defesa do meio ambiente. Também os outorgados não possuem direito adquirido de forma a exigir que o poder público lhes forneça a quantidade de água que fora indicada na outorga, isto pela própria inconstância da disponibilidade hídrica. Não pode também haver mudança arbitrária da outorga pelo poder público, podendo no entanto, haver modificações necessárias para se privilegiar o interesse público.

Antes de proceder a outorga, o órgão responsável deve proceder basicamente a três análises: a análise técnica em que se verifica a viabilidade do empreendimento, a análise hidrológica em que se observa a quantidade e a qualidade do corpo de água e a análise jurídica em que se busca verificar se estão preenchidos os requisitos legais impostos.

Objetiva-se com essas análises assegurar o controle qualitativo e quantitativo de usos da água e o efetivo exercício dos direitos de uso, vinculando-se o governo que se vê impedido de autorizar os usos que a qualidade e quantidade das águas não permitem e possibilitando que o poder público aja com equidade ao permitir o acesso à água.

Mesmo com autorização para o uso da água, á semelhança da reserva legal, existe uma reserva hídrica que não permite que a administração pública conceda todas as outorgas solicitadas, pois deve-se deixar uma reserva mínima para atender as emergências de interesse da coletividade.

Obedecendo um dos princípios da gestão ambiental que é a informação e a publicidade, o procedimento de outorga deve ser publicado desde o seu pedido até a concessão da outorga com o intuito de mostrar transparência e oferecer efetiva informação á sociedade.

Almeida (2001), ao citar o professor Jerson Kelman afirma que a outorga visa dar uma garantia quanto à disponibilidade de água, todavia diante da inconstância da disponibilidade hídrica, a vazão fluvial é uma variável é uma variável aleatória, o processo de emissão de outorgas torna-se bastante complexo pela dificuldade em se precisar o quantum disponível em certo período e local. É necessário então que a gestão desses recursos avaliem as quantidades disponibilizadas e demandas hídricas para definir qual o limite a ser concedido na outorga. O importante é que a administração tenha uma postura que priorize a conservação do recurso e conforme a situação hidrológica prevista, algumas das outorgas podem até mesmo ser canceladas para atender demandas prioritárias.

Segundo Almeida (2000):

*[...] deve-se estabelecer os montantes a serem utilizados em cada período e as condições gerais de racionamento a que o usuário se submeterá na eventualidade de ocorrência de estiagem. O uso da água outorgada é obrigatório durante todo o período para evitar que o usuário solicite a outorga de volumes acima do que necessita apenas para garantir usos futuros ou impedir a concorrência.*

Cabe ainda salientar que, nos termos da artigo 13 da Lei 9433/97 :

*“Toda a outorga está condicionada às prioridades de uso estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos e deve respeitar a classe em que o corpo está enquadrado e a manutenção de condições adequadas ao transporte aquaviário, quando for o caso”.*

Além disso, o artigo 12 da mesma lei afirma que os usos de recursos hídricos sujeitos à outorga serão cobrados.

Esses dois dispositivos demonstram uma inter-relação entre os instrumentos da PNRH, notadamente entre a outorga e a cobrança, de tal maneira que a cobrança deve ser vista como uma das condições da outorga.

Pelo artigo 12 da Lei 9433/97:

*Estão sujeitos á outorga pelo poder público os seguintes usos dos recursos hídricos:*

*I – derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo;*

*II- extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo;*

*III – lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final;*

*IV- aproveitamento dos potenciais hidrelétricos;*

*V- outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade definido em regulamento”.*

Outros usos poderão ser previstos pela administração ou poderão ser objeto de outorga outros usos, que mesmo não expressamente definidos tenham potencial para alterar o regime hídrico.

O prazo máximo de vigência da outorga é de 35 anos, podendo ainda ser prorrogado, desde que o usuário desse direito cumpra os termos previstos na outorga.

A outorga deve atender a regulamentação que prevê as condições que deverão constar no ato administrativo da outorga dos direitos de uso das águas. É do requerente o ônus de provar a observância das condições exigidas pela legislação ao solicitar a outorga dos direitos de uso das águas.

Deste modo o cumprimento das condições constantes da outorga dos direitos de uso das águas é condição para a vigência da referida outorga, daí o seu caráter de autorização condicionada.

É por isso que a referida lei prevê a possibilidade de suspensão total ou parcial da autorização, por tempo determinado ou definitivo, presente nas hipóteses expressamente no artigo 15:

*Art. 15. A outorga de direito de uso de recursos hídricos poderá ser suspensa parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado, nas seguintes circunstâncias:*

*I – não cumprimento pelo outorgado dos termos da outorga;*

*I – ausência de uso por três anos consecutivos;*

*III – necessidade premente de água para atender a situações de calamidade, inclusive as decorrentes de condições climáticas adversas*

*IV – necessidade de se prevenir ou reverter grave degradação ambiental;*

*V – necessidade de se atender a usos prioritários, de interesse coletivo, para os quais não se disponha de fontes alternativas;*

*VI – necessidade de serem mantidas as características de navegabilidade do corpo de água.*

Portanto, a suspensão se dá pela ocorrência de uma das circunstâncias apontadas acima e que obviamente não existiam no momento da outorga. É importante frisar que as circunstâncias supervenientes não presentes no momento da emissão da outorga, não serão responsabilidade da Administração Pública ou do usuário, contudo, em razão do interesse público (princípio da supremacia) faz-se necessária a suspensão.

É por este motivo que mesmo não se encaixando em nenhum dos incisos do artigo 15, se uma determinada situação constitui-se num motivo de relevante interesse público, poderá ocorrer também a suspensão da outorga.

Não há necessidade de processo administrativo para a suspensão da outorga, sendo porém, necessário em razão do princípio da legalidade, que haja motivação do poder público no ato de suspensão.

A extinção da outorga, embora não prevista expressamente na lei, obviamente poderá ocorrer nas seguintes situações:

- a) Morte do usuário e não solicitada a retificação do ato administrativo pelos herdeiros;
- b) Liquidação judicial ou extrajudicial do usuário (pessoa jurídica);
- c) Término do prazo de validade da outorga sem o pedido de renovação.

A possibilidade de indenização ao usuário pela suspensão dos direitos de uso da água é bastante discutida, sendo unânime a doutrina e a jurisprudência no sentido de não



ter direito à indenização do usuário, apenas pelo simples fato de ter sofrido a suspensão dos direitos de uso.

Por outro lado há divergências na doutrina no que diz respeito àqueles usuários realizaram investimentos para a exploração dos recursos hídricos. A maioria dos autores ou não dizem nada este respeito ou são enfáticos a igualar esse usuário àquele que não realizou investimentos, com base na idéia de que a outorga é uma autorização condicionada e portanto de caráter precário e que ocorrida a condição de sua suspensão, a lei já autoriza essa suspensão sem o pagamento de indenização ao usuário que de antemão já tem ciência dessa realidade.

Uma minoria da doutrina, porém em crescimento, entende de outra forma, ou seja, que cabe indenização ao usuário que realizar obra e investimentos para a exploração de recursos hídricos, exceto nos casos dos incisos I e II do artigo 15. Nas outras hipóteses, presente o interesse público como justificativa para a suspensão ou extinção do direito, embora a revogação seja ato discricionário e a princípio não dê direito a indenização, em decorrência do seu caráter de autorização, pode subsistir o dever de indenizar o autorizatário que efetuou investimentos para a utilização da água em sua atividade econômica.

A ausência da outorga nos casos citados ou o não cumprimento da suspensão da outorga configuram infrações de normas de utilização dos recursos hídricos, estando o infrator sujeito às sanções administrativas previstas no artigo 50 da Lei 9433/97, quais sejam:

- a) Advertência
- b) Multa
- c) Embargo provisório
- d) Embargo definitivo

Neste caso, cabe inclusive Ação Civil Pública para o cumprimento da obrigação de fazer e as sanções serão aplicadas ao final do respectivo processo administrativo.

De acordo com o artigo 12, § 1º, *independem de outorga pelo poder público:*

*I – o uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural;*

*II – as derivações, captações e lançamentos considerados insignificantes;*

*III – as acumulações de volumes de água consideradas insignificantes.*

Caroline Correa de Almeida (2003) lembra que:

*A não exigibilidade do instrumento de outorga não significa sua dispensa, apenas garante o direito a certas pessoas de utilizarem a água sem ter, necessariamente a autorização expressa de uso. A não obrigatoriedade da emissão não impede ou desobriga o poder público de exercer o poder de polícia, inspecionando e constatando a ocorrência de situações supra, bem como exigindo o cadastro dos usuários que gozam deste direito.*

Entre os incisos, o que mais tem gerado discussões é o III, tanto que o CNRH ao regulamentar o § 1º do artigo 12 da Lei 9433/97, por meio da resolução nº 16, considera o uso insignificante dos recursos hídricos quanto ao volume e a carga de poluentes.

Ocorre que, para a garantia da qualidade adequada dos recursos hídricos, os lançamentos não podem estar no rol dos usos independentes por dois motivos. Primeiro porque não se pode dissociar os critérios de volume/carga de poluentes sob pena de ocorrerem verdadeiras catástrofes ecológicas amparadas pela própria lei, como por exemplo no caso de lançamento de um volume pequeno de altíssimo teor de carga poluente ou, ao contrário, uma carga poluente insignificante lançada em volumes vultosos acarretando a poluição pela quantidade de poluentes. Assim pode ocorrer poluição por “acumulação” devido ao acúmulo de um grande número de agentes poluidores insignificantes num corpo d’água, que se forem considerados individualmente não degradam a natureza, mas com o acúmulo e observando a situação de forma macro, provocam a degradação das águas.

É necessário ainda ressaltar que a resolução nº 16, embora tenha tentado regulamentar o inciso III do § 1º do artigo 12, além de causar o equívoco apontado acima, não solucionou o problema trazido pela expressão “uso insignificante” que também está presente na Lei 6938/81, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente (artigo 10, §4º).

A competência para a emissão dos atos de outorga segue a dominialidade estabelecida na Constituição, desse modo a outorga das águas superficiais é de competência da União, dos Estados e do Distrito Federal e as águas subterrâneas dos Estados e Distrito Federal. É assim, o poder Executivo Federal que tem a competência de, ao implementar o PNRH, outorgar aos direitos de uso dos recursos hídricos de seu domínio e ao poder Executivo dos Estados nos seus respectivos domínios. Além da emissão da outorga, o poder executivo da União, Estados e Distrito Federal tem competência para a regulamentação e fiscalização dos usos dos recursos hídricos, inclusive com inspeções periódicas. A lei estabeleceu expressamente que qualquer empresa privada não tem competência para a emissão das outorgas de uso.

Pelo disposto no artigo 14, §1º da Lei 9433/97, A União poderia delegar aos Estados competência para outorgar direitos de uso de recursos hídricos de seus domínios, porém, segundo Paulo Afonso Leme Machado, o único órgão federal que poderia fazer a delegação é a ANA, mas este está impedido, pois não tem poderes para delegar competência para a outorga de uso dos recursos hídricos da União. Assim, este artigo 14 está revogado implicitamente, no entender do autor.

No âmbito Federal, a competência da expedição da outorga passou a ser à partir de 2001 da ANA, que pela Lei 9984/2000 que criou a criou, o ato de outorga ganhou definitivamente o caráter de autorização diferenciada, isto é, um ato administrativo discricionário e precário por meio do qual o poder público torna possível ao pretendente, a realização de certa atividade ou a utilização especial de um bem público. Essa autorização dá ao poder público a discricionariedade de revogar o ato a qualquer tempo, pois no ato de outorga é fixado o prazo de vigência e as condições a serem observadas pelo autorizatório.

A Lei 9984/2000 também trouxe novos limites de prazos que devem ser respeitados à partir da publicação do ato administrativo da autorização (outorga) para uso de recursos hídricos: até 02 anos para o início da implantação do empreendimento objeto da outorga; até 06 anos para a conclusão da implantação do empreendimento projetado; até 35 anos para a vigência (artigo 5º).

Surgiu com a Lei 9984/2000 o instituto da outorga preventiva, que a nível federal também é de competência da ANA. A outorga preventiva, comenta Almeida (2003):

*Destina-se a reservar a vazão passível de outorga, possibilitando aos investidores o planejamento de empreendimentos que necessitem desses recursos. O prazo de validade será fixado em até 03 anos, considerando-se a complexidade do planejamento do empreendimento. A ANA não está obrigada a outorgar o uso requerido só pelo fato de ter concedido a outorga preventiva.*

No que se refere especificamente a outorga de uso das águas na geração de energia, a ANEEL, obedecida a legislação específica, para licitar a concessão ou autorizar o uso potencial de energia hidráulica deverá promover junto à ANA (se o corpo d'água for de domínio federal) a prévia obtenção de declaração de reserva de disponibilidade hídrica.

A outorga de direitos de uso dos recursos hídricos, pela sua importância como instrumento da PNRH deve não apenas ser regulamentada naquilo que for necessário, mas efetivamente implementada para que atinja sua finalidade que é o controle e fiscalização do uso das águas, buscando a adequação desses usos às necessidades ambientais e garantindo o equilíbrio e a sustentabilidade ambiental.

#### 4.4 A cobrança pelo uso da água

Estando a cada dia mais escasso, maior será o valor de um bem. Essa máxima da teoria econômica também pode ser aplicada no caso da água. Além da sua múltipla utilização aqui já comentada, importante destacar que abundância é uma falsa impressão, o que acaba estimulando a sua qualificação como de um bem inferior, sem que seu valor real seja percebido pelos usuários locais.

Ainda hoje, a falsa impressão de abundância tem estimulado a sua qualificação como de um bem inferior, sem que seu real valor seja percebido pelos usuários locais

Com o uso desordenado da água, sob a crença de ser um bem infinito, a taxa de renovação do corpos d'água apresenta-se muito inferior a taxa de seu uso.

O bem ambiental água, cujo aspecto já discorremos neste trabalho, tem a natureza bastante peculiar, pois embora seja um bem público e de uso comum do povo, é também reconhecido pela própria lei como um bem econômico, que entra no processo produtivo como elemento de troca, como fator de produção ou até mesmo como produto.

Até o momento, por incapacidade de apropriação (no sentido de propriedade e domínio) dos recursos presentes na natureza, eles são considerados livres, mesmo que apresentando alta valoração econômica, ressaltando-se ainda que até o momento, pagamos simplesmente pelo fornecimento, pelo serviço de distribuição da água potável consumida e pela coleta de esgotos, mas não pagamos pelo uso, pelo consumo desse recurso vital.

Diante desta realidade, o Estado tem começado a criar progressivamente instrumentos para fazer com que os recursos hídricos tenham reconhecido o seu valor econômico.

A Lei 6938/81 ao definir os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, no seu artigo 4º incluiu entre eles a imposição ao usuário da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos. Algumas legislações estaduais, como é caso do Estado de São Paulo (Lei 7663/91) já criaram suas políticas de recursos hídricos que foram base para o surgimento da Política Nacional dos Recursos Hídricos. Tanto as leis Estaduais quanto a Lei Federal dispõem que a utilização da água será cobrada, remetendo sua forma de cobrança a normas regulamentares.

Na Lei Federal 9433/97 que instituiu a Política Nacional dos Recursos Hídricos a cobrança pelo uso da água está prevista nos art. 19 a 22.

O art. 19 define os objetivos da cobrança:

*I – reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de real valor;*

*II – incentivar a racionalização do uso da água;*

*III – obter recursos para o financiamento de programas previstos nos planos de recursos hídricos.*

É fundamental que se incentive a racionalização do uso da água, evitando-se desperdícios em todos os sentidos. A cobrança tem um papel relevante neste sentido e deve ser sempre tida como um instrumento de gestão das águas incentivando a economia da quantidade captada e a melhoria da qualidade dos lançamentos. Além disso, não basta cobrar por quantidade captada ou lançada. É preciso também incentivar a economia na captação e a purificação dos lançamentos. Essa preocupação deve, sem dúvida, ser maior que a busca de uma fonte de recursos para o financiamento de programas, que obviamente são também necessários, mas em segundo plano.

Deve-se lembrar que a cobrança pelo uso da água caracteriza-se como forma adotada para a internalização dos custos da proteção do meio ambiente e por conseguinte, dos cursos de água, levando-se em consideração que, em princípio o poluidor deverá assumir o custo da sua poluição, tendo em vista o interesse público. Caso contrário, teremos a internalização dos lucros e a externalização dos custos, usual na sociedade contemporânea. As externalidades são efeitos (geralmente negativos) não contabilizados monetariamente pelos agentes econômicos.

O Estado, tem assim a cobrança do uso da água, como um instrumento econômico e jurídico para diminuir essas externalidades negativas e inclusive como parte de uma política macro-econômica, afirma Gustavo Vettorato (2004).

Para o referido autor:

*[...] busca-se com este instrumento a implementação de uma política ambiental cujo conteúdo permita a inserção da restrição a ser imposta. Sem qualquer restrição absoluta à atividade econômica, mas sim uma negociação, influenciando diretamente nos custos de produção”.*

O art. 20 da Lei 9433/97 afirma:

*“Art. 20. Serão cobrados os usos de recursos hídricos sujeitos a outorga, nos termos do art. 12 desta Lei”.*

Para a cobrança são imprescindíveis dois requisitos: a outorga e a utilização da água. Assim todos aqueles consumidores que necessitam da outorga para uso das águas, se as utilizarem para qualquer fim deverão também obrigatoriamente pagar por este uso.

Em outro aspecto, a cobrança ficará sujeita à outorga, por isso não poderá haver cobrança de obras ou atividades que não receberam, por um motivo ou outro a outorga, mas obviamente estes não poderão sequer utilizar do recurso.

Nos casos em que não é exigível a outorga (art. 12, § 1º da Lei 9433/97) automaticamente também será inexigível a cobrança, podendo o consumidor utilizá-la se pagar pelo seu preço, não se trata porém de isenção de recolhimento, como afirma Paulo Affonso Leme Machado (2002).

Cabe ressaltar que o real objeto da cobrança consiste na obtenção de valores monetários em função da utilização dos recursos hídricos por quem é detentor da outorga dos direitos de uso. Certamente a cobrança da água não pode tornar-se mais um peso para o consumidor doméstico, principalmente o das famílias de classe baixa já muito sufocados por tantos impostos e tarifas de serviços públicos. O objetivo da cobrança da água deve ser o de também conscientizar a população em geral a respeito do real valor da água e da necessidade de ser evitar desperdício por parte de todos, desde uma família até uma grande empresa produtora de alumínio, por isso deve se encontrar um meio termo capaz de realizar esta meta sem tornar mais difícil a vida das famílias de baixa renda. Esse é um problema que já vem sendo bastante discutido e que deverá ser resolvido pelas normas regulamentares que forem surgindo.

Vettorato (2004) parece dar uma solução mais simples, interpretando a letra da lei de modo mais literal, assim como faz Paulo Affonso Leme Machado (2002). Para Vettorato :

*A cobrança não será efetuada contra o consumidor da prestação de serviços de tratamento, de abastecimento, de coleta e esgotamento de dejetos (rede de esgotos), mas daqueles que utilizam os recursos hídricos por meio de captação direta dos corpos d'água incluindo em sua atividade econômica, ou daqueles que os utilizam em sua atividade econômica para, posteriormente, esgotá-lo diretamente no corpo d'água (exemplos: produtores rurais, companhias de abastecimento, empresas geradoras de energia elétrica, indústrias, etc.)".(VETTORATO, 2004. p.6)*

Ocorre que, no caso por exemplo de uma empresa particular ou até mesmo estatal de abastecimento de água, ou no caso de uma empresa geradora de energia elétrica, estas

não irão cobrar dos consumidores finais a elevação dos custos de seus serviços por terem que arcar com os novos custos de pagamento pela cobrança da captação da água?

Percebe-se que a lei ainda não regulamentou como este problema será resolvido. Por enquanto paira muita desconfiança e a idéia de que, de qualquer forma, no final, quem arcará realmente com os custos da cobrança pelo uso das águas será mesmo a população, da qual nem se exige a outorga.

Se isso ocorrer se estará violando a lei 9.433/97, pois como visto o art. 20 é claro ao definir que somente aqueles que necessitam de outorga é que pagarão pelo uso das águas. Ao regulamentar a cobrança, as normas de âmbito federal ou estadual deverão, para preservar o disposto no art. 20 impor às empresas de abastecimento, a proibição de reajuste de preço da água para o consumidor final com fundamento no aumento dos custos em virtude da cobrança pelo uso da água. Mas sabemos por experiências ocorridas em outros setores privatizados (inclusive de energia elétrica), que é muito difícil evitar esses aumentos, pois estes podem ser autorizados por esse motivo, utilizando-se outras justificativas.

Em alguns Estados onde a cobrança já está ocorrendo, como no Ceará, os preços variam, sendo, segundo Henkes (2003) de R\$ 0,013 por m<sup>3</sup> para abastecimento público, preço bem inferior ao pago para abastecimento industrial R\$ 0,67 por m<sup>3</sup>. Certamente, se os valores cobrados forem maiores, as empresas aí sim irão pressionar para que os custos da cobrança se estendam também ao consumidor residencial.

Por enquanto este preço ainda é tão irrisório, que se cobrado em outras áreas do país, mesmo que a mudança na legislação permita a cobrança da população, talvez ainda não se consiga chegar ao objetivo esperado que é a conscientização por parte de cada cidadão, pois o valor cobrado é muito aquém do real valor que tem este líquido precioso.

De qualquer forma este é um problema a ser brevemente resolvido pelas normas a serem editadas, regulamentando o art. 20 da Lei 9433/97 ou os artigos que tratam do mesmo tema na legislações estaduais. Aliás, seria mais correto que a regulamentação deste tema ocorresse realmente em nível estadual pois cada um tem suas especificidades, disponibilidade de água e contingente de consumidores bem distintos.

Não obstante ao que foi exposto, à nosso ver, a cobrança pelo uso da água dos consumidores residenciais pode não surtir os efeitos esperados, isso porque a lei não permite a cobrança desses consumidores e assim o objetivo esperado pela lei de fazer todos sentirem o real valor que tem a água não poderia ser alcançado. A não ser que haja mudanças na lei e novos regulamentos permitam essa cobrança ou o repasse à população

dos custos suportados pelas empresas de abastecimento, neste caso estes seriam duramente penalizados por esta cobrança, o que não é o melhor caminho.

Neste aspecto, deve-se concluir que de qualquer modo, a conscientização não passaria pela simples cobrança do uso da água, mas por um trabalho muito mais lento e árduo de educação ambiental. O legislador parece ter se equivocado, mas é preciso esperar que a cobrança seja regulamentada e implementada para ver os resultados do ponto de vista da conscientização a respeito do real valor da água.

Destaca-se ainda que o preço cobrado pelo uso dos recursos hídricos não tem a natureza de imposto, sua natureza jurídica é de preço público, ou seja, de tarifa. Não é taxa, primeiro porque estas estão expressamente previstas no art. 145, II da CF/ 88, relacionando-se ao exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, dos serviços públicos. No caso das águas não se trata de serviço público, mas de pagamento pelo uso de um bem público com o que ocorre quando alguém é autorizado a usar um bem público mediante retribuição.

O art. 21 da referida Lei 9433/97 dispõe que na fixação dos valores a serem cobrados pelo uso da água deve-se observar:

a) o volume retirado e seu regime de variação, nos casos de derivações, captações, extrações de água;

b) o volume lançado, seu regime de variação e as características físico-química, biológicas e de toxicidade do afluente, nos casos de lançamento de esgoto e demais resíduos líquidos ou gasosos.

Para Pompeu apud Vettorato, (2004), a fixação dos valores para a utilização da água tem a finalidade de distribuir custos de administração entre os usuários, para proporcionar incentivos adequados ao seu uso eficiente, e conseqüentemente como restrição efetiva ao mau uso. Os valores arrecadados com as tarifas cobradas pelo uso dos recursos hídricos devem ter sua destinação conforme o disposto no art. 22 da Lei 9433/97, quais sejam:

*I – no financiamento de estudos, programas, projetos e obras incluídos nos planos de Recursos Hídricos.*

*II – no pagamento de despesas de implantação e custeio administrativo dos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.*

Este artigo está integrado ao Art. 19, pois sendo a conservação dos recursos hídricos de grande importância a ponto de invocar a cobrança pelo uso dos mesmos, deve-se então utilizar os valores arrecadados pela cobrança justamente para esta finalidade.



## CAPÍTULO 5

# OUTROS INSTRUMENTOS ADMINISTRATIVOS DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E DO USO DAS ÁGUAS

### 5.1 Considerações gerais

Neste trabalho, além dos instrumentos de tutela do uso das águas criados à partir da Lei 9433/97 que alterou o regime de propriedade dos recursos hídricos, também trataremos de outros instrumentos utilizados na esfera administrativa e cível para a proteção das águas.

Deve-se lembrar que na esfera penal a Lei 9605/98 (Lei dos Crimes Ambientais) trouxe grandes inovações tipificando como crime várias condutas ambientais e com a aplicação de penas que vão desde a prestação de serviços à comunidade até a privação da liberdade. No entanto, não é objetivo deste trabalho o estudo da tutela penal das águas. Por hora, trataremos aqui da tutela administrativa e cível, notadamente a administrativa, mostrando os instrumentos de que dispõe o poder público para proteger e controlar o uso adequado dos recursos hídricos.

No que tange à esfera administrativa, já se explanou a respeito dos instrumentos trazidos pela Lei 9433/97, mas existem muitos outros previstos para a tutela do meio ambiente como um todo e que podem e devem ser utilizados também para a proteção dos recursos hídricos, haja vista a natureza da água como bem ambiental, tema já explicitado neste trabalho.

A começar pela própria Lei 6938/81, no artigo 9º estão os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, o qual reproduzimos in verbis:

*Artigo 9º. São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente.:*

*I – o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental;*

*II- o zoneamento ambiental;*

*III- a avaliação de impactos ambientais;*

*IV- o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;*

*V- os incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental;*

*VI- 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;*

*VII- o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente;*

*VIII- o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental;*

*IX- as penalidades disciplinares ou compensatórias ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental.;*

*X- a instituição do Relatório de Qualidade do Meio Ambiente, a ser divulgado anualmente pelo Instituto de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA;*  
*XI – a garantia da prestação de informações relativas ao Meio Ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes;*  
*XII – o Cadastro Técnico Federal de atividades potencialmente poluidoras e/ou utilizadoras dos recursos ambientais.*

Destes vários incisos destacamos a importância dos Padrões de Qualidade Ambiental, do Zoneamento Ambiental e notadamente o Licenciamento Ambiental e as Sanções Administrativas para a proteção das águas que merecem maiores comentários por serem, na visão de Edis Milaré “pilares da tutela administrativa do meio ambiente” e contarem com base legal já detalhada.

## **5.2 Os padrões de qualidade ambiental**

Na busca pela compatibilização entre as ações humanas e a manutenção da qualidade ambiental a legislação deve se utilizar de parâmetros científicos que se constituem requisitos técnicos na aplicação efetiva da legislação ambiental vigente.

Ao discorrer a respeito das características essenciais dos padrões de qualidade ambiental, Edis Milaré expõe:

*A primeira refere-se à condição de que um padrão de qualidade é estabelecido com um enfoque específico, pois visa a assegurar um determinado propósito como, por exemplo, a proteção à saúde pública, ou a proteção paisagística, entre outros. A segunda característica diz respeito à aceitação pela sociedade dos níveis ou graus fixados, o que implica em um processo de discussão sobre diferentes propostas, que representem diferentes interesses, convergindo para uma situação de consenso a fim de que os resultados possam ser oficialmente aceitos e regularmente estabelecidos. (MILARÉ, 2001.p. 299).*

São as resoluções do Conama quem tem estabelecido os padrões de qualidade do meio ambiente, inclusive da água ( Resolução Conama nº 20/96) à qual já nos referimos ao tratar dos instrumentos da PNRH.

## **5.3 O zoneamento ambiental**

Existe instrumento visa subsidiar o planejamento e ordenamento do uso e ocupação do território, e por conseqüência, a utilização dos recursos ambientais.

Por meio do zoneamento pode-se chegar ao conhecimento sistematizado das características, limites, potencialidades do meio ambiente (ecossistema) de uma

determinada área apresentada de maneira sistematizada na forma de representação cartográfica.

O zoneamento ambiental tem caráter interdisciplinar e exige toda uma metodologia adequada, com tópicos que devem estar presentes na elaboração do mesmo, sendo estes:

- a) Definição de objetivos e da região em estudo;
- b) Definição de prazos e recursos disponíveis;
- c) Identificação dos aspectos ambientais de interesse para o estudo, ou seja, das características do meio físico, biológico e antrópico envolvendo os aspectos socioeconômicos e culturais, nos quais se inserem os elementos bióticos, abióticos e as estruturas construídas;
- d) Definição de escala de trabalho (extensão territorial da região estudada e seu nível de detalhamento);
- e) Identificação das metodologias de diagnóstico, interpretação e representação dos aspectos estudados;
- f) Desenvolvimento de diagnóstico (coleta de informações e dados em atividades de campo e de pesquisa bibliográfica);
- g) Processamento e interposição das informações;
- h) Representação cartográfica das informações processadas;
- i) Interação dos dados;
- j) Representação final do Zoneamento. Este é o ponto de partida para a elaboração de planos e programas de ordenamento do território e de utilização de recursos ambientais.

Um exemplo de zoneamento envolvendo os recursos hídricos é o citado por Edis Milaré ocorrido na Bacia Hidrográfica do Paraíba do Sul, por meio do Decreto Federal 8751/82 que dispõe a respeito da recuperação e proteção ambiental dessa bacia. Este decreto estabelece que entre outras medidas para tal finalidade deverá ser realizado um macrozoneamento da Bacia, indicando-se as zonas preferencialmente destinadas á indústria, expansão urbana, agricultura e proteção ambiental.

## 5.4 A Avaliação de impacto ambiental

### 5.4.1 Aspectos gerais

A implantação de qualquer atividade ou obra potencialmente ou efetivamente degradadoras deve ser submetida a um controle prévio, necessário para se prever os impactos ambientais que poderão ocorrer.

Na busca por um desenvolvimento sustentável e sabendo que toda obra ou projeto interfere no meio ambiente, deve-se procurar minimizar os seus impactos ecológicos negativos, daí a importância de se discutir a respeito dos instrumentos necessários para tanto. Um desses instrumentos é a AIA (Avaliação de Impactos Ambientais), que tem por objetivo analisar a viabilidade ambiental de um projeto, programa ou plano, sejam eles iniciativa privada ou pública.

O objeto da AIA é a degradação, o impacto que provoca alteração adversa das características do meio ambiente. O artigo 1º da Resolução Conama nº 001/86 define o que vem a ser impacto ambiental:

*Art. 1º. Para efeito desta resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:*

*I – a saúde, a segurança e o bem-estar da população;*

*II – as atividades sociais e econômicas;*

*III- a biota;*

*IV – as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;*

*V – a qualidade dos recursos ambientais.*

Nas palavras do ilustre mestre Edis Milaré (2001, pág. 316) a AIA:

*Trata-se de um meio de atuação preventiva, que visa a evitar as conseqüências danosas, sobre o meio ambiente, de um projeto de obras, ou de qualquer atividade. Seu objetivo central é evitar que um projeto (obra ou atividade), justificável sob o prisma econômico ou em relação aos interesses imediatos de seu proponente, se revele posteriormente nefasto ou catastrófico para o meio ambiente. Valoriza-se, na plenitude, a vocação essencialmente preventiva do Direito Ambiental, expressa no conhecido apotegma: é melhor prevenir que remediar.*

Ainda referindo-se ao alcance e necessidade do AIA, manifesta-se Antônio Inagê de Assis Oliveira (1998, p.145).

*Para que se possa realmente prever sua conseqüência sobre o equilíbrio ambiental, é necessário, primeiramente, que se conheça bem o ambiente onde esta ação terá lugar, suas fragilidades e vulnerabilidades, sua capacidade de auto-regeneração e também a sua destinação social. Ao par destas informações, é preciso também um conhecimento aprofundado sobre o empreendimento que se quer levar a cabo, para que se possa simular e prever suas conseqüências*

*ambientais e avaliar da conveniência ou não de sua execução, assim como dos métodos executivos ambientalmente menos traumáticos.*

A AIA, inspirada no Direito Americano surgiu com a Lei 6803/80 e ganhou nova função e amplitude com a Lei 6938/81, na qual foi tratada como um dos instrumentos da PNMA. A AIA foi regulamentada pelo decreto 88351/83, posteriormente substituído pelo Decreto 99274/90.

É notório salientar que a Avaliação de Impacto Ambiental é gênero e assim para cada caso concreto, devido às suas peculiaridades, por ser empregada uma forma de avaliação ambiental mais adequada para análise das interferências negativas no ambiente. Desse modo, é importante deixar claro que o EIA, previsto no artigo 2º da Resolução 01/86 é uma modalidade de AIA, ou seja, é espécie, mas não é a única, como prevê o artigo 6º da Resolução Conama nº 23/94 nos casos de atividades de exploração de petróleo e lavra de jazidas de combustíveis líquidos e gás natural.

Nesta mesma linha, a Resolução Conama 237/97 prevê a utilização das mais variadas formas de estudos ambientais como instrumentos de avaliação de impactos hábeis a subsidiar o licenciamento.

A AIA apenas está prevista genericamente na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, sendo objeto de regulamentação por dispositivos posteriores que criaram várias modalidades de avaliação.

Portanto, não se deve pensar que a AIA seja o mesmo que o EIA ou que o EIA é a única forma de avaliação de impactos ambientais.

## **5.4.2 O estudo prévio de impacto ambiental**

### **5.4.2.1 Aspectos gerais e características**

O EIA, como modalidade de Avaliação de Impacto Ambiental é um dos principais instrumentos para a tutela administrativa do meio ambiente e da luta por um desenvolvimento sustentável.

A legislação aplicável ao EIA remonta ao período militar, inclusive com previsão implícita (Avaliação de Impactos Ambientais) na Lei 6938/81. Posteriormente a Resolução Conama 01/86 trouxe expressamente a figura do EIA, que em 88 foi consagrado implicitamente pela própria Constituição Federal. Posteriormente o Decreto 99274/90

regulamentou a Lei 6938/81. Paralelamente os Estados também inseriram em seus textos constitucionais previsões acerca do EIA, como é o caso de São Paulo (art. 192, §2º da Constituição Paulista).

É um importante instrumento que vai ao encontro do princípio da prevenção, pilar da proteção ambiental, pois é um instrumento de planejamento e controle ambiental que deve ser elaborado antes da instalação da obra e que expõe a necessidade de se levar em conta o fator ambiental em qualquer empreendimento.

Assim, este instrumento foi criado justamente com o objetivo de prever o dano, e à partir daí poder evitá-lo. O papel do EIA é então o de quantificar antecipadamente o impacto ambiental.

A respeito do papel do EIA, Antonio Inagê de Assis Oliveira, com grande propriedade ressalta:

*[...] para não se constituir em um entrave ao desenvolvimento econômico e ao mesmo tempo, garantir a preservação do equilíbrio ecológico propício à vida, é intuitivo que o licenciamento ambiental deverá, necessariamente, prever, na medida das possibilidades dos conhecimentos científicos disponíveis, as modificações que o empreendimento sob licença virá a trazer sobre o meio ambiente físico e social de sua área de influência, de forma a poder, mediante as condicionantes e restrições que formular, fazê-lo agente do desenvolvimento sustentado. Ou, face a esses estudos, sendo os danos previstos ambientalmente insuportáveis, denegar a licença requerida". (OLIVEIRA, 1999, p. 170)*

Por constituir um elemento necessário ao licenciamento, as decisões que concedem licença para localização, instalação e funcionamento de empreendimentos que causem significativa degradação, devem ser precedidas de uma avaliação de seu impacto ambiental, que neste caso, é o EIA o instrumento previsto pela legislação.

Para cumprir seu objetivo, o EIA sujeita-se a três condições básicas: a transparência administrativa, a consulta aos interessados e a motivação da decisão ambiental. É um instrumento de grande conteúdo democrático que atinge seus objetivos ao provocar a participação dos cidadãos e a fiscalização da atividade administrativa.

O EIA deve ser exigido para fins de licenciamento de projetos, instalação de obras ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação, nos termos do artigo 225, §1º, IV Da Constituição Federal de 1988, no entanto, pelo Decreto 99274/90, artigo 7º, inciso IV se verifica que o EIA não se destina somente a integrar os processos de licenciamento de planos, programas e projetos públicos ou privados.

Somente devem ser objeto de EIA, as atividades que possam provocar significativa degradação, ao contrário do que prevê o artigo 2º da Resolução Conama, pois esta previa o EIA para todas as atividades modificadoras do meio ambiente.

Ocorre que a Constituição Federal, posterior a esta lei veio corrigir essa idéia, prevendo expressamente o EIA como modalidade do AIA apenas para os casos de significativo impacto, e não para as atividades simplesmente modificadoras, até porque toda e qualquer atividade antrópica provoca alterações no meio ambiente.

É neste sentido que vários Estados que nas suas leis inseriram expressamente a necessidade de EIA, também previram outras formas de avaliação, seja para as atividades, projetos ou empreendimentos não previstos na resolução 001/86, seja para as situações concretas em que não ocorre significativa degradação do meio, baseando-se no parágrafo único da Resolução 237/97, *in verbis*:

*Artigo 3º. Parágrafo único. O órgão ambiental competente, verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, definirá os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento.*

No Estado de São Paulo, por exemplo, a verificação da efetividade da significância do impacto ambiental é feita por outro instrumento / modalidade de AIA, o “*Relatório Ambiental Preliminar*” – RAP, que segue as regras da Resolução 42 da Secretaria do Meio Ambiente (SMA).

O RAP, concluindo pela efetividade da ocorrência de significativa degradação do meio ambiente, deverá o empreendimento ser objeto de EIA-RIMA, mas por outro lado, se o RAP concluir pela inviabilidade ambiental do empreendimento, o requerimento de licença já é indeferido de pronto, sem nem mesmo necessitar de EIA/RIMA.

Se a conclusão do RAP foi pela não ocorrência de significativo impacto, o próprio RAP substitui o EIA/RIMA integrando a licença.

Houve quem contestasse a respeito da legalidade deste procedimento do RAP, estabelecido pela Resolução SMA 42/94. No entanto, Edis Milaré expõe em sua célebre obra “Direito do Ambiente” que este instrumento de avaliação ambiental foi criado após intenso debate e estudos realizados por comissão especial com a participação de representantes de toda a sociedade civil, dentro da mais transparente atuação democrática.

No Estado da Bahia, discorre Oliveira (1999). “*para determinar ou não a obrigatoriedade da apresentação do Estudo de Impacto Ambiental, no Decreto nº 28.687, de 11.2.1982, inovou criando a figura do Estudo Preliminar de Impacto Ambiental*”.

Assim, neste Estado, a exigibilidade ou não da apresentação do Estudo de Impacto Ambiental dependerá de estudos preliminares.

Portanto, deixando claro que o EIA não é o único instrumento de avaliação ambiental, pois embora seja o mais utilizado, é apenas uma modalidade de AIA, urge atentar para o outro aspecto muito discutido pela doutrina que é a questão do rol de hipóteses das atividades com potencial significativo de degradação do meio ambiente.

Como já exposto, o EIA somente está previsto para as atividades que potencialmente provoquem significativa degradação, não obstante alguns doutrinadores considerarem possível o EIA mesmo quando a atividade no caso concreto não provoque degradação significativa, ou então em substituição ao EIA pode-se utilizar outro instrumento de avaliação ambiental.

Mas o que vem a ser significativa degradação? Em que circunstâncias pode-se considerar que uma obra, empreendimento ou atividade tenha significativa degradação?

Até para os estudiosos do assunto não é tarefa fácil, pois um determinado projeto de pequenas proporções ao ser implantado num ecossistema frágil pode provocar significativo impacto ambiental.

Desse modo ao considerar que os ecossistemas têm pontos de saturação muito diferentes uns dos outros, essa noção de significativa degradação torna-se muito vaga.

A própria Constituição utilizou-se dos termos “*potencialmente*” e “*significativa*” que são muito vagos e dificultava a classificação de atividades que seriam alvo do EIA-RIMA. Esses termos criaram a possibilidade de dois ou mais entendimentos e por consequência, da atuação discricionária dos órgãos públicos, o que provocou acaloradas discussões sobre o tema.

Diante da imprecisão destes termos utilizados pela legislação ambiental, concluímos que não há como definir todas as atividades que podem ser objeto do EIA; somente nos casos concretos é que poderá, por meio de uma análise das circunstâncias que envolvem o caso, definir com maior precisão se determinada atividade terá potencial para causar significativa degradação ou não.

Mas o fato é que o artigo 2º da Resolução 01/86 do Conama listou o rol de atividades que necessitam de EIA, nos seguintes termos:

*Art. 2º. Dependará de elaboração de Estudo de Impacto Ambiental- EIA e respectivo Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, a serem submetidos a aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como:*  
*I – estradas de rodagem com duas ou mais faixas de rolamento;*  
*II – ferrovias;*  
*III- portos e terminais de minério, petróleo e produtos químicos;*  
*IV – aeroportos, conforme definidos pelo inciso I, artigo 48, do Decreto-Lei nº 32, de 18.11.66;*



V – oleodutos, troncos coletores e emissários de esgotos sanitários; VI – linhas de transmissão de energia elétrica, acima de 230KW;  
 VII – obras hidráulicas para exploração de recursos hídricos, tais como: barragem para fins hidrelétricos, acima de 10 MW, de saneamento ou de irrigação, abertura de canais para navegação, drenagem e irrigação, retificação de cursos d'água, abertura de barras e embocaduras, transposição de bacias, diques;  
 VIII – extração de combustível fóssil (petróleo, xisto, carvão);  
 IX – extração de minério, inclusive os da classe II, definidas no Código de Mineração;  
 X – aterros sanitários, processamento e destino final de resíduos tóxicos ou perigosos;  
 XI – usinas de geração de eletricidade, qualquer que seja a fonte de energia primária, acima de 10MW;  
 XII – complexo e unidades industriais e agro-industriais (petroquímicos, siderúrgicos, cloroquímicos, destilarias de álcool, hulha, extração e cultivo de recursos hídricos);  
 XIII – distritos industriais e zonas estritamente industriais-ZEI;  
 XIV – exploração econômica de madeira ou de lenha, em áreas acima de 100 hectares ou menores, quando atingir áreas significativas em termos percentuais ou de importância do ponto de vista ambiental;  
 XV – projetos urbanísticos, acima de 100 ha, ou em áreas consideradas de relevante interesse ambiental a critério do IBAMA e dos órgãos municipais e estaduais competentes;  
 XVI – qualquer atividade que utilize carvão vegetal, em quantidade superior a dez toneladas por dia.

A maior discussão está em torno deste rol ser exemplificativo ou não. Muitas divergências surgiram. Atualmente grande parte da doutrina adota a tese de que esse rol de atividades consideradas potencialmente significativas de degradação ambiental é meramente exemplificativo, podendo incluir novas atividades, mas é taxativo no sentido de que as atividades ali mencionadas devem obrigatoriamente ser objeto de EIA-RIMA. Em que pese a maioria da doutrina pensar assim, adotamos posicionamento diferente.

Em primeiro lugar porque a expressão “*tais como*” presente no discutido artigo, faz depreender claramente que o rol de atividades ali constadas é realmente exemplificativo. Outras atividades não listadas no rol do artigo 2º e que são significativamente degradadoras ao meio ambiente, podem ter sido esquecidas ou poderão surgir necessitando assim do EIA-RIMA.

*Nessa ordem de idéias, nada obsta que o órgão ambiental, defrontando-se com atividade não constante do rol mencionado, mas capaz de sensível degeneração do ambiente, determine a realização de estudo de impacto. É o caso, por exemplo, de incineradores de lixo doméstico ou industrial, não citados pela Resolução, apesar de seu grande potencial poluidor, com emissão de dioxinas, metais pesados e organoclorados de maneira geral. É também, o caso de plantio de sementes geneticamente modificadas, quando ainda não se sabe, com segurança, se o resultado da prática será para o bem ou para o mal” .(MILARÉ, 2001. pág.329/330)*

Em segundo lugar, além do artigo 6º trazer a possibilidade de outros instrumentos para as modalidades de licença ambiental e assim, teoricamente não se utilizar o EIA para

a obtenção de licenças ambientais, o artigo 3º trouxe expressamente que o empreendimento em função de sua natureza, localização, porte e demais peculiaridades, mesmo estando previsto no rol do artigo 2º, poderá ser dispensado de apresentação do EIA e do RIMA pelo órgão ambiental competente, porém, não ficaria sem nenhuma avaliação de impacto ambiental, pois neste caso, o parágrafo único traz a obrigatoriedade de se apresentar ao menos um Relatório de Controle Ambiental quando o EIA for dispensado.

Em terceiro lugar acreditamos ser o rol exemplificativo, pois embora a maioria da doutrina atribua à hipótese do artigo 2º a presunção absoluta de serem de atividade de significativa degradação ambiental com base no princípio da obrigatoriedade, pela qual a administração deve determinar a elaboração do EIA, a expressão “*dependerá*”, concordando com Edis Milaré, deve ser lida como “*poderá depender*”, dando-se uma forma mais branda a este dispositivo.

Prevalece também na doutrina a idéia de que o rol é exemplificativo apenas para incluir novas atividades, porém, sendo obrigatório quanto às atividades mencionadas no artigo 2º da Resolução 01/86 do Conama.

Quanto à primeira parte concordamos, mas no que se refere à presunção absoluta de significativa degradação, adotamos a tese contrária preferindo seguir as idéias de Yara Maria G. Gouveia, ex-advogada da CETESB, citada por Edis Milaré para mostrar que a enumeração é exemplificativa tanto para mais quanto para menos, podendo-se assim exigir o EIA de atividade não prevista no rol como também deixar de exigir tal estudo quando, apesar de prevista no rol, a atividade no caso concreto não tiver impacto potencial significativo.

Na visão da autora, a qual aderimos, o artigo analisado é obscuro, pois em vários incisos algumas atividades estão elencadas apenas genericamente ou então descritas insuficientemente e cuja definição fica a cargo da discricionariedade da autoridade administrativa. Como exemplo cita a referida autora justamente as obras relacionadas aos recursos hídricos previstas no inciso VII:

*As obras hidráulicas para a exploração de recursos hídricos tais como: barragens para fins hidrelétricos acima de 10 MW, de saneamento ou de irrigação, abertura de canais para navegação, drenagem e irrigação, retificação de cursos d'água, abertura de barras e embocaduras, transposição de bacias, diques.*

Atenta-se para o fato do inciso também utilizar a expressão “tais como” numa alusão às atividades descritas à seguir como potencialmente causadoras de significativo impacto. Ocorre que se o artigo for interpretado com a presunção absoluta, então para as

obras hidráulicas de irrigação até mesmo de uma pequena horta familiar, seria necessário o EIA-RIMA, o que é um absurdo!

Edis Milaré, ainda comentando os argumentos de Gouveia diz que não pode ter presunção absoluta uma listagem que deixa definições e decisões a critério do órgão de controle.

*“Para que um elenco possa ser considerado obrigatório em todos os seus termos, não admitindo o uso de critérios pelo aplicador da norma, deve ser preciso, exato, não podendo dar margem a dúvidas ou interpretações casuísticas” (MILARÉ, 2001, p. 332).*

A melhor solução diante dos argumentos apresentados é então se considerar como relativa a presunção de gravidade do impacto nos casos enumerados no artigo 2º da Resolução 001/86. Desse modo, se o empreendedor alegar que determinado empreendimento, mesmo previsto no rol não causará significativa degradação, este deverá provar sua alegação, pois quando se tratar de presunção relativa ocorre a inversão do ônus da prova que desse modo passa a ser do empreendedor. Somente não será realizado o EIA-RIMA se o empreendedor conseguiu provar que este não é necessário pela insignificância da degradação.

A Resolução Conama 237/97 regulamentou a referida resolução, consagrando mais ainda esta idéia ao dispor no § único do artigo 3º:

*Parágrafo único. O órgão ambiental competente, verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, definirá os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento.*

O que se pretende com essa noção de presunção relativa é evitar, como no exemplo dado da horta familiar, que seja adotado um procedimento tão dispendioso como o EIA, apenas por mera formalidade para situações em que nem há necessidade do mesmo, acarretando custos e perda de tempo desnecessários tanto ao empreendedor quanto aos órgãos públicos.

#### **5.4.2.2 Diretrizes e conteúdo do EIA**

O procedimento do EIA deve ser simples e objetivo, sempre sendo direcionado quando da sua realização para atender as seguintes diretrizes:

*I – Contemplar as alternativas tecnológicas e de localização do projeto, confrontando-se com a hipótese de sua não execução.  
II – Identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade.*

*III – Definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando em todos os casos a bacia hidrográfica da qual se localiza.*

*IV – Considerar os planos e programas governamentais, propostas e implantação na área de influência do projeto e sua compatibilidade.*

Além dessas diretrizes, outras podem ser fixadas em razão das peculiaridades do projeto e características ambientais do local, pelo órgão ambiental.

No que tange ao conteúdo do EIA, a legislação traz um conteúdo mínimo que deve ser considerado ao efetuar o estudo de impacto ambiental:

*I – Diagnóstico ambiental da área de influência do projeto. Corresponde ao inventário do meio anterior à ação proposta.*

*II – Análise dos impactos ambientais. Implica na apresentação das análises dos prováveis impactos que poderão ocorrer nas fases de planejamento, implantação, operação e até mesmo de desativação do empreendimento sobre o meio físico, biológico e antrópico.*

*III – Definição de medidas mitigadoras. Consiste na exposição de medidas que visam minimizar os impactos adversos identificados e quantificados. Deverão ser mencionados os impactos adversos que não podem ser evitados ou mitigados.*

*IV – Programa de acompanhamento e monitoramento de impactos ambientais causados pelo empreendimento em todas as suas fases.*

O momento de preparação do EIA, obviamente como instrumento integrante do processo de licenciamento deve ser antes da decisão administrativa de outorga da licença prévia ou da licença de implantação. O EIA deve influenciar na decisão administrativa de concessão da licença.

No entanto, a realidade da estrutura burocrática do país, inclusive a ambiental, traz situações em que o poder público só toma conhecimento de determinados empreendimentos quando estes estão na fase de implantação e até mesmo de operação sem a concessão de nenhuma licença.

Nestes casos é possível o EIA-RIMA, mesmo após o início da obra ou atividade. Com isso deve-se ter em mente que o EIA pode ser exigido a qualquer tempo, com base na expressão “*quando julgar necessário*” contida no artigo 12 §4º da Resolução nº6/87 do Conama, sem prejuízo da responsabilidade administrativa, civil e penal de quem se omitir do dever de exigí-lo.

A iniciativa de exigência do EIA, a princípio é dos órgãos estaduais competentes, com exceção aos casos de competência federal, em que a iniciativa é do Ibama e nos casos de exclusivo interesse local em que a iniciativa é do órgão municipal.

Nos Estados ou Municípios em que não houver regulamentação da legislação referente ao EIA/RIMA, o Conama é o órgão responsável para determinar os referidos estudos.

É evidente que quando houver a omissão do órgão competente para a exigência do EIA/RIMA quando presente o risco de degradação significativa do meio ambiente por atividade ou empreendimento, cabe ao Ministério Público e a qualquer outro legitimado por lei, atuar no sentido de garantir por meio da ação civil pública a sua realização, ou até mesmo o povo por meio de ação popular.

O EIA deve ser elaborado por uma equipe multidisciplinar habilitada e portanto, com inscrição dos seus membros no Cadastro Técnico Federal de Atividades.

A Resolução 001/86 do Conama exigiu no artigo 7º que a equipe multidisciplinar fosse independente do proponente do projeto, visando a elaboração de um estudo imparcial, evitando uma relação de emprego, hierárquica, entre os profissionais e o empreendedor. Entretanto, a Resolução 237/97 do Conama revogou este polêmico artigo.

Atualmente, praticamente é unânime a tese à favor da desnecessidade de interdependência da equipe multidisciplinar por vários motivos.

Primeiro porque nenhuma norma de hierarquia superior (nem Constituição e nem lei federal) tratou expressamente da independência da equipe.

Em segundo lugar porque a independência da equipe por um certo tempo fez florescer a chamada “*indústria do EIA/RIMA*” por escritórios de consultoria privada, desvalorizando os técnicos vinculados ao empreendedor (público ou privado), muitas vezes os mais competentes e bem informados a respeito da situação objeto do estudo.

Por esses motivos é que se defende a elaboração do EIA por equipe técnica vinculada ao proponente do projeto, assegurando-se a competência técnica exigida e a redução de custos, com razoável vantagem para o empreendedor e até mesmo para o poder público.

Alguns chegaram a defender o envolvimento direto do órgão público ambiental na elaboração do EIA, porém é fácil perceber que sem profunda alteração na legislação isso não é possível, pois caso contrário, o órgão público seria fiscal de si mesmo.

Entendemos que o melhor caminho para a questão é mesmo o papel do órgão público apenas para examinar o EIA depois de pronto, por meio de contra-equipe técnica governamental para fiscalizar se o interesse público está sendo observado na elaboração do EIA.

O empreendedor e os profissionais responsáveis pela elaboração do EIA/RIMA sujeitam-se as sanções administrativas, civis e penais.

O empreendedor responde objetivamente, ou seja, pela teoria do risco não é necessário provar sua culpa, basta haver nexo entre a sua atividade ou empreendimento e o

dano ambiental, isto é, que o prejuízo tenha resultado no exercício da atividade e não no comportamento do agente.

No caso dos profissionais que elaboram o EIA sua responsabilidade é apenas subjetiva, e mais, não abrange a pareceres e opiniões que derem, ainda que discutíveis tecnicamente, mas serão responsabilizados apenas pelos erros decorrentes de imperícia, negligência ou imprudência, ou ainda obviamente por dolo ou, por exemplo, introduzir dados ou informações incorretas ou retirar informações corretas. O empreendedor que responde objetivamente pode regressar contra o causador do dano, inclusive o profissional que tenha sido negligente, imperito ou imprudente ou agido com dolo.

Na esfera administrativa, o empreendedor está sujeito às sanções previstas no artigo 72 da Lei 9605/98 ou em leis específicas, como é o caso da Lei 9433/97, no artigo 49. Já os técnicos respondem através de sanções previstas pelos conselhos profissionais de sua respectiva categoria e ao Ibama.

Por fim, cabe lembrar que as despesas e custas referentes à realização do EIA e o custo da análise para a obtenção da licença ambiental correm por conta do proponente do projeto.

#### **5.4.2.3 O Rima e a Audiência pública**

O Relatório de Impacto Ambiental não se confunde com o EIA (Estudo de Impacto Ambiental). São estudos distintos. O EIA é o todo e engloba o RIMA, que, portanto completa o Estudo de Impacto Ambiental.

O RIMA é a condensação, um resumo das conclusões técnicas contidas no EIA e por isso torna-se um instrumento de comunicação para o administrador e o público.

O vocabulário básico do Meio Ambiente (apud Oliveira, 1999, p. 216) conceitua:

*O Relatório de Impacto Ambiental é o documento que apresenta os resultados dos estudos técnicos e científicos de avaliação de impacto ambiental e deve esclarecer todos os elementos da proposta de estudo, de modo que possam ser divulgados e apreciados pelos grupos sociais interessados e por todas as instituições envolvidas na tomada de decisão.*

O RIMA deve traduzir as conclusões do EIA em linguagem comum auxiliada por recursos gráficos que facilitem a compreensão pelo público leigo. É a apresentação em linguagem simples das conseqüências benéficas e adversas que a implantação de um determinado empreendimento irá provocar sobre o meio ambiente.

O RIMA é o documento que submetido ao conhecimento e apreciação da sociedade, torna-se indispensável ao cumprimento dos princípios da informação e da participação que permeiam todo o processo do licenciamento ambiental.

O RIMA como elemento informador da sociedade, além de ser acessível ao público deve ser discutido em audiência pública e tem o papel de elemento esclarecedor nas discussões político-administrativas de concessão da licença.

É evidente que a decisão de conceder ou não a licença requerida se baseia principalmente no parecer técnico emitido por profissionais designados para o projeto, mas sem dúvida que o exame do RIMA e sua repercussão na sociedade tem certa influência na tomada de decisões.

O RIMA ao ser apresentado deve se ilustrado com mapas, quadros, gráficos e outras técnicas de comunicação visual, não havendo um modelo definido para sua apresentação, o que não retira a obrigatoriedade do documento escrito, que entretanto não precisa ser um relatório técnico com a forma de documento normalmente conhecido.

Importante é o papel do órgão licenciador não para analisar o mérito do RIMA, mas para verificar se o mesmo reflete e está conforme com as conclusões constantes no EIA a que está vinculado. Não pode haver discrepância que induza a opinião pública a erro, se houver, o RIMA deverá ser devolvido á equipe elaborada para a necessária correção. Assim, ao órgão técnico (licenciador) não cabe recusar o RIMA, mas apenas exigir que sejam feitas retificações.

A equipe que elabora o RIMA, deve ser formada, além de técnicos e especialistas em questões ambientais, também por técnicos em comunicação. Não há previsão legal, mas o aconselhável é que a mesma equipe que elaborou o EIA, também esteja integrada à equipe que fará o RIMA.

### **5.4.3 Audiência pública**

Partindo do pressuposto de que a população tem o direito de tomar conhecimento de qualquer atividade ou obra a ser implantada, Paulo Affonso Leme Machado afirma que a mesma poderá acompanhar a realização do EIA, inclusive podendo impugnar a equipe multidisciplinar desde o momento de sua contratação, e além disso, obter todas as informações possíveis para sua participação na fase de comentários e de Audiência Pública.

Pode se verificar que a publicidade, informação e participação popular, ocorrem tanto na fase inicial de requerimento da concessão da licença prévia, também se faz

presente mesmo durante a elaboração do EIA, passando pela fase da consulta em que a população tem acesso às conclusões do RIMA e ainda prossegue na Audiência Pública propriamente dita.

A Audiência Pública, inicialmente prevista no artigo 11, §2º da Resolução 1/86-CONAMA, foi regulamentada pela Resolução 09/87 do mesmo órgão federal.

A finalidade da Audiência Pública é expor o conteúdo do projeto em análise e seu referido RIMA para resolver dúvidas e receber dos presentes as críticas e sugestões, como expõe o art. 1º da referida resolução. Visa, assim, propiciar uma oportunidade para a participação dos interessados, de poderem influenciar na gestão ambiental e indiretamente nas decisões de caráter ambiental. Indiretamente porque a Audiência Pública não vincula o órgão encarregado de decidir pela concessão ou não da licença, pois esta é uma decisão político-administrativa (de caráter mais discricionário que vinculado), mas deve ser levada em conta nesta decisão, uma vez que o órgão licenciador precisa fundamentar suas decisões. Daí o caráter consultivo da Audiência Pública, exposto pelo artigo 5º da resolução:

*“A ata da Audiência Pública e seus anexos servirão de base, juntamente com o RIMA, para a análise e parecer final do licenciador quanto à aprovação ou não do projeto”.*

A Audiência Pública tem como relevância o fato de ser um instrumento posto à serviço da cidadania, pois se constitui num momento de reflexão coletiva sobre um projeto importante para todos. Essa idéia é reforçada por Antônio Inagê:

*O diálogo proporcionado pela Audiência Pública pode ser extremamente esclarecedor, tanto para a população como para o órgão de controle ambiental e- fato que muitas vezes fica na penumbra – para o próprio empreendedor, para quem o bom relacionamento com a comunidade é essencial até mesmo para seus objetivos empresariais. (OLIVEIRA, 2004. p. 236)*

Neste sentido, percebe-se que a Audiência Pública é benéfica até para o empreendedor, sendo esta bem elaborada e participativa, constitui-se num elemento importante para a boa imagem da empresa.

O prazo para a solicitação da Audiência Pública é de no mínimo 45 dias à partir da data do anúncio na imprensa, feito pelo órgão licenciador, depois de ter recebido o RIMA. Por esse motivo deve ser dada ampla divulgação do recebimento do RIMA pelo órgão licenciador, na fase de comentários (Consulta Prévia).



Pela leitura da Resolução CONAMA nº 9, fica bem evidente que estão legitimados para convocar a audiência pública, o órgão licenciador e as entidades civis, o Ministério Público ou quando houver requerimento de 50 ou mais cidadãos. No primeiro caso, a convocação, embora seja de ofício, não é obrigatória, é um ato administrativo discricionário. Se o órgão licenciador analisar pelo RIMA e pela fase de comentários que não é necessária Audiência Pública, este não a convocará.

Na segunda hipótese, o órgão licenciador está obrigado a convocar a audiência, sob pena de ser nula a licença concedida sem a realização ou se realizada a audiência com vícios (art. 2º, § 2º Resolução 09/97 CONAMA).

No tocante ao prazo para convocação da realização da audiência deve-se ter conta que qualquer empecilho que se coloque ao acesso do público fere os princípios da informação e da participação da população, pois pode a audiência não atingir a sua autêntica finalidade.

A data e o local, assim como outros pormenores como por exemplo, a falta de cópias do EIA-RIMA, podem dificultar a participação na audiência e conduzir ao seu fracasso.

Havendo qualquer vício formal no EIA e no RIMA, estes devem ser sanados e os interessados terão a oportunidade de comentar o mérito do RIMA em outra audiência, da mesma forma pode ocorrer outra audiência se mesmo com a exposição do RIMA, por ser um tema de grande complexidade, persistirem dúvidas sérias na mente dos presentes.

Também, nota-se que mesmo para os projetos e obras dispensadas da elaboração prévia do EIA, em que o procedimento de licença é simplificado, se houver a solicitação por parte dos legitimados, a Audiência Pública deve ser realizada mesmo sem o RIMA, algumas conclusões e parecer técnico que outorgue a obra haverá, e estas informações não podem ser sonegadas, devendo salientar que a Audiência Pública não faz parte integrante do EIA, mas do processo de licenciamento como um todo, por esta razão não é acessório do EIA-RIMA. Tenha sido elaborado ou não o RIMA, as informações existentes devem ser conhecidas e discutidas pela população interessada.

A este respeito, Oliveira relata:

*No caso, a elaboração ou não do estudo de impacto ambiental, importantíssima ferramenta do licenciamento, passa a ser mero detalhe. O que a população tem direito de saber (e de influir na decisão do licenciamento) é até que ponto a implantação e operação de um determinado projeto vai alterar o meio ambiente e se esta alteração será, no todo, benéfica ou deletéria (OLIVEIRA, 1999. p. 250)*

Depois da audiência pública, os requerimentos para a licença de instalação e de operação e suas respectivas renovações devem também ser publicados, oferecendo assim a informação à população, maior interessada na manutenção da qualidade de vida e no desenvolvimento sustentável das atividades.

Mesmo depois de entrar em operação, o poder de polícia está presente por meio da fiscalização dos órgãos ambientais. Mesmo neste caso, a participação popular é extremamente necessária, pois por meio de denúncias aos órgãos administrativos ou por meio de iniciativas dos legitimados para a Ação Civil Pública pode-se estabelecer as sanções e providências necessárias para coibir ou ao menos reduzir a degradação do ambiente, impondo às atividades e obras o dever de se adequarem às exigências da legislação.

## **5.5 O licenciamento ambiental**

### **5.5.1 Noções gerais**

A Política Nacional do Meio Ambiente para efetivar os vários princípios de proteção do meio ambiente consagrados por ela, estabeleceu como um de seus principais instrumentos o licenciamento ambiental.

Segundo a definição da Resolução Conama 237/97, o licenciamento ambiental é:

*[...] o procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais considerados efetivas ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, de qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas aplicáveis ao caso. (art. 1º, I Resol. 237/97).*

Antonio Inagê Assis de Oliveira, assim se refere ao licenciamento ambiental.

*É exatamente por este instrumento, o licenciamento ambiental, que o poder público, ao examinar os projetos a ele submetidos, verifica sua adequação aos princípios da Política Nacional do Meio Ambiente. Avalia as conseqüências positivas e negativas, em termos ambientais, de sua implantação, tendo em vista o bem comum e decide pela autorização ou não de sua implantação, formulando as exigências cabíveis para minimização de seus impactos ambientais negativos ou maximização de seus impactos positivos” (OLIVEIRA, 1999. pág. 11).*

Conforme descrito acima, dá a entender que a licença ambiental seria necessária para toda atividade que utilize recurso ambiental ou que seja capaz de causar degradação ambiental.

Sabemos que qualquer ação humana utiliza recursos da natureza e é potencialmente capaz de degradar a natureza, em assim, em tese, quase todas as atividades estariam sujeitas ao prévio licenciamento.

Entretanto não é isso que ocorre, pois na prática as atividades menos significativas (é verdade que sujeitas a um controle bem subjetivo dos órgãos ambientais), do ponto de vista da degradação ambiental escapam a essa obrigatoriedade.

Sendo a degradação ambiental conceituada como “*alteração adversa das características do meio ambiente*” pela própria Lei da PNMA (Política Nacional do Meio Ambiente), é dada margem grande de discricionariedade ao órgão ambiental para estabelecer os critérios que determinam se uma atividade causa alteração adversa ou não num ecossistema. Alguma alteração, toda atividade provoca, resta analisar qual atividade produz alterações adversas capazes então de degradar os sistemas naturais e culturais.

Apesar de todos os condicionantes legais de licenciamento, em virtude de expressões vagas nos próprios dispositivos dos mesmos, torna-se bastante subjetiva a análise da obrigatoriedade ou não da licença.

### **5.5.2 Natureza jurídica**

Muito se discute a respeito da natureza jurídica da licença ambiental. Na doutrina, alguns afirmam que pelo caráter vinculado, esse ato tem realmente natureza de licença, para outras é na verdade uma autorização pois dá margem a certa discricionariedade do órgão técnico para sua exigência. Ainda para uma terceira corrente, que ao que nos parece, é a mais coerente e adotada pela maioria dos estudiosos do assunto, prevalece a idéia de ser uma licença, porém diferenciada pela própria natureza do bem ambiental objeto da licença.

Ainda, importante destacar a lição abalizada do mestre Hely Lopes Meirelles (1995. p. 170):

*Licença é o ato administrativo vinculado e definitivo pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, faculta-lhe o desempenho de atividade ou a realização de fatos materiais antes vedados aos particulares, como, por exemplo, o exercício de uma profissão, a construção de um edifício em terreno próprio. A licença resulta de um direito subjetivo do interessado, razão pela qual a administração não pode negá-lo quando o*

*requerente satisfaz todos os requisitos legais para a sua obtenção, uma vez expedida traz a presunção de definitividade. Sua invalidação só pode ocorrer por ilegalidade na expedição do alvará, por descumprimento do titular da execução da atividade ou por interesse público superveniente, caso em que se impõe a correspondente indenização. A licença não se confunde com a autorização nem com a admissão, nem com a permissão.*

Entendidas as diferenças entre autorização e licença no Direito Administrativo, convém lembrar que a legislação ambiental em muitas oportunidades confundiu ambos os conceitos, ora empregando autorização, ora utilizando a expressão “licença” para as questões relativas ao controle das atividades e empreendimentos e suas conseqüências para o meio ambiente..

Toda essa confusão entre os institutos ocorre no Direito Ambiental pois, como discorre Edis Milaré, é muito difícil nos casos concretos cumprir todas as exigências legais, uma vez que as normas ambientais são preenchidas pela discricionariedade técnica, que mesmo assim nem sempre são suficientes para preencher esses vazios. Isso ocorre porque a matéria ambiental é recheada de conceitos e critérios muitos subjetivos.

Em meio a essa carga de subjetividade e discricionariedade, continua o autor:

*Decidir pensados os impactos positivos e negativos, a distribuição de ônus e benefícios sociais, etc., não é nem decisão vinculada nem discricionariedade técnica, mas decisão sobre a conveniência do projeto, o que, afasta o procedimento de outorga das características de modelo tradicional de licenciamento, aproximando-o da tipicidade da autorização.*

Baseados nesta constatação, muitos afirmam tratar-se a licença ambiental na verdade de autorização, pois não tem caráter de definitividade em virtude de existirem prazos de validade para as licenças, caracterizando um ato discricionário e ainda precário. Essa é a posição de renomados ambientalistas. Paulo Affonso Leme Machado; Toshio Mukai, Edna Cardoso Dias, entre outras.

Diferentemente pensaram Edis Milaré, Paulo de Bessa Antunes, Marcelo Dawalibi, Odete Medauar e outros. Para esses doutrinadores, a licença ambiental exigida pela Lei da PNMA, formalizada em alvará, representa anuência da autoridade ambiental competente, depois de verificar que a construção ou atividade atendeu aos condicionantes legais para sua localização, instalação e operação. Constituindo-se um direito em virtude de ter atendidas as situações legais trata-se efetivamente de licença, gerando direitos subjetivos a seu titular, frente a administração.

É verdade que ainda persiste um sério problema que é o de conciliar o direito subjetivo conquistado pelo empreendedor com a discricionariedade que possui a autoridade ambiental. No entender de Edis Milaré isso é possível pois o atos administrativos não são

totalmente discricionários e nem totalmente vinculados, ora predomina uma característica ora outra.

Segundo ele, sem negar a faculdade de juízos que tem a administração sobre a conveniência de determinadas atividades, normalmente o que sobressai no licenciamento ambiental é o caráter de subordinação da manifestação administrativa ao requerimento do interessado, quando este atende os requisitos exigidos e conquista o direito subjetivo à outorga.

O termo licença, na visão desses últimos autores é o melhor a ser empregado, pois a licença ambiental não pode ser entendida pelos mesmos traços e princípios do Direito Administrativo.

Trata-se, portanto, de uma licença diferenciada.

A licença ambiental, neste sentido, apesar de ter prazo de validade estipulado mantém o caráter de estabilidade, não pode ser suspensa por simples discricionariedade ou arbitrariedade, apesar deste prazo estar sujeito à revisão ou suspensão quando não forem cumpridos os requisitos estabelecidos nas fases posteriores do processo de licenciamento ou no caso de interesse público superveniente.

### **5.5.3 Características e etapas do licenciamento ambiental**

Alguns aspectos caracterizam a licença ambiental e a distingue de outras licenças administrativas, entre as quais destacam-se:

a) O licenciamento ambiental é ato uno, de caráter complexo mas marcado pelo desdobramento em três subespécies: licença prévia, licença de instalação e licença de operação;

b) Para se obter a licença ambiental, naquelas atividades ou obras que possam causar significativa degradação, exige-se o EIA-RIMA que deve anteceder-la, sendo neste caso, pressupostos da licença;

c) A licença ambiental caracteriza-se por uma estabilidade temporal, isto é, não é definitiva e nem precária pois não assegura ao seu titular a manutenção do *status quo* que vigorava ao tempo de sua expedição. Vejamos o exemplo de uma atividade que foi licenciada e depois aumenta sua carga de emissão de poluentes a ponto de provocar fortes odores que antes não existiam. Não se pode permitir que pelo fato de já possuir uma licença, esta empresa tenha toda a liberdade para posteriormente poluir o quanto quiser.

O licenciamento ambiental como um todo é um processo bastante complexo que no que diz respeito às suas fases é alvo de inúmeras confusões entre estudiosos do assunto. Dentre as várias exigências legais previstas para as obras e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras bem como para os empreendimentos capazes de sob qualquer forma, causar degradação ambiental, somam-se ainda as obras ou atividades com potencial significativo de degradação do meio ambiente que exigem ainda o EIA-RIMA.

A resolução Conama 237/97 dispôs no art. 8º:

*O Poder Público, no exercício da sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:*

*I – Licença Prévia (LP) – concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade, aprovando sua localização e concepção atestando sua viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;*

*II – Licença de Instalação (LI) – autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas ou projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes da qual constituem motivo determinante;*

*III – Licença de Operação (LO) – autoriza a operação da atividade ou empreendimento após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.*

*Parágrafo único. As licenças ambientais poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, característica e fase do empreendimento.*

Antonio Inagê de Assis Oliveira, baseado nessa Resolução afirma ser o processo de licenciamento composto por 3 fases: a aprovação da localização (Licença Prévia), aprovação do Projeto Executivo (Licença de Instalação) e autorização para operação segundo as regras estabelecidas no alvará, cada uma condicionando a seguinte. Se a Licença Prévia é negada encerra-se o processo, não sendo possível a expedição nem da Licença de Instalação nem da Licença de operação. Por outro lado a vantagem é que aprovada a licença Prévia, já consegue o empreendedor os requisitos básicos para também com grande probabilidade conseguir a aprovação das demais licenças.

Se o empreendedor obteve a Licença de Instalação, no entender de Oliveira (1999) “*se o mesmo é implantado de acordo com as especificações constantes do Projeto Executivo aprovado, não há com lhe negar a Licença de Operação*”.

A Licença de Operação é um instrumento de grande utilidade para o orientar e dirigir a fiscalização ambiental a ser exercida pelo órgão competente sobre o empreendimento.

Na fase de Licença Prévia é que são examinadas as possíveis consequências que a implantação e operação do empreendimento poderá acarretar ao meio ambiente e que se determinará a localização do mesmo.

Oliveira ao destacar que todo o processo licenciamento é formado por três etapas, inclui o EIA-RIMA como procedimentos que devem anteceder essas licenças, mas os incluem na fase da Licença Prévia.

Concordamos com a posição de Oliveira de que o EIA-RIMA deve preceder a Licença Prévia e que as exigências desses estudos devem constar do Alvará de Licença Prévia, notadamente as referências aos requisitos básicos a serem considerados na fase seguinte que é o projeto executivo, entretanto consideramos que o processo de licenciamento ambiental comporta claramente um maior número de fases em decorrência das características distintas que se pode vislumbrar ao se comparar os diversos momentos desse complexo procedimento.

Verifica-se então a existência de pelo menos 5 fases dentro do processo amplo de licenciamento, a saber:

1ª fase – Corresponde ao requerimento da licença ambiental (aqui considerada de forma genérica) e sua publicidade.

2ª fase – Consiste na execução dos Estudos de Impacto Ambiental ou estudo similar.

3ª fase – Elaboração do RIMA e Consulta Pública

4ª fase – Audiência Pública e parecer conclusivo do órgão ambiental competente aprovando ou não o estudo

5ª fase – É a fase do licenciamento propriamente dito, desdobrando-se em:

a) Licença Prévia – em que o administrador atesta se o empreendimento é viável do ponto de vista ambiental e estabelece requisitos básicos e condições a serem cumpridas na fase de implementação;

b) Licença de Instalação – expressa o aval para o início da implementação da atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados;

c) Licença de Operação – possibilita a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores (Decreto 99274/90, art. 19 e Res. Conama 237/97, art. 8º).

Duas questões ainda devem ser abordadas: o licenciamento da ampliação de atividades potencialmente poluidoras e o licenciamento de atividades instaladas.

No licenciamento da ampliação de um empreendimento, por se tratar de ampliação de instalação existente, e como interessa ao órgão ambiental conhecer os efeitos que a pretendida ampliação trará para o meio ambiente nas fases de implantação e operação, não será evidentemente necessária nova licença prévia, pois a ampliação se dará no mesmo local da instalação primitiva que já teve concedida a sua Licença Prévia.

No entanto, é louvável que se verifique antes de deferir a Licença Prévia, se as condições do local suportam uma ampliação e até que ponto essa ampliação pode chegar. Desse modo, pode o órgão ambiental conceder a Licença Prévia justificadamente nos casos de ampliação de atividade já licenciada, quando é claro, houver tolerância ambiental. Para isso deverá ser realizado o EIA ou estudo similar e RIMA como condição para a expedição de licença de instalação da parte do empreendimento que constitui a ampliação.

No que diz respeito às atividades já instaladas, criou-se certa discussão porque a lei não as mencionou expressamente e pela alegação de estarem protegidos pelo direito adquirido.

A lei não se refere às atividades já instaladas quando da sua publicação, mas exige o licenciamento para o funcionamento de todas as atividades que utilizam recursos naturais.

Mesmo que não precisem obter licença prévia e nem de instalação, todas as fases do licenciamento devem ser percorridas, mesmo que seja de forma expedita e neste caso específico, a Licença de Operação é obrigatória, sem nenhuma dúvida.

O art. 4º, § único da Res. 237/97 do Conama dispõe que as licenças poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente de acordo com a fase do empreendimento. Nos art. 9º e 12 também afirma que “ O Conama definirá licenças ambientais específicas, observadas a natureza, características e peculiaridades da atividade ou empreendimento e, ainda a compatibilização do processo de licenciamento com as etapas de planejamento, de implantação e de operação.

Quanto ao segundo argumento, este não se sustenta em virtude da legislação vigente. Se nem mesmo as atividades regularmente licenciadas não podem sob o argumento de ter sido deferida a licença, atentarem contra o meio ambiente e a sadia



qualidade de vida, quanto mais uma atividade que em operação não obteve a licença ambiental do órgão competente.

Não existe o direito adquirido de poluir e de degradar o meio ambiente, estando ou não com a concessão da licença, para operação de uma atividade. O interesse público deve prevalecer sobre o individual.

Em suma, com base no art. 12 da Res. 006/87 do Conama, verifica-se que a solução dada à questão das atividades já instaladas é a de não se exigir delas as licenças prévia e de instalação, mas apenas a licença de operação, que no entanto, deverá ser antecedida de EIA ou estudo semelhante, oferecendo desse modo, todas as informações possíveis sobre o empreendimento e sua influência no meio ambiente. O empreendedor de qualquer forma deve atender aos pedidos de esclarecimento do órgão ambiental

#### **5.5.4 Prazos para análise e para vigência das licenças**

Não pode o órgão ambiental deixar ao seu bel prazer a oportunidade e o tempo que quiser para a apreciação dos pedidos de licença sob pena de tornar inviáveis quaisquer projetos e empreendimentos.

Neste sentido o artigo 14 da Resolução 237/97 traz que para não prolongar demasiadamente o processo de licenciamento, mesmo quando houver EIA-RIMA e Audiência Pública, não poderá ultrapassar o prazo de 12 meses a contar da data do requerimento até a data da decisão de deferimento ou não da licença ambiental.

A contagem desses prazos pode ser suspensa quando o órgão ambiental necessitar de esclarecimentos ou de estudos ambientais complementares, o que deverá ocorrer dentro do prazo máximo de 4 meses a contar da data em que tiver sido notificado o empreendedor.

Esse prazo de 12 meses engloba as três licenças, podendo cada uma ter prazo diferenciado da outra, mas no total o processo de licenciamento deve então durar no máximo um ano.

Quanto aos prazos de validade das licenças, a definição das mesmas e a possibilidade de renovação vislumbram uma das principais características da licença ambiental, que é a sua eficácia temporal.

A Resolução 237/97 dispôs os prazos de validade das licenças da seguinte forma:

*Art. 18. O órgão ambiental competente estabelecerá os prazos de validade e cada tipo de licença, especificando-os no respectivo documento, levando em consideração os seguintes aspectos:*

*I – o prazo de validade da Licença Prévia deverá ser, no mínimo, o estabelecido no cronograma de elaboração dos planos, programas e projetos relativos ao empreendimento ou atividade, não podendo ser superior a 5 (cinco) anos;*

*II – o prazo de validade da licença de Instalação deve ser, no mínimo, o estabelecido pelo cronograma de instalação do empreendimento ou atividade, não podendo ser superior a 6 (seis) anos;*

*III – o prazo de validade da Licença de Operação deverá considerar os planos de controle ambiental e será de, no mínimo 4 (quatro) anos e, no máximo, 10 (dez) anos.*

*§ 1º - A Licença Prévia e a Licença de Instalação poderão ter o prazo de validade prorrogados, desde que não ultrapassem os prazos máximos estabelecidos nos incisos I e II.*

*§ 2º - O órgão ambiental competente poderá estabelecer prazos de validade específicos para a Licença de Operação de empreendimentos ou atividades que, por sua natureza e peculiaridades estejam sujeitos a encerramento ou modificação em prazos inferiores.*

*§ 3º - Na renovação da Licença de Operação de uma atividade ou empreendimento o órgão ambiental competente poderá, mediante decisão motivada, aumentar ou diminuir o seu prazo de validade, após a avaliação do desempenho ambiental da atividade ou empreendimento no período de vigência anterior, respeitados os limites estabelecidos no inciso III.*

*§ 4º - A renovação da Licença de Operação de uma atividade ou empreendimento deverá ser requerida com antecedência mínima de 120 (cento e vinte) dias da expiração do seu prazo de validade, fixado na respectiva licença, ficando este automaticamente prorrogado até a manifestação definitiva do órgão ambiental competente.*

### **5.5.5 Competência para o licenciamento ambiental**

A competência para licenciar se insere na competência material ou competência executora já discutida em capítulo anterior. Pelo já exposto verifica-se que a competência material é comum entre as três esferas de governo, inclusive no que diz respeito à proteção das águas por tratar-se de um bem ambiental, e dessa forma os três níveis estão habilitados a licenciar empreendimentos com impactos ambientais e adequar sua estrutura administrativa para essa função.

O art. 10 da Lei 6938/81 prescreve que as obras causadoras de impactos ambientais dependerão de licenciamento prévio do órgão estadual competente, integrante do Sisnama e do IBAMA, este último em caráter supletivo. Assim somente se a nível Estadual não houver órgão com estrutura para realizar tal licenciamento, dentro da competência estadual, então o IBAMA se incumba do licenciamento também a nível Estadual. Da mesma forma entre o Estado e os municípios.

No que diz respeito à competência legislativa, também segue-se a previsão constitucional de competência concorrente em que a União edita normas gerais sobre

licenciamento e os Estados e municípios editam normas em caráter complementar e suplementar.

Portanto, o poder público (Federal, Estadual e Municipal) em sua esfera de competência específica, tem competência para editar normas ambientais e como consequência, de as fiscalizar. Mas, deve-se fazer uma observação. Pelas regras constitucionais de competência e o exposto no artigo 10 da citada lei, pode-se perceber que basicamente, a competência é dos órgãos estaduais de controle ambiental para as atividades exercidas nos respectivos estados.

Para assunto de interesse local, os municípios também podem suplementar e a ação executiva federal representa neste caso uma exceção, apesar de, por outro lado, à União estar reservado o estabelecimento de normas gerais.

#### **5.5.6 Invalidação da licença ambiental**

Da leitura do artigo 19 da Resolução Conama 237/97 apreende-se que a licença ambiental assegura apenas uma estabilidade temporal, caracteriza pois, um compromisso entre o empreendedor e o Poder Público.

Ocorre que, se durante o prazo de vigência da licença apurar-se que o empreendimento está sendo nocivo ao meio ambiente, seja pela mudança nas condições do meio que tornou-se mais frágil, seja por questões de ordem pública e econômica, seja por erros ou dados inconsistentes ao conceder a licença, é possível pelo exposto no artigo 19, modificar, suspender ou cancelar uma licença.

Na modificação se dá nova configuração ao estabelecido entre o Poder Público e o empreendedor. A suspensão tem o condão de sustar, sobrestar a obra ou atividade até que haja a adequação aos requerimentos ambientais exigidos.

No caso de cancelamento, aqui cabe alguns comentários à mais. A licença, como produto de um ato administrativo também pode ser cancelada (anulada) ou invalidada por outro ato administrativo ou sentença judicial.

O Poder Judiciário pode invalidar ou anular um ato administrativo quando for provocado ou de ofício, enquanto a administração pode também invalidá-lo de ofício ou por provocação, mas também pode revogar um ato quando este é discricionário. No entanto, sendo a licença um ato mais vinculado que discricionário, a administração não pode se utilizar da revogação. Quando o empreendedor descumprir as condições impostas

na licença, se caracteriza a cassação e não revogação, tendo antes ainda as opções de modificar ou suspender a licença.

Isso não quer dizer que não possa ser revogado, mas terá o empreendedor direito á prévia e cabal indenização em virtude do ato de licença ter resultado em direito adquirido para o empreendedor, evidentemente não o direito adquirido de poluir, mas de exercer sua atividade.

Ao examinar o ato objeto de anulação, deve-se atentar aos seus elementos principais, o conteúdo e a forma e seus pressupostos: competência e motivação. Um ato deve ser anulado se contiver vícios que o tornem ilegal.

A administração não necessariamente deve anular um ato viciado, mas pode fazer a sua correção, normalmente recorrendo à suspensão e modificação da licença. Os atos passíveis de convalidação, devem ser obrigatoriamente convalidados premiando assim a segurança pública e a boa-fé dos administrados.

## **5.6 As infrações e as sanções administrativas**

As sanções administrativas são aplicadas pelos próprios órgãos da administração direta ou indireta das três esferas de governo, pelo princípio da legalidade, que permeia as relações entre a administração e os administrados. As sanções administrativas são aplicadas justamente quando uma conduta considerada ato infracional desrespeita esse princípio.

Essas sanções administrativas constituem uma das mais importantes expressões da chamado “*poder de polícia*” da administração.

O art. 78 do Código Tributário Nacional assim define o poder de polícia:

*Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando-se ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.*

O poder de polícia existente na organização estatal é um poder imposto a todos os membros da coletividade como forma de garantir a incolumidade dos bens e valores sociais através da restrição de certos direitos do cidadão.

Fundamentado na supremacia do interesse coletivo sobre o particular, o poder de polícia utiliza-se de diversos meios como a expedição de ordem, proibições e restrições sempre previstas na lei, que impõe também as sanções pelo descumprimento das normas administrativas.

Entre os bens jurídicos protegidos como de interesse social pela Constituição Federal está o meio ambiente e conseqüentemente seus elementos, como é o caso dos recursos hídricos. Necessário se faz, dotar então a administração de poder de polícia que exerça a proteção também do meio ambiente.

Um dos principais meios de exercício do poder de polícia, inclusive a ambiental é a fiscalização que tem objetivos de realizar a prevenção da ocorrência de infrações, o que se faz mediante a observação dos comportamentos dos membros da sociedade e reprimir as infrações cometidas em detrimento do meio-ambiente, utilizando-se do aparelho estatal repressivo, desde a polícia administrativa até a aplicação de penalidades cabíveis pelo judiciário.

Devemos lembrar que a responsabilidade administrativa tem por objeto também a aplicação de penas, que no entanto, não são da mesma natureza do direito penal, isto porque são aplicadas pelo Estado no exercício de um poder administrativo.

Fique claro que se for ofendido um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, isso gerará responsabilidade penal; se uma conduta causar dano patrimonial surge a responsabilidade civil do agente e por último se ocorrer uma agressão ou descumprimento dos preceitos do direito administrativo, ocorre a responsabilidade administrativa que é a que nos interessa no presente momento deste estudo.

O art. 70 da Lei 9605/98, conceitua infração administrativa nestes termos:

*“ Considera-se infração administrativa ambiental toda a ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”.*

A definição das infrações administrativas, no entender de Joel Illan Paciornik (2002) é de extrema importância para a preservação ambiental, uma vez que sem elas esvazia-se a eficácia do instrumento de poder de polícia.

Antes de proceder ao estudo individualizado das infrações ambientais e no regime das águas deve-se enfatizar a presença de muitos tipos abertos (sem conceituação precisa) entre as várias infrações previstas na legislação administrativa, o que conduz à necessidade de uso da discricionariedade pelo administrador na análise das situações concretas de

ocorrência da infração administrativa e até mesmo na aplicação das sanções. É evidente que as obrigações com relação ao uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente devem estar previstos em lei, mas podem ser regulamentados em atos administrativos normativos. A teoria geral do direito administrativo é, portanto, perfeitamente aplicável às infrações da lei ambiental e às infrações da Lei de Recursos Hídricos. É importante ressaltar alguns aspectos relativos às infrações administrativas das leis ambientais, tais como a questão do direito subjetivo no cometimento das infrações, a questão da competência no processo administrativo e a própria característica das infrações administrativas.

No que diz respeito a este último aspecto, a infração administrativa em matéria ambiental não se caracteriza apenas pela leitura do referido artigo 70 da Lei 9605/98, mas também pelo resultado danoso advindo de ato ou omissão que altere o meio ambiente. É necessário que o dano seja efetivamente constatado e que haja relação de causa e efeito entre a atividade e o dano, mesmo que essa relação seja indireta.

Embora a lei federal não tenha incluído expressamente a mera possibilidade de dano como infração ambiental, várias legislações estaduais não exigem a efetiva ocorrência do dano, mas tão somente o perigo do seu desencadeamento, como é o caso do art. 2º da Lei 997/76 do Estado de São Paulo. Os Estados, é sabido, podem melhor definir as infrações administrativas, sem estarem sujeitos à insuficiente tipificação das leis federais, visto que tem competência concorrente complementar e suplementar na elaboração de normas ambientais.

Além da desobediência às normas ambientais, é oportuno lembrar que também configuram infrações administrativas ambientais a desobediência às exigências técnicas feitas pela autoridade competente e constantes das licenças ambientais.

No que concerne ao elemento subjetivo no cometimento das infrações administrativas, não há uma posição unânime a respeito da exigência de culpa ou não para ensejar a infração.

Na doutrina, há opiniões que admitem a existência de alguns tipos infracionais que exigem dolo ou culpa, e a existência de outros tipos que se consumam independentemente da vontade do agente, bastando a execução do tipo previsto na norma.

Paciornik, citando a lição de Régis Fernandes de Oliveira, ensina:

*Em certos casos basta a voluntariedade, isto é, o movimento anímico consciente capaz de produzir efeitos jurídicos. Não há necessidade da demonstração de dolo ou culpa do infrator, basta que, praticando o fato previsto, dê causa a uma ocorrência prevista pela lei. (OLIVEIRA apud PACIORNIK, 2002. p. 114).*

A exemplo do referido autor, a jurisprudência, segundo ele, tem admitido que para certas infrações não há necessidade do elemento subjetivo. Neste sentido, para certas infrações a responsabilidade administrativa, a exemplo da responsabilidade civil é objetiva em matéria de meio ambiente.

No entanto, para definir se a responsabilidade administrativa é subjetiva ou objetiva deve-se observar o tipo previsto para a infração administrativa, pois da interpretação do tipo é que se poderá vislumbrar se é exigida a culpabilidade ou não do agente.

Em relação ao processo administrativo que apura a infração e aplica a sanção, dispõe o parágrafo 4º do art. 70 e o art. 71 da Lei 9605/98:

*§ 4º. As infrações ambientais são apuradas em processo administrativo próprio, assegurado o direito à ampla defesa e o contraditório, observadas as disposições desta lei.*

*Art. 71. O processo administrativo para apuração de infração ambiental deve observar os seguintes prazos máximos.*

*I – vinte dias para o infrator oferecer defesa ou impugnação contra auto de infração, contados da data da ciência da autuação;*

*II – trinta dias para a autoridade competente julgar o auto de infração, contados da data da sua lavratura, apresentada ou não a defesa ou impugnação;*

*III – vinte dias para o infrator recorrer da decisão condenatória à instância superior do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, ou à diretoria de Portos e Costas, do Ministério da Marinha, de acordo com o tipo de autuação;*

*IV – cinco dias para o pagamento de multa, contados da data do recebimento da notificação.*

Como se vê, o § 4º do art. 70, seguindo a tendência moderna, exige que nos processos administrativos, quaisquer que sejam, devem ser observadas as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. A aplicação de sanções administrativas deve ser antecedida de procedimento que assegure a oportunidade para manifestação do interessado e para produção de provas e o direito à recurso.

No entender de Edis Milaré, esse procedimento do art. 71 só é aplicável na hipótese de multas, nos demais casos de penalidades, segundo ele, é inviável este procedimento que se distancia um pouco daqueles previstos pelas legislações estaduais. Vale ressaltar, que nos casos de infrações ambientais, pode-se recorrer ainda ao processo administrativo no âmbito da administração pública federal, que é de caráter apenas federal, mas pode oferecer subsídios importantes, uma vez que o art. 71 não abrange todas as situações de penalidades e na falta de uma regulamentação estadual para as infrações ambientais, suas disposições podem reger o processo administrativo ambiental.

Os Estados, em decorrência da autonomia constitucionalmente garantida podem dispor sobre a estrutura e funcionamento dos seus órgãos e assim dispor regras específicas de procedimento administrativo.

Com base no processo administrativo federal, estão legitimados para propor à administração a abertura de processo administrativo ambiental as organizações e associações representativas no tocante a direitos e interesses coletivos e as pessoas ou associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos (art. 9º, incisos III e IV da Lei 9784/99).

Desse modo o processo administrativo pode iniciar-se a pedido do interessado legitimado e obviamente de ofício.

*“É criada, portanto uma legitimação especial em favor de entidades de defesa de direitos difusos e coletivos, para que provoquem a atuação do poder de polícia ambiental visando a apuração de infração administrativa”* (PACIORNIK, 2002. p.118).

De acordo com o art. 72 da Lei 9605/98 e art. 2º do Decreto 3179/99 são previstas as seguintes sanções às infrações de cunho ambiental, observando-se o art. 6º da referida lei:

- I – Advertência – será aplicada quando o infrator tiver que sanar uma irregularidade cometida por inobservância da lei o regulamento;*
- II – Multa simples de no mínimo R\$ 50,00 e no máximo R\$ 50.000.000,00 que pode ser imposta independentemente de culpa, pela prática de infrações administrativas descritas na lei e no regulamento. Somente nos casos do § 3º, I e II é que se exige a culpa ou dolo para a imposição da multa simples. Essa multa, pelo disposto no §4º do mesmo art., pode ser convertida em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente;*
- III – Multa diária – é aplicável nos casos de infração continuada, caracterizada pela permanência da ação ou omissão.*

As multas simples ou diárias podem ter a sua exigibilidade suspensa quando for celebrado o termo de ajustamento de conduta ou compromisso semelhante. Cumpridas as obrigações assumidas o termo, a multa deverá ser reduzida em 90% do valor atualizado.

- IV – Apreensão de animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração.*
- V – Distribuição ou inutilização do produto.*
- VI – Suspensão de venda e fabricação do produto.*
- VII – Embargo de obra ou atividade.*
- VIII – Demolição de obra.*
- IX – Suspensão parcial ou total de atividades.*
- X – Restritivas de direito, que compreendem:*
  - a) suspensão de registro, licença, permissão ou autorização;*
  - b) cancelamento de registro, licença, permissão ou autorização;*
  - c) perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais;*



*d) perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;*

*d) proibição de contratar com a administração pública pelo período de até 03 anos.*

*XI – Reparação dos danos causados. Essa reparação, convém lembrar que é exigível independentemente de culpa do infrator.*

As sanções dos incisos VI, VII e IX serão aplicadas quando o produto, a obra ou atividade ou o estabelecimento não estiverem obedecendo as prescrições legais ou regulamentares. ( Art. 72, §7º).

No caso do inciso VIII, a demolição de obra ocorrerá pela efetiva constatação da gravidade do dano decorrente da infração pelo órgão ambiental competente.

Se o infrator comete duas ou mais infrações simultaneamente, deverão assim ser aplicadas cumulativamente as sanções a elas cominadas.

Ressalta-se que os Estados e Municípios, como dito, em decorrência de sua autonomia e competência legislativa concorrente, podem regular a aplicação das sanções às infrações administrativas de modo diferente do previsto pela União.

Os valores arrecadados com o pagamento das multas por infração ambiental são remetidos ao Fundo Nacional do Meio Ambiente (Lei 7797/89), Fundo Naval e fundos estaduais ou municipais do meio ambiente. Entretanto, observa-se que em muitas comarcas estaduais, tanto as multas impostas pela administração quanto aquelas impostas pelo judiciário em Ação Civil Pública, não têm sido revertidas de modo satisfatório para a recuperação de áreas degradadas, ou então o empreendedor multado recupera uma certa área, mas o mesmo local não é conservado e o problema continua a ocorrer. Esse fato tem levado o Ministério Público a utilizar-se de outra estratégia, ou seja, substituição da multa em dinheiro pelo cumprimento de uma obrigação de fazer, que normalmente consiste na recuperação de áreas degradadas por parte do empreendedor em local onde ele próprio tenha condições de manter a correspondente área conservada, o que tem trazido melhores resultados.

Por último destacamos que a competência para a apuração da infração e a lavratura do auto de infração e conseqüente instauração do processo administrativo é dos funcionários do órgão ambiental competente integrante do Sisnama, designados para a atividade de fiscalização. Na esfera federal, são os fiscais do IBAMA e na Estadual, no Estado de São Paulo são os fiscais da Cetesb, no que se refere especificamente à qualidade dos recurso hídricos e ao DAEE quanto a fiscalização para a outorga de uso dos recursos hídricos.

Em regra, essa competência está atrelada à atribuição para licenciar a atividade ou empreendimento. Portanto a competência para fiscalizar, lavrar infrações e instaurar o procedimento administrativo ambiental, normalmente é do mesmo órgão que licenciou a respectiva atividade.

Em virtude do princípio do “*non bis idem*”, é proibido a aplicação de sanções múltiplas para um único fato. É por esta razão que o art. 76 afirma que em caso da multa já ter sido aplicada pelo Estado ou Município, a ação federal deve ser afastada. Embora o art. 76 só se refira à multa, por analogia esta previsão deve se estender a qualquer outra penalidade prevista no artigo 72.

### **5.6.1 As infrações administrativas e as sanções previstas na política nacional de recursos hídricos.**

Além das infrações e sanções administrativas previstas nos artigos 70 a 72 da Lei 9605/98 para o meio ambiente, a Lei 9433/97 prevê as infrações e penalidades relacionadas especificamente aos recursos hídricos:

*Art. 49. Constitui infração das normas de utilização de recursos hídricos superficiais ou subterrâneos:*

*I – derivar ou utilizar recursos hídricos para qualquer finalidade, sem a respectiva outorga de direito de uso;*

*II – iniciar a implantação ou implantar empreendimento relacionado com a derivação ou a utilização de recursos hídricos, superficiais ou subterrâneos, que implique alterações no regime, quantidade ou qualidade dos mesmos, sem autorização dos órgãos ou entidades competentes;*

*III – (vetado)*

*IV – utilizar-se dos recursos hídricos ou executar obras ou serviços relacionados com os mesmos em desacordo com as condições estabelecidas na outorga;*

*V – perfurar poços para extração de água subterrânea ou operá-los sem a devida autorização;*

*VI – fraudar as medições dos volumes de água utilizados ou declarar valores diferentes dos medidos;*

*VII – infringir normas estabelecidas no regulamento desta lei e nos procedimentos administrativos, compreendendo instruções e procedimentos fixados pelos órgãos ou entidades competentes;*

*VIII – obstar ou dificultar a ação fiscalizadora das autoridades competentes no exercício de suas funções.*

Praticamente todos os tipos previstos dizem respeito em termos genéricos à violação dos termos da outorga ou a sua inexistência, daí a importância da outorga, a qual já nos referimos neste presente trabalho. Nos casos enumerados no artigo 12 da Lei 9433/97 em que há tal exigência, se determinado uso for realizado sem a outorga ou em desacordo com as condições definidas na outorga, o usuário comete infração administrativa.

No inciso II, a autorização citada não diz respeito à outorga, mas à licença ambiental. Em determinados casos, como já vistos, será necessária a outorga dos direitos de uso da água e depois ainda deverá ser expedida a licença ambiental, precedida de EIA-RIMA quando for necessário.

No inciso IV, pressupõe-se que o infrator, embora possuindo a outorga, efetue obras ou serviços com inobservância das normas constantes na outorga. Todo ato de outorga tem requisitos e condições para a utilização do recurso hídrico. A inobservância dessas condições, além de acarretar a suspensão parcial ou total do empreendimento, configura infração administrativa.

O inciso VI define as condutas de fraudar a medição dos volumes de água utilizados ou declarar valores das medidas. A fraude está no uso de meios ardilosos para falsear a realidade e a declaração de valores diferentes; corresponde ao fornecimento de informação não verdadeira acerca do volume de água medida efetivamente.

O inciso VII é um tipo aberto que permite a fixação de outras condutas ou em atos administrativos infra-legais. Do mesmo modo, o inciso VIII também é tipo aberto se refere às condutas de obstar ou dificultar a ação fiscalizadora das autoridades competentes. Qualquer atitude neste sentido pode ser enquadrada neste tipo infracional.

Estão no art. 50 as sanções ou penalidades previstas para o agente que comete algumas das infrações descritas no artigo 49:

*Art. 50. Por infração de qualquer disposição legal ou regulamentar referentes à execução de obras e serviços hidráulicos, derivação ou utilização de recursos hídricos de domínio ou administração da União, ou pelo não atendimento das solicitações feitas, o infrator, a critério da autoridade competente, ficará sujeito às seguintes penalidades, independentemente de sua ordem de enumeração:*

*I – advertência por escrito, na qual serão estabelecidos prazos para correção das irregularidades;*

*II – multa simples ou diária, proporcional à gravidade da infração, de R\$ 100,00 (cem reais) a R\$ 10.000,00 (dez mil reais);*

*III – embargo provisório, por prazo determinado, para execução de serviços e obras necessárias ao efetivo cumprimento das condições de outorga ou para o cumprimento de normas referentes ao uso, controle, conservação e proteção dos recursos hídricos;*

*IV – embargo definitivo, com revogação da outorga, se for o caso, para repor incontinenti, no seu antigo estado, os recursos hídricos, leitos e margens, nos termos dos arts. 58 e 59 do Código de Águas ou tamponar os poços de extração de água subterrânea.*

*§ 1º Sempre que da infração cometida resultar prejuízo a serviço público de abastecimento de água, riscos à saúde ou à vida, perecimento de bens ou animais, ou prejuízos de qualquer natureza a terceiros, a multa a ser aplicada nunca será inferior à metade do valor cominado em abstrato.*

*§2º No caso dos incs. III e IV, independentemente da pena de multa, serão cobradas do infrator as despesas em que incorrer a Administração para tornar efetivas as medidas previstas nos citados incisos, na forma dos arts. 36,53,56 e*

*58 do Código de Águas, sem prejuízo de responder pela indenização dos danos a quem der causa*

*§3º Da aplicação das sanções previstas neste título caberá recurso à autoridade administrativa competente, nos termos do regulamento.*

*§4º Em caso de reincidência, a multa será aplicada em dobro.*

Segundo a lição de Paciornik (2002), entendemos que as regras gerais do direito administrativo e as disposições acerca do tema existentes na Lei de Crimes Ambientais, que trata também das infrações e sanções administrativas, possam ser aplicadas às penalidades previstas no art. 50 da Política Nacional de Recursos Hídricos, inclusive o art. 6º da Lei 9605/98 que traz certa dose de analogia com o art. 59 do Código Penal ao dizer que:

*Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará:*

*I – a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas conseqüências para a saúde pública e para o meio ambiente;*

*II – os antecedentes de infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental;*

*III – a situação econômica do infrator, no caso de multa.*

Assim, também na esfera ambiental, e também obviamente no que concerne aos recursos hídricos, a escolha da penalidade e sua gradação dependem da autoridade aplicadora, que deverá observar o exposto no art. 6º da Lei Ambiental.

Da leitura das penalidades do art. 50, pode-se extrair:

a) a advertência tem o mesmo sentido daquela prevista para as infrações ambientais em geral. Tem finalidade pedagógica e preventiva;

b) as multas simples ou diárias devem ter aplicação proporcional à gravidade da infração. É considerada a pena administrativa por excelência. A multa simples aplica-se à infração consumada num único ato e a multa diária é aquela aplicada sempre que a infração se prolongar no tempo até a sua efetiva cessação. A multa em dobro, prevista no §4º refere-se à multa simples, mas não se limita à primeira reincidência. A cada reincidência, dobra o valor da multa imposta anteriormente.

No inciso III está previsto o embargo provisório que tem o condão de paralisar a captação, derivação ou extração de água. Esse embargo tem prazo determinado até que sejam efetuadas as obras ou serviços necessários para o efetivo cumprimento das condições da outorga. É uma medida preventiva para evitar a continuidade da atividade que esteja em desacordo com os termos da outorga ou em contraposição à normatização em relação ao uso, conservação e controle dos recursos hídricos.

Desse modo as infrações à legislação ambiental, além das sanções que lhes são próprias, acarretam também a imposição do embargo.

O embargo definitivo, constante do inciso IV é imposto nos casos do não cumprimento das obrigações no prazo estabelecido nos embargos provisórios ou no caso de uso dos recursos hídricos sem outorga. O embargo definitivo provoca a cassação da outorga e não a revogação, como erroneamente a legislação dispõe.

A obrigação do infrator de repor a águas no estado em que se encontravam anteriormente, independente das sanções administrativas e pode ser exigida nos casos de embargo provisório ou definitivo.

Além das sanções previstas nos incisos I a IV, os § 1º ao 4º do art. 50 trazem algumas regras adicionais à aplicação das penalidades, como visto da leitura deste artigo.

Para finalizar, lembramos das situações em que no caso concreto, seja difícil estabelecer qual a infração ocorrida e portanto qual a penalidade a ser imposta quando a conduta do agente se enquadrar em duas ou mais normas. Nesta situação temos um conflito aparente de normas.

Joel Illan Paciornik cita como exemplo a poluição hídrica, que altere a qualidade das águas, sem autorização, infringindo o art. 49, inciso II da Lei 9433/97. Essa mesma conduta constitui infração do art. 41 do Decreto 3179/99, que consiste em causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana ou que provoque mortalidade de animais ou destruição significativa da flora.

Ocorre que neste conflito aparente de normas, as sanções aplicáveis pelas legislações são bem diferentes. A Lei 9433/97 prevê multa de R\$ 100,00 a R\$ 10.000,00 e as previstas no regulamento da Lei Ambiental de caráter geral é bem superior, variando de R\$ 1.000,00 a R\$ 50.000.000,00.

Somente a análise do caso concreto poderá solucionar tal conflito de normas. Mas ficamos também com a posição de Paciornik que afirma, entre as duas, ser aplicável nestas circunstâncias aquela que prevê a maior sanção.

## **CAPÍTULO 6**

### **A TUTELA CIVIL DAS ÁGUAS**

#### **6.1. Considerações iniciais**

Antes de discorrermos a respeito dos instrumentos jurídicos que podem se utilizados para a tutela civil do meio ambiente, é importante tratarmos de alguns aspectos da responsabilidade civil por danos ao meio ambiente.

O Direito Ambiental tem três esferas básicas de atuação, a preventiva, a reparatória e a repressiva que se identificam com a tutela administrativa, a tutela civil e a tutela penal respectivamente.

Dessa forma os atos atentatórios ao meio ambiente e as águas têm repercussão jurídica tripla, isto é, ensejam a responsabilização e portanto a imposição de sanções administrativas, sanções criminais e a sanção reparatória (sanção civil). Há enfim, uma independência entre essas três formas de responsabilidade jurídica prevista pela própria Constituição Federal (art. 225, §3º).

Embora a prevenção seja a função mais importante quando se fala em preservação do meio ambiente (prevenir para conservar), a reparação do dano já causada é de suma importância, e além disso, a prevenção e a restauração não são obrigações antagônicas como comumente se imagina, mas devem informar e servir de guia para a interpretação dos textos legais.

Deve-se lembrar sempre que a aplicação das sanções administrativas e criminais não eliminam o dever de reparar os danos causados.

#### **6.2 A responsabilidade civil por danos ao meio ambiente**

A reparação ambiental como qualquer outra forma de reparação, funciona por meio dos princípios e regras da responsabilidade civil, que funcionam também como mecanismos de proteção e controle da propriedade.

A responsabilidade civil pressupõe um dano a terceiro e o conseqüente pedido de reparação do dano, consistente na recomposição do ecossistema ao estado anterior ou ao menos próximo disso ou uma indenização em dinheiro. No que concerne ao meio ambiente, o mais indicado é a recomposição, ou seja, a restauração do local atingido.

Tomando como exemplo o lançamento de poluentes e a morte de peixes num rio, é inadequada uma indenização em dinheiro, havendo possibilidade, primeiramente deve-se tentar a reparação por meio da recomposição efetiva e direta do ambiente prejudicado. Assim deve-se dar prioridade para a exigência da obrigação de reposição e reconstituição.

O conceito de dano ambiental, a exemplo do conceito de meio ambiente, é também aberto, isto é, pode ser entendido de acordo com cada realidade concreta que se apresenta. Para fins didáticos, utilizamos o conceito de Edis Milaré: “*Dano ambiental é a lesão aos recursos ambientais, com a alteração adversa (degradação) do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida.* (MILARÉ, 2001. pág. 422).

O dano ambiental tem características diferentes do dano patrimonial comum. Um primeiro aspecto é o fato de haver duas modalidades de dano: a terceiros e ao meio ambiente, assim, toda vez que se causa algum dano ambiental, este pode ser coletivo ou dano ambiental propriamente dito, causado ao meio ambiente na sua concepção difusa ou individual (dano ambiental pessoal) sofrido pelas pessoas e seu patrimônio. Eventualmente o dano pode simultaneamente ser difuso e também individual. No primeiro caso, a indenização é destinada a um fundo destinado à recomposição do ambiente prejudicado.

Outro aspecto do dano ambiental se caracteriza pela pulverização de vítimas, ou seja, o dano ambiental afeta uma pluralidade de vítimas indefinidas, mesmo quando atinge individualmente certos sujeitos.

O dano ambiental é também de difícil reparação. Neste ponto a indenização é sempre insuficiente, sendo sempre a melhor solução a prevenção. Na maioria dos casos não é possível a recomposição do “*status quo ante*”.

É também o dano ambiental de difícil valoração. Quanto vale por exemplo o reflorestamento de uma área? Ou mais ainda, uma espécie que foi extinta? Se já era difícil essa estimativa, agora com a possibilidade de cumulação dos danos patrimoniais com o dano moral em matéria de tutela de interesses difusos originários do mesmo fato, tornou-se mais difícil ainda. Para Vladimir Passos de Freitas é perfeitamente possível reivindicar indenização por dano moral ambiental. O nobre estudioso do direito das águas cita o exemplo do pescador que diante da poluição do rio passa a ter um desequilíbrio em sua rotina de vida, pois a pescaria como lazer era fundamental para sua recuperação e descanso. No Brasil ainda não há precedentes, mas certamente ações de indenizações por dano moral ambiental, inclusive no que se refere aos recursos hídricos começarão a surgir brevemente.

Somente quando a reconstituição não seja viável é que deve ocorrer a reparação econômica, forma indireta de sanar a lesão.

No direito comum, o regime de responsabilidade tradicional é o da responsabilidade subjetiva, baseado na culpa ou dolo do agente. Os elementos da responsabilidade são então quatro: a conduta, o dano, o nexo causal entre a conduta e o dano e a culpa. São exceções à essa regra a responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e alguns casos elencados pelo próprio Código Civil no art.932, a responsabilidade civil do Estado por previsão constitucional (art. 37, § 6º) e a responsabilidade por dano ambiental.

Regido pelo sistema da responsabilidade objetiva, o dano ambiental para ensejar a responsabilidade do agente não necessita que na conduta esteja presente o elemento subjetivo, ou seja, a culpa ou dolo, basta a ocorrência do dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Isso ocorre porque, como logo percebeu a jurisprudência, a doutrina e o legislador pelo seu caráter difuso, pela dificuldade de prova da culpa do agente que muitas vezes se utiliza de alvarás para justificar uma “*aparente legalidade para degradar*” e diante da legislação que excluía a culpa em situações de excludente como o caso fortuito e a força maior, era preciso tomar medidas jurídicas mais eficazes para combater a degradação do meio ambiente.

A responsabilidade objetiva é fundada na teoria do risco integral, pelo qual qualquer fato, culposo ou não culposo, impõe ao agente a reparação, desde que cause dano. Não se pergunta como e porque houve o dano, mas se houve dano e de quem foi a conduta. Assim para que se possa pleitear em juízo a reparação do dano, basta a demonstração do evento danoso e do nexo de causalidade.

Tarefa das mais difíceis é a de medir se houve ou não o dano ao meio ambiente. Não é toda e qualquer utilização das águas ou perturbação qualquer do meio ambiente que se constitui um dano. O evento para ser considerado danoso deve ser significativo.

Ocorre que, como visto em comentários a respeito do licenciamento ambiental e da outorga de uso dos recursos hídricos, essa expressão é muito aberta, genérica, dificultando a verificação das modificações do meio , inclusive porque a própria lei ambiental na maioria dos casos não apresenta parâmetros que permitam delimitar até que ponto uma conduta tem significativo impacto ou não

Além disso deve-se ressaltar que o fato de uma empresa ter o alvará com o respectivo licenciamento, ainda que respeite os padrões ambientais estabelecidos, se o



lançamento de determinados efluentes se mostrar nocivo, poderá configurar o dano ambiental da mesma forma e assim ensejar a responsabilidade civil objetiva.

Ainda, a própria lei define que a poluição não consiste apenas na observância de normas e padrões estabelecidos, mas também na degradação da qualidade ambiental que se configura pelo evento danoso.

Portanto, em vista dos insuficientes critérios, pode-se concluir que a aferição da ocorrência ou não do dano ambiental fica a mercê do subjetivismo dos juízes, ao examinarem a situação fática de cada fato concreto.

No que concerne ao nexo de causalidade, afirma Edis Milaré:

*Analisa-se a atividade do agente, indagando se o dano foi causado em razão dela, para se concluir que o risco oriundo dessa atividade é suficiente para estabelecer o dever de reparar o prejuízo. Em outro modo de dizer, basta que demonstre a existência do dano para cujo desenlace o risco da atividade influenciou decisivamente". (MILARÉ, 2001. pág. 431).*

Além de ser prescindível a culpa, outra consequência da adoção da responsabilidade objetiva sob a teoria do risco integral consiste na irrelevância de licitude da atividade. O poluidor muitas vezes se defendia alegando a sua atividade ser lícita, possuindo inclusive alvará e que os lançamentos de dejetos estavam dentro dos padrões administrativos exigidos. Embora isso não fosse causa excludente de responsabilidade, já provocava dúvidas e discussões na jurisprudência, e resultava muitas vezes em não indenização.

Com a adoção da teoria do risco integral, esses argumentos já não elidem o infrator da sua responsabilidade. Isto porque é a potencialidade do dano que a atividade pode provocar que deve ser considerada. As normas administrativas são apenas um limite estabelecido, mas não exoneram o empreendedor se sua atividade provocar danos consideráveis ao meio ambiente e às águas.

Edis Milaré (2001) cita acórdão do TJ de Santa Catarina neste sentido:

*“ Ao poluidor responsável por ato lesivo ao meio ambiente descabe invocar a licitude da atividade ensejada pela autorização da autoridade competente. A responsabilidade no âmbito da defesa ambiental é objetiva”.*

Paulo Affonso Leme Machado (2001) também discorre a respeito:

*A licença ambiental não libera o empreendedor licenciado de seu dever de reparar o dano ambiental. Essa licença, se integralmente regular, retira o caráter de ilicitude administrativa do ato, mas não afasta a responsabilidade*

*civil de reparar. A ausência de ilicitude administrativa irá impedir a própria Administração Pública de sancionar o prejuízo ambiental; mas nem por isso haverá irresponsabilidade civil ” (MACHADO, 2001, pág. 330).*

Também são inaplicáveis nessa modalidade de responsabilidade por danos ambientais as excludentes de caso fortuito e força maior e a invocação de cláusula de não indenizar. Os primeiros pelo fato de que pela teoria do risco integral o dever de reparar independe da subjetividade do agente, o simples fato de exercer uma atividade da qual veio o prejuízo, presume que na busca do lucro, assume os riscos de tal atividade, inclusive o de se responsabilizar pelos danos ambientais que ocorrerem. Neste caso a única solução que conferte o empreendedor é poder voltar-se contra o verdadeiro causador do dano, se for possível, pela ação de regresso, e aí sim discutir a culpabilidade.

Quanto à cláusula de não indenizar, esta só é admitida quando envolver obrigações no âmbito privado. As regras de Direito Ambiental são de natureza pública e por isso não se sujeitam a esse tipo de cláusula, embora possam existir em contrato de compra e venda de empresas com passivos ambientais. Neste último caso, a cláusula de não indenizar é válida entre as partes, facilitando o direito de regresso contra o verdadeiro responsável pelo dano ocorrido.

Portanto, uma vez provada a conexão causal entre a atividade desenvolvida e o dano, configura-se a responsabilidade do agente e o dever de reparar o dano. Por esse sistema, somente se estará livre de responsabilidade quando o risco não foi criado, ou o dano não existir ou o dano não tiver nexos de causalidade com a atividade da qual emergir o risco.

No que se refere ao sujeito responsável pela reparação do dano, em virtude do sistema de responsabilidade objetiva e do caráter difuso do dano, havendo mais de um empreendedor, prevalece entre eles o vínculo e as regras da responsabilidade solidária. Isso quer dizer que num parque industrial, por exemplo, em que várias indústrias poluem e não é possível individualizar o dano, qualquer uma poderá ser responsabilizada, devendo fazer a reparação (reconstituição da área ou indenização) da totalidade dos danos, podendo em seguida regressar contra as demais empresas em ação própria onde aí sim, caberá discutir a culpabilidade de cada uma.

O Estado também pode ser, segundo a doutrina dominante, solidariamente responsável pelos danos provocados por terceiros, pois seu dever é fiscalizar e impedir que tais danos aconteçam. Assim, se o Estado não age, ou atua com deficiência não cumprindo o dever imposto ao poder público pela própria Constituição Federal, de defender e de

preservar o meio ambiente, pode este ser responsabilizado e compelido a reparar a lesão. Depois poderá demandar regressivamente contra o causador direto do dano.

Mas essa responsabilidade do Estado é objetiva ou subjetiva? Ao que nos parece, é objetiva se atentarmos que a responsabilidade é de caráter solidário e ainda decorre de agir em desrespeito á lei ou agir com deficiência. Por outro lado quando o Estado não age, por exemplo quando não disponibiliza o serviço de fiscalização, nos parece tratar-se de uma omissão, o que conduz à responsabilidade apenas subjetiva, sendo esta a posição da maioria da doutrina e da jurisprudência nos casos de responsabilidade civil por omissão do poder público.

Somente o caso concreto poderá dar condições para que se vislumbre os fatos com clareza e se defina se o poder público agiu com deficiência ou deixou de agir.

Vale dizer que na prática, o mais conveniente é responsabilizar primeiro os outros agentes para somente em último caso acionar o Estado impondo ao poder público a responsabilidade de reparar o dano. Isso porque é a própria sociedade que sustenta o Estado e que indiretamente terá que arcar com os prejuízos. Cobrar a indenização do Estado seria condenar a própria vítima (a sociedade) da poluição duas vezes.

Da mesma forma que as pessoas jurídicas de Direito Público são responsáveis pelos danos causados ao meio ambiente por seus servidores ou prestadores de serviços públicos (artigo 37, § 6º) as pessoas jurídicas de direito privado também respondem objetivamente pelos danos causados por seus empregados, apesar de algumas discussões à respeito do disposto no art. 3º da Lei 9605/98.

Para finalizar, devemos lembrar que toda essa sistemática da responsabilidade civil por dano ambiental, do mesmo modo que já lembramos diversas vezes neste trabalho, é absolutamente utilizável nas ações envolvendo a degradação dos recursos hídricos, objeto principal deste trabalho.

No dizer de Vladimir Passos de Freitas:

*Apesar de as causas serem diversas, o resultado é sempre o mesmo. Águas poluídas, impróprias para beber, morte de peixes, quebra da cadeia alimentar, enfim, danos por vezes irrecuperáveis. É evidente que tal estado de coisas não pode ser tolerado pelos que, exercendo ou não a função pública, preocupam-se com seu bairro, município, estado ou país. A ambição desmedida ou a ignorância sistemática e, por vezes, voluntária, não podem ser vistas com irresponsável tolerância. É preciso que o cidadão, o homem e a mulher do povo, se insurjam contra as práticas danosas e procurem combatê-las, invocando a ação dos órgãos estatais do meio ambiente ou do Ministério Público. Não se olvide que a atuação do poder público, impondo multas ou outras sanções, não dispensa o infrator da reparação civil. São coisas distintas. (FREITAS, 2002. pág. 134)*

### **6.3 Instrumentos processuais para a tutela civil das águas e do meio ambiente**

#### **6.3.1 Considerações iniciais**

Depois de discorrer acerca dos instrumentos que a legislação disponibilizou para a tutela administrativa do meio ambiente e especialmente a proteção dos recursos hídricos, destacamos agora alguns instrumentos de caráter processual imprescindíveis para o exercício da tutela do meio ambiente e das águas no âmbito civil.

Antes, porém de discorrer acerca de cada um deles, é importante ressaltar que a utilização de instrumentos como a Ação Civil Pública e a Ação Popular só passou a ser possível em decorrência de mudanças na esfera processual que possibilitaram um maior acesso à justiça.

Esse maior acesso da população à justiça, embora que muito ainda há para melhorar, resulta da difusão da concepção social que permitiu às ações assumirem um caráter mais coletivo em contraposição ao caráter individualista do direito tradicional.

Neste contexto cresce a luta pelos interesses metaindividuais, sejam os coletivos, difusos ou individuais homogêneos. O principal instrumento que surge para a tutela desses interesses, entre os quais estão inseridos o meio ambiente e as águas é a Ação Civil Pública.

##### **6.3.1.1 – O controle da omissão administrativa em matéria ambiental.**

Todos os citados instrumentos administrativos podem e devem ser empregados pela administração pública visando a mais adequada proteção do meio ambiente e dos recursos hídricos. Com esses instrumentos, o poder público está municiado para exercer plenamente seu poder de polícia junto àqueles que utilizam de qualquer forma, as águas públicas.

Porém, não é raro verificarmos que o poder de polícia nem sempre é exercido, e que embora a legislação ambiental brasileira ainda precise regulamentar certos aspectos das políticas ambientais e de recursos hídricos, estas já trouxeram muitos avanços que, infelizmente não estão sendo acompanhados pela ação da administração.

Diante de uma situação de omissão da administração qual o caminho a trilhar por aqueles que buscam a defesa da água?

O mestre Luís Roberto Gomes, em sua obra “O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão estatal no direito ambiental” (Forense Universitária 2003) nos fornece importantes reflexões sobre o tema.

Se a administração pública não atende o interesse público, violando preceitos constitucionais e legais, pode ser compelido seja administrativa ou judicialmente pelo Ministério Público a tomar as providências necessárias para restaurar a ordem violada e satisfazer as necessidades da coletividade.

No que se refere à tutela da água, o uso e a cobrança, naquilo que a lei já dispõe, a administração pública não tem discricionariedade para efetivar ou não o seu poder de polícia, fiscalizando e exigindo as providências necessárias para que tenhamos um uso mais racional da água. Tratam-se de atos vinculados em que o poder público, por imposição da lei deve executá-los, pois notoriamente, as leis ambientais e agora as de recursos hídricos foram muito precisas e rígidas ao definirem as condutas que caracterizam infrações e ao estabelecerem as sanções contra aqueles que degradam o meio ambiente e as águas. A prestação do serviço público de fiscalizar, autuar e exigir as outorgas e licenças necessárias é obrigatória, não dá margem para a discricionariedade.

Mesmo nos atos em que há certa dose de discricionariedade, em virtude da supremacia do interesse público e da importância do bem ambiental para toda a coletividade, não pode o administrador colocar obstáculos ao controle da omissão pelo Ministério Público, sob a alegação de que devem ser respeitados a separação de poderes, a indisponibilidade financeira e orçamentária, entre outros motivos que normalmente têm sido suscitados para justificar a omissão da administração e impedir que a mesma seja compelida pelo Ministério Público e pelo judiciário a suprir tal omissão ambiental.

Neste sentido, o Ministério Público pode se utilizar dos instrumentos processuais e extra-processuais como o Inquérito Civil, o Compromisso de Ajustamento de conduta e a Ação Civil Pública para alcançar seu objetivo de proteger a água e promover o seu uso racional nos moldes da Política Nacional de Recursos Hídricos.

### **6.3.2 O inquérito civil**

O Inquérito Civil, apesar de não ser um instrumento processual, mas administrativo, investigatório e extraprocessual, em virtude de seu caráter pré-processual elencamos como um instrumento importante, embora não obrigatório, para oferecer

razoáveis subsídios à propositura da Ação Civil Pública, daí alocarmos o Inquérito Civil neste presente capítulo.

O Inquérito Civil, como já dito, não é imprescindível, mas é um procedimento útil que tem a finalidade de colher elementos para eventual propositura da Ação Civil Pública.

O Inquérito Civil verifica a possível ocorrência de lesão ao patrimônio público e aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Por esta razão, se o Ministério Público já tiver em mãos os elementos necessários para propor a Ação Civil Pública, não terá necessidade de instauração do Inquérito Civil.

Se o Ministério Público tiver instaurado o Inquérito Civil e os elementos apurados não forem suficientes para demonstrar a autoria e materialidade do fato, o Ministério Público não está obrigado a propor a Ação Civil Pública, podendo arquivar o Inquérito Civil a exemplo do Inquérito Policial.

Quanto à legitimidade, somente o MP pode instaurá-lo, ao contrário do que ocorre na Ação Civil Pública em que as pessoas jurídicas de Direito Público interno as associações civis de interesse sobre o assunto são também legitimadas para propô-la.

A instauração do Inquérito Civil pode ser de ofício (através de Portaria) pelo Ministério Público ou por despacho de requerimento ou representação endereçada ao MP. Lembramos que a tramitação do Inquérito Civil no que couber segue subsidiariamente as normas do Inquérito Policial. Pelo ato nº 19 da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, da portaria ou despacho que instaurar o inquérito Civil deve constar:

- a) a descrição do fato objeto do Inquérito Civil;
- b) nome ou qualificação possível da pessoa a quem o fato é atribuído;
- c) nome e qualificação do autor da representação;
- d) determinação de diligências iniciais.

O art. 8º da Lei 7347/85 (Lei da Ação Civil Pública) prevê os poderes instrutórios no inquérito Civil. O MP poderá fazer notificações e requisições a fim de melhor investigar os fatos. Importante é destacar que a recusa, o retardamento ou a omissão dos dados pedidos nas requisições constitui crime punido com pena de 1 a 3 anos de reclusão, mais multa (art. 10 da Lei 7347/85), sem prejuízo da busca e apreensão ou de impetração de Mandado de Segurança quando a autoridade for pública. Esse crime não se configura se a ação for apenas culposa e se os dados omitidos, ainda que úteis, não forem indispensáveis à propositura da Ação Civil Pública.

As requisições podem ser enviadas pelo Ministério Público à qualquer autoridade, qualquer órgão da administração direta ou indireta de qualquer dos poderes, enfim, para qualquer pessoa.

Questão tormentosa envolve a possibilidade de quebra dos sigilos bancário e fiscal pelo MP entre as requisições que o órgão pode solicitar.

Segundo a doutrina dominante em regra, o Ministério Público não pode quebrar o sigilo bancário, uma vez que só poderá ser quebrado por decisão judicial. Isso quer dizer que o MP deverá fazer pedido da quebra do sigilo bancário ao poder judiciário.

Entretanto, o STF e o STJ admitem, como exceção, a possibilidade de quebra do sigilo bancário pelo MP na hipótese de investigação de dano ao patrimônio público, como é o caso do meio ambiente.

No que tange ao sigilo fiscal, a maioria da doutrina afirma que o MP pode quebrá-lo em qualquer situação através de requisição.

Na verdade, concordamos com a opinião de Hugo Nigro Mazzili de que com base na Lei Complementar 105/01 (art. 3º e 4º) somente é possível a quebra de sigilo fiscal no caso de prejuízo ao patrimônio público, do mesmo modo que a exceção do sigilo bancário.

Para conclusão do Inquérito Civil, deve ser elaborado um relatório final, decidindo sobre a propositura da Ação Civil Pública ou o arquivamento ou o Termo de Ajustamento de Conduta.

Se o Ministério Público, esgotadas as diligências se convencer de inexistência de fundamento para a propositura da Ação Civil Pública, promoverá ele próprio o arquivamento do Inquérito ou das peças de informação, devendo fundamentar tal decisão e remeter os autos ao Conselho Superior do Ministério Público em três dias sob pena de falta grave. Deixando o Conselho de homologar o arquivamento, designará outro órgão do MP para o ajuizamento da ação.

O prazo para a conclusão do Inquérito Civil é de 90 dias, podendo ser prorrogado, entretanto o MP deve fundamentá-la. Se no final de prazo o MP tiver os elementos necessários, poderá então propor a Ação Civil Pública. Outro caminho é a possibilidade de durante o Inquérito Civil ocorrer a proposta de “transação” pelo MP. Como veremos é o Compromisso de Ajustamento de Conduta, que pode ou não por fim ao Inquérito Civil.

### 6.3.3 O compromisso de ajustamento de conduta.

No curso do Inquérito Civil pode surgir a possibilidade de se fazer acordo, que poderá ser posteriormente invocado como fundamento para arquivá-lo, desde que atenda integralmente a defesa dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos objetivados no Inquérito Civil.

O Termo de Ajustamento de Conduta – TAC é um documento que explicita o compromisso firmado entre o empreendedor e os órgãos ambientais responsáveis pelo controle e fiscalização das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental.

Introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei 8069/90 e posteriormente acrescentado à Lei 7347/85 pela Lei 8072/90, a figura do TAC, no entender de Gomes (2003) não tem a natureza de transação, mas de um “*ajustamento de conduta às exigências legais, instituto novo, com características próprias*”. Fundamenta ainda o ilustre membro do Ministério Público Federal:

*[...] julga-se inaplicável o instituto da transação, uma vez que, por esta, a prevenção ou o término do litígio pressupõem concessões mútuas, além de ser permitida pela lei civil só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado [...].(GOMES, 2003. pág.247).*

O Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental é assim, instituto destinado a regular relações jurídicas do direito público, mesmo quando o obrigado pelo compromisso for um particular em virtude do objeto da tutela ser um bem de interesse difuso.

Os TAC's tem em comum, seja promovido com particular ou com órgãos da administração pública, a obrigação de fazer ou não fazer que, se não cumprida no devido prazo, implica em sanções muitas vezes expressas em pagamento pecuniário, visto que, se não cumpridas são diretamente encaminhadas para sanção.

A legitimidade ativa para tomar o compromisso é do Ministério Público e das pessoas jurídicas de Direito Público Interno, sendo discutível a legitimidade dos entes paraestatais (fundações públicas, autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas) e pacífico que não podem fazer o ajuste os demais legitimados da Ação Civil Pública: associações, fundações privadas e sindicatos.

O Compromisso de Ajustamento de Conduta é tomado por termo no qual deverá constar:

- a) a identificação e qualificação dos compromissos;
- b) a conduta degradadora;



- c) as sanções aplicadas;
- d) o valor do dano, correspondente aos custos para a recomposição;
- e) as obrigações e os respectivos prazos a serem observados;
- f) a suspensão temporária das sanções, seu cumprimento e redução da multa;
- g) o ressarcimento das despesas de acompanhamento e controle do cumprimento das obrigações;
- h) as consequências do descumprimento das obrigações;
- i) a atualização dos valores;
- j) o título executivo extrajudicial do termo;
- k) a vigência e o foro.

Pelo cumprimento o empreendedor reconhece a degradação provocada por uma atividade econômica e se compromete a recuperar o dano causado, em prazo determinado, mediante a suspensão das penalidades impostas.

Portanto, o Compromisso de Ajustamento de Conduta constitui-se numa solução menos custosa e mais rápida do conflito de interesses. Esse procedimento se justifica mais ainda quando se lembra que um processo para a tutela do meio ambiente pode demorar anos para chegar ao seu final, demandando custos processuais, inclusive com perícias.

Além disso, o ajuste, pela sua própria natureza permite maiores discussões e negociações e que pode dar maior eficácia à decisão tomada em comum. Outro aspecto inovador desse ajuste, é o fato de havendo necessidade, a qualquer tempo pode-se retificar ou acrescentar cláusulas, havendo obviamente vontade das partes neste sentido, visando aperfeiçoar o acordo, sempre no interesse da coletividade.

O T.A.C sendo celebrado tanto no âmbito extrajudicial quanto no judicial, constitui-se num título executivo. Desse modo, se não for cumprido o acordo, pode o MP executá-lo utilizando-se dos preceitos do Código de Processo Civil.

#### **6.3.4 A ação civil pública**

##### **6.3.4.1 Aspectos gerais**

A sociedade moderna que passa por muitas e rápidas transformações é no dizer de Edis Milaré (2001) uma “sociedade de massa” e que necessita igualmente de um processo civil de massa. É neste contexto que ocorre atualmente uma “socialização do processo” com forma de permitir que o acesso à justiça ocorra além da concepção tradicional do

Direito Processual Civil que não deixava espaço para a proteção de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O processo até pouco tempo era visto como uma relação entre indivíduos e ninguém podia pleitear direito alheio em juízo. Predominava a tradicional concepção de ação como um direito subjetivo, vale dizer, o direito para agir em juízo na defesa de interesses próprios.

A Ação Civil Pública se insere no novo quadro de socialização ou democratização do processo, trazendo perspectivas inovadoras.

Uma das primeiras referências à Ação Civil Pública ocorre já na Lei 6938/91 e em 1985 com a Lei 7347, incorporou-se de vez essa terminologia, conferindo-lhe como instrumento de defesa de interesses transindividuais. Com a Constituição de 1988, a Ação Civil Pública ganhou status constitucional.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) foi outro importante avanço pois ampliou enormemente o tratamento coletivo das questões de consumo, incorporando muitos avanços à Lei 7347/85.

Em 1993, a nova Lei Orgânica do Ministério Público também dispôs que uma das importantes funções do MP é promover a Ação Civil Pública, na forma da lei.

A Ação Civil Pública, não obstante os inócuos debates acadêmicos em torno de sua terminologia é considerada pública não porque o MP pode promovê-la, mas porque apresenta larga possibilidade de atuação, permitindo o acesso à justiça de muitos interesses metaindividuais. A própria Lei 7347/85, ao trazer outros legitimados para propor essa ação desvinculou a idéia de titular exclusivo do MP, além de difundir o seu caráter coletivo.

Diante disso, muitos doutrinadores discutiam se não seria mais adequado utilizar a expressão ação coletiva em vez de ação pública, pois a primeira identificava melhor a natureza dos interesses tutelados. No entanto a expressão “ Ação Civil Pública” depois de empregada por um longo tempo ficou consagrada, não havendo necessidade de mudança puramente terminológica.

A Ação Civil Pública, portanto, no dizer de Edis Milaré (2001) rompe com esse princípio tradicional, tendo natureza especialíssima: não é direito subjetivo, mas direito atribuído a entes públicos e privados para a tutela de interesses não individuais “*stricto sensu*”.

Com a Constituição Federal de 1988, os direitos metaindividuais tomaram grande força pois em diversos passagens, notadamente no art. 5º, XXXV agora vem expresso: “a

*lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, não mais apenas direito individual.

Também muda com a Ação Civil Pública a concepção tradicional de que, em regra, somente pode demandar em juízo o titular da relação jurídica, alargando as possibilidades por meio da própria lei, de alguém defender, em nome próprio, interesse alheio.

A Lei da Ação Civil Pública abrange, como já dito anteriormente a tutela jurisdicional de interesses transindividuais, ou seja, os direitos coletivos, difusos e os individuais homogêneos.

#### **6.3.4.2 Legitimidade ativa e passiva**

Pela tradicional legitimação ordinária, somente o titular do direito material pode invocar em juízo a sua proteção, exceto quando autorizado por lei. A exceção constitui então a legitimação extraordinária, prevista no art. 6º do CPC e na qual se encaixam legitimados da Ação Civil Pública previstos no art. 5º I, II da LACP, são eles: o MP, União, Estados, Municípios, DF, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações. Quanto a esta última, devem estar constituídas a pelo menos um ano e incluir entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente no caso de se pretender propor a Ação Civil Pública para a proteção do meio ambiente, evidentemente. Sem esses requisitos a associação não tem legitimidade para agir, podendo no entanto ser dispensado o 2º requisito, com previsão no §4º do art. 5º quando houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico tutelado.

O 1º requisito tem sido dispensado pela Jurisprudência quando houver urgência ou necessidade.

Quanto à defesa dos interesses individuais homogêneos especificamente surgiram três correntes sobre o tema:

- a) o MP não tem legitimidade para protegê-los pois o art. 129, III da CF não disse nada, referindo-se apenas aos interesses difusos e coletivos;
- b) o MP sempre tem legitimidade pois deve-se interpretar a CF de acordo com a sua finalidade e não apenas tecnicamente;
- c) a terceira corrente é a majoritária entendendo que o MP tem legitimidade para defender os interesses individuais homogêneos, mas apenas

aqueles interesses que forem relevantes, ou seja, que tenham expressão para a coletividade, como por exemplo, o que dizem a respeito à saúde, educação, segurança, quando houver grande dispersão dos lesados ou quando convenha à coletividade, o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico (Súmula 7 do Conselho Superior do MP/SP).

No que concerne à legitimidade passiva, qualquer pessoa física ou jurídica pode figurar no pólo passivo da A.C.P, desde que tenha provocado lesão ou causado perigo de lesão ao meio ambiente e às águas. Escrito, obviamente uma limitação pois os legitimados ativos não podem representar passivamente a categoria, classe ou grupo de pessoa no pólo passivo da ACP, nem mesmo em caso de reconvenção.

É evidente que o MP não poderá ser parte passiva na relação processual por ser órgão estatal desprovido de personalidade jurídica, no entanto, os Estados, A União, os Municípios, o DF e as paraestatais podem ser sujeitos passivos pois eles próprios podem causar degradação ao meio ambiente ou então deixar de coibi-la quando forem obrigadas.

Cabe lembrar ainda que as fundações tanto podem estar no pólo ativo quanto no passivo e que as entidades que são pessoas jurídicas de direito público e as paraestatais deverão ser examinadas quanto ao interesse ou vínculo que possam ter com a área ambiental ameaçada. É evidente que falta interesse de agir ao município de Presidente Prudente numa demanda para proteger uma área ambiental ameaçada no município de São José dos Campos!

A Lei 7347/85 não apenas reconheceu a legitimação concorrente, como também facultou aos co-legitimados se unirem em litisconsórcio neste caso, assume o caráter de facultativo unitário, pois a sentença de mérito abrangerá todos os litisconsórcios, não sendo possível ao juiz decidir a lide de forma diferente entre eles.

Pode até mesmo existir o litisconsórcio passivo figurando como réu em razão dos danos causados ao meio ambiente, tanto o responsável direto quanto o indireto, ou ambas, até mesmo porque em matéria ambiental vigora a responsabilidade solidária. Se for ajuizada em face de apenas um, os outros poderão ser demandados por via de regresso, pela parcela de sua responsabilidade.

No que se refere ao MP, nada impede que haja litisconsórcio entre o MP estadual e o Federal ou entre MP's de vários estados, uma vez que muitos problemas ambientais abrangem extensas áreas de território.

Também, relata Milaré (2001) que aqueles que quiserem participar do processo já em andamento, poderão ingressar na ação como assistentes, já os indivíduos pessoalmente prejudicados não poderão ingressar como assistente, e sim valer-se das ações pessoais comuns, por meio dos procedimentos ordinários ou juizado especial. No entanto, os particulares podem com amparo na legislação se valer do instituto da Ação Popular, expressamente prevista na Constituição Federal.

### 6.3.4.3 Competência

Em relação à competência para o ajuizamento da Ação Civil Pública deve esta ser aforada no lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, pela interpretação dos art. 2º da Lei 7347/85 e 93, I da Lei 8078/90. O foro do lugar onde ocorreu o dano evidentemente foi escolhido pois o sentimento de reação é muito maior pelo MP e outras autoridades e legitimados do local (do município ou comarca ou seção judiciária) onde ocorreu o dano ambiental.

Fato muito comum é dano atingir várias comarcas ou áreas externas que compreendem até mesmo vários Estados. Neste caso o problema deve ser resolvido aplicando-se as regras da prevenção, sendo competente o juiz de qualquer dos foros afetados.

Pelo art. 93,II do CPC que prevê a competência do foro da capital do estado ou do DF para os danos de âmbito regional ou nacional, boa parte da doutrina sustenta que o referido artigo apenas regula a competência jurisdicional nas ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos. Ainda segundo a doutrina, apenas se o dano ambiental for de âmbito nacional é que segue-se o artigo 93 do CDC, tendo competência para a ação civil pública o foro do Distrito Federal.

Ainda resta lembrar que pelo art. 2º da Lei 7347/85, o legislador juntou dois critérios determinados de competência que normalmente aparecem separados: o local do fato, que conduz à competência territorial relativa e a competência funcional que leva à chamada competência absoluta. Daí se extrai que se a ação for proposta no juízo incompetente, implicará em nulidade absoluta dos atos processuais, por essa razão deve-se ter muito cuidado com o foro em que se deve ajuizar a Ação Civil Pública ambiental.

Quanto à competência de jurisdição (Jurisdição estadual e federal), depois de muita celeuma, foi consolidada a Súm. 183 do STJ que afirmava “ *competente ao juiz*

*estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar a Ação Civil Pública, ainda que a União figure no processo”.*

Como não havia lei expressa neste sentido, muitos doutrinadores (entre eles Ada Pellegrini Grinover, Hugo Nigro Mazilli) discordavam da referida súmula, salientando ainda que esta situação era diferente das causas de natureza previdenciária em que havia referência expressa na lei e por essa razão não havendo Justiça Federal na sede das comarcas, a Justiça Estadual tem a competência jurisdicional para a ação.

Prevalece atualmente o entendimento, portanto, de que a atribuição de competência do juiz federal ao juiz estadual só pode ocorrer se não houver vara do juízo federal instalada na região.

A justiça federal além da competência expressa no art. 109, I da CF é também competente para demandas ambientais envolvendo controvérsias decorrentes de contrato ou tratado da União com Estado estrangeiro ou organização internacional (art. 109, III CF).

Quanto ao rito processual, seja ação de conhecimento, cautelar ou de execução, na ação civil pública emprega-se tanto o rito ordinário quanto o sumário do CPC. Por falta de disciplina própria na Lei 7347/85 aplica-se subsidiariamente o CPC, podendo ser precedida ou acompanhada de medida cautelar.

#### **6.3.4.4 Desistência ou abandono da ação**

A LACP só disciplinou a desistência do pedido e o abandono do processo pela associação legitimada, caso em que o MP assumirá a titularidade ativa (art.5, §3º). Ocorre que a expressão “assumirá” deve ser entendida como se fosse “*poderá assumir*”, pois tanto no que se refere à desistência quanto ao abandono, embora sejam institutos diferentes que reclamavam diferentes requisitos, o MP não está em nenhum dos dois casos, obrigado a assumir a promoção da ação, exceto se a desistência ou o abandono forem infundados.

O próprio MP pode desistir da Ação Civil Pública, ao contrário do que ocorre no processo penal, isto porque não é o único titular privativo pois existem outros legitimados que podem assumir a ação; é verdade que sem a obrigatoriedade que tem o MP no caso de desistência ou abandono infundados. Assim, os outros legitimados podem desistir ou abandonar a ação e qualquer outro poderá assumi-la.

Ainda quanto ao MP, se o órgão recusar-se a assumir a promoção da ação objeto de desistência ou abandono por parte de algum dos legitimados, deverá enviar suas razões

ao Conselho Superior que se discordar do entendimento do promotor, poderá designar outro membro para prosseguir no feito.

Caso o juiz também não aceite a recusa do promotor, poderá então também o juiz remeter os autos ao Conselho para que, se for o caso, seja designado outro membro para continuar com a ação.

Concluindo, qualquer dos legitimados ativos, incluindo o MP, tanto pode desistir ou abandonar como assumir a Ação Civil Pública.

#### **6.3.4.5 Transação, antecipação de tutela e medidas liminares**

Em virtude de já termos explanado a respeito do Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental, não é preciso atentar-nos mais a este tema, só esclarecendo que este é uma forma de transação (embora parte da doutrina assevera que este não é o melhor conceito para se empregar a este instituto) que pode dar-se no processo ou em procedimento avulso, como medida para prevenir ou por fim ao litígio.

No que diz respeito à antecipação de tutela, esta é aplicável com fulcro no art. 19 da Lei 7347/85. Busca-se desse modo antecipar o provimento final sem interrupção da composição da lide. A satisfatividade ocorre de fato, porém não de direito, que somente será obtida no trânsito em julgado da sentença. Para o êxito da medida devem estar presentes os pressupostos do art. 273 do CPC, devendo portanto o juiz se convencer da:

- a) verossimilhança da alegação;
- b) de haver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;
- c) ou que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou propósito protelatório do réu.

O juiz assim antecipa os efeitos da sentença de mérito, por meio de decisão interlocutória, provisória, prosseguindo-se no processo. Deverá o juiz sempre motivar sua decisão, que no caso da tutela antecipatória é permitida tanto em causas envolvendo direitos patrimoniais ou não patrimoniais, como é o das questões ambientais, pois não há restrição expressa.

No que concerne às liminares, a tutela dos interesses difusos, mais ainda os ambientais deve ser essencialmente de natureza preventiva. Tem que haver a tutela antes que a ameaça se converta em realidade e só de maneira secundária, subsidiariamente, quando não for mais possível isto, é que se pode pensar na condenação pecuniária.

Independentemente de ajuizamento de ação cautelar, poderá ser proposta demanda objetivando a proteção do ambiente, cumulada com pedido de liminar, que será concedido, com ou sem justificação prévia, uma vez presentes os requisitos de admissibilidade do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*" (MILARÉ, 2001, p. 533).

Aqui é também aplicável o art. 84, § 3º do CDC, pelo qual se relevante o fundamento da demanda e justificado o receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz adiantar a tutela de mérito, liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

Em sede de proteção do meio ambiente, a tutela cautelar é especialmente em se tratando de provimento jurisdicional de não-fazer, a regra e não a exceção, isto porque no Direito Ambiental, de modo diferente do que ocorre em outras matérias, vigoram os princípios da prevalência do meio ambiente (da vida) e o princípio da precaução.

Um dos aspectos mais importantes da Ação Civil Pública está no caráter "*erga omnes*" da sua sentença. A norma tradicional, quanto à coisa julgada prevê: "*A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros*".

Já na defesa dos interesses metaindividuais, a natureza específica desses direitos, considerados indivisíveis, impõe uma extensão subjetiva maior, ou seja, a coisa julgada alcança pessoas ausentes do processo, quando a decisão for em seu benefício.

O art. 16 da LACP dispõe que a sentença procedente fará coisa julgada "*erga omnes*", atingindo assim todos os titulares do direito interessados na questão, pois no caso do meio ambiente e das águas estes são bens de interesse difuso, o mesmo não ocorrendo nos casos de interesse coletivo em que a sentença da Ação Civil Pública pode ter efeitos mais limitados.

Se a ação no entanto for improcedente por insuficiência de provas, ela não fará coisa julgada, visto que poderá ser proposta novamente por qualquer dos legitimados, inclusive aquele que perdeu a ação, desde que apresente novas provas.

A Lei 9.494/97 incluiu uma expressão no artigo 16 que ficou com a seguinte redação: "... faz coisa julgada *erga omnes*, nos limites de competência territorial do órgão prolator". A lei então limitou a coisa julgada à competência territorial. Para a doutrina majoritária, contudo, essa expressão é ineficaz, visto que contraria o sistema da Ação Civil Pública, pois não há possibilidade de limitação da coisa julgada "*erga omnes*". Além disso, sua competência é absoluta (art. 2º, LACP) e não territorial.



Devido a inaplicabilidade deste dispositivo, os juristas têm aplicado o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, que trata da coisa julgada da Ação Civil Pública, complementando-a . O inciso I deste artigo repete o artigo 16 sem a limitação imposta pela Lei 9.497/97. A jurisprudência de 1ª instância está desprezando a limitação prevista no artigo 16 da Lei 7347/85.

#### **6.4.5 A ação popular ambiental**

##### **6.4.5.1 Noções gerais**

O Estado enfrenta dificuldades em concretizar um modelo de desenvolvimento econômico condizente com a crise ambiental, reflexo da conflituosidade entre as formas de gestão econômicas e a qualidade de vida.

Para que o Estado resolva este impasse é preciso que tenha um perfil de Estado de Direito, democrático, social e ambiental.

A formação de um Estado de Direito Ambiental depende da tomada de consciência global da crise ambiental, e exige uma cidadania participativa, que compreende uma ação conjunta do Estado e da coletividade na proteção ambiental.

Consiste na responsabilidade solidária participativa e a construção de uma verdadeira democracia ambiental, amparada numa legislação que também deve ser avançada.

Um dos componentes do Estado Democrático Ambiental é o amplo acesso à justiça, via tutela jurisdicional do meio ambiente. Os meios judiciais se constituem no último recurso contra a ameaça de degradação ambiental.

Neste prisma, surge a Ação Popular, justamente para ampliar o acesso á justiça, inclusive por meio da cidadania ambiental. A Ação Popular é um dos instrumentos processuais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, voltados à defesa dos direitos difusos, especificamente do meio ambiente.

A Ação Popular, conforme previsto na CF (art. 5º LXXIII), é um instrumento constitucional, pelo qual o cidadão tem legitimidade ativa para o exercício do poder político, com fundamento no princípio da soberania do povo. Assim traz o texto constitucional:

*Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade que participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas no caso de sucumbência.*

Atribuindo ao cidadão a legitimidade na defesa jurisdicional do ambiente via Ação Popular, dá-se maior transparência, controle, fiscalização aos atos praticados pelo poder público.

Esse meio de defesa da cidadania ambiental abre espaço para intervenção direta do indivíduo, em verdadeira possibilidade de exercício da cidadania participativa nas correções das disfunções existentes nas tarefas da proteção do meio ambiental como bem pertencente à coletividade.

A tutela via ação popular ambiental é um direito subjetivo fundamental de caráter difuso da coletividade e acionável individualmente pelos cidadãos, por isso se insere a mesma dentro da categoria de dano ambiental individual, mas é destinada principalmente à proteção de um bem jurídico de dimensão coletiva ou difuso e o ressarcimento não se faz em prol do indivíduo, mas sim indiretamente em favor da coletividade, por se tratar de um bem individual e de conotação social

Não obstante as similaridades da Ação Popular com outros meios de tutela judicial do meio ambiente, entre os quais estão o direito de representação, os remédios constitucionais e a Ação Civil Pública, várias particularidades da Ação Popular a tornam singular e única, principalmente no que diz respeito à legitimidade ativa para a proposição da ação e ao interesse violado.

Fazendo remissão ao art. 5º LXXVII, §1º da CF, pode-se definir o dispositivo da Ação Popular como auto-aplicável, independentemente de norma regulamentadora, o que significa que sua vigência ocorre imediatamente. Apesar disso, o instituto da Ação Popular aplica-se nos termos da Lei 4717/65 que já tratava da Ação Popular e foi recepcionado pela CF/88.

Pelo que se depreende desta lei regulamentadora, existem dois pressupostos concomitantes ao exercício destes direitos fundamentais: ser brasileiro (incluindo-se aí pelo princípio da isonomia, os estrangeiros residentes no país) e ser eleitor.

O ordenamento jurídico não admitiu a legitimidade ativa das pessoas jurídicas coletivas na ação popular, restringindo a legitimidade ao indivíduo cidadão, diferença principal da Ação Civil Pública.

A legitimidade passiva é bem ampla. Todos que de algum modo contribuïrem para a lesão do bem ambiental, deverão compor o pólo passivo. Esta regra é válida tanto

quando o objeto da proteção for o patrimônio público estrito senso, quanto bem difuso. Todas as pessoas jurídicas, sejam públicas ou privadas podem figurar no pólo passivo da demanda popular.

A demanda ambiental popular tem como pressuposto de cabimento e de caracterização da legitimidade passiva um ato lesivo ao bem ambiental ou patrimônio público, estrito senso.

A própria CF estabelece “meio ambiente” como bem difuso que é, com objeto da ação popular, mas não trouxe regulamentação e nem a Lei 4717/65 disciplina a questões processuais quando o objeto discutido é bem difuso. O operador jurídico então deve buscar, na ausência da lei, a leitura sistemática do ordenamento jurídico.

Neste sentido, tanto a lei da Ação Civil Pública quanto o CDC, por serem de tutela coletiva podem se adaptar, no que couber à Ação Popular de natureza difusa, valendo-se para isso da interpretação analógica.

Portanto deve o aplicador do direito fazer uso das seguintes normas jurídicas:

- a) primeiro, do art. 5º LXIII e demais dispositivos constitucionais aplicáveis;
- b) em segundo lugar, da regulamentação da lei 4717/65 e subsidiariamente do CPC;
- c) em terceiro plano e no que couber, com o uso da interpretação analógica, do uso do CDC, combinado com a Lei 7347/85.

Ressalta-se assim que a demanda de natureza difusa se diferencia da Ação Popular de natureza pública “*stritu sensu*”, tanto na utilização dos instrumentos normativos quanto no rito processual. Neste último caso, em se tratando de demanda de natureza difusa, segue-se o rito ordinário que prevê a possibilidade de concessão de liminar e a intervenção obrigatória do MP e no que couber, as regras já citadas de jurisdição coletiva como é o caso da adoção da sentença com efeito *erga omnes* da Ação Civil Pública, quando a Ação Popular for procedente.

O autor da Ação Popular fica isento do pagamento prévio das custas processuais, salvo litigância de má-fé, sendo ressarcido dos honorários advocatícios e outras eventuais despesas.

O pedido imediato da Ação Popular é de natureza desconstitutiva condenatória e o pedido mediato é a não permanência do ato lesivo aos bens de natureza difusa e pública.

Este ato lesivo, aliás, não precisa em sede de direito difuso, demonstrar ser ilegal, bastando demonstrar estar presente a lesividade e até mesmo a ameaça de lesão.

#### **6.4.5.2 A Ação popular e a participação política**

No Brasil, a Ação Popular tem uma perspectiva política, de participação do povo na construção da democracia, de mecanismo que pode conferir maior politização do povo, principalmente quando não forem suficientes outros instrumentos de controle governamental.

Dentro desta perspectiva, a Lei 9795/99 que dispõe sobre a educação ambiental e instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental pode ser bastante benéfica, não apenas para despertar a iniciativa do cidadão para maior utilização da Ação Popular, o que é uma aplicação específica dos objetivos desta lei, mas também para a consecução dos seus objetivos gerais sintetizados na participação mais efetiva da população na tutela (em todas as suas formas) do meio ambiente.

Cumprindo por fim, assinalar que a referida ação, lamentavelmente não tem sido utilizada a contento pelos cidadãos, não estando aparelhados suficientemente para as necessidades da defesa dos direitos difusos de forma plena e eficaz. O cidadão enfrenta inúmeros problemas para atingir o seu fim, na medida em que na maioria das vezes não encontra respaldo técnico e econômico para responder à altura aos desafios da parte contrária.

Em razão da Ação Popular não estar devidamente adaptada para a proteção efetiva dos direitos difusos, tem a Ação Civil Pública ocupado, em certos aspectos, o espaço da Ação Popular como mecanismo eficiente em prol dos interesses difusos.

## CONCLUSÃO

A ampliação vertiginosa da degradação dos recursos naturais está estampada nas conseqüências que estão advindo da exploração desregrada que ocorre em todos os sentidos, em todos os cantos do planeta, resultado do tipo de sociedade que a humanidade está construindo.

Com as águas, recurso precioso para a existência da vida na Terra, imprescindível para o desenvolvimento das atividades humanas também não tem sido diferente.

Muitos lugares já sofrem com a falta d'água, não apenas pela escassez natural, mas por conseqüência da interferência humana no meio ambiente. O aumento do consumo de água, sua distribuição natural irregular, a poluição acumulada e o mal uso dos recursos naturais, em boa parte impulsionadas pela visão imediatista e pela falsa idéia de ser um recurso infinito, tem provocado a degradação das águas, da sua qualidade e quantidade.

Muitos lugares começam a sofrer com a falta d'água e a sentir os efeitos dessa realidade, inclusive no Brasil, e mesmo em áreas que sempre foram consideradas ricas em recursos hídricos.

A preocupação com o meio ambiente no Brasil se traduziu nas últimas décadas na elaboração de importantes instrumentos normativos, notadamente na previsão constitucional para sua proteção.

No que concerne à preocupação com a degradação e a escassez de água, esta é bastante recente. No mesmo contexto das preocupações com o futuro do planeta, a água, que embora já tivesse normas regulamentares, somente à poucas décadas passou a ser tratada, inclusive pelo ordenamento jurídico, com um bem ambiental que deve ser protegido e conservado.

No Brasil foi à partir da CF de 1988 e com a Lei 9433/97 que surge um novo regime de propriedade e de uso das águas, que por meio de instrumentos específicos trazidos pela referida lei e ainda pela utilização dos instrumentos de proteção do meio ambiente em geral, abrem a perspectiva de um tratamento mais adequado desse bem tão indispensável à vida de todos.

Essa nova lei, embora carente de algumas regulamentações, ao trazer os objetivos, fundamentos e instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos traça os parâmetros gerais que devem permear o uso e a proteção das águas.

Dentro desta política Nacional de Recursos Hídricos, baseada nas Políticas Estaduais já existentes até então, a água é considerada direito fundamental, essencial à qualidade de vida, necessária para o cumprimento da tarefa de proteção e valorização da dignidade da pessoa humana. Para tanto, a Política Nacional de Recursos Hídricos tornou a água um bem de domínio público, no sentido de ter o Estado a incumbência maior de, em todos os sentidos, zelar pelo seu uso adequado e sua proteção, sem na verdade ser o Estado proprietário do bem hídrico, pois este é um bem de uso comum do povo, é um bem da coletividade, de interesse difuso.

É justamente neste sentido que no art. 1º da Lei 9433/97 se prioriza o uso social e múltiplo das águas. Deste modo a gestão dos recursos hídricos e os possíveis conflitos de interesse, mesmo que tenham nuances privados, devem ser resolvidos pelas normas e princípios de ordem pública com o fim de garantir a prevalência do interesse social. A regra agora é o uso múltiplo das águas, nitidamente com a preocupação ambiental, não mais prevalecendo a prioridade para a produção energética. Nesta mesma linha, em situações de escassez, a prioridade é para o consumo da população e a dessedentação de animais, portanto premiando o uso social da água.

Por essa razão a outorga de recursos hídricos tem caráter temporal assim como as licenças ambientais em geral, pois pode sofrer alterações diante de novas condições que exigem maior preservação e conservação deste uso.

Sendo considerado pelo novo regime de uso, um bem dotado de valor econômico, abre-se a possibilidade de cobrança pelo uso das águas nos casos de uso significativo em que também for necessária a outorga para a sua utilização. Poucos Estados regulamentaram essa questão que ainda certamente trará muitos debates na sociedade civil.

A cobrança pelo uso da água não deve ser mais um peso para o consumidor das residências, notadamente para as famílias de baixa renda, mas tem o propósito de distribuir com aqueles que mais consomem o ônus da sua preservação e proteção e conscientizar todos a respeito de seu real valor.

Além desses fundamentos e dos instrumentos que norteiam o novo regime jurídico de gestão e uso dos recursos hídricos, a Lei 9433/97 ainda trouxe outros instrumentos como os Planos de Recursos Hídricos, o enquadramento da águas em classes, segundo seus usos preponderantes e o Sistema de Informações de Recursos Hídricos, para auxiliar na tarefa de dar aos recursos hídricos o uso adequado e sustentável.

Como se não bastassem estes instrumentos específicos de proteção das águas, toda a legislação ambiental, no que couber, poderá ser utilizada para atender a finalidade

da tutela das águas, uma vez que a água, como exposto exaustivamente, é um “bem ambiental” que assim pode e deve ser também protegido pelos dispositivos que regem a proteção do meio ambiente, principalmente a Política Nacional do Meio Ambiente ( Lei 8369/81).

Desta forma, os instrumentos de caráter administrativo como a Avaliação de Impacto Ambiental, o EIA com o respectivo RIMA e a Audiência Pública, o Licenciamento ambiental como um todo, em todas as suas fases são importantíssimos para que o poder público exerça seu poder de polícia respaldado na legislação.

Entre esses instrumentos estão aqueles extraprocessuais como o Inquérito Civil, de iniciativa do MP e o Compromisso de Ajustamento de Conduta que pode ser firmado pelo MP ou pelas entidades legitimadas para a Ação Civil Pública.

Poderá ocorrer que muitas vezes, não cumprindo a administração com o seu dever de cuidar das águas, ou mesmo deixando de se utilizar dos instrumentos citados para a proteção dos recursos hídricos, torne-se necessária a intervenção do MP, órgão que assume um papel essencial para suprir a omissão administrativa. Assim, pela via extrajudicial ou judicial pode obrigar a administração em todos os seus níveis a cumprir com o seu dever.

A Ação Civil Pública e a Ação Popular constituem os principais instrumentos em que o controle do uso e a proteção da água, depois de tentativas na esfera administrativa, podem ser feitos pelo judiciário com atuação do MP e inclusive com a participação popular.

Neste último aspecto, é imprescindível que na tarefa de conservar os recursos naturais observe-se o previsto na Lei de Educação Ambiental (Lei 9.795/99) e havendo espaço para a participação da população, esta se conscientize, em todos os níveis, do seu importante papel no uso sustentável dos recursos hídricos para as presentes e futuras gerações.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE, F.S. **Direito de propriedade e meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 1999.
- ALMEIDA, C.C. **Outorga dos direitos de uso dos recursos hídricos**. Jus Navegandi, Teresina, a. 7, nº 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp.id=3680>>. Acesso em 10 julh. 2005
- ARAÚJO, L.A.D. (coord.). **A tutela da água e algumas implicações nos direitos fundamentais**. Bauru: ITE, 2002.
- BOTELHO, M.C. **Recursos hídricos**. Jus Navegandi, Teresina, a. 6, nº 54, fev.2002, disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp.id=2614>>. Acesso em 15 julh. 2005.
- BRAGA, R.B. **Considerações sobre o direito adquirido em matéria ambiental** in Revista de Direito Ambiental. São Paulo, RT, ano 9, nº 35. p.83-95, jul-set. 2004.
- CARVALHO, C.G. **Legislação ambiental brasileira: contribuição para um código ambiental**. 2ª ed. Campinas: Millenium, 2002.
- COMITÊ DE BACIA HIDROGRÁFICA DO PONTAL DO PARANAPANEMA. **Legislação sobre recursos hídricos**. Marília: Gráfica Nascimento, [2000?].
- CORREA, M.N. **Função sócio-ambiental da propriedade privada**. (monografia). Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Faculdade de Direito de Presidente Prudente. Presidente Prudente, 2004.
- FREITAS, V.P. (Coord.). **Águas, aspectos jurídicos e ambientais**, 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2002.
- GOMES, L.R. **O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão estatal no Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- HAHN, C.M. **O termo de ajustamento de conduta na secretaria do meio ambiente do Estado de São Paulo (SMA)**. in Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, ano 8, nº 32. p.104-122, out-dez, 2003.



HENKES, S.L. **Política nacional de recursos hídricos e sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos**. Jus Navegandi, Teresina, a.7, nº 64, abr.2003, disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3970>>. Acesso em 10 julh. 2005.

\_\_\_\_\_. Histórico legal e institucional dos recursos hídricos no Brasil. Jus Navegandi, Teresina, a.7, nº 66, jun.2003, disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4146>>. Acesso em 03 julh. 2005.

JUCOVSKY, V.L.R.S. **Meios de defesa do meio ambiente**. Ação Popular e participação pública in Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, ano 5, nº 17. p.65-110, jan-mar, 2000.

LACERDA, B.A. **Direito adquirido**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MACHADO, P. A. L. **Direito ambiental brasileiro**, 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MILARÉ, E. **Direito do ambiente**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES, L. C. S. **Curso de direito ambiental**. São Paulo: Atlas, 2001.

MUKAI, T. **Direito ambiental sistematizado**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

OLIVEIRA, A.I.A. **O licenciamento ambiental**. São Paulo: Iglu, 1999.

PADILHA, P.C. **Código florestal e limitações ao direito de propriedade** (monografia). Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Faculdade de Direito de Presidente Prudente. Presidente Prudente, 2001.

PACCAGNELLA, L.H. **Função sócio-ambiental da propriedade rural e áreas de preservação permanente e reserva florestal legal** in Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, ano 2, nº 8. p.5 -19, out-dez, 1997.

RODRIGUES, M. T. **Tutela legal dos recursos hídricos: aspectos relevantes.** (Monografia). Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Faculdade de Direito de Presidente Prudente. Presidente Prudente, 2001.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro.** 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VASQUES, M. **Tutela constitucional dos Recursos Hídricos.** Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Faculdade de Direito de Presidente Prudente. Presidente Prudente, 2003.

VENOSA, S.S. **Direito civil: direitos reais,** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VETTORATO, G. **A cobrança pelo uso dos recursos hídricos como instrumento estadual de política macroeconômica.** Jus Navegandi, Teresina, a. 8, nº 474, out.2004, disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5803>>. Acesso em 07 julh. 2005.