

I CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE ÁGUAS

Fortaleza, 20 de novembro de 2008

O DIREITO DE ÁGUAS NO BRASIL

CID TOMANIK POMPEU

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais,
Especialista, Mestre e Doutor, pela Faculdade de Direito da USP;
Procurador aposentado do Departamento de Águas e Energia Elétrica - DAEE/SP;
Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP);
Membro da International Association for Water Law (AIDA);
Membro do International Council of Environmental Law (ICEL);
<www.cidtomanikpompeu.com.br>

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Direito de Águas. 3. As normas sobre a utilização das águas. 4. O Direito de Águas no Brasil. 5. O domínio das águas públicas. 6. A repartição constitucional de competências. 7. A Política Nacional de Recursos Hídricos. 8. Os organismos nacionais, estaduais e distritais de gestão e política de recursos hídricos. 9. A organização administrativa dos Estados e do Distrito Federal. 10. O papel dos Municípios. 11. Os usuários e a sociedade civil. 12. A participação do cidadão nos organismos colegiados públicos. 13. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Com a necessidade de administrar a escassez do líquido, as regiões secas, de modo geral, oferecem marcantes contribuições para o desenvolvimento do direito e da administração das águas. O direito islâmico, levado às áreas secas da Península Ibérica, em especial para Espanha, deu origem, p. ex., ao Tribunal de Águas de Valência,¹ com mais de mil anos de existência. Nos Estados Unidos da América, a aplicação dos princípios do direito minerário às regiões secas, a oeste do Mississipi, fez com que lá surgisse um direito de águas diferente do trazido da Europa, aplicado na área úmida, a leste do rio.²

Dentro desse contexto, agradeço a subida honra de, a convite da Fundação Instituto Delmiro Gouveia para o Desenvolvimento, na pessoa de seu Presidente, Dr. Sabino Henrique Elpídio de Carvalho, proferir a conferência de abertura do I Congresso Brasileiro de Direito de Águas, nesta acolhedora Fortaleza, no Ceará, Estado que, por suas extensas regiões semi-áridas, tem longa tradição no trato das questões ligadas ao precioso líquido. O mesmo faço em relação ao Dr. Leonardo Henrique de Cavalcante Carvalho, Presidente do evento.

Não foi por outra razão que, em 2000, Fortaleza hospedou o 1º Congresso Mundial Integrado de Águas Subterrâneas, juntamente com o 11º Congresso Nacional da ABAS -

¹ GUILLÉN, Víctor Fairén. *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su Proceso*: oralidad, concentración, rapidez, economía. Valencia: Ed. patrocinada pela família do Dr. Vicente Iborra y Gil, pela Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Valencia e pelo Tribunal de las Aguas de Valencia. 1975.

² HUTCHINS, Wells A., *Water rights laws in the nineteen western states*. Completed by ELLIS, Harold H. and DEBRAAL, J. Peter. Vol. I, Miscellaneous Publication n. 1206. Washington, D. C.: United States Department of Agriculture. 1971.

Associação Brasileira de Águas Subterrâneas e o 5º Congresso da ALHSUD - Asociación Latinoamericana de Hidrología Subterránea para el Desarrollo, com a colaboração da IAH - International Association of Hydrogeologists.³

Tendo em vista o amplo temário a ser desenvolvido pelos ilustres palestrantes que me sucederão, com abordagens específicas sobre as águas, em seus mais diversos ângulos, falarei sobre o direito de águas no Brasil nos seus aspectos gerais, em especial sobre a participação da sociedade civil em sua gestão. Será demonstrado que a anterior aplicação do Direito de Águas, de forma predominantemente governamental, a partir de 1989, passou a contar com a participação dos usuários e da sociedade civil, dos cidadãos, em especial nos organismos colegiados públicos.

Por razões de unificação terminológica, sempre indispensável, principalmente no campo jurídico, quero, preliminarmente, focalizar a distinção entre as expressões *Direito de Águas* e *Direito das Águas*. Embora sejam elas, em geral, empregadas indistintamente, o surgimento da Declaração Universal dos Direitos da Água,⁴ na qual esta é colocada na posição de *sujeito do direito*, fez com que, para evitar confusões, fosse reforçado o meu entendimento no sentido de ser mais apropriada a expressão *Direito de Águas*, perante a qual estas ocupam a posição de *objeto*, como efetivamente são nele tratadas.

Da mesma forma, também pela unidade terminológica, chamo a atenção para a diferença entre o sentido do vocábulo *água* e o da expressão *recurso hídrico*. Com efeito, no estudo das matérias relativas à água, deve-se ter presente a distinção entre o significado do vocábulo *água* e o da expressão *recurso hídrico*, pois, é comum encontrar, em leis e manifestações doutrinárias e técnicas, a utilização do vocábulo e da expressão como sinônimos, o que na verdade não ocorre. *Água* é o elemento natural, descomprometido com qualquer uso ou utilização. É o gênero. *Recurso hídrico* é a água como bem econômico, com fins utilitários. Por esta razão, temos um Código de Águas e não um Código de Recursos Hídricos. O Código, adotando o termo no sentido genérico, disciplina o elemento líquido, com aproveitamento econômico ou não, como são os casos de produção de energia hidrelétrica,⁵ do uso para as primeiras necessidades da vida,⁶ da obrigatoriedade dos prédios inferiores receberem as águas que correm naturalmente dos superiores,⁷ das águas pluviais,⁸ etc. A utilização do vocábulo *água*, em ambas as situações, está correta. O incorreto, com a devida vênia, é utilizar o contrário, ou seja, empregar, indiferentemente, o vocábulo e a expressão.

Tal distinção, que para alguns pode parecer árida ou até mesmo filigrana jurídica, é bem simples e importante. Quando afirmamos que *água* é gênero e *recurso hídrico* espécie, não o fazemos porque o Código de Águas deixou de empregar a expressão recurso hídrico e

³ REBOUÇAS. Aldo. *Uso inteligente da água*. São Paulo: Escrituras Editora, 2004. p. 163-170.

⁴ IFRAH, Georges. *L'Histoire de l'eau*, Paris, 1992, *apud* www.usp.br: Declaração Universal dos Direitos da Água, Rio de Janeiro, 22 de Março de 1992, Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo - Comissão de Direitos Humanos. São Paulo, 13 jun. 2008.

⁵ Art. 63.

⁶ Art. 34. Vide art. 1.285, do CC/2002, Dec. 10.406/2002.

⁷ Art. 69.

⁸ Arts. 102-108.

optou pelo vocábulo água, no que está correto, mas, para explicar que, por ser um Código, tratou do elemento líquido em seu gênero. Ademais, a distinção entre água e recurso hídrico não precisaria estar no Código, por ser questão de semântica, de terminologia hídrica correta, de fácil entendimento.

Em reforço à tese, invoque-se o ensinamento do conceituado geólogo cearense Aldo Rebouças, ao qual presto aqui minha homenagem, quando assinala que o *termo “água” refere-se, regra geral, ao elemento natural, desvinculado de qualquer uso ou utilização. Por sua vez, o termo “recurso hídrico” é a consideração da água como bem econômico, passível de utilização com tal fim. Entretanto, deve-se ressaltar que toda a água da Terra não é, necessariamente, um recurso hídrico, na medida em que seu uso ou utilização nem sempre tem viabilidade econômica.* (as aspas são do autor).⁹

Observe-se, p. ex., que a lei sobre a Política Nacional de Recursos Hídricos, segundo sua ementa, aborda a água na condição de bem econômico, de recurso hídrico.¹⁰ Ademais, não se trata de uma *lei de águas*, e, muito menos, de *Lei das Águas*, como às vezes se lê, mas de lei sobre gestão das águas na condição de recursos hídricos, assim como da respectiva organização administrativa federal.¹¹

Convém ter presente que, em muitas ocasiões, o elemento líquido deve ser referido no seu gênero, ou seja, como água e não como recurso hídrico, uma de suas condições. O que se deve proteger e preservar para as atuais e futuras gerações, p. ex., é a água no seu todo e não apenas na condição de recurso. Perante o Código Penal, p. ex. o crime é de usurpação de águas e não de recursos hídricos.¹² Aquilo que escorre dos telhados, ou de prédio superior para o inferior, é água e não recurso hídrico.

Estes simples exemplos ilustram a nítida diferença entre o vocábulo e a expressão, sendo o emprego do primeiro, em qualquer situação, correto, o da segunda não.

Examinemos, agora, o Direito de Águas como disciplina jurídica.

2. O DIREITO DE ÁGUAS

2.1 A definição do Direito de Águas

O Direito de Águas pode ser conceituado como *conjunto de princípios e normas jurídicas que disciplinam o domínio, uso, aproveitamento, a conservação e preservação das águas, assim como a defesa contra suas danosas conseqüências.*¹³ A estreita vinculação das normas jurídicas relativas às águas com o ciclo hidrológico, que

⁹ REBOUÇAS, Aldo da C. Água doce no mundo e no Brasil, em *Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação*. Org. Aldo da Cunha Rebouças, Benedito Braga, José Galizia Tundisi. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Escrituras Editora. 2006, p. 1.

¹⁰ Arts. 1º, II, 5º, IV, e 19, I, da Lei 9.433/1997, p. ex.

¹¹ POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de Águas no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 227.

¹² Art. 161, § 1º, I.

¹³ POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de Águas ... cit.* p. 39.

praticamente desconhece limites no seu percurso, faz com que este ramo do Direito contenha tanto normas tradicionalmente colocadas no campo do direito privado, como no do direito público.¹⁴ Suas fontes são a legislação, a doutrina, a jurisprudência e o costume.¹⁵

3. AS NORMAS SOBRE UTILIZAÇÃO DAS ÁGUAS

3.1 As regiões secas e as regiões úmidas

Filiado ao sistema de direito romano-germânico,¹⁶ o Brasil, graças à generosidade do regime hidrológico existente na maior parte do seu território, adotou como regra o direito próprio das regiões úmidas. Mesmo assim, seu nunca assaz louvado Código de Águas considerou públicas de uso comum todas as águas situadas nas zonas periodicamente assoladas pelas secas e, para elas, previu legislação especial,¹⁷ o que não ocorreu.¹⁸

Deveria ser estudada, igualmente, legislação federal de águas dirigida à Região Amazônica, para atender às suas peculiaridades, diferentes do restante do País.¹⁹

4. O DIREITO DE ÁGUAS NO BRASIL

4.1 A fase antecedente ao Código de Águas, de 1934

O regime das águas públicas no Brasil teve duas fases diferentes: a primeira, anterior à Constituição do Império de 1824; a segunda, posterior a ela. Na primeira, duas situações diversas se apresentaram: a que antecedeu o Alvará de 1804, aplicado ao Brasil pelo de 1819; e a que o sucedeu.²⁰

Pelas *Ordenações do Reino*, os rios navegáveis e os de que se faziam os navegáveis, que eram caudais e corriam todo o tempo, pertenciam aos direitos reais.²¹ A utilização de suas águas dependia de concessão régia. Tendo em vista que, contra essa prerrogativa da coroa, havia constantes reações, o Alvará de 1804 veio consagrar a situação de fato existente, no sentido da livre derivação das águas dos rios e ribeiros, que podiam ser feitas

¹⁴ POMPEU, Cid Tomanik. Direito e administração de águas. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 162, out/dez, RJ, 1985, p. 317-325.

¹⁵ POMPEU, Cid Tomanik. Águas doces no direito brasileiro, em *Águas Doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação*. Org. Aldo da C. Rebouças, Benedito Braga e José Galizia Tundisi, 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Escrituras Editora, 2006, p. 677.

¹⁶ DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporains: droit comparé*. 4ª ed. Paris: Dalloz, 1971.

¹⁷ Art. 5º, do Dec. 24.643, de 10 jul. 1934, Código de Águas, retificado em 27 jul. 1934.

¹⁸ POMPEU, Cid Tomanik. Lei de águas para o Nordeste, *O Estado de São Paulo*, p. 50, São Paulo, 24 fev. 1985.

¹⁹ POMPEU, Cid Tomanik. *Legislação de águas para a Amazônia*. II Seminário Água e Sociedade na Amazônia, Universidade Federal do Amazonas UFAM, Núcleo Interdisciplinar de Energia Meio Ambiente e Água - NIEMA, Manaus, 17 mar. 2006.

²⁰ VALLADÃO, Alfredo. *Direito das águas*. São Paulo: Emp. Graphica da "Revista dos Tribunais", 1931, p. 23.

²¹ *Ordenações Filipinas*, L. II, Título 26, § 8º.

por particulares, por canais ou levadas, em benefício da agricultura e da indústria. Com fundamento neste ato, podia-se adquirir o direito ao uso das águas pela pré-ocupação, o que ocasionou grandes abusos, que obrigaram as autoridades administrativas a mandar demolir pesqueiros, nasceiros e açudes, construídos às margens dos rios navegáveis, em prejuízo do serviço público. As *Ordenações* silenciavam a respeito dos rios não navegáveis e que não eram caudais, que concorressem para que outro fosse navegável.²²

Com a promulgação da Constituição do Império, as *Ordenações* tornaram-se inaplicáveis no Brasil e os direitos e as prerrogativas da Coroa passaram a ser por ela definidos. Os direitos reais foram transferidos para o domínio nacional. O Alvará de 1804, todavia, continuou em vigor até o advento do Código de Águas.

Há registro de que, na cidade do Crato, no Ceará, em 22 de junho de 1855, com base em Resolução Provincial,²³ perante juiz presidente da Câmara Municipal e partidores nomeados, se procedeu à partilha de águas do rio Batateira, entendidas como patrimônio da Câmara, entre todos os foreiros dos sítios, observada a igualdade e regularidade de direitos, com base em telhas de água de vinte polegadas de circunferência e em horas determinadas.²⁴

4.2 O Código de Águas, de 1934

Considerando que o uso das águas no País vinha sendo regido por legislação obsoleta, em desacordo com as necessidades e interesses da coletividade nacional; que esse estado de coisas precisava ser modificado, para se adotar legislação adequada que permitisse, de acordo com as tendências da época, o controle e o incentivo do aproveitamento industrial das águas; em especial da energia hidráulica, que exigia medidas que facilitassem e garantissem o seu aproveitamento racional; e, considerando que, com a reforma por que haviam passado os serviços afetos ao Ministério da Agricultura, o Governo estava aparelhado, por seus órgãos competentes, a ministrar assistência técnica e material, indispensável à consecução daqueles objetivos, o Governo Provisório decretou o Código de Águas.

Decretado em 10 de julho de 1934,²⁵ o Código foi publicado no dia 20 do mesmo mês e ano. No dia 16, houvera a promulgação da CF/1934, com a qual era compatível. Em 1938, houve sua adaptação às normas e aos objetivos da CF/1937, sendo alterado e mantido por decreto-lei.²⁶

²² LOBO, Mário Tavarela. *Manual do direito de águas*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1989, p. 23-28.

²³ Art. 58, da Resolução Provincial 640, de 17 jan. 1854.

²⁴ Vide, também, HISSA, Inah Abreu. Análise da realidade da fonte batateira do Cariri-CE: aspectos econômicos e legais do mercado de água. Dissertação de Mestrado em Desenvolvimento e Meio Ambiente, da Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2005, em www.prodema.ufc.br/dissertações.

²⁵ Dec. 24.643, de 10 jul. 1934.

²⁶ Dec.-Lei 852, de 11 nov. 1938.

Para distinguir as águas públicas de uso comum das demais,²⁷ e para definir o domínio das margens e dos leitos, o Código utilizava os conceitos de *navegabilidade* e *flutuabilidade*.²⁸

Com a publicização das águas pela CF/1988, os conceitos de *navegabilidade*²⁹ e *flutuabilidade*,³⁰ adotados pelo Código para identificar as águas públicas, passaram a ser úteis apenas para definir o *domínio dos leitos* e das *margens* das antigas *águas comuns*, uma vez que tais margens e leitos, antes particulares, assim permaneceram após a edição da Carta, pois não foram tornados públicos.

O Código de Águas assegura o uso gratuito de qualquer corrente ou nascente de água, para as primeiras necessidades da vida, se houver caminho que a torne acessível.³¹ Se não houver, os proprietários marginais não podem impedir que seus vizinhos delas se aproveitem para aquele fim, contanto que sejam indenizados do prejuízo que sofrerem com o trânsito pelos seus *prédios*.³² Se os vizinhos puderem haver água de outra parte, sem grande incômodo ou dificuldade, a servidão não é facultada pelo Código.³³ O direito à servidão não prescreve, mas cessa logo que as pessoas possam haver a água de que carecem, sem grande dificuldade ou incômodo.³⁴

Estabelecia, ainda, o Código, que as derivações de águas públicas seriam outorgadas mediante *concessão administrativa*, para os casos de utilidade pública, e *autorização administrativa*, nos demais.³⁵ Atualmente, tendo em vista a lei que criou a ANA, abstraídos os potenciais hidráulicos, o instrumento de outorga a ser utilizado por aquela autarquia é a *autorização administrativa*.³⁶

Ao estatuir que *em toda a concessão se estipulará, sempre, a cláusula de ressalva dos direitos de terceiros*,³⁷ o Código visa resguardar a Administração concedente de eventuais prejuízos que a outorga da concessão possa causar a estes. Em virtude da ressalva, se houver, ao novo concessionário caberá com eles arcar.

As disposições do Código, no sentido de que as *águas destinadas a um fim não podem ser aplicadas a outro diverso, sem nova concessão*,³⁸ permanecem válidas, devendo

²⁷ Art. 2º, b.

²⁸ Arts. 9º, 11, 2º, 12 e 14.

²⁹ Art. 6º, do Dec.-Lei 2.281, de 05 jun. 1940.

³⁰ Art. 6º, parágrafo único, do Dec.-Lei 2.281/1940.

³¹ Art. 34. Cf. POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de Águas ...* cit. p. 177-178.

³² Art. 35. Ensina Clóvis Bevilacqua que os imóveis, consistentes em terrenos cultivados ou não e em edifícios, denominam-se *prédios*, que podem ser *rústicos* e *urbanos*. *Theoria geral do direito civil*. 4a. ed. atualizada por Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1949, p. 229.

³³ Art. 35, § 1º.

³⁴ Art. 35, § 2º. Cf. POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de Águas ...* cit. p. 178.

³⁵ Arts. 43 e ss.

³⁶ Art. 4º, da Lei 9.984/2000.

³⁷ Art. 45.

³⁸ Art. 49.

ser interpretadas levando-se em consideração, em especial, os usos múltiplos, hoje bastante difundidos e previstos em lei.³⁹

As outorgas para derivação de águas que não se destinem à produção de energia hidrelétrica são dadas pelo respectivo titular do domínio, hoje União, Estados e Distrito Federal.⁴⁰

4.3 As fases posteriores ao Código de Águas

4.3.1 As Constituições e leis

A CF/1946 declarou incluírem-se entre os bens dos Estados os lagos e rios em terrenos do seu domínio e os que tivessem nascente e foz no território estadual.⁴¹ Com isso, deixaram de existir, não *águas municipais*, mas os *rios municipais*, previstos no Código.⁴² À União competia legislar sobre águas, o que não excluía a legislação estadual supletiva ou complementar.⁴³

A CF/1967, em termos de domínio, conservou a situação existente, mas, não repetiu a possibilidade da legislação estadual supletiva ou complementar.

A CF/1988 efetuou profundas modificações no domínio hídrico anterior. Embora haja mantido as disposições relativas às águas da União, em relação aos Estados, ao declarar incluírem-se entre os seus bens *as águas superficiais e subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União*,⁴⁴ praticamente abrangeu todas as demais águas, exceto as atribuídas àquela, pelo mesmo texto constitucional.⁴⁵ Com isso, tornaram-se inaplicáveis os preceitos do Código relativos às águas municipais, às comuns e às particulares.⁴⁶

Saliente-se que o Código brasileiro é considerado mundialmente como das mais completas entre as leis de águas já produzidas. Os princípios nele constantes são invocados em diversos países como modelos a serem seguidos, mesmo por legislações modernas. Veja-se, p. ex., que o *princípio-poluidor-pagador*, introduzido na Europa como novidade na década de 70, está presente em seus arts. 111 e 112.

Embora avançado para a época em que surgiu, terceira década do século vinte, o Código não foi complementado por leis e regulamentos nele previstos, necessários à eficácia de várias de suas disposições. Esta lacuna normativa e o posterior descumprimento de seus princípios por leis extravagantes provocaram verdadeiro retrocesso no campo legislativo pertinente à matéria. Por razões que não se podem explicar, em mais de meio século de vigência do Código, muitas de suas matérias, que deveriam ter sido tratadas por

³⁹ Art. 13, parágrafo único, da Lei 9.433/1997.

⁴⁰ Art. 62, do Código de Águas.

⁴¹ Art. 35, da CF/1946.

⁴² Art. 29, III.

⁴³ Arts. 5º, XV e 6º.

⁴⁴ Art. 26, I.

⁴⁵ Art. 20, III.

⁴⁶ Arts. 7º, 8º, 68 a 95. Cf. POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de Águas ...* cit. p. 163-164, 193-201.

leis especiais ou regulamentos, não o foram e, conseqüentemente, deixaram de ser aplicadas.

Em 1979, houve a promulgação da lei sobre a Política Nacional de Irrigação,⁴⁷ com o objetivo de aproveitar racionalmente os recursos de água e solos, para implantação e desenvolvimento da agricultura irrigada.⁴⁸ Para fins de irrigação, o aproveitamento de águas e solos rege-se por ela e, no que coubesse, pela legislação sobre águas.⁴⁹ Apesar de disciplinar a utilização de águas públicas, *superficiais ou subterrâneas*, para fins de irrigação, seu alcance hoje somente abrange as águas superficiais do domínio da União, pois esta não pode dispor a respeito de águas do domínio estadual, entre as quais, as subterrâneas.⁵⁰ Em termos de outorga, declara que o uso das águas públicas para irrigação e atividades decorrentes depende de prévia concessão ou autorização, à época outorgadas pelo Ministério do Interior.⁵¹ As outorgas extinguem-se nas seguintes hipóteses: i) abandono ou renúncia, de forma expressa ou tácita, do concessionário ou autorizado; ii) inadimplemento; iii) caducidade; iv) poluição ou salinização das águas, com prejuízos de terceiros; v) a critério do órgão ou entidade pública, quando considerar o uso da água inadequado para atender às finalidades sócio-econômicas do projeto de irrigação; vi) dissolução ou insolvência da entidade concessionária ou autorizada; e vii) encampação.⁵²

O regulamento da Lei⁵³ classifica as águas superficiais destinadas à irrigação e atividades decorrentes em *permanentes* e *eventuais*, sendo: *permanentes* as águas públicas que correspondem à vazão mínima do rio em todas as estações do ano; e *eventuais* as excedentes da vazão mínima.⁵⁴ Afastando-se dos critérios estabelecidos no Código de Águas para derivação de águas públicas de uso comum,⁵⁵ estatuiu que o uso das águas públicas para irrigação e atividades decorrentes, por pessoas físicas ou jurídicas, dependia de prévia *concessão* ou *autorização*.⁵⁶ A *concessão* seria outorgada para derivar *águas públicas permanentes*, destinadas a irrigação e/ou atividades decorrentes, mediante condições fixadas em contrato, de acordo com as normas regulamentares.⁵⁷ A *autorização* seria outorgada para a utilização de *águas públicas eventuais* em irrigação e/ou atividades decorrentes, mediante condições previstas no Regulamento.⁵⁸

Em razão da dificuldade de conhecer a disponibilidade das *águas permanentes* e das *eventuais*, foram outorgadas apenas *autorizações* para derivação das águas.⁵⁹ Tendo em vista que aquele conhecimento, em todo território nacional, seria bastante complexo, o regulamento poderia ter se limitado a utilizar o instituto da *autorização administrativa*,

47 Lei 6.662, de 25 jun. 1979.

48 Art. 1º.

49 Art. 2º.

50 Art. 19.

51 Art. 20.

52 Art. 22, I a VII.

53 Dec. 89.496, de 29 mar. 1984.

54 Art. 22, I e II.

55 Art. 43 e ss.

56 Art. 23.

57 Art. 23, § 1º.

58 Art. 23, § 2º.

59 Art. 23, § 3º.

ficando, com isso, compatível com o Código de Águas.⁶⁰ Tais preceitos do Regulamento, aprovado por decreto, nem deveriam ter sido aplicados, por contrariarem as formas de outorga preconizadas para derivação pelo Código,⁶¹ que tem força de lei.⁶² Alguns deles foram incorporados à legislação de estados do Nordeste brasileiro.

A partir de 1989, com a promulgação das Constituições dos Estados do Ceará,⁶³ de São Paulo,⁶⁴ de outros, que previram a instituição de sistema de gerenciamento dos recursos hídricos congregando órgãos estaduais e municipais e a *sociedade civil*, as ações de gestão das águas, no País, deixaram de se unicamente governamentais, para contar com a participação dos cidadãos. Desses preceitos constitucionais decorreram leis disciplinando a matéria nas demais unidades federadas.

Essas iniciativas estaduais foram assimiladas, em âmbito nacional, pela Lei 9.433/1997, que instituiu a Política Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e estabeleceu os fundamentos, os objetivos, as diretrizes gerais de ação e os instrumentos da Política.⁶⁵ Entre os *fundamentos* estão: a água ser um bem de domínio público e um recurso natural limitado, dotado de valor econômico; em situações de escassez, o seu uso prioritário é o consumo humano e a dessedentação de animais; sua gestão, deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, *dos usuários e da comunidade* e proporcionar sempre o uso múltiplo; sendo a bacia hidrográfica a unidade territorial para implementação da Política e atuação do Sistema.

Como *objetivos* estão: assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos; a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável; e a preservação e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais.

Constituem *diretrizes gerais de ação*, para implementação da Política: a gestão sistemática dos recursos hídricos, sem dissociação dos aspectos de quantidade e qualidade; a adequação dessa gestão às diversidades físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais, das diversas regiões do País; a integração da sua gestão com a ambiental; a articulação do planejamento de recursos hídricos com o dos setores usuários e com o planejamento regional, estadual e nacional; a articulação da gestão com a do uso do solo; a integração da gestão das bacias hidrográficas com a dos sistemas estuarinos e zonas costeiras.

⁶⁰ POMPEU, Cid Tomanik. Águas doces no direito brasileiro, em *Águas doces...* cit. p. 6-7 e ss.

⁶¹ Art. 43 e ss.

⁶² O Dec. 24.643/1934, além de ser ato do Chefe do Governo Provisório, com base no Dec. 19.398, de 11 NOV. 930, foi mantido, com modificações, pelo Dec.-Lei 852/1938.

⁶³ Art. 326.

⁶⁴ Art. 205 e ss.

⁶⁵ Arts. 1º a 5º.

A União deve articular-se com os Estados, tendo em vista o gerenciamento dos recursos hídricos de interesse comum.⁶⁶

Com a edição da Lei 9.984/2000, criadora da ANA, as outorgas, por parte da União, são feitas apenas pelo instituto da *autorização administrativa*.

5. O DOMÍNIO DAS ÁGUAS PÚBLICAS

5.1 As águas do domínio da União

A CF/1988 alterou o domínio hídrico antes em vigor. Com redação bastante imprecisa estatui serem bens da União, além dos que à época lhe pertenciam, os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de (sic)⁶⁷ seu domínio, 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 terrenos marginais e as praias fluviais.⁶⁸ A redação, na primeira parte, ressalvado o acréscimo do vocábulo *rios*, é semelhante às constantes das Constituições anteriores, em especial a de 1967 (Emenda 1/69). A inclusão do vocábulo originou-se de duas Emendas apresentadas à Constituinte, com o objetivo de melhor clarear o texto, o que, *data venia*, não ocorreu.⁶⁹

Os potenciais de energia hidráulica pertencem à União, cabendo a ela outorgar o aproveitamento, mediante autorização ou concessão, no *interesse nacional*.⁷⁰

5.2 As águas do domínio dos Estados

No tocante aos Estados, houve considerável ampliação do domínio hídrico, passando a incluírem-se entre os seus bens as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União. Com isso, tais águas reservadas não passaram a pertencer à União, mas apenas não se incorporaram aos bens dos Estados, até que lei específica defina o respectivo domínio.⁷¹

No Senado Federal, tramita Proposta de Emenda à Constituição (PEC) sobre a titularidade das águas subterrâneas.⁷² Sem entrar no mérito da questão relativa à

⁶⁶ Art. 4º, da Lei 1.9433/1997.

⁶⁷ O correto seria *do domínio*.

⁶⁸ Art. 20, I e III.

⁶⁹ Emendas IP 14.153-2 e IP 18.951-9, respectivamente, do Senador José Ignácio Ferreira (PMDB-ES), da Comissão de Sistematização, e da Deputada Sandra Cavalcanti (PFL-RJ), da Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação.

⁷⁰ Art. 176 e parágrafo único, com a redação dada pela Emenda Constitucional 06, de 15 ago. 1995.

⁷¹ O Projeto de Lei 1.560-A/1989, da Câmara dos Deputados, que visa declarar que tais águas pertencem à União, encontra-se aguardando entrada na Ordem do Dia da Câmara desde 18 abr. 1995. O Projeto de Lei 1.673/1996, decorrente da Mensagem 244/96, do Poder Executivo, que autorizaria o DNOCS a doar a estados, municípios e outras entidades públicas, inclusive fundações instituídas pelo Poder Público, os açudes constantes de seu Anexo, situados no Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe, Bahia e Minas Gerais, *foi retirado pelo Executivo em 09 jun. 1999*.

⁷² Proposta de Emenda à Constituição 43/2000, de 21 nov. 2000, do Senador Júlio Eduardo e outros.

titularidade, se estas devem estar incluídas entre os bens da União ou dos Estados, a redação proposta merece reparos, assim como deveria ser aproveitada a oportunidade para se corrigir algumas imperfeições do texto constitucional em vigor, no campo das águas.⁷³

5.3 O domínio hídrico do Distrito Federal

Por imprecisão, a CF/1988 tem levado a confusões no tocante aos bens do Distrito Federal,⁷⁴ chegando a ser afirmada a inexistência de bens públicos distritais.⁷⁵ Deve-se observar, no entanto, que, ao enunciar os bens da União, a Constituição refere-se à totalidade de seus bens, ao passo que, em relação aos Estados e ao Distrito Federal, emprega o verbo *incluir*, o que implica na existência de outros.⁷⁶

6. A REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS

6.1 A repartição de competências

A CF/1988 estabelece a competência legislativa da União, dos Estados, Municípios e do Distrito Federal.⁷⁷ A União legisla privativamente sobre águas.⁷⁸ Lei Complementar pode autorizar os Estados a também o fazerem, sobre questões específicas da matéria.⁷⁹ Não tendo sido a lei promulgada, a competência permanece da União.

6.2 A competência para legislar sobre águas e a criação do direito

A possibilidade dada pela Constituição Federal aos Estados para, desde que autorizados por lei complementar federal, legislar sobre questões específicas relativas às águas, somente pode ser no tocante à *criação do direito*, uma vez que normas administrativas para a gestão de suas águas estes sempre puderam editar,⁸⁰ mesmo em forma de lei.

6.3 A competência estadual e do Distrito Federal sobre águas

No âmbito dos Estados, não há impedimento para que estes legislem sobre a gestão das águas cujo domínio lhes foi conferido pela Constituição. Do contrário, ficariam elas abandonadas.

⁷³ POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de Águas ... cit.* p. 56 e ss.

⁷⁴ Art. 16, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

⁷⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. Dos bens públicos na Constituição de 1988, *Revista dos Tribunais*, vol. 653/16-48, SP, mar. 1990.

⁷⁶ POMPEU, Cid Tomanik. Recursos hídricos na Constituição de 1988, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 186/10-25, Ed. RENOVAR/FGV, RJ, out-dez 1991.

⁷⁷ Arts. 22 (competência privativa da União), 24 (competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal), 25, § 1º (competência dos Estados), 30, I e II (competência dos Municípios) e 32, § 1º (competência do Distrito Federal).

⁷⁸ Art. 22, IV.

⁷⁹ Art. 22, parágrafo único.

⁸⁰ POMPEU, Cid Tomanik. Recursos hídricos na Constituição ... cit.

Ressalte-se que, no conceito de poder de polícia cometido aos Estados, insere-se o poder sobre bens e pessoas, em benefício do interesse público, incluídos aí a saúde, a ordem pública, a segurança e os interesses econômicos e sociais, e que a polícia administrativa é exercitada por meio de regulamentação, decisões particulares e coerção.⁸¹ Um dos fundamentos, portanto, para que os Estados legislem sobre a gestão de suas águas é o exercício de poder de polícia administrativa⁸² sobre seus bens, a autotutela desses bens.

6.4 A competência geral e a privativa no tocante às águas

Considerando que órgãos públicos somente podem fazer o que a lei autoriza, e que a Constituição divide a competência entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o exame dessa repartição é indispensável.

O texto constitucional declara competir à União: a) explorar, diretamente ou mediante *autorização, concessão* ou *permissão*: i) os serviços e as instalações de energia elétrica; ii) o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; iii) os serviços de transporte aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território⁸³ e os portos marítimos, fluviais e lacustres;⁸⁴ b) planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente secas e inundações;⁸⁵ e c) instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos, definindo os critérios de outorga de direitos de seu uso.⁸⁶

No *campo legislativo*, em matéria ligada às águas públicas, à União cabe dispor sobre *águas, energia,*⁸⁷ *regime dos portos e navegação lacustre, fluvial e marítima.*⁸⁸ Aos Estados, que detêm a chamada competência residual, são reservadas aquelas não vedadas pela Constituição. Lei complementar federal pode autorizá-los a legislar sobre questões específicas, no tocante a determinadas matérias, entre as quais estão as águas, isto é, *a criarem o direito.*⁸⁹ A edição de normas administrativas sobre a utilização das estaduais, mesmo em forma de lei, repita-se, é sempre possível.

Os Municípios regem-se por lei orgânica própria, obedecidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e na do respectivo Estado.⁹⁰ As municipalidades legislam sobre assuntos de interesse local e suplementam a legislação federal e a estadual,

⁸¹ POMPEU, Cid Tomanik. *Regime jurídico da polícia das águas públicas: polícia da qualidade*, São Paulo: CETESB, 1976, p. 28.

⁸² POMPEU, Cid Tomanik. Poder de polícia na empresa pública. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. 32, 02 ago. 1977; O exercício do poder de polícia pelas empresas públicas. *Revista Forense*, vol. 256, Rio de Janeiro, p. 438-441, 1977; *Boletim Administrativo do DER-SP, Suplemento Jurídico*, 90, São Paulo, p. 5-8, 1978.

⁸³ Art. 21, XII, *b e d*.

⁸⁴ Art. 21, XII, *f*.

⁸⁵ Art. 21, XVIII.

⁸⁶ Art. 21, XIX.

⁸⁷ Art. 22, IV.

⁸⁸ Art. 22, X.

⁸⁹ Art. 22, parágrafo único e art. 25, § 1º.

⁹⁰ Art. 29.

no que couber.⁹¹ Como não dispõem de águas do seu domínio, cabe-lhes cuidar da drenagem urbana e, em certos casos, da rural.

6.5 A competência comum

A competência comum dirige-se mais à atuação dos entes que compõem a federação do que à produção legislativa. Assim, é comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios praticarem ações no sentido de *proteger o meio ambiente, combater a poluição, em qualquer de suas formas e registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de recursos hídricos e minerais em seus territórios*.⁹² Lei complementar federal deve fixar as normas para a cooperação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar, em âmbito nacional,⁹³ respeitada a autonomia dos demais entes.

6.6 A competência legislativa concorrente

Além da competência privativa de cada entidade componente da federação, existe a *legislativa concorrente*, pela qual a União, os Estados e o Distrito Federal legislam sobre várias matérias, entre as quais *pesca, fauna, conservação da natureza, proteção do meio ambiente, controle da poluição, responsabilidade por danos ao meio ambiente e proteção e defesa da saúde*.⁹⁴ Nessa legislação, a competência da União limita-se a *normas gerais*, sem excluir a suplementar dos Estados. Inexistindo normas gerais federais, os Estados exercem competência plena, para atender às suas peculiaridades. Sobrevindo lei federal sobre normas gerais, a eficácia das leis estaduais é suspensa naquilo que lhe for contrário.⁹⁵

Pela Carta, compete privativamente à União legislar sobre águas.⁹⁶ O termo *privativamente* poderia até ter sido dispensado, uma vez que, se a legislação não é concorrente, só pode ser privativa, já que a comum⁹⁷ refere-se a ações e não a leis. Os bens abrangidos pela competência privativa são as *águas*,⁹⁸ as *jazidas, minas e outros recursos minerais*.⁹⁹

As *águas*, dependendo de sua situação geográfica, incluem-se entre os bens da União ou dos Estados.¹⁰⁰ As *jazidas, minas e os outros recursos minerais*, conforme disposições repetidas nesse sentido,¹⁰¹ pertencem à União.

⁹¹ Art. 30, I e II.

⁹² Art. 23, VI e XI.

⁹³ Art. 23, parágrafo único.

⁹⁴ Art. 24, I, VI, VIII e XII.

⁹⁵ Art. 24, §§ 1º a 4º.

⁹⁶ Art. 22, IV.

⁹⁷ Art. 22.

⁹⁸ Art. 22, IV.

⁹⁹ Art. 22, XII.

¹⁰⁰ Art. 20, III e art. 26, I.

¹⁰¹ Art. 20, IX e art. 176.

Para as *águas* e para os *recursos minerais*, entre os quais se abrigam as denominadas *águas minerais*, existem Códigos nacionais distintos.¹⁰²

A situação das águas, todavia, é bastante diversa da dos recursos minerais, sobre os quais a União legisla privativamente, mas que estão todos incluídos entre os seus bens.

Em virtude da existência de águas do seu domínio, as quais os Estados têm o *poder-dever* de administrar, torna-se indispensável interpretar o texto constitucional no sentido de permitir que isso ocorra. Do contrário, a inclusão destas entre os bens das unidades federadas seria inócua, uma vez que, num estado de direito, seria impossível geri-las sem editar normas, inclusive em forma de lei. Por esta razão, não pode ser negada aos Estados a competência para baixarem *normas administrativas sobre a gestão das águas do seu domínio*, mesmo em forma de lei. O que a estes é vedado é *criar o direito sobre águas*, matéria privativa da União. À primeira vista, a diferença entre os dois casos pode surpreender aqueles que sobre eles não se debruçaram, no sentido de procurar interpretação coerente do texto constitucional, mas ela existe. O conteúdo da expressão *criar o direito sobre águas* pode ser identificado, ainda que de forma exemplificativa, tanto no Direito Romano, como em textos mais modernos e na doutrina. No Brasil, o exame do Código de Águas revela uma série desses direitos, cuja criação, alteração, modificação ou extinção é privativa da União. Não se confundem eles com normas meramente administrativas.

Exemplificando, a criação do direito de águas no Brasil pode versar sobre: *domínio de álveos e margens, aluvião, avulsão, álveo abandonado, retorno das águas ao leito anterior, mudança de curso, direito dos ribeirinhos, garantias de uso gratuito, direito de acesso às águas, inalienabilidade das águas, condições de obrigatoriedade dos prédios inferiores receberem águas que correm dos superiores, condições de desvio das correntes, curso das águas nascentes, hierarquia de uso das águas públicas e multas e sanções sobre a desobediência a muitas destas disposições.*

A possibilidade dada pela CF/1988 aos Estados, para, desde que autorizados por lei complementar federal, legislarem sobre questões específicas relativas às águas, somente pode ser no tocante à *criação do direito*, uma vez que normas administrativas para a gestão de suas águas estes sempre puderam editar.^{103/}

A definição dos critérios de outorga de direitos de uso de recursos hídricos, prevista na Constituição Federal,¹⁰⁴ é competência da União porque consta do texto constitucional. Na prática, poderia ser dos Estados, no tocante às suas águas. Tais critérios devem ser os jurídicos, já que os de oportunidade ou conveniência, econômicos, financeiros, sanitários, hidrológicos e geológicos devem caber ao titular do bem, que, como se sabe, pode não pertencer à União. Até que sejam alterados, os critérios a que se refere a Constituição

¹⁰² Código de Águas, Código de Mineração e Código de Águas Minerais.

¹⁰³ POMPEU, Cid Tomanik, *Recursos Hídricos na Constituição de 1988*, Revista de Direito Administrativo, RENOVAR/FGV, R, 186:10-25.

¹⁰⁴ Art. 21, XIX.

Federal,¹⁰⁵ são os estabelecidos no Código de Águas,¹⁰⁶ que foram por ela recepcionados, em virtude de não conflitarem com o seu texto.¹⁰⁷

Relativamente a recursos naturais não hídricos, como florestas, caça, pesca, fauna, proteção do meio ambiente e controle da poluição, embora a competência da União seja concorrente com a dos Estados e do Distrito Federal,¹⁰⁸ e, nesses casos, a União deva limitar-se à edição de normas gerais, cabendo aos Estados a competência suplementar, e até a plena, quando inexistirem normas federais,¹⁰⁹ o que se tem visto é a União baixar atos específicos, inclusive proibindo a pesca de certas espécies em determinados corpos de água fora do seu domínio, o que nada tem de geral.

Dispondo a União de águas, sua competência, no tocante a elas, como já demonstrado, não poderia ser concorrente, pois ficaria impossível administrá-las se restrita apenas a normas gerais.

Relativamente às águas, os Estados deveriam ter competência supletiva ou complementar, respeitada a lei federal, como constava da CF/1946, e não apenas ficarem adstritos a uma eventual autorização, por lei complementar federal.

7. A POLÍTICA NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS

7.1 O Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH)

Previsto na CF/1988,¹¹⁰ o SINGREH foi criado pela Lei 9.433/1997,¹¹¹ e alterado pela lei orgânica da ANA.¹¹²

São *objetivos* do Sistema: i) coordenar a gestão integrada das águas; ii) arbitrar administrativamente os conflitos relacionados com recursos hídricos; iii) implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos; iv) planejar, regular e controlar o uso, a proteção, a preservação e a recuperação daqueles recursos; e v) promover a cobrança pelo uso dos recursos hídricos.¹¹³

Integram o Sistema: i) o Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH); ii) a Agência Nacional de Águas (ANA); iii) os Conselhos de Recursos Hídricos dos Estados e do Distrito Federal; iv) os Comitês de Bacias Hidrográficas; v) os órgãos dos poderes

¹⁰⁵ Art. 43 e ss.

¹⁰⁶ Art. 43.

¹⁰⁷ KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del estado*. Trad. Eduardo Garcia Máynez. México: Textos Universitários, 1969, p. 138.

¹⁰⁸ Art. 24, VI.

¹⁰⁹ Art. 24, § 1º e 3º.

¹¹⁰ Art. 21, XIX.

¹¹¹ Art. 32, I a V.

¹¹² Art. 30, da Lei 9.984/2000.

¹¹³ Art. 32, da Lei 9.433/1997.

públicos federal, estaduais, distritais e municipais, cujas competências se relacionem com a gestão de recursos hídricos; e (v) as Agências de Águas.¹¹⁴

Embora previsto na Constituição Federal, o SINGREH não pode interferir na organização administrativa dos Estados. Se o fizer, estará ferindo as respectivas autonomias, garantidas pela mesma Constituição.¹¹⁵

7.2 A Lei 9.433, de 1997

Com base, em parte, na lei do Estado de São Paulo,¹¹⁶ a lei federal sobre a Política Nacional de Recursos Hídricos, segundo sua ementa, aborda a água na condição de *bem econômico*, de *recurso hídrico*.¹¹⁷

Apesar de às vezes ser chamada de *Lei das Águas*, a Lei 9.433/1997, com a devida vênia, não o é, pois versa sobre *gestão e organização administrativas dos recursos hídricos*, conforme expresso em sua ementa, assim redigida: *Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal e altera o art. 1.º da Lei 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei 7.990, de 28 de dezembro de 1989.*

7.2.1 A outorga dos direitos de uso dos recursos hídricos

Sujeitam-se à outorga pelo Poder Público os direitos referentes aos seguintes usos de 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*; e v) *outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água*.¹¹⁸

Independem de outorga, conforme definido em regulamento: 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*; e iii) *as acumulações de volumes de água consideradas insignificantes*.¹¹⁹

Para geração de energia elétrica, a outorga ou a utilização de recursos hídricos subordina-se ao Plano Nacional de Recursos Hídricos, aprovado na forma prevista na lei, obedecida a disciplina da legislação setorial específica.¹²⁰ Estas disposições dirigem-se à União, pois somente ela expede outorgas para tal fim.

¹¹⁴ Art. 33, da Lei 9.433/1997, alterado pelo art. 30, da Lei 9.984/2000.

¹¹⁵ Art. 25.

¹¹⁶ Lei 7.663, de 30 dez. 1991.

¹¹⁷ Art. 1.º, II, 5.º, IV, e 19, I, da Lei 9.433/1997, p. ex.

¹¹⁸ Art. 12, I a V.

¹¹⁹ Art. 12, § 1º, I a III.

¹²⁰ Art. 12, § 2º.

As outorgas estão condicionadas às prioridades de uso estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos, ao respeito à classe em que o corpo de água estiver enquadrado e à manutenção de condições adequadas ao transporte aquíviário, quando for o caso, devendo preservar o uso múltiplo dos recursos hídricos.¹²¹ Efetivam-se elas por ato da autoridade competente do Poder Executivo Federal, dos Estados ou do Distrito Federal.¹²²

No que se refere aos Estados e ao Distrito Federal, o dispositivo é inaplicável, por inconstitucional, uma vez que, em sua organização administrativa, os Estados regem-se apenas por suas Constituições e leis, cabendo-lhes decidir por quem serão efetivadas as outorgas.¹²³

O Poder Executivo Federal pode delegar aos Estados e ao Distrito Federal competência para outorgar o direito de uso de recurso hídrico de domínio da União.¹²⁴ Do alcance dessa disposição devem ser excluídas as outorgas destinadas ao aproveitamento dos potenciais hidrelétricos. Estas são indelegáveis, por força de disposição constitucional no sentido de que devem ser dadas pela União, e no *interesse nacional*, do qual é a única intérprete.¹²⁵

A outorga de direito de uso de recursos hídricos pode ser suspensa parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado, nas seguintes circunstâncias: i) não cumprimento pelo outorgado dos termos da outorga; ii) ausência de uso por três anos consecutivos; e iii) necessidade: a) premente de água para atender a situações de calamidade, inclusive as decorrentes de condições climáticas adversas; b) de se prevenir ou reverter grave degradação ambiental; c) de se atender a usos prioritários, de interesse coletivo, para os quais não se disponha de fontes alternativas; e d) de serem mantidas as características de navegabilidade do corpo de água.¹²⁶

Na irrigação, devem ser seguidas, também, as disposições previstas na Lei 6.662/1979, onde couber.

Para o setor elétrico, enquanto não estiver aprovado *e regulamentado* o Plano Nacional de Recursos Hídricos, serão seguidas as normas especiais sobre a matéria.¹²⁷

Toda outorga de direitos de uso de recursos hídricos é feita por prazo não excedente a trinta e cinco anos, renovável.¹²⁸

¹²¹ Art. 13, parágrafo único.

¹²² Art. 14.

¹²³ Art. 25, da CF/1988.

¹²⁴ Art. 14, § 1º.

¹²⁵ Art. 176, § 1º.

¹²⁶ Art. 15, I a VI.

¹²⁷ Art. 52.

¹²⁸ Art. 16.

As outorgas não implicam a alienação parcial das águas, que são inalienáveis, mas ao simples direito de seu uso.¹²⁹ Esta disposição praticamente repete o Código de Águas.¹³⁰

7.2.2 A cobrança pelo direito de uso das águas públicas

Em virtude da faculdade contida no Código Civil, de 1916, e no Código de Águas, de 1934, relativa, respectivamente, à utilização dos *bens de uso comum* e das *águas públicas de uso comum*, a cobrança pela utilização das águas estaduais poderia ter sido implantada por lei das unidades federadas, independentemente de autorização ou outra lei federal, desnecessárias para que os Estados legissem sobre a gestão das águas do seu domínio e cobrem pela utilização destas.

Tanto no caso da União, como no dos Estados, a cobrança pela utilização das águas deve ser e tem sido instituída por lei, em observância ao preceito constitucional segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.¹³¹ Com isto, a sua implantação depende da participação dos Poderes Executivo e Legislativo.

A contraprestação pelo exercício do direito de uso das águas públicas tem a natureza jurídica de *preço-público*.

7.2.3 Os planos de recursos hídricos

Os planos de recursos hídricos devem ter o conteúdo mínimo estabelecido na Lei 9.433/1997¹³² e devem ser elaborados por bacia e por Estado, e para o País.¹³³

As diretrizes para a elaboração dos Planos de Recursos Hídricos de Bacias Hidrográficas foram estabelecidas pelo CNRH, que, para tanto, ofereceu sugestão de termos de referência.¹³⁴

8. OS ORGANISMOS NACIONAIS, ESTADUAIS E DISTRITAIS DE GESTÃO E POLÍTICA DE RECURSOS HÍDRICOS

8.1 A organização administrativa federal

Administrativamente, a União organiza-se de acordo com a Constituição Federal e as leis que adotar, segundo critérios de oportunidade e conveniência, cabendo ao Presidente da República, privativamente, dispor, mediante decreto, sobre a organização e o

¹²⁹ Art. 18.

¹³⁰ Art. 46.

¹³¹ Art. 5º, II.

¹³² Art. 7º.

¹³³ Art. 8º. Registre-se que a Lei 10.204/2001 faz referência a plano regional de recursos hídricos, elaborado em atuação conjunta entre o DNOCS, a Sudene e os governos estaduais, na área de atuação daquele.

¹³⁴ Resolução CNRH 17, de 29/05/2001.

funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesas, nem a criação ou extinção de órgãos públicos.¹³⁵ Se necessárias leis sobre a matéria, serão elas de iniciativa privativa do Presidente da República.¹³⁶

8.2 A Agência Nacional de Águas (ANA)

A ANA é autarquia sob regime especial, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao MMA, com a finalidade de implementar, em sua esfera de atribuições, a Política Nacional de Recursos Hídricos, integrando o respectivo Sistema.¹³⁷ Sua atuação está submetida aos fundamentos, objetivos, diretrizes e instrumentos da Política Nacional do setor e deve ser desenvolvida em articulação com órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do SINGREH. Na disciplina, em caráter normativo, da implementação, operacionalização, controle e avaliação dos instrumentos da Política, devem ser considerados, nos casos de bacias hidrográficas compartilhadas com outros países, os respectivos acordos e tratados.

As ações referentes ao planejamento e à preservação ou minimização dos efeitos de secas e inundações, quando envolverem a aplicação de racionamentos preventivos, estes serão promovidos mediante critérios fixados em decreto do Presidente da República.

À ANA compete outorgar o direito de uso das águas do domínio da União, mediante *autorização [administrativa]*. A lei prevê a edição de *outorgas preventivas* que deveriam denominar-se mais apropriadamente *reservas de água*, de entendimento universal.

8.3 A Secretaria de Recursos Hídricos e Ambiente Urbano (SRHU)

À SRHU/MMA, sem prejuízo das suas demais competências, cabe prover os serviços de Secretaria-Executiva do CNRH, à qual incumbe: i) prestar apoio administrativo, técnico e financeiro ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos; ii) instruir os expedientes provenientes dos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos e dos Comitês de Bacia Hidrográfica; e iii) elaborar seu programa de trabalho e respectiva proposta orçamentária anual e submetê-los à aprovação do Conselho. A elaboração do Plano Nacional de Recursos Hídricos cabe ao Núcleo Estratégico, do MMA.^{138/}

]

Com a nova estrutura do Ministério do Meio Ambiente, a antiga Secretaria de Recursos Hídricos, criada em 1995, atual Secretaria de Recursos Hídricos e Ambiente Urbano (SRHU), teve ampliadas suas atribuições e passou a integrar os procedimentos de gestão dos recursos hídricos e do ambiente urbano.¹³⁹

¹³⁵ Art. 84, VI, com a redação dada pela EC 32, de 11/09/2001.

¹³⁶ Art. 61, e, com a redação dada pela EC 32/2001.

¹³⁷ Lei 9.984/2000.

¹³⁸ Razões do veto ao inciso III, do art. 4º, da Lei 9.984/2000 – DOU 18 jul. 2000, p. 6.

¹³⁹ Dec. 6.101, de 26 abr. 2007.

As agências federais de águas exercem a função de secretaria executiva do(s) respectivo(s) Comitê(s), competindo-lhes as atribuições previstas na Lei 9.433/1997.¹⁴⁰

9. A ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL

Por vedação constitucional, à lei federal somente cabe dispor sobre a estrutura dos organismos da União.¹⁴¹ Os Comitês estaduais seguem a composição e competência estatuídas nas leis dos Estados. Por essa razão, as referidas na lei federal não se aplicam aos Estados, nem ao Distrito Federal.¹⁴² São inaplicáveis, por inconstitucionais, as disposições da lei referentes aos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos e, pelo que se depreende, aos Comitês Estaduais.¹⁴³

Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios da Constituição Federal.¹⁴⁴ O Distrito Federal por sua Lei Orgânica, atendidos, igualmente, os mesmos princípios, excetuadas as polícias civis e militares, sujeitas a leis federais.¹⁴⁵

Acima do SNGRH, está o sistema federativo previsto na Constituição Federal.

9.1 Os Conselhos e Comitês estaduais

A política de gerenciar as águas por bacias hidrográficas com participação dos usuários, em especial nos aspectos quantitativos e qualitativos, veio a ter destaque na França, a partir de 1964.¹⁴⁶

No Brasil, a instituição desses organismos colegiados ocorreu inicialmente no Estado de São Paulo, em decorrência da Lei 7.663/1991, seguindo-se nos demais, cada um com suas respectivas peculiaridades, como segue: 1992, Ceará; 1994, Minas Gerais; Rio Grande do Sul (de Gerenciamento); Santa Catarina (de Gerenciamento); 1995, Bahia; 1996, Paraíba; Rio Grande do Norte; 1997, Alagoas; Goiás; Mato Grosso; Pernambuco; Sergipe; 1998, Espírito Santo; 1999, Paraná; Rio de Janeiro; 2000, Piauí; 2001, Amazonas; Pará; Distrito Federal; 2002, Amapá; Mato Grosso do Sul; Rondônia; Tocantins; 2003, Acre; 2004, Maranhão.¹⁴⁷

¹⁴⁰ Art. 44.

¹⁴¹ POMPEU, Cid Tomanik. As águas e o sistema federativo brasileiro. *Observatório das Águas*, mar. 2002, RJ, p. 48-59.

¹⁴² Arts. 38, I a IX e 39, I a V, da Lei nº 9.433/1997.

¹⁴³ Art. 38, parágrafo único.

¹⁴⁴ Art. 25, da CF/1988.

¹⁴⁵ Art. 32 e § 4º, da CF/1988.

¹⁴⁶ CHERET, Ivan. Experiência francesa e implantação da organização francesa de água: Lei francesa de 1964. *Anais do Seminário Internacional de Gestão de Recursos Hídricos*. MME/DNAEE, Minter/Sema, Seplan/CNPq e CEEIBH. Brasília, 1983, v. 1, p. 82 e ss.

¹⁴⁷ Os anos mencionados correspondem às leis que previram a existência dos Comitês e não à sua efetiva implantação.

Na definição dos entes estaduais integrantes do SINGREH, deve-se ter presente que, por disposição constitucional, os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios da Constituição Federal.¹⁴⁸ Sendo assim, os sistemas estaduais adotam a forma que mais atenda às suas peculiaridades e julgada conveniente e oportuna.¹⁴⁹ O mesmo pode ser dito relativamente ao Distrito Federal. Cite-se, como exemplo, o Estado do Acre, que, em vez de instituir um Conselho Estadual de Recursos Hídricos, criou uma Câmara Técnica de Recursos Hídricos, no Conselho Estadual de Meio Ambiente Ciência e Tecnologia CEMACT. A composição e competência dos Comitês, igualmente, são estabelecidas de acordo com as características de cada unidade federada.

9.2 Os órgãos gestores estaduais e distrital

Nos Estados e no Distrito Federal, os órgãos gestores seguem as formas jurídicas entendidas mais convenientes e oportunas às respectivas peculiaridades políticas e administrativas. O mesmo pode ser dito quanto às suas atribuições.

9.3 Os critérios de outorga do direito de uso das águas

Embora a escolha do instituto do direito a ser adotado para outorga dos direitos de uso (autorização, permissão, concessão etc.) ainda não houvesse sido definida, a lei que criou a ANA estatuiu que as outorgas por ela emitidas o serão mediante *autorização [administrativa]*.¹⁵⁰ Trata-se, todavia, de norma de caráter federal e não nacional, para o que deveriam estar sendo aplicados, pelos Estados e Distrito Federal, o art. 43 e ss, do Código de Águas, recepcionados que foram pela CF/1988, e que são *concessão administrativa*, para fins de utilidade pública e *autorização administrativa*, para os demais.

10. O PAPEL DOS MUNICÍPIOS

10.1 As Prefeituras Municipais

Às Prefeituras Municipais, pelas suas múltiplas atividades voltadas ao uso do solo, cabe um dos principais papéis na proteção ambiental e no desenvolvimento sustentável dos recursos hídricos. Os Planos Diretores Municipais e as ações previstas no Estatuto da Cidade¹⁵¹ são de grande importância para a proteção e o desenvolvimento sustentável das águas superficiais e subterrâneas, que devem tê-lo presente em suas variadas fases e aplicações.

¹⁴⁸ Art. 25, da CF/1988.

¹⁴⁹ POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de Águas ...*, cit. p. 382.

¹⁵⁰ Lei 9.984/2000.

¹⁵¹ Lei 10.257/2001.

10.2 O abastecimento público

Sendo, no Brasil, o abastecimento da população um dos principais usos das águas, aos serviços municipais de abastecimento de água e de coleta e disposição final de esgotos cabe a responsabilidade de cuidar de sua proteção e desenvolvimento sustentável.

10.3 A coleta e disposição final de resíduos sólidos

A coleta e disposição final dos resíduos sólidos, em especial nos denominados “lixões”, são serviços públicos municipais que, se executados sem o atendimento das recomendações técnico-sanitárias, podem afetar a qualidade das águas superficiais e subterrâneas, tornando-as impróprias para os usos a que devem ser destinadas.

10.4 A drenagem urbana

As municipalidades legislam sobre assuntos de interesse local e suplementam a legislação federal e a estadual, no que couber.¹⁵² Como não dispõem de águas do seu domínio, cabe-lhes cuidar da drenagem urbana e, em certos casos, da rural, como no tocante às estradas vicinais e a outros usos locais.¹⁵³

11. OS USUÁRIOS E A SOCIEDADE CIVIL

11.1 As associações de usuários

É público e notório que a gestão das águas, sem a participação dos usuários, torna-se incompleta e deficiente. Em várias localidades, foram instituídas Associações de Usuários das Águas, com a finalidade de organizá-los para essa importante tarefa.¹⁵⁴ Aos usuários das águas cabe, também, promover a proteção ambiental e o desenvolvimento sustentável dos recursos hídricos.

11.2 A sociedade civil

Entre outras, as entidades associativas ligadas às águas, como a Associação Brasileira de Águas Subterrâneas (ABAS), a Associação de Engenharia Sanitária e Ambiental (ABES), a Associação Brasileira de Irrigação e Drenagem (ABDIB), a Associação Brasileira de Recursos Hídricos (ABRH), a Associação Brasileira de Geologia de Engenharia (ABGE) e a Sociedade Brasileira de Geologia (SBG) que, além de participarem de vários organismos públicos colegiados, têm sido excelente fórum de debate para as questões hídricas e geológicas, sob os mais variados aspectos.

¹⁵² Arts. 29 e 30, I e II, da CF/1988.

¹⁵³ POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de Águas ...* cit. p. 50.

¹⁵⁴ LOBATO DA COSTA, Francisco José. O Sistema de Gerenciamento de Recursos Hídricos do Estado do Paraná: um modelo com base em Associações de Usuários. *Organismos de Bacias ...* cit. p.74-78.

Podem ser mencionadas, ainda, as denominadas organizações não-governamentais, as ONGs, que atuam nos campos das águas e do meio ambiente, com marcante presença na defesa dos recursos naturais e do ambiente.

12. A PARTICIPAÇÃO DO CIDADÃO NOS ORGANISMOS COLEGIADOS

12.1 O Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH)

A competência da União, para criar o direito de águas, está, em parte, atribuída ao CNRH, como, p. ex., estabelecer critérios gerais para a outorga de direitos de uso de recursos hídricos e para cobrança de seu uso.¹⁵⁵ O CNRH é composto por: representantes dos Ministérios e Secretarias da Presidência da República com atuação no gerenciamento ou no uso de recursos hídricos; representantes indicados pelos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos; *representantes dos usuários dos recursos hídricos; e representantes das organizações civis de recursos hídricos.*¹⁵⁶ O número de representantes do Poder Executivo Federal não poder exceder à metade mais um do total dos membros do Conselho Nacional de Recursos Hídricos.¹⁵⁷

12.2 Os comitês federais de bacias hidrográficas

A esses comitês compete: 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 e sugerir as providências necessárias ao cumprimento de suas metas; iv) acompanhar a execução do Plano da bacia e sugerir providências necessárias ao cumprimento de suas metas; v) propor, ao CNRH e aos Conselhos estaduais 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 os mecanismos de cobrança pelo uso de recursos hídricos e sugerir os valores a serem cobrados; e vii) estabelecer critérios e promover o rateio de custo das obras de uso múltiplo, de interesse comum ou coletivo.¹⁵⁸

As atribuições e composição dos comitês federais de bacias hidrográficas estão previstas na Lei 9.433/1997.¹⁵⁹

12.3 Os consórcios intermunicipais

Os consórcios e as associações intermunicipais de bacias hidrográficas podem receber delegação do CNRH, por prazo determinado, para o exercício de funções de competência das Agências de Água, enquanto estes organismos não estiverem

¹⁵⁵ Art. 35, X, da Lei 9.433/1997.

¹⁵⁶ Art. 34, da Lei 9.433/1997.

¹⁵⁷ Art. 34, parágrafo único, da Lei 9.433/1997.

¹⁵⁸ Art. 38, da Lei 9.433/1997.

¹⁵⁹ Art. 39, da Lei 9.433/1997.

constituídos.¹⁶⁰ A ANA deve celebrar contratos de gestão com as entidades denominadas delegatárias das funções de Agências de Água, relativas às águas do domínio da União.¹⁶¹

Com as suas variadas denominações, de Consórcio Intermunicipal de Bacias Hidrográficas, Consórcio Intermunicipal de Gestão Ambiental de Bacias Hidrográficas, Consórcio Intermunicipal de Macrorregião Ambiental, muitos com a participação de entidades privadas e governamentais,¹⁶² às vezes delegatários da União para exercerem funções de Agências de Bacia, são eles bastante representativos e podem oferecer excelente contribuição para a proteção ambiental e o desenvolvimento sustentável das águas, em geral.

13 - CONCLUSÃO

A exposição acima permite chegar às seguintes conclusões:

a) a grande evolução do gerenciamento de recursos hídricos no País e aplicação do Direito de águas se deu a partir das Constituições e leis estaduais, que nele incluíram a participação dos municípios, da sociedade civil e dos usuários, ou seja, dos cidadãos, o que foi seguido pela Lei federal 9.433/1997, que colocou a matéria entre seus fundamentos;

b) em termos de leis, o avanço teve início em São Paulo, com a Lei 7.663/1991, principalmente pela sua participação dos cidadãos nos organismos colegiados;

c) em sua longa caminhada, o ordenamento jurídico nacional sobre as águas deveria e poderia ter sido atualizado, em especial para contemplá-lo com normas legais sobre as áreas periodicamente assoladas pelas secas, assim como para a Região Amazônica;

d) a Lei federal 9.433/1997 focaliza as águas mais na condição de recurso hídrico, no sistema de sua gestão, nos princípios, nos institutos, nas ações do poder público e na estrutura do sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos, mas, não trata do direito de águas, como um todo;

e) sem exclusão de muitas outras, saliente-se a sempre positiva presença das associações ligadas às águas, como ABAS, ABES, ABID e ABRH, às quais são devidas muitas das modernizações surgidas nas Constituições e leis estaduais e na Lei federal 9.433/1997; e

f) caberá agora a esses novos participantes do gerenciamento das águas públicas continuarem a oferecer sua colaboração, preparando propostas a serem discutidas nos mais diversos fóruns, locais, regionais e nacionais, inclusive sobre a atualização do Código de Águas, de 1934, objeto de várias tentativas, no período 1968-1976.¹⁶³

oOo

¹⁶⁰ Art. 51, da Lei 9.433/1997.

¹⁶¹ Lei 10.881/2004.

¹⁶² MONTICELI, João Jerônimo. A Fundação da Associação de Usuários das Águas do Médio Paraíba do Sul. *Organismos de Bacias Hidrográficas*. João Jerônimo Monticeli / Coordenador. Rio de Janeiro: Semads 2002. p. 63.

¹⁶³ POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de Águas ... cit.* p. 156 e ss.