

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO AMBIENTAL**

WENDELL DE ARAÚJO LIMA

**O IMPACTO DOS POÇOS ARTESIANOS NA QUALIDADE DOS LENÇÓIS
FREÁTICOS NA CIDADE DE MANAUS E A LEGISLAÇÃO VIGENTE.**

**MANAUS
2016**

WENDELL DE ARAÚJO LIMA

**O IMPACTO DOS POÇOS ARTESIANOS NA QUALIDADE DOS LENÇÕIS
FREÁTICOS NA CIDADE DE MANAUS E A LEGISLAÇÃO VIGENTE.**

Dissertação apresentada à Universidade do Estado do Amazonas como requisito parcial obrigatório para obtenção do Título de Mestre em Direito Ambiental.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho

**MANAUS
2016**

WENDELL DE ARAÚJO LIMA

**O IMPACTO DOS POÇOS ARTESIANOS NA QUALIDADE DOS LENÇÓIS
FREÁTICOS NA CIDADE DE MANAUS E A LEGISLAÇÃO VIGENTE.**

Dissertação aprovada pelo Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas, pela Comissão Julgadora abaixo identificada.

Manaus, 22 de agosto de 2016.

Banca Examinadora:

Prof^o. Dr. Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho
Presidente

Prof^a. Dr^a. Maria de Nazaré Vasques Mota
Membro Interno

Prof^o. Dr^o. Deusamir Pereira
Membro Externo

Dedicado a minha Companheira, Sadma Amud, minha
filha Amada Maria Emilia, meus dois filhos Wendell e
Pedro.

Aos meus queridos amigos Josué Claudio de Souza Neto e
ao Mestre Almério Augusto Cabral dos Anjos de Castro e
Costa

Aos demais amigos e familiares.

AGRADECIMENTOS

A todos que colaboraram com o desenvolvimento desse trabalho. Em especial aos amigos MSc. Idelcleide Lima Cordeiro e o MSc. Jefferson Rodrigues de Quadros, que foram uma espécie de co-orientadores.

Aos Professores e funcionários do PPGDA, em especial minha eterna Coordenadora Professora Doutora Maria Nazareth da Penha Vasques Mota e ao meu Querido Professor Doutor Paulo Fernando de Britto Feitoza que despertou em mim a paixão pelo nosso Patrimônio Cultural Amazonense e a querida Dona Ray, pela paciência com todos nós.

Aos colegas da turma, que terão um lugar especial nos meus pensamentos. Em especial aos cariocas, Major-Amigo Bruno Costa Marinho, o Tenente-Amigo Leonardo Nascimento e ao Boêmio Wallace Carvalhosa.

Ao meu Querido Orientador, Professor Doutor Erivaldo Cavancanti e Silva Filho, a pessoa mais generosa que conheci até hoje.

RESUMO

O presente trabalho partiu de uma inquietação, por conta da omissão do Estado em não fiscalizar as perfurações de poços tubulares na cidade de Manaus, no que pese haver legislação que trata da gestão dos recursos hídricos no Estado do Amazonas. O Estado do Amazonas por meio da lei n. 3167/07, disciplina a Política Estadual de Recursos Hídricos e estabelece o Sistema Estadual de Gerenciamento dos Recursos Hídricos do Estado do Amazonas. A perfuração desenfreada e a falta de fiscalização vem causando danos que podem se tornar irreparáveis aos lençóis freáticos na cidade de Manaus. O objetivo dessa pesquisa é investigar, junto aos órgãos responsáveis pela gestão (execução/fiscalização), entre outros, tais como: Secretaria do Meio Ambiente do Estado do Amazonas, Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas (IPAAM), Conselho Estadual de Recursos Hídricos do Amazonas, Comitês de Bacias Hidrográficas do Amazonas, Agências de Águas do Estado do Amazonas, CPRM e a Concessionária Manaus Ambiental, o que vem ocorrendo, para se efetivar a legislação, para equacionar essa omissão. A metodologia usada, será feita através de estudo da legislação vigente (quantitativa) e entrevista (qualitativa) nos vários órgãos suso mencionados.

Palavras chave: Legislação Vigente; Poços Tubulares; Perfuração Desenfreada; Cidade de Manaus; Omissão.

ABSTRACT

This work was a concern, due to the State's failure to not supervising of the drilling of wells in the city of Manaus, despite having legislation that deals with the management of water resources in the State of Amazonas. The State of Amazonas through the law n. 3167/07, regulates the State Water Resources Policy and establishes the State System of Management of the State of Amazonas Water Resources. The unbridled drilling and lack of oversight has caused damage which may become irreparable to groundwater in the city of Manaus. The objective of this research is investigate, with the agencies responsible for management (execution / supervision), among others such as: Department of the State of Amazonas Environment, Institute of Environmental Protection of Amazonas (IPAAM), State Council for Water Resources Amazon, the Amazon River Basin Committees, the Water agencies of State of Amazonas , CPRM and the Manaus dealership Environmental, and what is occurring, to carry effectively the law, to equate this omission. The methodology used, will be done through the study of current legislation (quantitative) and interviews (qualitative) in various organs above mentioned.

Keywords: Current Legislation; Pipe Wells; Unbridled drilling; Manaus City; Omission.

SUMÁRIO

| | | |
|--------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 | BREVE HISTÓRICO DA GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL E NO AMAZONAS. | 15 |
| 2.1 | CONSIDERAÇÕES GERAIS | 15 |
| 2.2 | CÓDIGO DE ÁGUAS. ESCOPO LEGISLATIVO | 16 |
| 2.2.1 | Do Código de Águas à Lei nº 6.938/81 | 16 |
| 2.3 | NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS ANTES DE 1988..... | 18 |
| 2.4 | NA CR/88..... | 19 |
| 2.5 | NA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS. | 21 |
| 2.6 | REGIME INFRACONSTITUCIONAL | 22 |
| 2.6.1 | Lei Nº 9433/07- Política Nacional de Recursos Hídricos-PNRH e Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos-SINGRED | 23 |
| 2.6.2 | Política Nacional de Recursos Hídricos. | 23 |
| 2.6.3 | O Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos | 25 |
| 2.6.4 | O Conselho Nacional de Recursos Hídricos | 28 |
| 2.6.5 | A Agência Nacional de Águas(Ana) | 29 |
| 2.6.6 | Comitês de Bacia Hidrográfica | 30 |
| 2.6.7 | Agências de Água | 32 |
| 2.6.8 | Organizações Civas de Recursos Hídricos | 33 |
| 2.7 | PRINCIPIOS JURÍDICOS NA LEGISLAÇÃO HÍDRICA | 34 |
| 2.7.1 | Princípio do acesso equitativo aos recursos naturais | 34 |
| 2.7.2 | Princípios do Poluidor Pagador e do Usuário Pagador | 35 |
| 2.7.3 | Princípio da Prevenção e da Precaução | 36 |
| 2.7.4 | Princípio da Participação | 39 |
| 2.8 | A POLÍTICA ESTADUAL E O SISTEMA DE GERENCIAMENTO DOS RECURSOS HÍDRICOS NO ESTADO DO AMAZONAS..... | 41 |
| 2.8.1 | Lei Nº 3167/07 | 41 |
| 2.8.2 | Decreto Nº 28.678/09 | 42 |
| 2.8.3 | Lei Orgânica Nº 3785/12(Lei de Licenciamento) | 43 |
| 2.8.4 | Lei Nº 11.445/07 (Lei de Saneamento Básico) | 43 |
| 2.9 | DAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS E DA | |

| | | |
|--------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| | CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS ESTADUAIS..... | 47 |
| 2.9.1 | O Sistema da Constituição de 1988 | 47 |
| 2.9.2 | CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS E LEIS ORGÂNICAS MUNICIPAIS | 50 |
| 3 | DOS INSTRUMENTOS DE GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL E NO AMAZONAS | 53 |
| 3.1 | PLANO DE RECURSOS HÍDRICOS | 53 |
| 3.2 | ENQUADRAMENTO DOS CORPOS DE ÁGUA EM CLASSES..... | 54 |
| 3.3 | OUTORGA DE DIREITOS DE USO DE RECURSOS HÍDRICOS..... | 55 |
| 3.3.1 | A natureza jurídica da outorga..... | 56 |
| 3.3.2 | Usos sujeitos a outorga | 57 |
| 3.3.3 | Usos isentos de outorga..... | 58 |
| 3.3.4 | Competência para a expedição da outorga..... | 59 |
| 3.3.5 | Outorga do direito de uso das águas e licenciamento ambiental | 60 |
| 3.3.6 | Suspensão e extinção da outorga | 60 |
| 3.4 | A COBRANÇA PELO USO DE RECURSOS HÍDRICOS | 62 |
| 3.5 | O SISTEMA DE INFORMAÇÕES SOBRE RECURSOS HÍDRICOS | 65 |
| 3.6 | INFRAÇÕES E PENALIDADES | 66 |
| 3.7 | DESAFIOS..... | 69 |
| 3.8 | DOS INSTRUMENTOS DE GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS NO AMAZONAS | 71 |
| 3.9 | DOS INSTRUMENTOS ECONÔMICOS NO NOVO CÓDIGO FLORESTAL ... | 73 |
| 3.9.1 | Cota de Reserva Ambiental – CRA | 74 |
| 3.9.2 | O pagamento por serviços ambientais como instrumento econômico de política ambiental..... | 77 |
| 4 | DOS ÓRGÃOS GESTORES, EXECUTORES E COLABORADORES DOS RECURSOS HÍDRICOS NO AMAZONAS..... | 81 |
| 4.1 | A REGIÃO AMAZÔNICA..... | 81 |
| 4.2 | SECRETARIA ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE-SEMA..... | 83 |
| 4.3 | INSTITUTO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DO ESTADO DO AMAZONAS-IPAAM | 84 |
| 4.3.1 | Breve Histórico | 84 |
| 4.3.2 | Licenciamento Ambiental..... | 85 |
| 4.3.3 | Competência para o Licenciamento | 86 |
| 4.3.4 | Atuações Supletivas e Subsidiárias no âmbito do Processo de Licenciamento | |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| | 90 |
| 4.3.5 Fiscalização e Aplicação de Sanções (Latu Sensu) no Licenciamento Ambiental | |
| | 92 |
| 4.3.6 Prazos Recorrentes no Processo de Licenciamento | 93 |
| 4.3.7 Revisão de Licenças | 96 |
| 4.3.8 O Direito à Indenização por Revisão das Licenças | 97 |
| 4.3.9 Licenciamento Corretivo e Direito Adquirido | 99 |
| 4.3.10 A Publicidade no Licenciamento Ambiental | 101 |
| 4.3.11 Aspectos Penais do Licenciamento Ambiental | 102 |
| 4.3.12 O Controle do Procedimento Licenciatório e da Regularidade das Licenças | 107 |
| 4.3.13 Licenciamento Ambiental Especial | 110 |
| 4.3.14 Relação entre Licenciamento e Outorga | 114 |
| 4.4 CPRM-SERVIÇO GEOLÓGICO DO BRASIL | 116 |
| 4.4.1 Missão | 116 |
| 4.4.2 Valores e Princípios | 117 |
| 4.4.3 Entrevista com o chefe do setor de recursos hídricos | 117 |
| 4.5 A CONCESSIONARIA MANAUS AMBIENTAL | 118 |
| 5 CONCLUSÃO | 120 |
| REFERÊNCIAS | 122 |

1 INTRODUÇÃO

O Brasil vem produzindo, desde o início do século passado, legislação e políticas que buscam paulatinamente consolidar uma forma de valorização de seus recursos hídricos. Como recurso ambiental público limitado e de fundamental importância para a sobrevivência humana, as águas necessitam da mais ampla proteção, justificando a existência de várias legislações a respeito.

O início da história da gestão dos recursos hídricos no Brasil se deu com o decreto 24.643/34, conhecido como código das águas ou lei das águas, confirmando que, na época, as águas eram consideradas recursos naturais renováveis, portanto o importante era proporcionar o desenvolvimento industrial e agrícola do País, incentivando, principalmente, a produção de energia elétrica.

Na década de oitenta, as necessidades de controle das águas impuseram novo entendimento e motivaram intensas discussões entre técnicos e especialistas brasileiros. Ocorreram debates internacionais e como consequência, trouxe a concessão de criação de um sistema integrado e descentralizado, gerando um novo modelo para uma gestão descentralizada a nível de bacias hidrográficas e trata a água como um bem de valor econômico.

Já a CR/88 e a lei 9.433/97, modificaram a classificação quanto a dominialidade, também buscando, de maneira mais consuetudinária, o uso e o aproveitamento das águas no País, preocupando-se com a atualização do tratamento, tendo em vista incentivar e controlar o uso industrial e suprir as exigências do ramo hidráulico, mantendo a prioridade do desenvolvimento econômico.

A Lei 9.433/97, instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema de Gerenciamento de Recursos Hídricos, determinando, em seu artigo primeiro, que “Água é um bem de domínio público”. Em 2006, com base na mesma lei, foi criado o Plano Nacional de Recursos Hídricos tendo como principal objetivo dar um tratamento gerencial, ratificando a prioridade da água para consumo humano.

O insuficiente e irregular atendimento de água encanada pelas concessionárias responsáveis pelo abastecimento de água na cidade de Manaus e a duvidável qualidade da mesma, desenvolveu uma cultura/hábito de se perfurar os popularmente conhecidos poços artesianos.

A construção desenfreada de poços artesianos em Manaus levou o Serviço Geográfico do Brasil(CPRN), a iniciar um diagnóstico que pretende avaliar a qualidade e quantidade da

água subterrânea disponível na cidade. Atualmente, dos quase 15 mil poços artesianos com profundidade entre 30 a 150 metros que estão em funcionamento na capital, 10 mil são usados sem qualquer regramento. A maioria foi construída sem autorização de órgãos técnicos e sem acompanhamento profissional.

Segundo o CPRN, o uso do recurso na capital é cada vez mais crescente, especialmente nas zonas norte e leste, onde o abastecimento de água é precário. Fato este que gerou dois problemas que a cada dia vão se agravando: O primeiro é decorrência da falta de capacidade técnica e irresponsabilidade dos empresários do ramo de perfurações de poços, que não atendem as exigências sanitárias mínimas na perfuração e construção dos mesmos, causando então a contaminação dos lençõs freáticos.

O segundo problema, reside na grande quantidade de poços perfurados em uma mesma região, caso da zona leste de Manaus, onde a deficiência no abastecimento regular é mais presente.

Os lençõs freáticos levam mais tempo para se recompor, fenômeno conhecido tecnicamente como Recarga, do que a captação feita através dos poços. A Concessionária Manaus Ambiental, acendeu o sinal amarelo e noticiou na imprensa que só está conseguindo retirar água dos lençõs freáticos na zona leste a partir de 100 metros de profundidade, ou seja, os lençõs acima estão secando e não estão tendo tempo para se recarregar, o que pode causar um desastre ambiental irreversível conhecido como rebaixamento do lençol freático.

O órgão responsável por medir a qualidade da água consumida pela população, inclusive de poços artesianos, em Manaus é o Setor de Vigilância da Água, do Solo e do Ar (Vigiagua Manaus) do Departamento de Vigilância Ambiental e Epidemiológica da Secretaria Municipal de Saúde.

Conforme relatório do Vigiagua enviado à reportagem da Amazônia Real, das 2.016 amostras de água de poços artesianos analisadas, entre os anos de 2013 a 2015, foram reprovadas pela turbidez (parâmetro que atesta a qualidade) e não conter cloro residual livre (agente que elimina bactérias e outros micro-organismos) 1.884 amostras. Mais de 26% do total das amostras analisadas tinham a presença da bactéria *Escherichia coli* devido a contaminação da água por fezes. Alguns tipos desta bactéria podem causar doenças como gastroenterite e infecção urinária.

Ocorre que existe legislação federal e estadual que disciplina a gestão dos recursos hídricos, em especial, a das águas subterrâneas, porém não se vê sua efetiva aplicabilidade na cidade de Manaus.

O presente trabalho de pesquisa tem o objetivo de pesquisar/investigar, junto aos órgãos responsáveis pela gestão (execução/fiscalização), entre outros, tais como: Secretaria do Meio Ambiente do Estado do Amazonas, Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas (IPAAM), Conselho Estadual de Recursos Hídricos do Amazonas, Comitês de Bacias Hidrográficas do Amazonas, Agências de Águas do Estado do Amazonas, CPRM e a Concessionária Manaus Ambiental, o que vem ocorrendo, para se efetivar a legislação, para equacionar essa omissão.

A metodologia usada, será feita através de estudo da legislação vigente (quantitativa) e entrevista (qualitativa) nos vários órgãos suso mencionados.

Assim esse trabalho será estruturado em três capítulos. No primeiro capítulo aborda-se Um Breve Histórico da Gestão dos Recursos Hídricos no Brasil e no estado do Amazonas, destacando-se como os recursos hídricos são tratados na Constituição da República do Brasil e na Legislação infraconstitucional. E, complementando esse capítulo, para propiciar uma visão dos fundamentos da gestão dos recursos hídricos no Brasil, estuda-se a estrutura e a gestão dos recursos hídricos estabelecidos pela Política e no Sistema de Gerenciamento Nacional dos recursos Hídricos e Das Competências constitucionais e da Constitucionalidade das Leis Estaduais. E também se cuidará, brevemente, do artigo 45 da lei 11.445/07, que trata da Política Nacional de Saneamento Básico, que regula a captação de recursos hídricos subterrâneos e A política e o Sistema de Gerenciamento Estadual de Recursos Hídricos de Estado do Amazonas, Lei nº.3.167, de 27 de agosto de 2007, Decreto nº 28.678 de 16 de junho de 2009, Lei Ordinária nº 3.785, de 24 de julho de 2012.

No segundo capítulo, será abordado Os Instrumentos de Gestão dos Recursos Hídricos no Brasil e no Amazonas, destacando-se o Plano Estadual de Recursos Hídricos, Plano de Bacias Hidrográficas, O Enquadramento de Corpos de Águas em Classes, Segundo os Usos Preponderantes da Água, A Outorga dos Direitos de Uso de Recursos Hídricos, O Fundo Estadual de Recursos Hídricos, O Sistema Estadual de Informação dos recursos Hídricos, O Zoneamento Ecológico-Econômico do Estado do Amazonas e o Plano Ambiental do Estado do Amazonas.

No terceiro e último capítulo, será abordado o Os Órgãos Gestores, Executores e Colaboradores dos Recursos Hídricos no Amazonas, com destaque para Secretaria Estadual do Meio Ambiente-SEMA, responsável pela Política de Governo para a Região Amazônica, A Região Amazônica. Instituto de proteção Ambiental do Estado do Amazonas-IPAAM, que é o responsável pelo licenciamento ambiental e a diferença entre o licenciamento e a outorga,

finalizando, Informações com técnicos da SEMA, IPAAM CPRM e MANAUS AMBIENTAL.

2 BREVE HISTÓRICO DA GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL E NO AMAZONAS.

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O Código de Águas – Dec. 24.643, de 10.07.1934 – foi o primeiro diploma legal que possibilitou ao Poder Público disciplinar o aproveitamento industrial das águas e, de modo especial, o aproveitamento e exploração da energia hidráulica. Foi editado na forma de decreto, e não de lei, por ser ato do então Governo Provisório decorrente da Revolução de 1930 (o diploma, assim, é considerado formalmente decreto e materialmente lei ordinária, pelos sucessivos fenômenos de recepção constitucional). O texto foi concebido com cunho essencialmente privatista, direcionado à tutela do direito individual e econômico, circunstância evidenciada pela preocupação com o aproveitamento “comercial da água”.

Por outro lado, a Política Nacional de Recursos Hídricos – PNRH, atrelada à Lei 9.433, de 08.01.1997, foi, em vários sentidos, um “divisor de águas”. Ela introduziu, na doutrina e na prática, critérios indiscutivelmente renovadores.

Vale ressaltar que, apesar do seu caráter vanguardista, a Lei 9.433, de 08.01.1997, é um diploma com pouco mais de cinquenta artigos, sendo suas disposições insuficientes para um tema tão complexo. Ademais, nas últimas décadas sofreu pouca contribuição legislativa em seu texto (a última, por sinal, trazida pela Lei 12.334, de 30.09.2010 (Política Nacional de Segurança de Barragens), que pouco agregou ao diploma original). Não há como negar certa decepção com o legislador pátrio pela ausência de um tratamento “à altura” do assunto.

Por seu turno, a Lei 9.433/1997, que ainda pode ser considerada recente, instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos – Singreh, que altera profundamente a disciplina da aplicação do Código de Águas, modificação que será cada vez maior na medida em que as normas regulamentares forem estabelecidas e novas leis forem surgindo.

Alguns anos depois, a Lei 9.984, de 17.07.2000, criou a Agência Nacional de Águas – ana, como entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e integrante do Sistema Nacional de Recursos Hídricos. No mesmo ano, o Dec. 3.692, de 19.12.2000, contemplou a estrutura organizacional e operacional da ana.⁷

É bom lembrar que a edição do novo Código Florestal (Lei 12.651, de 25.05.2012) influi sobremaneira na história da gestão dos recursos hídricos no país. (MILARÉ, 2015, p. 915-916).

A repartição de competência em matéria ambiental, no Brasil, segue os mesmos princípios que a Constituição adotou para a distribuição da competência em geral entre as entidades federativas. União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm competência para a proteção ambiental¹. Encontramos competência material exclusiva, competência material comum, competência legislativa exclusiva e competência legislativa concorrente. (SILVA, 2013, p. 78)

2.2 CÓDIGO DE ÁGUAS. ESCOPO LEGISLATIVO

Na década de 30, o Brasil que era um País predominantemente agrícola, foi-se modificando gradativamente para um país industrializado. Nesse cenário, foi editado o Código de 1934, que prestigiou o aproveitamento das águas, largamente utilizadas pelas indústrias que surgiam.

Divide-se o Código em duas partes. A primeira trata das águas em geral e de seu domínio, estabelecendo as normas fundamentais do que podemos chamar de Direito das Águas. A segunda trata do aproveitamento dos potenciais hidráulicos e estabelece uma disciplina para geração, transmissão e distribuição de energia elétrica. Esta parte é mais extensa do que a primeira, dado que foi o motivo determinante da edição do Código.

Pelas circunstâncias e consciência da época, o Código de Águas possui um conceito essencialmente privatista e de tutela da atividade econômica, com pouca ou nenhuma preocupação preservacionista ou humanista, razão pela qual seus dispositivos devem ser adaptados, quando ainda aplicáveis (a questão da revogação será vista na sequência), à luz da técnica da interpretação progressiva, evolutiva ou adaptativa.²

Neste trabalho, enfocaremos apenas a primeira parte, que trata das águas em geral e da sua propriedade, uma vez que se refere aos dispositivos básicos e de aplicação geral (como dito, a segunda parte é específica para regulamentação da atividade econômica). (MILARÉ, 2015, p. 916)

2.2.1 Do Código de Águas à Lei nº 6.938/81

¹ Sobre essa temática, cf. Toshio Mukai, *Direito Ambiental Sistematizado*, Capítulo II, especialmente; o já citado artigo de Fábio José Feldmann e Maria Ester Mena Barreto Camino, in RF 317/89 e ss.; e o de Luís Roberto Barroso, na mesma RF317/170 e ss.

² O método de interpretação progressiva, evolutiva ou adaptativa determina que o significado e extensão de certa norma ou dispositivo é obtido por meio das necessidades e concepções do presente.

Sob o aspecto histórico, a implementação do Código de Águas ficou a cargo de órgãos federais, no que respeita às águas de domínio da União, e de órgãos estaduais, nas de domínio dos Estados. Na órbita federal, essa competência era do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE, compartilhada com o Departamento Nacional de Obras contra as Secas – DNOCS nas áreas sujeitas ao flagelo das secas. Os Estados também constituíram órgãos para aplicar o Código de Águas, e seus atos mais importantes eram as autorizações para a derivação de águas e as concessões para o aproveitamento de energia hidroelétrica, sendo que estas eram de exclusiva competência da União.

A gestão das águas limitava-se à gestão de sua quantidade, sem preocupação com sua qualidade. A isso acresce que a gestão da quantidade estava basicamente condicionada às concessões para aproveitamento hidroelétrico, tanto nas águas federais quanto nas estaduais.³

Na década de 1970 surge a preocupação com a poluição em geral e, particularmente, das águas. Os Estados mais industrializados, especialmente São Paulo e Rio de Janeiro, passaram a legislar sobre o controle da poluição das águas, do ar e do solo. Vieram, assim, a controlar a poluição em todas as águas existentes em seus territórios, sem limitação quanto a seu domínio.

O Código de Águas tratava das “águas nocivas” em seus arts. 109 a 116. Esses artigos proibiam a qualquer pessoa “conspurcar ou contaminar as águas que não consome, com prejuízo de terceiros”. Contudo, admitiam que, se interesses relevantes da agricultura ou da indústria o exigissem, as águas poderiam ser “inquinadas” mediante expressa autorização administrativa, devendo ser indenizados os terceiros lesados pelo favor concedido. Assim mesmo, “os agricultores ou industriais deverão providenciar para que elas se purifiquem, por qualquer processo, ou sigam o seu esgoto natural” (art. 111). Essas disposições retratam o espírito do tempo: a preocupação não é com a água, em si, nem com sua flora e fauna, mas com o prejuízo de terceiros. Essas disposições foram revogadas pela legislação ambiental.

A Política Nacional do Meio Ambiente-PNMA, criada pela lei 6.938/81, que também instituiu o Sistema Nacional do Meio Ambiente-SISNAMA, sistema integrado por órgãos

³ No passado, a preocupação exclusiva com a geração de energia elétrica pode ser evidenciada pela história da Usina Henry Borden, em São Paulo. O complexo, localizado no sopé da Serra do Mar, é composto por duas usinas de alta queda, com 14 grupos de geradores acionados por turbinas, perfazendo uma capacidade instalada de 889 MW, para uma vazão de 157m³/s. O fornecimento de água é feito, basicamente, se mudando o curso natural das águas da Bacia do Alto Tietê. Assim, as águas do Rio Pinheiros são bombeadas para a Represa Billings que, por sua vez, deságua por túneis abertos até a usina em Cubatão, na Baixada Santista. Hoje, a reversão só ocorre excepcionalmente, nas hipóteses de risco de inundação na Cidade de São Paulo. A poluição do Rio Pinheiros prejudica a Represa Billings, um dos mananciais de abastecimento da Região Metropolitana da Capital de São Paulo, impedindo a reversão para geração de energia elétrica. Hoje, a Usina de Henry Borden opera abaixo da capacidade, diante da baixa vazão das águas.

Federais, Estaduais e Municipais. Sistema subordinado ao Conselho Nacional do Meio Ambiente-CONAMA, ao qual compete, entre outras atribuições, “estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos”.⁴ Note-se a ênfase dada aos recursos hídricos entre os demais recursos ambientais. Aliás, a mesma lei também enfatiza a importância das águas ao definir os recursos ambientais como “a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”.⁵

No exercício de sua competência, o Conama editou a Res. 20, de 18.06.1986, que inaugurou, no âmbito nacional, a gestão da qualidade das águas. Esta Resolução foi revogada pela Res. Conama 357, de 17.03.2005, que, por sua importância e seus reflexos na Política Nacional de Recursos Hídricos, merece consideração muito especial.⁶

2.3 NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS ANTES DE 1988

Observando-se a gênese do tratamento constitucional das águas no Brasil, Granziera (2006, p.85-86) destaca que inicialmente foi a Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824 que tratou da temática. Isso ocorreu pelo fato da Constituição Imperial ter estabelecido que todos os rios pertenciam a Coroa e no item 22 do art. 179 tratou sobre “o direito de propriedade em toda sua plenitude” onde instituiu que o patrimônio privado era passível de prévia indenização, se caso o bem público exigisse seu uso e emprego. Nas demais constituições brasileiras também foram inseridas dispositivos tratando dos recursos hídricos e isso ocorreu, conforme Pompeu (2006, p.42), da seguinte forma resumidamente: Na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, no art. 34 §6º, atribuiu ao Congresso Nacional competência para legislar sobre navegação dos rios. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 inaugurou o enfoque constitucional sobre o domínio das águas, no art. 20, I e II, declarou do domínio da União o lagos e quaisquer correntes em terrenos de seu domínio, ou que banhassem mais de um Estado, ou quando servissem de limites com outros países ou se estendessem ao território estrangeiro; no art. 21, I e II, tratou dos bens referentes ao Estado com exceção aos bens atribuídos a União, as

⁴ Art. 8.º, VII, da Lei 6.938/1981

⁵ Art. 3.º, V, da Lei 6.938/1981

⁶ A Res. Conama 357/2005 foi parcialmente alterada pelas Res. Conama 370/2006, 397/2008, 410/2009 e 430/2011.

margens dos rios e lagos navegável, destinado ao uso público, se não fossem dos domínios municipal, federal ou particular.

Já a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 reproduziu as disposições anteriores referentes às águas, nos artigos 36 *a e b* e 37 *a e b*, bem como a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 que tratava dos bens hídricos da União, no art. 34, I; dos Estados, no art. 35, onde foram inclusos os lagos e rios em terrenos do seu domínio e os que tivessem nascentes e foz no seu território e extinguiu a categoria dos rios municipais.

Segundo Granziera (2006, p.88-89), no art. 29, das Disposições Transitórias da Carta de 1946, o Governo Federal ficou obrigado de traçar e executar um plano de aproveitamento total das possibilidades econômicas do Rio São Francisco e seus afluentes, e que pelo período de 20 anos deveria aplicar, anualmente, a quantia de 1% ou mais de suas rendas tributárias para este fim. Vindo a lume, na esfera constitucional, o planejamento voltado a uma bacia hidrográfica com a respectiva reserva orçamentária.

A CR/67, somente acrescentou entre os bens da União, os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, tendo reproduzido as disposições anteriores. No artigo 5º repete os bens referentes aos Estados, apenas mudando, como da União, a expressão “*do seu domínio*” para “*de seu domínio*”, que é mais apropriada segundo Pompeu (2006, p.43). Esta constituição foi emendada pela Emenda Constitucional nº1 de 1969, mas não a alterou, apenas acrescentou, através do art. 8º, inciso XVII, a competência privativa da União para legislar sobre as florestas, a caça e a pesca (h), águas e energia (i) e o regime dos portos e da navegação de cabotagem, fluvial e lacustre (m). (grifo nosso).

2.4 NA CR/88

A Constituição de 1988 por inovar muito na matéria ambiental foi denominada de constituição ambientalista, conforme a lavra de Silva (2004. p.46):

A Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista. Assumiu o tratamento da matéria em termos amplos e modernos. Traz um capítulo específico sobre o meio ambiente, inserido no título da ‘Ordem Social’(Capítulo VI do Título VIII).

Além de trazer esse capítulo específico sobre o meio ambiente, Capítulo VI com seu art.225, tutelando os bens ambientais onde a água se encaixa neste contexto, essa constituição traz no seu conteúdo várias referências sobre recursos hídricos.

A Constituição de 1988 alterou profundamente a dominialidade das águas no Brasil, conforme já demonstrado no item 2.1. Determinada pelo local a dominialidade do recurso hídrico é repartida entre a União ou os Estados, sendo os bens da União conforme o disposto: Art. 20 - São bens da União: [...] III - o lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de 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; IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as áreas referidas no artigo 26, inciso II; [...] VI - o mar territorial; [...] VIII - os potenciais de energia hidráulica; [...] IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo.

E os bens dos Estados são delimitados através do Art. 26 da Constituição de 1988:

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; II - as áreas, as ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros; III - as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União [...].

Os artigos: 21, inciso XIX; art. 22 inciso IV e parágrafo único, art. 23 incisos VI, IX, Xi e parágrafo único; e art. 24 incisos VI e VIII, parágrafos 1^a, 2^o, 3^o e 4^o da Constituição Federal 1988, trouxeram uma importante disciplina em relação as competências material exclusiva, privativa, material comum, concorrente e suplementar, respectivamente. Pela complexidade do assunto e pela influência na gestão dos recursos hídricos, será dedicado, mais a frente, um estudo mais profundo sobre o tema.

No seu artigo 43, no Capítulo da Administração Pública, Seção IV – das Regiões, a Carta Magna de 1988 trouxe uma abordagem de aproveitamento econômico dos recursos hídricos para a redução de desigualdades regionais, conforme disposto:

Art. 43 - Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando o seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais. [...] § 2^o - Os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei: [...] IV - prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas.

No seu artigo 49, XVI, cita os recursos hídricos ao definir a competência exclusiva do congresso para autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais. Articulado com o artigo 231, § 2^o, que a Constituição garante aos índios, nas suas terras ocupadas, o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes. Por fim, a Constituição de 1988, no artigo 200, incisos

IV e VI, atribui competências ao Sistema Único de Saúde (SUS) respectivamente, a participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico e que o mesmo é competente para fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano.

2.5 NA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS.

A Constituição do Amazonas, trata dos recursos hídricos no capítulo IV, conforme os 176 a 178 abaixo:

Art. 176. A lei disporá sobre as jazidas em lavra ou não, os recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica, visando ao seu aproveitamento racional e à proteção de recursos hídricos e minerais, obedecido a legislação federal. Art. 177. O Poder Público, por meio de sistemas estaduais de gerenciamento de recursos hídricos e minerais, atenderá, dentre outras, às seguintes diretrizes: I - adoção da bacia hidrográfica como base de gerenciamento e classificação dos recursos hídricos; II - proteção e utilização racional das águas superficiais, subterrâneas e das nascentes; III - conservação dos ecossistemas aquáticos; IV - fomento das práticas náuticas, pescas desportivas e recreação pública, em rios e áreas delimitadas para tais finalidades; V - fomento à pesquisa, exploração racional e ao beneficiamento dos recursos minerais do seu subsolo, por meio da iniciativa pública e privada; VI - adoção de instrumentos de controle sobre os direitos de pesquisa e exploração dos recursos minerais e energéticos; VII - adoção do mapeamento geológico básico, como suporte para o gerenciamento e a classificação dos recursos minerais; VIII - democratização das informações cartográficas, de geociências e recursos naturais; IX - estímulo à organização das atividades pesqueiras e de garimpo, sob a forma de cooperativas, visando à promoção econômico-social de seus membros, ao incremento da produtividade e à redução de impactos ambientais decorrentes dessas atividades. Art. 178. A exploração de recursos hídricos e minerais do Estado não poderá comprometer a preservação do patrimônio natural e cultural, sob pena de responsabilidade, na forma da lei.

A Constituição do Estado do Amazonas ainda apresenta os seguintes dispositivos em relação à gestão dos recursos hídricos: Art. 230, II – prevenir e eliminar as consequências prejudiciais do desmatamento, da erosão, da poluição sonora, do ar, do solo, das águas e de qualquer ameaça ou dano ao patrimônio ambiental; Art. 230, X - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direito de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais, bem como a recuperação do meio ambiente degradado de acordo com a solução técnica exigida pelo órgão competente; Art. 230, XI - controlar as atividades industriais que ocasionem poluição de qualquer ordem, especialmente aquelas que se localizem as margens de cursos d'água e Art. 230, XII controlar nos termos do art.21, XIX, da Constituição da República, o uso dos recursos hídricos através do gerenciamento de bacias hidrográficas.

Com relação à proteção dos recursos hídricos são apontados os seguintes incisos do Art. 231: I - as áreas de proteção das nascentes de rios; IV - as faixas de proteção das águas

superficiais; VI - as cabeceiras dos rios, objeto de desova de espécies aquáticas e VII - as margens depositárias da desova de quelônios são áreas de preservação permanente. No seu § 1º - as extensões de águas destinadas à instalação de parques, reservas biológicas, distritos florestais, estações ecológicas e experimentais são consideradas zonas de preservação ambiental. Por fim no § 3º estabelece que seja facultado ao Estado e Municípios criar, por critérios próprios, novas áreas de reservas, inclusive reservas pesqueiras nos lagos e rios para povoamento de peixes, limitando-se, nesses casos a pesca artesanal e de subsistência. Da leitura da Constituição do Amazonas constata-se que não está consagrada, expressamente, a instituição do Sistema Estadual de Recursos Hídricos, como o fizeram outras cartas constitucionais estaduais⁷. Entretanto, a carta constitucional do Estado, cria vários instrumentos institucionais para assegurar a gestão e proteção dos recursos ambientais e incumbe ao estado e aos municípios, o controle do uso dos recursos hídricos através do gerenciamento de bacias hidrográficas.

2.6 REGIME INFRACONSTITUCIONAL

Como se observou, a competência para legislar em matéria de recursos hídricos é, na sistemática constitucional brasileira, própria da União para rios sob seu domínio assim como para instituir a Política Nacional de Recursos Hídricos, sem, no entanto, excluir a competência dos estados legislarem sobre os rios sob seu domínio e possibilitar a legislação suplementar aos dispositivos federais ou mesmo para suprir suas eventuais omissões. Com efeito, os estados se anteciparam à União e, nos anos 1990, legislaram para balizar e implementar o planejamento do uso dos recursos sob seu domínio. O pioneiro foi o Estado de São Paulo, que criou uma Política de recursos hídricos que serviu de inspiração para as demais unidades da federação. As legislações estaduais se voltaram a dar expressão aos princípios e objetivos constitucionais, antes mesmo da promulgação da Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos, em 1997, regularizando o uso e a exploração da água. Sua vigência não se esgotou com o aparecimento da lei federal, por possuírem distintos âmbitos de aplicação e pelos aspectos específicos eventualmente regulamentados. Em linhas gerais, pode-se afirmar que existe uma considerável convergência entre as diversas leis estaduais e a lei federal, o que pode ser atribuído ao respeito que todas devotaram à constituição, bem como ao fato de que a legislação paulista fez o papel de modelo e, ao inspirar outras leis, gerou similitudes. Não obstante, em vista do objeto deste livro, as leis estaduais têm pouca

⁷ Como por exemplo, as Constituições dos Estados São Paulo, Rio Grande do Sul, Paraná, Rio de Janeiro.

pertinência, dado o caráter internacional da Bacia Amazônica e, nos limites do Brasil, sua integral vinculação à União e às competências legislativas federais. (FERNANDA SOLA, PG.86/88).

2.6.1 Lei Nº 9433/07- Política Nacional de Recursos Hídricos-PNRH e Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos-SINGRED

2.6.2 Política Nacional de Recursos Hídricos.

A Política de Recursos Hídricos (art. 1º) fundamenta-se no fato de ser a água um bem de domínio público, ser um recurso natural limitado, dotado de valor econômico, que, em situação de escassez, seu uso deve ser prioritariamente o consumo humano e matar a sede de animais. Não obstante isso, a gestão dos recursos hídricos, de forma descentralizada e participativa do Poder Público, dos usuários e das comunidades, deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas.

2.6.2.1 Panorama Atual

Engana-se quem se contenta em ver na Lei 9.433, de 08.01.1997, conhecida como a Lei das Águas, apenas um instrumento disciplinador do uso das águas sob o aspecto jurídico-formal. O estudioso ou o observador atento vislumbrará, de pronto, uma formulação cabalmente inovadora, quer na doutrina do Direito, quer nos rumos da gestão. Não é de admirar, por conseguinte, que a efetiva implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos por ela instituída, assim como a implantação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos – SINGREH, ainda, encontrem dúvidas conceituais, resistências, ações de solapamento do objetivo nacional e outros óbices. Na realidade, serão necessárias ações de esclarecimento e transformação cultural, inovações tecnológicas, adequações econômicas e, em determinados casos, decisões políticas corajosas, para o concreto enfrentamento da dificuldade da má gestão das águas. A propósito, lembra Freitas: “O Brasil, nos últimos anos, vem tomando consciência do problema. Afinal, um povo que possui os maiores rios do mundo tem dificuldade em imaginar que pode ficar sem água. Mas, apesar de termos cerca de 13,7% da água doce disponível no mundo, a verdade é que os problemas vêm se agravando. No Nordeste a falta de água é crônica. No Sudeste ela é abundante, porém de má qualidade. A invasão de áreas de mananciais hídricos pela população carente é um dos maiores problemas de São Paulo. Os dejetos industriais lançados no rio Paraíba do Sul tornam precária a água

que abastece o Rio de Janeiro e outras cidades. Falta água para irrigar os arrozais do Rio Grande do Sul”.³⁶

Outros aspectos, inerentes à Política Nacional de Recursos Hídricos, surgirão com a implementação das diretrizes e dos instrumentos definidos pela legislação, o que é facilmente inferido da análise do texto legal. Sem embargo, a nova ordem constitucional associada à Lei 9.433/1997 não poderá ficar – e efetivamente não ficará – letra morta, porquanto o agravamento da situação referente ao recurso água forçará um estado de emergência, acarretando incalculáveis prejuízos e toda sorte de sacrifícios.

A oportunidade reformadora da Política Nacional de Recursos Hídricos é eloquente por si mesma. A economia, por seu turno, deverá encontrar alternativas para administrar um recurso tão essencial como a água, pois já começa a abrir espaço para usos múltiplos e racionais de toda essa preciosidade hídrica, especialmente através dos Planos de Recursos Hídricos.

A vinculação da gestão de recursos hídricos com a gestão do meio ambiente, definida no texto legal, aumentará a responsabilidade dos agentes das duas políticas nacionais, envolvendo ainda a crescente participação das comunidades, em particular na área das bacias hidrográficas.

Percebemos, assim, que a gestão racional e moderna dos recursos hídricos é indissociável das práticas do desenvolvimento sustentável. Aliás, é um requisito essencial para a sobrevivência do ecossistema planetário, que tem já o seu ciclo hidrológico seriamente afetado. (MILARÉ, 2015, p. 929-930).

2.6.2.2 *Objetivos, Fundamentos e Diretrizes*

São objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos (art. 2º): I - assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos; II - a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável; III - a prevenção 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 Nacional de Recursos Hídricos (art. 3º): I - a gestão sistemática dos recursos hídricos, sem dissociação dos aspectos de quantidade e qualidade (até porque a má qualidade das águas as desgasta, com efeito redutor de sua quantidade); II - a adequação da gestão de recursos hídricos às

diversidades física, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das diversas regiões do país; III - a integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental; N - a articulação do planejamento de recursos hídricos com o dos setores usuários e com os planejamentos regionais, estadual e nacional; V - a articulação da gestão de recursos hídricos com a do uso do solo; VI - a integração da gestão das bacias hidrográficas com a dos sistemas estuarinos e zonas costeiras. União e Estado articular-se-ão tendo em vista o gerenciamento dos recursos hídricos de interesse comum (art. 4º). (SILVA, 2013, p. 143-144)

2.6.3 O Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos

A Lei 9.433/1997 disciplinou a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, dando execução ao disposto no art. 21, XIX, da Lei Maior, que atribuiu à União a incumbência de instituir o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso.

Vários Estados, por sinal, já se haviam antecipado à União e editado leis para gerir as águas de seu domínio. A lei federal, agora, reflete várias disposições dessas leis estaduais, equalizando-as e dando alcance nacional às formulações legais e experiências gerenciais que foram acertadas em âmbito estadual, procurando dar uma coerência sistêmica.

De acordo com o art. 2º, estão entre seus principais objetivos: (a) assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água com qualidade adequada para seu uso; (b) o uso racional e integrado dos recursos hídricos, com vistas ao desenvolvimento sustentável; (c) a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos, quer sejam de origem natural, quer decorrentes do uso inadequado, não só das águas, mas também dos demais recursos naturais.

A seu turno, no teor do art. 1º fundamentam a Política Nacional de Recursos Hídricos os seguintes princípios básicos:

I – A água é um bem de domínio público – A publicização dos recursos hídricos no Brasil foi objeto de preocupação do constituinte de 1988, ao estabelecer que todas as águas são públicas, do domínio da União ou dos Estados, incluído, por extensão, o Distrito Federal, conforme sua localização. Ao caracterizar a água como “bem de domínio público”, o inciso em comento apenas, e em boa hora, reitera o princípio constitucional.

II – A água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico – Sinaliza-se, aqui, na linha do disposto no art. 3º, V, da Lei 6.938, de 31.08.1981, que o recurso hídrico

(águas interiores, superficiais e subterrâneas) constitui um recurso ambiental natural finito e vulnerável. Como tal, deve ser considerado nas diversas políticas públicas como bem dotado de valor econômico, cujo uso impõe a devida contraprestação, como se dá, por exemplo, com o pedágio em estradas e o estacionamento em vias públicas de grande movimento. Trata-se de princípio indutor do uso racional do recurso, dado que serve de base à instituição da cobrança pela utilização da água. Hoje, o que se paga é apenas a prestação dos serviços de captação e respectivo tratamento, que, infelizmente, contribui para a cultura do desperdício.

III – Em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais – O princípio geral em tema de gestão de recursos hídricos aponta para a necessidade de proporcionar o uso múltiplo das águas, salvo em situação de escassez, em que se priorizará o consumo humano e a dessedentação de animais. Neste caso, as outorgas incompatíveis poderão ser suspensas parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado, segundo determinação do art. 15, V, da Lei 9.433/1997.

IV – A gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas – O princípio do uso múltiplo das águas visa a impedir qualquer outorga que implique privilégio de um setor usuário sobre os demais.³⁷ No Brasil, tradicionalmente, o setor elétrico vem comandando o processo de gestão dos recursos hídricos superficiais, criando uma assimetria de tratamento, com inegáveis prejuízos para outros setores usuários. Nesse sentido, a Lei 9.984, de 17.07.2000, estabeleceu, entre as competências da Agência Nacional de Águas – ANA, a de “definir e fiscalizar as condições de operação de reservatórios por agentes públicos e privados, visando a garantir o uso múltiplo dos recursos hídricos, conforme estabelecido nos planos de recursos hídricos das respectivas bacias hidrográficas”.³⁸

V – A bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos – A eleição da bacia hidrográfica como unidade territorial para a gestão das águas é a grande e radical inovação da lei, e também o maior desafio para a implementação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, como veremos. De fato, considerando-se que o perímetro da área a ser planejada é definido pelos limites da bacia, fica mais fácil se fazer o confronto entre as disponibilidades e as demandas, essenciais para o que se denomina balanço hídrico.

VI – A gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades – O modelo de gestão proposto pressupõe a institucionalização dos Comitês de Bacia, das Agências de Água e,

ainda, dos Conselhos Nacional e Estaduais de Recursos Hídricos, nos quais se prevê a participação efetiva dos diversos usuários das águas, do Poder Público e da sociedade civil de uma bacia hidrográfica no processo decisório. O sucesso desse inovador modelo vai depender, portanto, do entendimento e da capacidade da sociedade de se articular através desses órgãos colegiados, onde terá vez e voz.

Por fim, o art. 3.º da Lei 9.433/1997 estabelece diretrizes gerais de ação para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, 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 usuários e com os planejamentos regional, estadual e nacional;

V – a articulação da gestão de recursos hídricos com a do uso do solo;

VI – a integração da gestão das bacias hidrográficas com a dos sistemas estuarinos e zonas costeiras.”

Merecem especial destaque os incs. I e III, levando-se em consideração as várias diversidades existentes intra e inter regiões do País.

Essas duas diretrizes visam à superação da dicotomia entre a gestão da qualidade e a da quantidade, hoje existente e, de certo modo, persistente na mentalidade de vários setores da Administração Pública, que não acompanharam a evolução da política ambiental. Para esses setores mais tradicionais, é verdade, a gestão da quantidade ainda é predominante.

Além disso, “a articulação da gestão de recursos hídricos com a do uso do solo”, referida no inc. V, aponta um caminho difícil, não obstante indispensável, já que a gestão das águas não pode prescindir de uma adequada disciplina de uso do solo e de ocupação do espaço. Aliás, por essa razão, algumas leis de proteção de mananciais são, essencialmente, leis disciplinadoras do uso do solo. (MILARÉ, 2015, p. 931-933).

2.6.3.1 Objetivos e Composição

A citada Lei 9.433, de 1997, cria o Sistema de Gerenciamento de Recursos Hídricos, com os seguintes objetivos (art. 32): I - coordenar a gestão integrada das águas; II - arbitrar administrativamente os conflitos relacionados com os recursos hídricos; III - implementar a

Política Nacional de Recursos Hídricos; IV - planejar, regular e controlar o uso, a preservação e a recuperação dos recursos hídricos; V - promover a cobrança pelo uso de recursos hídricos.

2.6.4 O Conselho Nacional de Recursos Hídricos

É o órgão maior do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos – Singreh, ao qual conferiu ao legislador importante papel normativo e de articulador do planejamento de recursos hídricos com os planejamentos nacional, regionais, estaduais e dos setores usuários.⁸

O Dec. 4.613, de 11.03.2003, ao regulamentar o Conselho Nacional de Recursos Hídricos, explicitou, na linha do disposto no art. 35 da Lei 9.433/1997, as competências que balizam as ações do referido Conselho em seu relacionamento com as demais entidades e órgãos que integram o Singreh.

Presidido pelo Ministro do Meio Ambiente, é composto por 57 membros, sendo 29 representantes dos Ministérios e Secretarias Especiais da Presidência da República, com atuação no gerenciamento ou no uso de recursos hídricos; 10 representantes de Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos; 12 representantes de usuários de recursos hídricos (irrigantes; instituições encarregadas da prestação de serviço público de abastecimento de água e de esgotamento sanitário; concessionárias e autorizadas de geração de energia hidroelétrica; setor hidroviário; indústria; pescadores e usuários de recursos hídricos com finalidade de lazer e turismo); e 06 representantes de organizações civis com atuação na área de recursos hídricos (comitês, consórcios e associações intermunicipais de bacias hidrográficas; organizações técnicas de ensino e pesquisa com interesse e atuação comprovada na área de recursos hídricos; organizações não governamentais com objetivos, interesses e atuação comprovada na área de recursos hídricos).⁹

O titular da Secretaria de Recursos Hídricos do Ministério do Meio Ambiente será o Secretário Executivo do Conselho. (MILARÉ, 2015, p. 946-947).

Aquela lei instituiu o Conselho Nacional de Recursos Hídricos (regulamentado pelo Decreto 2.612, de 1988), com competência para promover a articulação dos planejamentos nacional, regionais, estaduais e dos setores usuários elaborados pelas entidades que integram o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e formular a Política Nacional de Recursos Hídricos, nos termos da Lei 9.433, de 1997 (Lei 9.984, de 2000, art. 2º). Ele se compõe de representantes dos Ministérios e Secretarias da Presidência da República com

⁸ Art. 35, I, da Lei 9.433/1997 e art. 2.º da Lei 9.984/2000.

⁹ Art. 34 da Lei 9.433/1997 c/c art. 2.º do Dec. 4.613/2003.

atuação no gerenciamento ou no uso de recursos hídricos; dos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos; dos usuários dos recursos hídricos; das organizações civis de recursos hídricos, com a observação de que o número de representantes do Poder Executivo Federal não poderá exceder à metade mais um do total dos membros do Conselho, que é dirigido por um *Presidente*, que será o Ministro titular do Ministério do Meio Ambiente, e um Secretário Executivo, que será o titular do órgão integrante da estrutura do Ministério do Meio Ambiente, responsável pela gestão dos recursos hídricos.

Sua competência se delimita nas seguintes atribuições: I - promover a articulação do planejamento de recursos hídricos com os planejamentos nacional, regional, estaduais e dos setores usuários; II - arbitrar, em última instância administrativa, os conflitos existentes entre Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos; m - deliberar sobre os projetos de aproveitamento de recursos hídricos cujas repercussões extrapolem o âmbito dos Estados em que serão implantados; IV - deliberar sobre as questões que lhe tenham sido encaminhadas pelos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos ou pelos Comitês de Bacia Hidrográfica; V - analisar propostas de alteração de legislação pertinentes a recursos hídricos e à Política Nacional de Recursos Hídricos; VI - estabelecer diretrizes complementares para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, aplicação de seus instrumentos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos; VII - aprovar propostas de instituição dos Comitês de Bacia Hidrográfica e estabelecer critérios gerais para a elaboração de seus regimentos; VIII - acompanhar a execução do Plano Nacional de Recursos Hídricos e determinar as providências necessárias ao cumprimento de suas metas; IX - estabelecer critérios gerais para a outorga de direitos de uso de recursos hídricos e para a cobrança do respectivo preço. (SILVA, 2013, p. 149-150).

2.6.5 A Agência Nacional de Águas(Ana)

Com a promulgação das lei n. 9.984/2000, a Agência Nacional de Águas – ana passou a integrar o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Sua figura institucional é a de autarquia sob regime especial, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente. Tem atribuições de órgão técnico, executivo e implementador da Política Nacional de Recursos Hídricos, nos termos definidos nos arts. 3.º e 4.º do referido diploma legal.

Bem distintos, portanto, os papéis do Conselho Nacional de Recursos Hídricos – CNRH e da Agência Nacional de Águas – ANA. Assim, a arquitetura das grandes linhas de

ação, isto é, a formulação de políticas e a articulação de planejamento são atributos intrínsecos do CNRH. A engenharia de ações – a operacionalização, a implementação ou a execução das políticas – é matéria reservada à ANA, conforme rol de competências normativas outorgado por lei.⁷¹

No ponto, vale observar que o art. 4.º da Lei 9.984/2000 esmerou-se, ao longo de quase duas dezenas de incisos, em definir as atribuições da ANA em sua ação articulada com os demais órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. De consequência, desborda de seu poder regulamentar e mancha-se de ilegalidade o Dec. 3.692/2000 – editado com o objetivo de dispor sobre a instalação, a estrutura regimental, o quadro demonstrativo de cargos comissionados e de cargos comissionados técnicos –, ao entregar à ANA atribuições que refogem ao elenco previsto em lei. É o que se vê, a título de exemplo, nas disposições constantes do art. 2.º, X, XII, XV e § 3.º, do Anexo I, que demandariam revisão. No entanto, o referido dispositivo não foi contestado até o presente, fazendo valer a Res. ANA 09, de 17.04.2001, que aprova o regimento interno, o quadro demonstrativo de cargos em comissão e a estrutura organizacional da ANA.

A Lei 9.984/2000 apregoa atuação articulada da ANA com os demais órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Tal significa que a ANA deverá regular o uso de recursos hídricos de domínio federal e, ao mesmo tempo, assegurar que os outros atores estejam cumprindo também a sua missão para o efetivo funcionamento do Sistema. Por exemplo, nas bacias hidrográficas com estresse hídrico devem estar funcionando os respectivos Comitês de Bacia. (MILARÉ, 2015, p. 947).

2.6.6 Comitês de Bacia Hidrográfica

Um Comitê funciona como se fosse o parlamento da correspondente bacia, onde serão tomadas as principais decisões políticas sobre a utilização das águas. Deve ele selecionar uma entidade sem fim lucrativo que atue como braço executivo, na forma de agência de bacia ou agência de água.

Aqui reside um dos pontos mais sensíveis do Sistema.

Diz o art. 37 da Lei 9.433/1997 que os Comitês de Bacia terão como área de atuação:

“I – a totalidade de uma bacia hidrográfica;

II – sub-bacia hidrográfica de tributário do curso de água principal da bacia, ou de tributário desse tributário; ou

III – grupo de bacias ou sub-bacias hidrográficas contíguas.”

Compete ao Presidente da República instituir Comitês de Bacia em rios de domínio da União. Implicitamente, cabe a quem de direito, no âmbito estadual, instituir Comitês de Bacia em rios de domínio dos Estados. A lei não fala porque a ela não compete dizer quem os institui, em face da competência constitucional dos Estados de se autogovernarem.

No entanto, vale lembrar que a bacia hidrográfica é um espaço territorial desenhado pela geografia física e não pela geografia política. No Brasil, a mesma bacia hidrográfica quase sempre compreende partes de Estados diferentes.

A isso acresce que, também quase sempre, numa mesma bacia existem rios de domínio da União e outros de domínio dos Estados, e nem sempre o rio de domínio da União é o curso de água principal. Há muitos rios federais tributários de rios estaduais.

Se a União constituir Comitês de Bacia em rios de seu domínio e, por igual, os Estados os implementarem nos rios estaduais, a gestão por bacia estará comprometida, na medida em que dita gestão implica necessariamente a superação dos limites geográficos e políticos determinados por seu domínio.

A gestão das águas por bacia hidrográfica só terá sentido se for substituída a tradicional postura vertical do mando e domínio por uma outra, horizontal e de negociação.

Voltando ao art. 37 da Lei 9.433/1997, poderá haver um Comitê Federal no rio principal, dois ou mais Comitês Estaduais em seus tributários; ou mesmo outro Comitê Federal em um desses tributários, outros Comitês, Estaduais ou Federais, nos tributários dos tributários.

Nada há a objetar quanto à constituição desses diferentes Comitês; porém, seria desejável que, não havendo oposição da União, os Estados pudessem criar Comitês de Bacia em rios de domínio federal que não tenham importância estratégica para a União.

As competências e composição dos comitês encontram-se disciplinadas, respectivamente, nos arts. 38 e 39 da Lei 9.433/1997.

Vale ressaltar que as disposições da lei sobre a constituição dos Comitês dizem respeito apenas àqueles constituídos pela União, já que os Estados têm autonomia constitucional para lhes dar a organização que melhor lhes convier. Nessa linha, pensamos que os arts. 38 e 39, ao se referirem não apenas aos Comitês federais, podem estar manchados de inconstitucionalidade.

Nada obstante, tanto a definição das competências quanto o estabelecimento de atribuições dos Comitês são saudáveis, convindo que os Estados as adotem, por interesse próprio, reservando-se o direito de formular normas suplementares. Isso permitiria que a União, mais facilmente, não se opusesse à instituição de Comitês pelos Estados, abrangendo rios de domínio da União.

A tudo isso acresce que a composição dos Comitês de Bacia definida no art. 39 é bastante democrática, abrangendo representantes das três esferas governamentais, dos usuários das águas e das entidades civis de recursos hídricos, e limitando a representação governamental à metade do total de membros.

De lege ferenda, seria desejável a alteração dos arts. 37 e 40 em comento, para abrir, clara e insofismavelmente, a possibilidade de uma efetiva gestão por bacia, dissociada do domínio das águas no que tange ao Plano de Bacia e à cobrança pelo uso da água. A outorga continuaria de competência do titular do domínio, mas condicionada aos planos de bacia, como de fato é. (MILARÉ, 2015, p. 948-949).

Área de atuação: os Comitês de Bacia Hidrográfica têm como área de atuação (an. 37): I - a totalidade de uma bacia hidrográfica; II - sub-bacia hidrográfica de tributário do curso de água principal da bacia, ou de tributário desse tributário; ou li - grupo de bacias ou sub-bacia hidrográfica contíguas. É da competência do Presidente da República a instituição de Comitês de Bacia Hidrográfica em rios de domínio da União.

2.6.7 Agências de Água

As Agências de Água exercerão a função de secretaria executiva do respectivo ou respectivos Comitês de Bacia Hidrográfica. São órgãos com personalidade jurídica, criadas para arrecadar e gerir os recursos advindos da cobrança pelo uso da água. Por isso, são requisitos para sua criação a prévia existência do Comitê de Bacia e a sua viabilidade financeira assegurada pela cobrança do uso das águas, podendo abranger a área de atuação de mais de um Comitê de Bacia.

A lei não define qual a natureza jurídica da Agência de Bacia. Não obstante, sendo ela na sua essência necessariamente ligada a um ou mais Comitês de Bacia, não deve ter personalidade jurídica de direito público, mas constituir-se sob a forma de entidade de direito privado, porém sem fins lucrativos. De preferência, deve adotar as figuras jurídicas previstas nas Leis 9.637, de 15.05.1998, e 9.790, de 23.03.1999, respectivamente, organização social – os ou organização da sociedade civil de interesse público – oscip, entidades não

governamentais autorizadas a executar funções de interesse público (KELMAN e FRAJTAG, 2000). Cabe notar, no entanto, que as Agências de Bacia, seja qual for a sua natureza jurídica, são sempre dependentes do Comitê, do qual são as secretarias executivas.

O art. 44 da Lei 9.433/1997 enumera suas atribuições. Algumas delas são típicas de órgão de apoio técnico:

- I – manter balanço atualizado da disponibilidade de água;
- II – promover estudos para a gestão das águas;
- III – elaborar o Plano de Recursos Hídricos;
- IV – propor o enquadramento dos corpos de água nas classes de uso.

Essas primeiras atribuições, em rigor, independem da cobrança pelo uso da água.

Outras atribuições são essencialmente ligadas a essa cobrança:

- (i) efetuar a cobrança pelo uso da água por delegação do outorgante;
- (ii) emitir parecer sobre os projetos e obras a serem financiados com recursos arrecadados com a cobrança;
- (iii) acompanhar a administração financeira dos recursos arrecadados com a cobrança;
- (iv) propor os valores a serem cobrados pelo uso das águas.

A Agência de Águas é órgão controlador da cobrança e da administração financeira dos recursos arrecadados, mas não é nem pode ser instituição financeira; não é depositária nem aplicadora dos recursos. Para tanto, deve ser escolhida uma instituição financeira, banco ou Caixa Econômica, que será depositária dos recursos e os aplicará, para rendimento financeiro, obedecidas as instruções da Agência e as diretrizes do Plano de Bacia.

Mais uma vez é preciso levantar a questão da gestão da bacia. A cobrança é feita por delegação do outorgante do direito de uso da água. Portanto, da União, nos rios federais, e dos Estados, nos estaduais. No entanto, para que haja efetiva gestão dos recursos hídricos da bacia, é indispensável que ambos os poderes outorgantes, titulares do domínio de águas situadas em uma mesma bacia, concordem sobre a política de preços a adotar, sob pena de se instalar uma “guerra de preços”, que acabaria solapando o grande princípio da gestão por bacia. (MILARÉ, 2015, p. 951-952).

2.6.8 Organizações Cíveis de Recursos Hídricos

São consideradas organizações cíveis de recursos hídricos: I - consórcios e associações intermunicipais de bacias hidrográficas; II - associações regionais, locais ou setoriais de usuários de recursos hídricos; III - organizações técnicas e de ensino e pesquisa com interesse

na área de recursos hídricos; IV - organizações não governamentais com objetivos de defesa de interesses difusos e coletivos da sociedade; V - outras organizações reconhecidas pelo Conselho Nacional ou pelos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos. Quando legalmente constituídas, poderão integrar o Sistema Nacional de Recursos Hídricos (arts. 47 e 48).

Como se nota, o Sistema Nacional de Recursos Hídricos é uma organização complexa, pela grande quantidade de órgãos que o integram: Conselho Nacional, Conselhos Estaduais, Comitês de Bacia, Agência de Águas, além das organizações civis. Isso toma o funcionamento do Sistema muito complicado e burocratizado. (SILVA, 2013, p. 153).

2.7 PRINCIPIOS JURÍDICOS NA LEGISLAÇÃO HÍDRICA

2.7.1 Princípio do acesso equitativo aos recursos naturais

Segundo o Relatório Bundtland, em busca de um desenvolvimento sustentável, "mesmo na mais estreita noção de sustentabilidade física está implícita uma preocupação com a equidade social entre gerações, que deve, evidentemente, ser extensiva à equidade em cada geração." E, "a dificuldade para promover o interesse comum no desenvolvimento sustentável provém com frequência do fato de não se ter buscado adequadamente a justiça econômica e social dentro das nações e entre elas."

Em termos amplos, consoante a Declaração do Rio-92, o Princípio da Equidade Intergeracional está formulado no Princípio 3, nos seguintes termos: "O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras."

Nos termos da Constituição brasileira de 1988, o meio ambiente é referido no art. 225, como um "bem de uso comum". Os bens dessa natureza jurídica são considerados bens públicos (BRASIL, 1988) e, conforme Mello, (2015, p. 942) "servem para ser utilizados indistintamente por quaisquer sujeitos, em **concorrência igualitária e harmoniosa com os demais**, de acordo com o destino do bem e condições que não lhe causem uma sobrecarga invulgar."

Contudo, como afirma Antonio Herman Benjamin, "o bem de uso comum, embora possa ser utilizado individualmente, é finalisticamente voltado para a coletividade em geral e não para o indivíduo."

Relativamente à água, explica Ayala (2007, p. 291) que, embora possa ser compreendida como bem econômico, em face da necessidade de uso por toda a coletividade,

esta não pode ser qualificada como um recurso natural da mesma forma que os demais. E, nessa linha, Ayala qualifica a água como um *"bem social, e patrimônio comum de toda a sociedade*, sendo, portanto, um recurso que é comum a toda a coletividade de usuários, e que não pode ser definido, seja como recurso público, seja como privado."

Acrescenta Ayala que o direito à água, como direito fundamental intergeracional, sua

(...) proteção privilegia a perspectiva da satisfação de necessidades fundamentais, compreendidas tais necessidades a partir de uma visão de gestão integrada de necessidades múltiplas, que precisam relacionar a proteção da vida, a garantia de desenvolvimento e a proteção do meio ambiente. (AYALA, 2007, p. 291)

Por outro lado, consoante o princípio jurídico do acesso equitativo aos recursos naturais, não basta, simplesmente, a possibilidade de alcance à fonte de recursos naturais, mas é necessário: a) saber como utilizá-los e, b) haver a garantia do acesso isonômico, com oportunidades iguais a todos que se encontrem em condições idênticas ou assemelhadas.

Machado (2008) destaca três formas de acesso aos bens ambientais:

- 1) Acesso visando ao consumo do bem, como captação de água, caça, pesca, etc;
- 2) Acesso em razão da poluição, aí compreendida a acessão à água ou ao ar para lançamento de efluentes e acesso para a emissão de sons, dentre outros, e;
- 3) Acesso para a contemplação da paisagem.

É importante ressaltar que, em face das características da água e da necessária integração de seu uso e da composição das necessidades de seus beneficiários, a prioridade de acesso, não significa exclusividade do uso. Neste caso, os usuários deverão utilizar o recurso de maneira sustentável, visando propiciar o acesso equitativo, tanto no seio da presente geração, como em relação às futuras gerações.

2.7.2 Princípios do Poluidor Pagador e do Usuário Pagador

O princípio do poluidor pagador encontra sua clara formulação no Princípio 16, da Declaração do Rio de Janeiro de 1992, que prevê:

As autoridades nacionais devem esforçar-se para promover a internalização dos custos de proteção do meio ambiente e o uso dos instrumentos econômicos, levando-se em conta o conceito de que o poluidor deve, em princípio, assumir o custo da poluição, tendo em vista o interesse público, sem desvirtuar o comércio e os investimentos internacionais.

O princípio do poluidor pagador obriga aquele que polui a responder pelos custos da poluição causada ou que poderá vir a ocorrer. Contudo, tal pagamento não autoriza o agente a poluir. E, como observa Antonio Herman Benjamin, o princípio em questão tem como objetivo maior levar a que os custos da proteção ambiental, as externalidades ambientais, reflitam nos custos finais de produtos e serviços "cuja produção esteja na origem da atividade poluidora".

No que se refere às externalidades, explica Benjamin (1993, p. 6) que, para o direito ambiental, "são os custos sociais do processo de desenvolvimento e que, só recentemente, através do princípio do poluidor pagador, passaram a ser computados - já que exigíveis - no preço final de produtos e serviços. Diz-se assim, que esses são custos *internalizados*".

Assim, o princípio do poluidor pagador, como afirma José Eduardo Dias, possui direta relação com a ideia de responsabilização. Com efeito, o princípio em exame, impõe ao agente responsável pela ação degradadora, o dever de assumir as consequências que, direta ou indiretamente, causem danos ao meio ambiente.

O poluidor deve, assim, suportar, tanto os custos das medidas protetivas do meio ambiente, como daquelas que o Poder Público venha a adotar para sanar impactos negativos provocados por atividade poluente, a que tenha dado causa. Dessa forma, o princípio do poluidor pagador, além de estar vinculada à ideia de redistribuição dos custos de combate à poluição, encontra estreita ligação com os princípios da prevenção e da precaução.

Por outro lado, da compreensão do princípio do poluidor pagador também resulta que a externalização social dos sacrifícios deve ser evitada, incumbindo àqueles que auferem de alguma forma, benefícios com o uso dos recursos naturais, a impositiva e necessária internalização dos custos da poluição.

A partir da afirmativa acima, pode-se verificar a íntima relação que o princípio do poluidor pagador guarda em relação ao princípio do usuário pagador.

Sobre o poluidor, Machado aponta como sujeito ativo do pagamento aquele que tem o controle tecnológico e econômico da atividade desenvolvida e que tenha, também, o controle da situação poluidora. Este deve, portanto, prevenir a ocorrência capaz de causar degradação ambiental.

2.7.3 Princípio da Prevenção e da Precaução

Gomes (2000, p. 9) define o princípio da prevenção como aquele que, a partir de uma atuação antrópica, que possa vir a gerar impactos depreciativos com resultados indesejáveis, certas atitudes devem ser tomadas para reduzir ou evitar o prejuízo ao meio ambiente.

Esse princípio retrata a necessidade de o Poder Público agir antecipadamente à ocorrência de qualquer situação que venha a depreciar os recursos ambientais. Machado chama a atenção que para a satisfação deste princípio é necessário um sistema de informações organizado e uma pesquisa satisfatória e com isso ele divide a aplicação deste princípio em cinco itens:

- 1) Identificação e inventário das espécies animais e vegetais de um território, quanto à conservação da natureza e identificação das fontes contaminantes das águas e do mar, quanto ao controle da poluição;
- 2) Identificação e inventário dos ecossistemas, com a elaboração de um mapa ecológico;
- 3) Planejamento ambiental e econômico integrados;
- 4) Ordenamento territorial ambiental para a valorização das áreas de
- 5) Acordo com a aptidão; e
- 6) Estudo de Impacto Ambiental. Deve-se frisar que os meios para se realizar a prevenção podem variar de região para região, de acordo com as possibilidades tecnológicas do local e econômicas do Poder Público.

Aragão aponta que é mais razoável, ao invés de se mensurar os danos e realizar ações para consertá-los, é mais lógico se tentar antecipá-los e, assim, evitá-los. Tal pensamento está relacionado a vários aspectos, como: a prevenção é extremamente necessária em casos de possível ocorrência de danos ambientais, visto que é impossível a reconstituição natural da situação anterior, como ocorre na extinção de espécies animais e vegetais; mesmo que seja possível a reconstituição *in natura*, os custos são muito elevados e, também, a prevenção é, muitas vezes, mais viável economicamente, pois, em certos casos, os custos com a cautela podem ser muito menores do que com a reparação.

Krämer indica o princípio da prevenção como aquele que deve ser satisfeito antes da ocorrência de qualquer alteração ao meio ambiente, e não de maneira a reparar o dano já existente. O autor chama a atenção, também, para o fato de que as medidas preventivas estão relacionadas aspectos de ordem econômica, pois, em regra, é mais custoso se reparar o dano de que se prevenir alterações ambientais.

Para Krämer, o "princípio da cautela", apresenta duas vias de ocorrência do princípio. A primeira relacionada com medidas gerais que são independentes de problemas concretos e

reais e a segunda, como princípio justificador de medidas concretas, apesar de não se ter conhecimento científico completo a respeito do dano ambiental causado. Verifica-se aqui que Krämer, na realidade, está se referindo, no primeiro caso ao princípio da precaução e, no seguinte, ao princípio de prevenção.

No que se refere ao princípio da precaução, Gomes entende que esse princípio constitui uma forma qualificada do princípio da prevenção, onde, na falta de certeza do resultado por meios científicos, a decisão deve ficar sempre do lado do meio ambiente.

Aragão distingue os princípios da precaução e da prevenção. O primeiro exige uma proteção em momento anterior àquela necessária para que se cumpram os preceitos do princípio da prevenção. Ressalta, ainda, que o princípio da prevenção estabelece a eliminação dos danos previsíveis, enquanto que o do princípio precaução impõe cuidados aptos a eliminar possíveis impactos, mesmo que não previstos de forma cabal por meios científicos e tecnológicos.

O conceito de precaução, portanto, leva em consideração a incerteza dos resultados provocados por qualquer ação realizada no ambiente, devido à falta de conhecimento científico ou tecnológico, que ligue a ação desenvolvida com o produto final em termos de poluição e degradação ambiental.

Gomes referindo-se a Barton, apresenta quatro critérios para a aplicação do princípio da precaução. I - "As medidas devem ser tomadas para prevenir danos consideráveis e irreversíveis no meio ambiente, na ausência de provas científicas que atestem o nexo causal entre a atividade e os seus efeitos no ambiente".

A atuação estatal deverá ocorrer com a simples falta de comprovação científica do resultado danoso a ser provocado. Portanto, não será qualquer ação que possa vir a causar alteração desconhecida ao meio ambiente que deva ser evitada. A tecnologia avança a cada momento, sendo impossível a previsão de todos os impactos ambientais que possam vir a ocorrer. II - "O ônus da prova cabe a quem pretenda desenvolver uma determinada atividade cuja lesividade para o ambiente não está cientificamente comprovada".

O ônus da prova, material ou processual, é dever daquele que pretende desenvolver a atividade, a quem incumbe demonstrar que de sua atuação não resultará graves danos ambientais.

Essa característica está intimamente ligada aos direitos difusos, em que os sujeitos são indeterminados e o objeto indivisível. Pois, assim como o Direito do Consumidor, a inversão do ônus da prova, nos termos da teoria da responsabilidade objetiva, leva a que ao agente que

desenvolve atividade impactante incumbe a responsabilidade de comprovar a inexistência de degradação ambiental consequente de sua conduta. III - "Para responder à questão de saber se uma atividade causará danos graves e irreversíveis ao ambiente, o risco de erro será sempre computado em favor deste".

Dessa situação resulta que o fato de que até que se tenha certeza do real efeito causado pela atividade desenvolvida, qualquer que seja a decisão a ser tomada deverá ser posicionada em favor do meio ambiente. IV - "Uma medida tomada com base no princípio da precaução deverá sempre invocá-lo ou, pelo menos, decorrer da aplicação do princípio do desenvolvimento sustentado".

Por outro lado, é oportuno perceber que, de um lado há a necessidade de preservação dos recursos naturais a partir da "solidariedade intergeracional, prevenindo a poluição e salvaguardando a sua integridade e capacidade auto-regenerativa, no quadro de um desenvolvimento auto-sustentado" e, do outro, destaca-se o desenvolvimento econômico como necessidade social, a partir da geração de empregos, da iniciativa individual, e do desenvolvimento agrícola e industrial.

Porém, o desenvolvimento econômico não pode se dar a qualquer custo, pois a harmonização com o ambiente deverá ocorrer de maneira amistosa, sem gerar graves alterações ao meio e possibilitando, ao máximo, o desenvolvimento sustentável.

Deve-se chamar a atenção para probabilidade de irreversibilidade dos danos ambientais provocados por atividades antrópicas, que poderá significar o tolhimento de outros direitos.

Gomes põe em relevo a regra da racionalidade das escolhas, onde de um lado está o que se sacrifica e, de outro o que se faz prevalecer, atuando nos dois pólos - o meio ambiente e o desenvolvimento econômico.

2.7.4 Princípio da Participação

Não há dúvidas de que o ambiente não se constitui em propriedade da Administração, mas, simplesmente, é resguardado pelo Poder Público. As atividades realizadas em face da natureza devem ser, ao lado da tarefa estatal de fiscalização supervisionadas pela sociedade civil. O trato da questão ambiental deve ser efetivado "con un máximo de transparencia, discusión pública y amplios derechos adjudicados a los grupos de interes medioambientales

Para que o princípio da participação tenha plena eficácia, alguns outros princípios devem ser interligados a ele. Assim, o princípio da educação ambiental, segundo o qual é

necessário que o conhecimento da causa ambiental seja propagado, é condição necessária para a consciente atuação popular. O repasse das informações aos cidadãos e o consequente conhecimento que promove são essenciais à incorporação da questão ambiental pela população.

Do mesmo modo, princípio da informação se impõe como decisivo para uma participação popular que se pretenda conseqüente e positiva. Assim, o princípio da informação é importante na medida em que as ações ocorridas e as atitudes tomadas pelo Poder Público são difundidas à sociedade e permite maior eficácia ao princípio da participação. A sociedade, uma vez envolvida na solução de seus próprios problemas, certamente sentir-se-á, realmente, agente capaz de promover as transformações necessárias e tendentes a melhorar as condições existentes da qualidade de vida.

A necessidade sobre a divulgação das informações sobre os recursos hídricos é apontada como importante na observação de Berbert (2003, p. 93):

A divulgação sobre os recursos hídricos é tão importante quanto seu conhecimento, e dela deve participar a sociedade mobilizada. Ao lado da degradação física e química promovida pelas diversas atividades do homem (agricultura, indústria, turismo, etc.), o desperdício talvez seja o maior problema a ser enfrentado, sobretudo nas grandes cidades (e também na irrigação de culturas), onde a água atualmente aparece abundante. Essa divulgação deve ser realizada em todos os níveis (escolas, administrações municipais, estaduais, regionais e nacionais), por todas as instituições (internacionais, governamentais e não-governamentais) e por intermédio de todos os meios de comunicação. Sociedade prevenida é sociedade protegida.

Dourado Junior (2014, p. 150) atenta para a evolução dos meios de comunicação na participação da sociedade:

A proximidade entre a Administração Pública e a sociedade, nomeadamente em razão dos novos canais de interação, torna possível a construção de uma nova legitimidade, calcada no conhecimento e no comprometimento da coletividade em face dos rumos conjuntamente traçados, visto que participe das decisões promotoras dos resultados de interesse público.

A participação dos segmentos da sociedade, que fazem parte do sistema de usuários dos recursos hídricos, é um dos fatores mais importantes da legislação, pois, é através da discussão, a mais ampla e geral possível, que as decisões tomadas para o uso racional e sustentável da água, poderão ter maior possibilidade de pertinência e eficácia.

2.8 A POLÍTICA ESTADUAL E O SISTEMA DE GERENCIAMENTO DOS RECURSOS HÍDRICOS NO ESTADO DO AMAZONAS

2.8.1 Lei Nº 3167/07

No plano infraconstitucional estadual, a Lei nº 3.167, de 27 de agosto de 2007, disciplina a Política Estadual de Recursos Hídricos e estabelece o Sistema Estadual de Gerenciamento dos Recursos Hídricos do Estado do Amazonas. A Política de Recursos Hídricos no Estado do Amazonas fundamenta-se nos seguintes princípios: 1) a água é um bem de domínio público; 2) é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico; 3) em situação de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o recurso humano e a dessedentação de animais; 4) a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas; 5) a bacia hidrográfica é a unidade territorial de planejamento para implementação da Política Estadual de Recursos Hídricos; 6) a atuação do Sistema Estadual de Gerenciamento de Recursos Hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público dos usuários e da sociedade civil. Observa-se que a lei amazonense de recursos hídricos repete os princípios, no capítulo I, como os albergados pela Lei Federal nº 9.433/97.

Dentre os objetivos da lei amazonense das águas estão: assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos diversos usos; garantir a boa qualidade das águas, em acordo com seus usos múltiplos; disciplinar a utilização racional das águas superficiais e subterrâneas e compatibilizar o desenvolvimento econômico e social com a proteção ao meio ambiente, e a prevenção e a defesa contra eventos naturais.

Acrescenta mais oito incisos diferentes da lei nacional: assegurar o florestamento e o reflorestamento das nascentes e margens dos rios, estimular a capacidade regional em ciência e tecnologia para o efetivo gerenciamento dos recursos hídricos, desenvolver o setor hídrico respeitando os ecossistemas e a legislação ambiental, disciplinar a utilização das águas, difundir conhecimentos visando conscientizar a sociedade da importância do uso racional da água, viabilizar a articulação entre os entes federados, a sociedade civil visando a proteção, conservação e recuperação dos recursos hídricos e por fim compatibilizar o desenvolvimento sustentável (art.2º).

O Título II da lei se refere ao “Sistema Estadual de Gerenciamento de Recursos Hídricos do Estado do Amazonas” que seguiu com os mesmos objetivos da lei nacional.

Fazem parte do referido Sistema: O Conselho Estadual de Recursos Hídricos; os Comitês de Bacia Hidrográfica; a Secretaria Estadual de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SDS) , na qualidade de órgão gestor e coordenador; o Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas (IPAAM) e as Agências de Águas, ou, enquanto estas não forem constituídas, as organizações civis de recursos hídricos legalmente constituídos. No artigo 58 da lei verifica-se que são listados outros objetivos do Sistema de Gerenciamento dos Recursos Hídricos e por falha de redação repete-se o inciso V do artigo 57.

Na seção I do Título II trata do Conselho Estadual de Recursos Hídricos, onde descreve a composição e as atribuições do referido Conselho e na subseção única determina as competências da Secretaria Executiva do Conselho Estadual de Recursos Hídricos. Nas demais seções são, respectivamente, tratadas às atribuições e competências: do órgão gestor (SDS) , do órgão executor o (IPAAM) e dos Comitês de Bacia Hidrográfica Os Comitês de Bacia tem como área de atuação: a totalidade da bacia; a sub-bacia hidrográfica de tributário do curso de água principal da bacia, ou de tributário desse tributário; ou grupo de bacias ou sub-bacias hidrográficas contíguas. Observa-se que a referida lei das águas do estado do Amazonas não atribui competências a Agências de Águas.

O Título III da lei das águas refere-se: “da Fiscalização e das Infrações e Penalidades”, onde é nomeado o IPAAM como órgão fiscalizador das águas (capítulo I), são listadas todas as infrações das normas de utilização dos recursos hídricos, independentes de culpa (capítulo II) e as penalidades previstas no direito penal, civil e ambiental e na referida lei (Capítulo III).

O último Título da lei (IV) trata das disposições gerais e transitórias retoma os assuntos das substituições e integrações dos órgãos e da outorga. Por fim a lei traz um anexo único com os tipos de empreendimento e seu respectivo preço público padrão. Nota-se que esses empreendimentos são: abastecimento público, piscicultura e irrigação. (NASCIMENTO, 2012)

2.8.2 Decreto N° 28.678/09

Este Decreto tem por objeto a regulamentação da Lei Estadual de Recursos Hídricos e a sua implantação a ser efetivada pelo Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas(IPAAM). O mesmo confere as seguintes atribuições, de acordo com seus artigos 1º e 4º:

a) A Secretaria de Estado de Mineração, Geodiversidade e Recursos Hídricos(SEMGRH) são atribuídos: o planejamento, a gestão e a formulação da Política

Estadual de Recursos Hídricos, em consonância com a Política Nacional de Recursos Hídricos¹⁰⁰.

b) Ao IPAAM: o cadastro, o licenciamento, a fiscalização, o monitoramento, a outorga e a pesquisa das águas superficiais e subterrâneas, nos seus diversos usos e acompanhamento de suas interações com o ciclo hidrológico. Além disso, o IPAAM manterá serviços indispensáveis à avaliação dos recursos hídricos superficiais e subterrâneos, ao conhecimento do comportamento hidrológico dos mananciais e hidrogeológicos dos aquíferos, ao controle e à fiscalização da extração.

O decreto institui a outorga preventiva através da denominação de Autorização Prévia, esta é obtida através de uma consulta prévia ao IPAAM para qualquer obra de captação de água superficial ou subterrânea, incluídas em projetos, estudos e pesquisa, que poderá conceder autorização prévia ou não, consoante ao devido parecer técnico e legal. Esta consulta deverá ser efetuada por escrito, na sede do IPAAM ou, quando houver convênio com órgão situado na bacia hidrográfica em que estiver localizado o empreendimento. Os documentos poderão ser protocolizados nesse órgão que os encaminhará ao IPAAM no prazo de 05 (cinco) dias úteis.

2.8.3 Lei Orgânica Nº 3785/12(Lei de Licenciamento)

A nova Lei Estadual de Licenciamento Ambiental foi sancionada pelo governo do Estado, em 24 de julho de 2012 e traz simplificações de procedimentos para o setor industrial que asseguram celeridade e menos custos para a emissão/renovação de licenças ambientais.

O setor industrial é responsável, por 67% do total de licenças emitidas pelo IPAAM, repetindo a performance de anos anteriores, sempre nesta faixa de 60 a 70% de demandas.

Pela forte participação no volume de atividades do Instituto, o IPAAM, pretende que as indústrias conheçam a nova lei e o sistema informatizado de licenciamento, chamado SCAAM – Sistema de Controle Ambiental do Amazonas - e passem a usar estes mecanismos que desburocratizam o licenciamento do Pólo Industrial de Manaus e alavancam a produtividade do órgão ambiental, afirmou a Diretora do Setor de Recursos Hídricos, Msc. Rosa Mariete.

2.8.4 Lei Nº 11.445/07 (Lei de Saneamento Básico)

A Política Nacional de Saneamento, como já dito, tem como principal diploma a Lei 11.445/2007. Esta é resultado de um extenso processo de discussão que pode ser explicado,

em parte, não só pelas deficiências do Poder Legislativo e pelas controvérsias políticas, mas pela difícil e paradoxal história brasileira. O Brasil viveu diversas fases, registrando uma concepção colonialista, em sua origem, e muitos “altos e baixos” em seus modelos de gestão, principalmente sob o aspecto estatal.

Assim, a Lei 11.445/2007 insere-se no exercício de competência legislativa federal, em função do interesse nacional. A ementa desse diploma, portanto, causa uma ligeira perplexidade: as diretrizes por ele estabelecidas são nacionais; e a política que preconiza é federal. Em rigor, as diretrizes destinam-se a orientar, em todo o território brasileiro, normas práticas voltadas para uma infraestrutura social de incalculável alcance, como o é o complexo de ações do saneamento básico. Já uma política, que conduz as ações, pretende direcionar programas de saneamento básico, e, simultaneamente, facilitar-lhes a implementação e investir em seus custos – esta é da alçada federal. A Lei 11.445/2007, portanto, estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, bem como a política federal para o setor, possuindo ampla abrangência, uma vez que integra os sistemas públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, em conjunto com o manejo de águas pluviais e o gerenciamento de resíduos sólidos. Em um enfoque integrador, o art. 3.º da referida lei considera o saneamento básico como o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de: (a) abastecimento de água potável; (b) esgotamento sanitário; (c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; e (d) drenagem e manejo de águas pluviais urbanas. Pela redação do citado dispositivo, verifica-se que o legislador optou por uma visão mais consentânea com a realidade, afastando-se do tradicional e restrito conceito de saneamento, como operação exclusiva dos sistemas de água e de esgotamento sanitário. Há, assim, clara opção legislativa por se abandonar o conceito stricto sensu de saneamento básico. No mesmo aspecto, é importante atentar que a Lei 11.445/2007, ao estabelecer diretrizes nacionais para o Saneamento Básico e para a Política Federal de Saneamento Básico,²⁹² exige exercício intelectual do gestor para sua adequada compreensão. Releve-se, de início, que há uma clássica diferença entre nacional (que é do interesse da nação ou da sociedade) e federal (que se refere ao ente federativo ou Governo da União).

A título de considerações, sob o ponto de vista jurídico, diferentemente do campo filosófico, cabe salientar que as atribuições da União são exercidas sob dois ângulos: como pessoa de direito público externo, detentora de soberania, agindo em nome dos interesses do país; e como pessoa jurídica de direito público interno, possuidora de autonomia, atuando como os demais Entes da Federação e buscando a execução das políticas públicas federais, no

âmbito de sua atuação. Neste sentido, a própria estrutura constitucional, de modo sistematizado, organiza e disciplina o nacional e o federal. Em resumo, quando a União atua com soberania, seus atos comprometem a República Federativa do Brasil, vinculando todos os Entes Federados (União, como pessoa jurídica de direito público interno; Estados; Distrito Federal; e Municípios); por outro lado, quando a União atua sob o manto da autonomia ou como pessoa jurídica de direito público interno, a vinculação não atinge os demais Entes Federados, sob pena de usurpação de competências. No último caso, a União, como qualquer Ente Federado, possui uma série de restrições, devendo, por conseguinte, respeitar o exercício dos atos praticados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, quando no limite de suas atribuições constitucionais.

Como conciliar este binômio?

O nacional compreende a sociedade em todo o espaço social, com seus interesses difusos. O federal remete à União, que assume as rédeas, como responsável pelo processo, fazendo-se tutora deste, retirando, de certo modo, esse papel dos demais entes da federação. Esta situação, por sinal, curiosa não tem aparecido na legislação, ao menos em tempos mais recentes. A aparente celeuma entre os conceitos parece evidenciar que o legislador brasileiro mantém certa dificuldade em extremar, tecnicamente, institutos jurídicos bastante conhecidos – o que pode colocar em causa a assessoria técnico-legislativa. Na prática, porém, teremos não só as diretrizes para o saneamento básico, mas também uma política de cunho e alcance nacionais.

Deixando à margem do caminho esta questiúncula jurídica (ou de hermenêutica), a Lei 11.445/2007 pode figurar no elenco das políticas nacionais que se relacionam, com mais intimidade, à Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981), à Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010) e, atualmente, ao novo Código Florestal (Lei 12.651/2012).

Em outro aspecto, a Lei 11.445/2007 instituiu o marco regulatório do setor. Este novo marco estabelece regras jurídicas e o relacionamento entre Estados, Municípios e setor privado, prevendo estimular os investimentos de forma a facilitar a universalização dos serviços. O Ministério das Cidades deverá coordenar a elaboração do Plano Nacional de Saneamento Básico (PNSB), que estabelecerá programas, projetos e ações necessárias para o cumprimento de metas nacionais e regionais, referentes à universalização dos serviços de saneamento, priorizando projetos que beneficiem as populações de baixa renda. O legislador procura criar uma espécie de simetria ou paralelismo constitucional, no qual a União

estabelece normas gerais e os Estados e Municípios estabelecem normatização específica dentro do âmbito de suas competências.

É prevista, ainda, a regulação dos serviços por entidade reguladora com características de independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira. As entidades reguladoras no Brasil têm se estruturado com natureza jurídica de autarquia de regime especial, cuja principal característica é a fixidez e estabilidade dos mandatos, conferidos ao titular do principal cargo de direção.

A Lei tem o mérito de abordar, com maior ou menor nível de pormenores, outros pontos importantes, tais como: o controle social, por meio de conselhos compostos por representantes da sociedade civil; a proteção regionalizada de recursos públicos de saneamento; o subsídio cruzado; a gestão associada; e as fontes de financiamento. Estados e Municípios deverão se adequar ao mesmo estatuto para fazer jus aos recursos públicos.

A Lei foi sancionada, com 15 vetos, em conformidade com o Projeto aprovado por unanimidade no Senado Federal, e, posteriormente, na Câmara dos Deputados. Os vetos mais significativos incidiram em artigos que criavam incentivos fiscais aos investimentos em saneamento básico, quais sejam: art. 50, § 7.º, que previa a utilização dos recursos do FGTS em fundo de investimentos em infraestrutura e saneamento, além de compra de ações e debêntures de empresas do setor; e art. 54, que previa a redução do PIS/Cofins para quem investisse em novos projetos no setor, uma vez que sua manutenção se configuraria em renúncias de receita tributária, ofendendo, para alguns, a LC 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Muito embora o Projeto de Lei tivesse permanecido no Congresso Nacional durante mais de 20 anos – tempo este em que várias propostas similares tramitaram em conjunto –, inúmeras divergências havidas, notadamente com relação à questão da competência entre os Entes Federados, sempre dificultaram um entendimento que gerasse um texto de consenso.

A grande divergência foi e, ainda é, a indefinição sobre a titularidade do sistema de saneamento básico nas regiões metropolitanas, onde se consolidou uma mancha urbana abrangendo várias cidades e, conseqüentemente, gerando a necessidade de integração da infraestrutura. O assunto é tema de discussão no STF, e, aparentemente, acabará sendo solucionado pelos atores sociais, antes da decisão final da Corte Suprema. Já se discutem e se formalizam novas modalidades contratuais, que acabam, pela própria formatação, “amarrando” os interessados, tornando, ao final, despiendo o resultado das polêmicas judiciais.

Sob o aspecto regulamentação da Lei 11.445/2007, foi expedido o Dec. 7.217/2010. Do ponto de vista meramente formal, o ato do Executivo tem seguido a lamentável tradição de reprodução normativa, repetindo, em muitos de seus dispositivos, o texto da Lei 11.445/2007. Porém, em alguns momentos surpreende, especialmente com relação à matéria envolvendo o controle social (arts. 34 a 36 do Dec. 7.217/2010).

Finalmente, com o surgimento da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010) e do novo Código Florestal (Lei 12.651/2012), há necessidade do estudo integrado e compatível, “lançando-se mão da tecnologia hermenêutica”, como as ideias de diálogo das fontes, do jurista alemão Erik Jayme; e de sistema solar jurídico do argentino Ricardo Lorenzetti. (MILARÉ, 2015)

2.9 DAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS E DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS ESTADUAIS.

2.9.1 O Sistema da Constituição de 1988

2.9.1.1 Regras Gerais

A repartição de competência em matéria ambiental, no Brasil, segue os mesmos princípios que a Constituição adotou para a distribuição da competência em geral entre as entidades federativas. União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm competência para a proteção ambiental. Encontramos competência material exclusiva, competência material comum, competência legislativa exclusiva e competência legislativa concorrente. (SILVA, 2013, p. 78)

2.9.1.2 Incumbência do Poder Público

O art. 225 da Constituição impõe ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. A ele incumbe também tomar todas as providências e medidas indicadas nos incisos do § 1º do mesmo art. 225 para assegurar a efetividade do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. "Poder Público" é expressão genérica que se refere a todas as entidades territoriais públicas, pois uma das características do Estado Federal, como o nosso, consiste precisamente em distribuir o Poder Público por todas as entidades autônomas que o compõem, para que cada qual o exerça nos limites das competências que lhe foram outorgadas pela Constituição. Os limites dessas competências encontram-se nos arts. 21 a 24, onde a Constituição, de modo explícito ou

implícito, as conferiu às entidades autônomas, em termos que veremos em seguida. (SILVA, 2013, p. 78).

2.9.1.3 Competência da União

À União resta uma posição de supremacia no que tange à proteção ambiental. A ela incumbe a Política geral do Meio Ambiente, o que já foi materializado pela Lei 6.938, de 1981. Cabe-lhe elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território (art. 21, DO. Só nisso já se tem uma base sólida para o estabelecimento de planos nacionais e regionais de proteção ambiental. Também lhe é reconhecida a competência exclusiva para instituir o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e para definir critérios de outorga de direitos de seu uso (art. 21, XI). A par disso, deu-se também a ela a competência privativa para legislar sobre águas e energia (art. 22, IV), embora tenham sido incluídas entre os bens dos Estados as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito. Vale dizer, assim, que, mesmo sendo de sua propriedade, os Estados só podem administrá-las nos termos da legislação federal pertinente. (SILVA, 2013)

2.9.1.4 Competência Comum

O art. 23 da Constituição dispõe sobre a competência material comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Essa competência diz respeito à prestação dos serviços referentes àquelas matérias, à tomada de providências para a sua realização.

Alguns incisos do artigo referem-se à proteção do meio ambiente cultural ou natural. Assim é que se atribui àquelas entidades, cumulativamente, a competência para proteger as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (inciso II), bem como a competência para impedir a distribuição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural (inciso IV). Já no tocante ao meio ambiente natural encontramos a competência comum para protegê-lo e para combater a poluição em qualquer de suas formas (inciso VI), assim como para preservar as florestas, a fauna e a flora (inciso VII). Essa é uma competência mais voltada para a execução das diretrizes, políticas e preceitos relativos à proteção ambiental. (SILVA, 2013)

2.9.1.5 Competência Legislativa Concorrente

Está prevista no art. 24 da Constituição, onde se declara competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da Natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (inciso VI), sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagísticos (inciso VII), assim como sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (inciso VIII).

Nesse âmbito da legislação concorrente, contudo, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. Cumpre, no entanto, observar que, embora seja prevista a competência concorrente para legislar sobre a responsabilidade pelo dano ecológico (art. 24, VIII), o que, nos termos dos parágrafos desse artigo, supõe o estabelecimento de normas gerais da União e suplementares dos Estados, encontramos aí uma fonte r de dúvidas e controvérsias, à vista do disposto no art. 22, I, da Constituição, que dá àquela a competência privativa para legislar sobre Direito Penal e Civil (art. 22, 1). É assunto ao qual voltaremos, para discutir as possibilidades e limites da legislação estadual na matéria. (SILVA, 2013)

2.9.1.6 Competência dos Estados

Pelo que se acabou de ver, os Estados não têm competência exclusiva em matéria de meio ambiente. Têm competência comum com a União e Municípios, nos termos do art. 23, III, N, VI e VII.

Têm, porém, competência legislativa suplementar de normas gerais estabelecidas pelo governo federal, nos termos do art. 24, VI, VII e VIII, e seu § 2º. A União já expediu, como vimos, várias leis de política e diretrizes gerais sobre a matéria, tais como a Lei 12.651/2012 (Novo Código Florestal), a lei que dispõe sobre a proteção à fauna (Lei 5.197, de 1967), a lei que institui a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938, de 1981), a lei que dispõe sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental (Lei 6.902, de 1981), a lei que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro (Lei 7.661, de 1988), entre outras, que não excluem a competência suplementar dos Estados na matéria. Ao contrário, pressupõem o exercício dessa competência, às vezes até mencionando-a expressamente, como é o caso do § 1º do art. 6º da Lei 6.938, de 1981, onde se estatui que os Estados, na esfera de suas competências e nas áreas de sua jurisdição, elaborarão normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente, observados os que forem estabelecidos pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA. No mesmo sentido é o disposto no § 1º do art. 5º da citada Lei 7.661, de 1988, ao estatuir que os Estados e os

Municípios poderão instituir, através de lei, os respectivos Planos estaduais ou municipais de Gerenciamento Costeiro, observadas as normas e diretrizes do Plano Nacional e o disposto naquela lei. (SILVA, 2013).

2.9.1.7 Competência dos Municípios

A competência dos Municípios para a proteção ambiental é reconhecida no art. 23, III, N, VI e VII, em comum com a União e os Estados? Mas nesse dispositivo o que se outorga é a competência para ações materiais. Portanto, a competência fica mais no âmbito da execução de leis protetivas do que no de legislar sobre o assunto. Em relação aos Estados esse último aspecto foi contemplado no art. 24, VI, VII e VIII, onde se lhes reconhece a competência concorrente com a União para legislar sobre a matéria, em uma correlação entre normas gerais desta e normas suplementares deles.

A questão já não é tão clara em relação aos Municípios. Pode-se dizer, no entanto, que sua competência suplementar na matéria é também reconhecida. De fato, dá-se-lhes competência para promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano (art. 30, VIII). Outorga-se-lhes a competência para a Política de Desenvolvimento Urbano e estabelecimento do Plano Diretor (art. 182), e ainda a competência para promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Quer isso dizer que não se recusa aos Municípios competência para ordenar a proteção do meio ambiente, natural e cultural. Logo, é plausível reconhecer, igualmente, que na norma do art. 30, II, entra também a competência para suplementar a legislação federal e a estadual na matéria.

Isso é reconhecido em leis federais, bastando lembrar, além do já transcrito § 1º do art. 5º da Lei 7.661, de 1988, que reconhece aos Municípios costeiros a possibilidade de instituir, mediante lei, os respectivos Planos de Gerenciamento Costeiro, o art. 2º da Lei 6.938, de 1981, que diz que os Municípios, observadas as normas e os padrões federais e estaduais, poderão elaborar normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente.

2.9.2 CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS E LEIS ORGÂNICAS MUNICIPAIS

As Constituições estaduais, de um modo geral, dispuseram amplamente sobre a proteção ambiental, utilizando a competência que a Constituição Federal reconheceu aos

Estados nessa matéria. Não vamos, aqui, descer a pormenor sobre o assunto, nem referir todas as Constituições dos Estados. Daremos apenas indicações sobre algumas delas.

Constituição de Alagoas: cuida do meio ambiente no Capítulo V do Título V (Da Ordem Social). O capítulo está dividido em duas seções.

A primeira trata da proteção do meio ambiente, onde, no art. 217, repete os incisos I a VII do art. 225 da Constituição Federal, desnecessariamente, mas acrescenta outros incisos que expandem a proteção do Estado, com a colaboração da comunidade, a aspectos específicos, tais como: manter os recursos hídricos em condições de serem desfrutados pela comunidade e com características que favoreçam sua autodepuração, após a verificação dos possíveis impactos ambientais; preservar a boa qualidade do ar, promovendo os meios para a recuperação das áreas poluídas; fixar normas de utilização da flora e da fauna estaduais, delimitando áreas de reservas biológicas e florestais para a proteção às espécies em extinção; estabelecer diretrizes gerais e específicas e fiscalizar e normatizar a ocupação do Litoral, tendo em vista fatores econômicos, sociais, ecológicos, culturais, paisagísticos e outros com pertinência ao planejamento da sua ocupação; definir a Política Estadual de Proteção Ambiental, criando as condições técnicas e jurídicas para a sua implantação, fiscalização e execução; estimular o reflorestamento, especialmente nas orlas lagunares e nas cabeceiras dos rios, concedendo, inclusive, incentivos fiscais aos proprietários de áreas cobertas por matas, nativas ou não, e na proporção de sua extensão. Repete nos arts. 218 a 220 os textos dos §§ 2º a 5º do art. 225 da Constituição Federal. Inova, inconstitucionalmente, no art. 221, dispendo que é proibida a instalação, no território do Estado de Alagoas, de usinas nucleares e de depósitos de resíduos atômicos.

A segunda seção cuida dos recursos hídricos, prevendo que é dever dos cidadãos, da sociedade e dos entes estatais zelar pela preservação do regime natural das águas (art. 222). Prevê também o Sistema Estadual de Gerenciamento de Recursos Hídricos (art. 223), assim como a Política Estadual de Recursos Hídricos, com princípios arrolados nos incisos do art. 224. Aqui, muitas disposições da Constituição de Alagoas parecem não ser compatíveis com as normas federais sobre o tema. Pois a Constituição Federal dá competência exclusiva à União para disciplinar a matéria.

Constituição da Bahia: a matéria está regulada no Capítulo VIII do Título VI ("Da Ordem Econômica e Social"), nos arts. 212 a 226. Ao Estado cabem o planejamento e a administração dos recursos ambientais para desenvolver ações articuladas com todos os setores do Conselho Estadual de Meio Ambiente. Instituirá, na forma da lei, um sistema de

administração da qualidade ambiental, proteção, controle e desenvolvimento do meio ambiente e uso adequado dos recursos naturais, para organizar, coordenar e integrar as ações da Administração Pública e da iniciativa privada, assegurada a participação da coletividade. Prevê várias providências e mecanismos destinados a fazer valer as normas de proteção ambiental. Define áreas de preservação permanente, como definidas em lei: os manguezais, as áreas estuarinas, os recifes de corais, as dunas e restingas, os lagos, lagoas e nascentes existentes em centros urbanos, matas ciliares, áreas que abriguem exemplares raros da fauna e da flora etc. Indica centros, sítios, cidades, matas, chapadas e rasos, zonas, vales e veredas que constituem patrimônio estadual. Cria o Fundo de Recursos para o Meio Ambiente. Prevê a definição de política para o controle da poluição visual em zonas urbanas e rodovias estaduais. Estabelece proibições de atividades reputadas perigosas ou nocivas - proibições de discutível validade em face da Constituição Federal.

Constituição do Espírito Santo: repete, restringindo, o caput do art. 225 da Constituição Federal, mas, em um parágrafo, enumera providências e mecanismos de proteção do meio ambiente cultural e natural. Define melhor que a Constituição Federal as exigências para o Estudo Prévio de Impacto Ambiental. Proíbe certas atividades no território estadual, de duvidosa validade em face da Constituição Federal.

Constituição do Estado de São Paulo: ao contrário da Constituição Federal, não prevê a matéria no título da "Ordem Social", mas no da "Ordem Econômica", sem razão. A matéria está disciplinada nos arts. 192 a 204. O Estado e os Municípios providenciarão, com a participação da coletividade, a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico. A execução de obras, atividades, processos produtivos e empreendimentos e a exploração de recursos naturais de qualquer espécie, quer pelo setor público, quer pelo privado, serão admitidas se houver resguardo do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Cria, para tanto, a *licença ambiental*, que será outorgada sempre precedida de Estudo Prévio de Impacto Ambiental e respectivo relatório a que se dará publicidade, como exige a Constituição Federal. O *caput* do art. 193 é idêntico ao do art. 213 da Constituição da Bahia, prevendo o *Sistema Estadual de Administração da Qualidade do Meio Ambiente*, mas acrescenta, em 21 incisos, os objetivos desse Sistema, com normas de previsão de informação à população de níveis de poluição, de fiscalização de atividades, de incentivos e estímulos a atividades preservacionistas etc., que também constam do art. 214 da Constituição baiana. Do mesmo modo são idênticos o art. 198 da Constituição

paulista e o art. 215 da Constituição da Bahia, prevendo idênticas áreas de preservação permanente.

Finalmente, Constituição do Acre, arts. 226 e 227: repete, com pouca alteração, a Constituição Federal, mas reserva um inciso à preservação de rios, lagoas e igarapés da ação de agentes poluentes. Constituição do Amazonas estende-se amplamente sobre a matéria nos arts. 229 a 241, ingressando em uma normatividade de princípios que são do âmbito da legislação federal, como a determinação de que o desenvolvimento econômico e social deverá ser compatível com a proteção do meio ambiente, que já está inscrita no art. 4º, I, da Lei 6.938, de 1981, como primordial objetivo da Política Nacional do Meio Ambiente; estende ao meio ambiente do trabalho o direito ao meio ambiente equilibrado; depois enumera as incumbências do Estado e de seus Municípios sobre a proteção ambiental (art. 230); estabelece áreas de preservação permanente (art. 231); dedica o art. 232 à Floresta Amazônica etc. Constituição do Ceará: também dedica à matéria os arts. 259 a 271, muitos pormenores inscritos em incisos e parágrafos. Constituição de Goiás, arts. 127 a 132. Constituição do Maranhão, arts. 239 a 250: com muitas áreas de preservação permanente. Constituição do Mato Grosso, arts. 263 a 283: também muito minuciosa e com normas desnecessárias, por repetirem textos federais; preocupa-se, contudo, com o Pantanal, o Cerrado e a Floresta Amazônica Mato-Grossense e Com a Chapada dos Guimarães. Constituição do Mato Grosso do Sul, arts. 222 a 226: mais sóbria, mantém-se próxima do texto federal, mas com preocupações específicas que o complementam. Constituição de Minas Gerais, arts. 214 a 217: próxima do texto federal, com preocupações específicas como a anterior. Constituição da Paraíba, arts. 227 a 235: com preocupação especial à proteção das faixas de praia e da orla costeira (arts. 217, VII, e 229); exige que o Estado estabeleça Plano de Proteção ao Meio Ambiente (art. 231), o que é buscar a racionalização da atuação estadual. Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, arts. 250 a 259. Constituição do Estado de Rondônia, arts. 218 a 232: destacando importantes áreas de preservação permanente nos arts. 228 e 230.

3 DOS INSTRUMENTOS DE GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL E NO AMAZONAS

3.1 PLANO DE RECURSOS HÍDRICOS

Com o objetivo de fundamentar e orientar o gerenciamento de recursos hídricos (art. 6.º), o principal instrumento da Política Nacional em estudo é o Plano de Recursos Hídricos. Tal plano consiste em um documento que pormenoriza as estratégias do governo para atuação no âmbito dos recursos hídricos, e deve ter como conteúdo, conforme preceitua o art. 7.º da Lei:

- i) O diagnóstico da situação atual dos recursos hídricos (inc. I);
- ii) O balanço entre disponibilidades e demandas futuras, com identificação de conflitos potenciais (inc. III);
- iii) As metas de racionalização de uso (inc. IV);
- iv) As medidas a serem tomadas, programas a serem desenvolvidos e projetos a serem implantados, para o atendimento das metas previstas (inc. V);
- v) As prioridades para outorga de direitos de uso de recursos hídricos (inc. VIII).

Como se percebe, a proposta da Lei a respeito da criação de Planos de Recursos Hídricos garantiria, por si só, o amplo acesso pelos usuários a estes recursos. Vale dizer, segundo a norma, o Plano de Recursos Hídricos – que pode ser nacional, estadual ou por bacia – determina metas de racionalização de uso, com medidas, programas e projetos para atendimento das mesmas.

Ainda, o Plano de Recursos Hídricos deve fazer um balanço da disponibilidade hídrica de cada bacia versus a demanda de cada setor e, através desta análise, determinar quais são as prioridades na outorga de direitos de uso de recursos hídricos, para que todos sejam atendidos de maneira justa e igualitária.

Assim, percebe-se que a saída encontrada pela Lei para a garantia dos usos múltiplos foi o planejamento estratégico, a fim de se determinar ações governamentais e estabelecer limites à discricionariedade das outorgas de direitos de uso dos recursos hídricos, que será estudada mais detalhadamente abaixo.

Destaque-se, contudo, que na prática os Planos de Recursos Hídricos estaduais e por bacia ainda não foram desenvolvidos em todo o território nacional, fato que prejudica a gestão e uso adequado das águas.

3.2 ENQUADRAMENTO DOS CORPOS DE ÁGUA EM CLASSES

O enquadramento dos corpos de água em classes, segundo seus usos preponderantes, estabelecidas pela legislação ambiental, incorpora na Política de Recursos Hídricos as Resoluções Conama 357/2005 e 396/2008 e possibilita, por meio dos Planos de Recursos

Hídricos, assegurar às águas qualidade compatível com os mais exigentes usos a que forem destinadas e diminuir os custos de combate à poluição, mediante ações preventivas permanentes.¹⁰

Trata-se, como se vê, de instrumento fortalecedor da integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental, diretriz fundamental para a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos.

3.3 OUTORGA DE DIREITOS DE USO DE RECURSOS HÍDRICOS

Prevista no art. 5.º, III e nos arts. 11 a 18 da Lei 9.433/1997, a outorga de direitos de uso de recursos hídricos é o instrumento pelo qual o órgão governamental confere a terceiros uma determinada disponibilidade hídrica, para fins determinados, por certo intervalo de tempo.

A outorga, ainda que não nos moldes atuais, estava presente na nossa legislação desde o Código de Águas. Nesta norma, a derivação de águas públicas por particulares, para fins de agricultura, indústria e higiene, dependia de concessão (no caso de utilidade pública) ou autorização administrativa, tendo preferência a derivação para o abastecimento das populações.¹¹

Já em relação ao aproveitamento hidrelétrico, este também estaria sujeito à concessão, para fontes com potência maior que 150KW ou para casos de utilidade pública, ou autorização, em outras hipóteses. A concessão/autorização deveria prever, ainda, que seriam satisfeitas exigências acauteladoras dos interesses gerais de: salubridade pública, navegação, irrigação, proteção contra as inundações, conservação e livre circulação de peixes e escoamento e rejeição das águas.¹²

Esboçava-se aí uma ideia de preservação dos usos múltiplos dos recursos hídricos, mas que só veio a ganhar força com o planejamento estratégico estabelecido pela Política Nacional de Recursos Hídricos. Nela, o instrumento de outorga foi criado para assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água (art. 11).

Assim, se faz necessária a outorga dos direitos de uso dos recursos hídricos nos casos de derivação ou extração de água, lançamento de efluentes, aproveitamentos hidrelétricos, e

¹⁰ Arts. 9.º e 10 da Lei 9.433/1997.

¹¹ Art. 36, § 1.º c/c art. 43, caput, do Código de Águas.

¹² Art. 143 do Código de Águas.

outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo d'água (art. 12).

Da mesma forma que se previa limites à outorga na legislação anterior, nesta Lei se estabelece que toda outorga deverá preservar os usos múltiplos dos recursos hídricos. Porém, agora, inclui-se como instrumento de efetivação desta regra os acima mencionados Planos de Recursos Hídricos. Assim, dentro da ideia de planejamento e gestão de águas, determinou-se que “toda outorga estará condicionada às prioridades de uso estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos e deverá respeitar a classe em que o corpo de água estiver enquadrado e a manutenção de condições adequadas ao transporte aquaviário, quando for o caso” (art. 13).

Especificamente em relação à outorga de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, determinou-se a sua subordinação ao Plano Nacional de Recursos Hídricos (art. 12, § 2.º), o que se justifica, uma vez que o aproveitamento hidrelétrico é de interesse nacional.

3.3.1 A natureza jurídica da outorga

A outorga dos direitos de uso de recursos hídricos é ato administrativo que faculta aos particulares e aos prestadores de serviços públicos o uso das águas, em condições preestabelecidas e por tempo determinado.

O Código de Águas, conforme acima abordado, não usava a expressão “outorga do direito de uso”, mas “concessão administrativa” para o uso das águas nos casos de utilidade pública e de “autorização administrativa” para seu uso para outras finalidades.

A Constituição Federal de 1988, no inc. XIX de seu art. 21, atribuiu competência à União para “instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso”.

A Lei 9.433/1997, na esteira da Constituição, definiu a “outorga dos direitos de uso de recursos hídricos” como um dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos (art. 5.º) e a disciplinou em seus arts. 11 a 18, como já comentado.

A Lei 9.984/2000, que criou a Agência Nacional de Águas – ANA, no inc. IV de seu art. 4.º, incluiu entre as competências daquela Autarquia “outorgar, por intermédio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União”. Todavia, no restante do capítulo, refere-se simplesmente à outorga e não mais à autorização.

Tradicionalmente, o uso de bem público é facultado por meio de autorização, que, nos termos da doutrina do direito administrativo, é ato discricionário. Vale dizer, é ato que

depende apenas do juízo de conveniência e oportunidade da administração, podendo ser revogado a qualquer tempo, sem indenização para o autorizado.

No entanto, as águas, tal como as vias públicas, são bens públicos “de uso comum do povo”, definidos no art. 99, I, do CC/2002. Destarte, destinam-se ao uso de todos, cabendo à administração pública regrar esse uso, para que todos possam deles fruir. Por isso, a outorga do direito de seu uso não é um ato meramente discricionário, como o são as autorizações para uso de bens públicos que não sejam de uso comum. Por outro lado, não tem o caráter definitivo, como o têm as licenças em geral.

Consequentemente, ao contrário dos atos discricionários, a outorga do direito de uso das águas tem como pressuposto o direito de uso de água de quem dela necessita, mas limita tal direito à sua efetiva disponibilidade para todos. Por isso é dada por prazo determinado, o que não é próprio nem dos atos de mera permissão, nem das licenças. Além disso, não confere ao outorgado direito pleno do uso da água, porque a outorga pode ser suspensa, parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado, nas circunstâncias definidas no art. 15 da Lei 9.433/1997, como será exposto mais adiante.

Por isso, Granziera conclui que:

“Os efeitos jurídicos da outorga, independentemente do nome que se venha a fixar, matizam-se ora de autorização, ora de concessão, em função da finalidade, ficando claro que os instrumentos legais de outorga, em face da própria natureza das águas, não comportam um enquadramento rígido nos institutos clássicos do Direito Administrativo (...). Mais útil e claro seria denominar o instituto simplesmente como ‘outorga de direito de uso de recursos hídricos’, sem a preocupação de enquadrá-lo em institutos outros que, de resto, já ensejam uma conceituação tormentosa”. (GRANZIERA, 2002, p. 162 e 164)

3.3.2 Usos sujeitos a outorga

O art. 12 da Lei 9.433/1997 elenca os seguintes usos de recursos hídricos que estão, necessariamente, sujeitos a outorga pelo Poder Público:

I – Derivação ou captação para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo.

Este é o único caso previsto no Código de Águas. É a captação tradicional de águas para consumi-las.

Assim, por exemplo, as atividades de captação de água e lançamento de efluentes resultantes das estações de tratamento de água e esgoto público, realizadas pelos órgãos estaduais responsáveis pelo abastecimento público, também devem ser previamente autorizadas por meio das respectivas outorgas de usos de recursos hídricos.

II – Extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo em processo produtivo.

Os usos são os mesmos do caso anterior, mas foram destacados para salientar a inclusão das águas subterrâneas no sistema de gestão de recursos hídricos, pois, anteriormente, como já vimos, elas eram tidas como jazidas minerárias.

Importante notar que a captação de água através de poços, portanto, também está sujeita à outorga prévia. Embora esta observação possa parecer óbvia para alguns, é necessária para que não permaneça a ideia, ainda presente, de que somente a captação de água de rios e lagoas dependeria de outorga.

III – Lançamento em corpo de água de esgotos e resíduos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final.

Essa disposição exige o ato de outorga para o lançamento de águas residuais, o que não era previsto no Código de Águas. O lançamento deve ser feito na conformidade da legislação ambiental, notadamente da Res. Conama 357/2005, para manter o corpo de água receptor nos padrões de qualidade de sua classe.

A expressão “tratados ou não”, incluída no texto, não significa a permissão para poluir, como se tem dito, mas define que qualquer lançamento deve ser objeto de outorga. Convém lembrar que, nos termos da citada Resolução, é possível lançamento sem tratamento, se este for conforme aos padrões de emissão estabelecidos.

IV – Aproveitamento dos potenciais hidroelétricos.

A inclusão do aproveitamento das águas para fins hidroelétricos na outorga decorre de o uso múltiplo das águas ter sido eleito como um dos fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos. Por isso, o § 2.º do art. 12 subordina o uso das águas para fins energéticos ao Plano Nacional de Recursos Hídricos.

V – Outros usos que alteram o regime, a quantidade ou a qualidade das águas.

Os incisos anteriores tratam de usos específicos: captação, extração, lançamento, geração de energia. Este último é genérico. Qualquer uso não expressamente definido, mas que altere o regime hídrico, está sujeito à outorga. Entram, neste caso, as obras hidráulicas em geral e outras que possam afetar as águas, como a construção de pontes, por exemplo.

3.3.3 Usos isentos de outorga

A característica de bem vital e social, que é inerente à água, assim como a orientação de senso comum, sugerem as seguintes isenções:

I – satisfazer as necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural;¹³ e

II – as derivações, captações, lançamentos e acumulações considerados insignificantes.¹⁴

As definições e os limites dessas isenções serão estabelecidos nos Planos de Bacia Hidrográfica, e não em regulamento. Cabe, no entanto, ponderar que, sob o ponto de vista social, deve ser preservado o abastecimento de populações carentes, porquanto indispensável à sobrevivência dessas mesmas comunidades. Há um princípio constitucional que resguarda o direito à vida, no art. 5.º, caput, da Lei Maior. Neste sentido:

(...) a Agência Nacional de Águas e as correspondentes agências estaduais deverão deixar bem claro esse aspecto ao concederem direitos de exploração. O ideal é que nada se cobre nessas situações, considerando tais volumes de água insignificantes”. (FREITAS, 2007, p. 25)

3.3.4 Competência para a expedição da outorga

A outorga do direito de uso dos recursos hídricos é ato inerente ao exercício do poder de polícia administrativa, afeto, no caso, às autoridades competentes da União, dos Estados ou do Distrito Federal. A União outorga o direito de uso de recurso hídrico de seu domínio por meio da Agência Nacional de Águas – ana. Nas águas de domínio estadual, ou do Distrito Federal, tal atribuição compete aos órgãos indicados em suas respectivas leis. O Poder Executivo federal, a teor do disposto no art. 14, § 1.º, da Lei 9.433/1997, poderá delegar aos Estados e ao Distrito Federal competência para a outorga de direito de uso de recurso hídrico de domínio da União.

Todavia, a outorga está sempre condicionada aos seguintes fatores:

- a) prioridades de uso estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos;
- b) classificação em que o corpo de água estiver enquadrado na conformidade da Res. Conama 357/2005;
- c) manutenção da navegabilidade se o rio for efetivamente navegado; e
- d) preservação do uso múltiplo das águas.¹⁵

¹³ Art. 12, § 1.º, I, da Lei 9.433/1997.

¹⁴ Art. 12, § 1.º, II e III, da Lei 9.433/1997.

¹⁵ Art. 13 e parágrafo único da Lei 9.433/1997.

3.3.5 Outorga do direito de uso das águas e licenciamento ambiental

Uma das diretrizes da gestão de recursos hídricos é sua integração na gestão ambiental.¹⁶ Ora, várias atividades que se utilizam das águas são, por sua vez, também sujeitas ao licenciamento ambiental.¹⁷

Estão especialmente compreendidos neste caso os lançamentos de resíduos líquidos e as obras hidráulicas para exploração de recursos hídricos, tais como: barragens para fins hidroelétricos, acima de 10 Mw; obras de saneamento; obras de irrigação; abertura de canais para navegação; drenagem e irrigação; retificação de cursos de água; abertura de barras e embocaduras; transposição de bacias; diques. O licenciamento ambiental dessas obras hidráulicas está condicionado a prévio Estudo de Impacto Ambiental, segundo determinação do art. 2.º, VII, da Res. Conama 1/1986.

Indaga-se, então: o licenciamento ambiental deve preceder a outorga do direito de uso da água ou esta é que deve preceder aquele?

A Res. Conama 237/1997, no teor do art. 10, § 1.º, decidiu pela segunda hipótese e condicionou o licenciamento ambiental à prévia outorga do direito do uso das águas, verbis: “No procedimento de licenciamento ambiental deverá constar, obrigatoriamente, a certidão da Prefeitura Municipal, declarando que o local e o tipo de empreendimento ou atividade estão em conformidade com a legislação aplicável ao uso e ocupação do solo e, quando for o caso, a autorização para supressão de vegetação e a outorga para o uso da água, emitidas pelos órgãos competentes”.⁵² Todavia, nesses casos, a outorga é preventiva, não permitindo o uso da água antes da concessão da licença ambiental, apenas reservando a quantidade necessária para uso futuro.

3.3.6 Suspensão e extinção da outorga

A outorga do direito é dada por prazo determinado, que não pode exceder 35 anos.¹⁸ Cabe à autoridade competente, discricionariamente, estabelecer o prazo, considerando a finalidade do uso pretendido, o horizonte do projeto e, sobretudo, os planos de bacia.

¹⁶ Art. 3.º, III, da Lei 9.433/1997.

¹⁷ Apesar do licenciamento ambiental não ser objeto do presente título, é importante lembrar que este é procedimento administrativo que envolve a localização, instalação e operação de empreendimento causador de possível e significativo impacto ambiental. Neste sentido, qualquer exploração de recursos hídricos encerra alta probabilidade de impacto ambiental relevante. Portanto, o uso da água deve se harmonizar com as demais restrições e regras do Direito Administrativo e do Direito Ambiental.

¹⁸ Art. 16 da Lei 9.433/1997.

A outorga é passível de renovação, a qual deve ser pedida antes do término do prazo de validade, sob pena de perda do direito de uso das águas, já que não se renova o que não mais existe. Tal direito, contudo, não se perde se, requerida a prorrogação antes do término do prazo, só for ela deferida posteriormente.

Diz o art. 15 da Lei 9.433/1997 que a outorga de direito de uso poderá ser suspensa parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado, nas seguintes circunstâncias:

I – Não cumprimento pelo outorgado dos termos da outorga.

Trata-se de penalidade pelo não cumprimento das obrigações impostas no ato administrativo de outorga. Se a suspensão punitiva for definitiva, implica cassação da outorga.

Essa penalidade pode também ser imposta caso o outorgado não cumpra outras obrigações legais relativas ao uso das águas, especialmente decorrentes da legislação ambiental. Com efeito, o cumprimento de tais normas antecede, inclusive, as obrigações expressas no ato de outorga. É o caso, por exemplo, de quem, exercendo atividade sujeita à licença ambiental, capta as águas objeto da outorga antes de obter a licença. É igualmente o caso daquele que polui as águas em desacordo com os padrões estabelecidos na Res. Conama 357/2005 ou na própria licença ambiental.

II – Ausência de uso por três anos consecutivos.

É caso típico de caducidade da outorga, por desuso.

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

Versa sobre medida preventiva ou corretiva a ser adotada em episódios críticos referentes à quantidade de água para garantir usos essenciais à vida e à saúde pública, por exemplo. Permite estabelecer um racionamento do uso das águas, suspendendo, parcial ou até mesmo totalmente, certos usos durante período crítico.

IV – Necessidade de se prevenir ou reverter grave degradação ambiental.

É medida similar à anterior, a ser adotada em episódios críticos referentes à qualidade das águas. É o caso da suspensão total da captação de água para abastecimento público por ocasião de derramamento acidental de poluentes não tratáveis pelas estações convencionais de tratamento.

V – Necessidade de se atender a usos prioritários, de interesse coletivo, para os quais não se disponha de fontes alternativas.

A outorga de uso dos recursos hídricos deverá preservar o uso múltiplo destes, salvo, como se disse, em situação de escassez, quando então serão priorizados o consumo humano e a dessedentação de animais.

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

Esta circunstância, em sua essência, está contida no inciso anterior, limitando-se a enfatizar a navegabilidade como uso prioritário.

A possibilidade de suspender o direito de uso da água decorre do fato de não ser ele um “direito adquirido”, irrevogável ou só revogável mediante indenização. O direito de uso é revogável, sem indenização, sempre que houver necessidade de atender a usos prioritários, de interesse coletivo, que podem se revelar tempos depois de outorgado o direito de uso da água. Nesse ponto, como já dito, a outorga tem o caráter da autorização, que é essencialmente revogável a critério da autoridade competente e é a denominação que lhe dá o Código de Águas.¹⁹

3.4 A COBRANÇA PELO USO DE RECURSOS HÍDRICOS

Os conflitos de interesses imanentes ao uso da água, em razão do risco de escassez e da crescente demanda, tornam-na um bem de valor econômico, cuja utilização enseja uma contraprestação pecuniária. O Código de Águas já previa a possibilidade da cobrança por seu uso. Em seu art. 36 diz: “É permitido a todos usar de quaisquer águas públicas, conformando-se com os regulamentos administrativos”. E acrescenta: “O uso comum das águas pode ser gratuito ou retribuído, conforme as leis e regulamentos da circunscrição administrativa a que pertencerem”.²⁰

Da mesma forma, a Lei 6.938/1981, ao definir os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, incluiu, entre eles, a imposição ao usuário da obrigação de contribuir pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.²¹ Entre tais recursos, merecem destaque as águas interiores, superficiais e subterrâneas, como já vimos.²²

A cobrança pelo uso de recursos hídricos efetiva o princípio da “internalização” dos custos ambientais por aqueles que se aproveitam dos recursos naturais, em geral, e, em particular, das águas. Hoje, esses custos são “externalizados”, ou seja, são pagos por toda a

¹⁹ Art. 43 do Código de Águas.

²⁰ Art. 36, § 2.º, do Dec. 24.643/1934

²¹ Cf. art. 4.º, VII, da Lei 6.938/1981.

²² Cf. art. 3.º, V, da Lei 6.938/1981.

sociedade, inclusive por quem não se aproveita do recurso natural. Em contrapartida, quando a sociedade não paga esses custos econômicos, paga-os com a degradação da qualidade ou da quantidade do recurso usado.

O preço do uso dos recursos hídricos não tem a natureza de imposto, pois este é pago genericamente, sem vinculação a um fim determinado. Não é taxa, porque não se relaciona com a prestação de serviço público. É um preço público, pago pelo uso de um bem público, no interesse particular, como ocorre, por exemplo, com o estacionamento em vias públicas de intenso tráfego.²³

O art. 19 da Lei 9.433/1997 define os objetivos da cobrança:

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

II – incentivar a racionalização do uso da água; e

III – obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções previstos nos planos de recursos hídricos.

O incentivo à racionalização é fundamental e, em razão dele, a cobrança deve ser sempre tida como instrumento de gestão das águas, mais do que fonte de recursos para financiamento de programas.

Com efeito, muitas vezes o produto da cobrança será insuficiente para financiar todos os programas previstos nos planos de recursos hídricos; porém, a cobrança, além de aportar recursos para esses planos, deverá incentivar o uso racional da água. Destarte, ela deverá incentivar a economia da quantidade captada e a melhoria da qualidade dos lançamentos.

Para tanto, não basta cobrar por quantidade captada ou lançada. É necessário, também, buscar a economicidade da captação e a purificação do lançamento. Assim, por exemplo, um sistema de irrigação mais econômico deve ser privilegiado em relação a outro, menos econômico. Sua cobrança não virá apenas em razão da quantidade captada, mas levará em conta a redução sobre o valor unitário da água captada.

O mesmo deve ocorrer em relação aos lançamentos. Eles devem obedecer aos padrões de qualidade estabelecidos na legislação ambiental, não se admitindo lançamento acima desses parâmetros. A cobrança é feita tendo em vista o lançamento permitido; porém, deverá

²³ Neste sentido se posiciona Maria Luiza Machado Granziera, “pois se trata de fonte de exploração de bem de domínio público. Sua natureza é negocial, cabendo ao detentor do domínio estabelecer o respectivo valor” (Direito de águas cit., p. 224). Por igual, a Agência Nacional de Águas aduz que “a cobrança não é um imposto, mas um preço público, fixado a partir de um pacto entre os usuários de água e o Comitê de Bacia, com o apoio técnico da ANA”, disponível em: [www.aneel.gov.br/].

incentivar o lançamento de qualidade superior à permitida, com redução sobre o valor unitário do lançamento.

Exatamente por não serem tributo (imposto ou taxa), os valores arrecadados com a cobrança pelo uso da água devem ser aplicados na bacia hidrográfica em que foram gerados. Devem, ademais, ser utilizados com a finalidade específica de financiamento de estudos, programas, projetos e obras incluídos nos Planos de Recursos Hídricos. É o que preceitua o art. 22 da Lei 9.433/1997, que, no entanto, abre duas exceções.

A primeira: por princípio, a aplicação dos recursos na mesma bacia hidrográfica é prioritária, mas não é exclusiva. Entendemos, contudo, que a utilização desses recursos em outra bacia deva ser decidida pelo Comitê da Bacia Hidrográfica, tendo em vista o interesse da própria bacia ou o interesse geral. Neste caso, o percentual aplicado em outra bacia deve ser modesto.

A segunda: é também admitida a aplicação dos valores arrecadados no custeio dos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento dos Recursos Hídricos, limitada essa aplicação a 7,5% do total arrecadado.

Os valores arrecadados destinam-se, ordinariamente, a empréstimos, portanto, com retorno acrescido de juros. Todavia, podem ser aplicados a fundo perdido em projetos benéficos à coletividade. A permissão é muito aberta e cabe aos Comitês de Bacia regular esses empréstimos, obedecido também o que o futuro Regulamento dispuser a respeito.

O pagamento do preço pelo uso da água está vinculado à outorga dos direitos de seu uso, no teor dos arts. 12 e 20 da Lei 9.433/1997.

No ponto, vale observar que, entre os usos sujeitos à outorga, a lei se refere aos aproveitamentos de potenciais hidrelétricos, tais como usinas e pequenas centrais.²⁴

A propósito, não custa lembrar que a Constituição Federal, em seu art. 20, § 1.º, assegurou aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica ou compensação financeira por essa exploração, conhecida como CFEM, cuja matéria foi objeto de regulamentação pela Lei 7.990/1989.

A seu turno, a Lei 9.648/1998, ao estabelecer os critérios relativos ao pagamento da compensação financeira (CFEM), pela utilização de recursos hídricos, de que trata a Lei 7.990/1989, também definiu o preço a ser pago pelos aproveitamentos hidrelétricos.

²⁴ Art. 12, IV, da Lei 9.433/1997.

Segundo o disposto no art. 17, caput, da referida Lei 9.648/1998,²⁵ o percentual devido a título de compensação financeira será de 6,75% sobre o valor da energia elétrica produzida, devendo ser paga por titular de concessão ou autorização. Desse percentual, a parcela de 0,75% constitui pagamento pelo uso dos recursos hídricos (§ 2.º).

Ainda consoante esse diploma,²⁶ a quantia recolhida por meio da parcela de 0,75% será destinada ao Ministério do Meio Ambiente, para aplicação na implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Significa dizer, portanto, que no pagamento da compensação financeira – CFEM, decorrente da utilização de recursos hídricos pelos aproveitamentos hidrelétricos, já está contemplada a parcela referente à cobrança pelo uso da água. Ou seja, para os aproveitamentos hidrelétricos, a cobrança pelo uso dos recursos hídricos já é uma realidade.

3.5 O SISTEMA DE INFORMAÇÕES SOBRE RECURSOS HÍDRICOS

Trata-se de um sistema de coleta, tratamento, armazenamento e recuperação de informações sobre recursos hídricos e fatores intervenientes em sua gestão, que tem por objetivos:

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.²⁷

O referido Sistema de Informações terá seu funcionamento escorado em três princípios básicos: (i) descentralização da obtenção e produção de dados e informações; (ii) coordenação unificada do sistema; (iii) acesso aos dados e informações garantido a toda a sociedade.²⁸

Ao Poder Executivo Federal, por meio da Agência Nacional de Águas – ana, passou a caber a implantação e a gerência do Sistema de Informações em âmbito nacional,²⁹ aos

²⁵ Com a redação determinada pelo art. 28 da Lei 9.984, de 17.07.2000.

²⁶ Art. 17, § 1.º, II, da Lei 9.648/1998.

²⁷ Arts. 25 e 27 da Lei 9.433/1997.

²⁸ Art. 26 da Lei 9.433/1997.

²⁹ Art. 29, III, da Lei 9.433/1997.

Poderes Executivos Estaduais e do Distrito Federal, em âmbito estadual e distrital;³⁰ e às Agências de Água, na sua área de atuação.

O estabelecimento do Sistema de Informações é condição fundamental para a implementação da outorga, já que

não se pode admitir seriedade na disponibilização de um recurso, que se torna a cada dia mais precioso como a água, sem uma base de informações atualizada e consistente, contendo o potencial hídrico e os usuários, efetivando desta forma a disponibilidade hídrica da bacia. A falta de embasamento adequado para a liberação de uma outorga pode acarretar o crime de se autorizar investimentos em empreendimentos em um curso de água que não tenha capacidade de suporte para recebê-los. Por outro lado, não autorizar pode significar retirar da região, onde se insere o curso de água em análise, a possibilidade de uma melhoria social e econômica. (MILARÉ, 2015, p. 617)

3.6 INFRAÇÕES E PENALIDADES

O art. 49 da Lei 9.433/1997 diz constituir 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.”

A outorga é o instrumento de que se vale o Poder Público para controlar o uso da água, bem limitado e qualificado como de domínio público.³¹ Faz sentido, assim, que a sua apropriação sem a aquiescência do titular encerre uma infração.

“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.”

Essa autorização abrange tanto a outorga do direito de uso das águas quanto a licença, concessão ou permissão para o empreendimento. Vale dizer, a falta dessa outorga entra no elenco dos casos de infração. De modo particular, a licença ambiental, sempre que esta for exigível.

“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.”

³⁰ Art. 30, III, da Lei 9.433/1997.

³¹ Art. 1.º, I e II, da Lei 9.433/1997.

A inobservância dos termos da outorga, além de configurar infração administrativa, poderá ensejar sua suspensão parcial ou total, no teor do disposto no art. 15, I.

As condições que deverão constar no ato administrativo da outorga serão aquelas estabelecidas em regulamento ou impostas segundo as circunstâncias de cada caso concreto, a juízo da autoridade competente do Poder Executivo Federal, dos Estados ou do Distrito Federal detentora do seu domínio.

“V – perfurar poços para extração de água subterrânea ou operá-los sem a devida autorização.”

A tipificação desta infração é consequência lógica do disposto no art. 12, II, da Lei, que exige a outorga para que o usuário possa extrair água de aquífero subterrâneo.

Atente-se apenas à impropriedade do termo autorização utilizado no inciso. Melhor seria dizer outorga, já que “autorização” reflete outro instituto de Direito Administrativo.

“VI – fraudar as medições dos volumes de água utilizados ou declarar valores diferentes dos medidos.”

A transmissão regular e veraz de informações por parte dos usuários sobre a quantidade das águas captadas, derivadas ou aproveitadas, é condição indispensável para a vigência da outorga, configurando-se a infração sempre que rompida tal condicionante. (MACHADO, 2002, p. 71)

“VII – infringir normas estabelecidas no regulamento desta Lei e nos regulamentos administrativos, compreendendo instruções e procedimentos fixados pelos órgãos ou entidades competentes.”

O tipo é aberto para abrigar o universo possível de infrações fixadas em atos administrativos infralegais. A propósito, como bem assinala Flávio Dino de Castro e Costa:

(..) a utilização de tipos abertos e de normas penais em branco constitui um mal necessário, para que seja possível assegurar maior efetividade à tutela penal ambiental. Ora, se pode ser sustentada a compatibilidade deste ponto de vista com a ordem jurídica, em se tratando da seara penal, com muito mais razoabilidade tal pode ocorrer cuidando-se das infrações administrativas. (CASTRO, NETO e AL, 2000, p. 59)

“VIII – obstar ou dificultar a ação fiscalizadora das autoridades competentes no exercício de suas funções.”

Qualquer embaraço que se oponha à regular atividade fiscalizadora da autoridade competente poderá ser enquadrada no tipo infracional. O tipo também é aberto, desafiando previsão normativa legal ou infralegal.

A seu turno, as penalidades administrativas vêm discriminadas no art. 50:

I – Advertência, com prazo para correção da irregularidade.

É uma penalidade essencialmente pedagógica e encerra uma tolerância ao fixar prazo para corrigir a irregularidade. É indicada para os infratores primários e infrações leves.

II – Multa, simples ou diária, proporcional à gravidade da infração, de R\$ 100,00 a R\$ 10.000,00.

A grande margem existente entre o valor mínimo e o máximo da multa permite grande discricionariedade a seu aplicador. O Regulamento da Lei deverá fixar critérios de gradação da gravidade da infração e de fixação do valor da multa.

A multa diária é sanção severa. Ela é imposta sem necessidade de sua renovação diária e incide por dia até a cessação da irregularidade. É conveniente que o Regulamento estabeleça um limite de tempo para o curso automático da multa diária. Isso possibilita fixar seu valor e executá-la judicialmente, o que não é possível se ela correr indefinidamente até a cessação da irregularidade.

Em caso de reincidência, a multa é aplicada em dobro.

A aplicação da multa em dobro não se limita à primeira reincidência. Destarte, a cada reincidência, dobra-se o valor da multa anteriormente imposta.

III – Embargo provisório.

O embargo paralisa a captação, a derivação ou extração da água. É imposto tanto no caso de descumprimento das condições da outorga quanto no de desobediência a normas referentes ao uso e proteção dos recursos hídricos. Portanto, as infrações à legislação ambiental, além das sanções que lhe são próprias, acarretam também a imposição do embargo.

O prazo do embargo é aquele previsto para a execução dos serviços necessários para o cumprimento das condições da outorga, do uso e proteção das águas. Não sanada a irregularidade no prazo determinado, poderá ele ser prorrogado até o efetivo cumprimento das obrigações que o motivaram.

IV – Embargo definitivo.

É imposto nos casos do não cumprimento das obrigações, no prazo estabelecido no embargo provisório ou no caso de uso de recursos hídricos sem outorga. No primeiro caso, o embargo definitivo acarreta a cassação da outorga. A Lei usa, impropriamente, a expressão “revogação”, quando, na realidade, é de cassação que se trata.

No Direito Administrativo, revogação é ato discricionário que, no interesse da Administração, faz cessar os efeitos de ato administrativo anterior válido, e acarreta ao Poder Público a obrigação de indenizar os prejuízos causados ao beneficiário do ato revogado. A cassação, por sua vez, é ato vinculado que faz cessar os efeitos de ato administrativo anterior válido, em razão de descumprimento das obrigações a cargo do beneficiário do ato.

Portanto, no caso de infração, a consequência é a cassação da outorga.

A Lei faz referência aos artigos do Código de Águas que tratam da desobstrução e da tutela dos direitos da administração.

O parágrafo único do art. 53 do Código de Águas obriga os contraventores, além das multas, a remover os obstáculos que produziram nas águas. Se não o fizerem, a Administração poderá fazê-lo, à custa do infrator.

A obrigação do infrator de repor as águas no estado anterior independe das sanções administrativas e pode ser exigida tanto no caso de embargo provisório ou definitivo quanto no caso de multa.

3.7 DESAFIOS

Como recurso ambiental primário, as águas beneficiam-se da mais ampla proteção do Estado, na esfera federal e nas esferas estaduais e municipais. Isto se deve à primordial importância das águas para a vida: a Terra chegou a ser alcunhada de “Planeta Água”, tais são a presença e a significância desse elemento constitutivo da essência mesma do Planeta, bem traduzidas nas palavras de Clarissa Ferreira Macedo D’Isep:

O fato é que o direito de águas (natureza jurídica e regime), somado ao direito à água, vem assegurar a integração hídrica planetária. Não pode o valor da água privar o ser humano do acesso a ela. Nesse sentido, o direito à água toma as feições de liberdade pública, isto é, sendo a relação homem-água preexistente ao direito, logo jus natural, cabe ao Estado abster-se de impedir o acesso do indivíduo a ela, devendo, ao revés, assegurar tal acesso, na concepção de direito fundamental, o que institui o Estado hidrogestor, provido de poder de polícia hídrico, justificando e concretizando a natureza de uso comum do povo e de patrimônio comum da nação, quando da gestão sustentável do recurso. (D’ISEP, 2010, p. 127)

No que se refere ao uso e gestão dos recursos hídricos brasileiros, seja com base na Constituição Federal, seja no contexto da legislação pertinente, com ênfase na Lei 9.433, de 08.01.1997, algumas observações conclusivas são agora oportunas:

a) Consagra-se na matéria, com a Política Nacional de Recursos Hídricos, a ótica do Direito Público em substituição ao viés do Direito Privado que, na realidade, impregnara a

legislação. Altera-se, do mesmo modo, a prática no manejo do recurso água que, por vezes, sob a ótica do Direito Privado, favorecia interesses individuais ou particulares, em detrimento do bem coletivo. (NUNES, 1982)³²

b) O avanço da Constituição Federal e da Política Nacional de Recursos Hídricos não elimina, de vez, um ressaibo de centralização legislativa. Este é o sentir de Cid Tomanik Pompeu, que não considera suficientemente claro o pensamento do constituinte de 1988, porquanto este busca impedir que os Estados legislem sobre as águas. (POMPEU, 1991). Com efeito:

– o texto constitucional, no seu art. 22, IV, confere à União, em caráter privativo, legislar sobre águas. Caberá ao legislador federal definir conceitos fundamentais relativos aos recursos hídricos, como é o caso, entre outros, da prioridade de uso e da classificação dos corpos de água;

– essa restrição estaria associada, ao que parece, à instituição do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos – singreh, cujo papel é nitidamente unificador de políticas, conforme o art. 21, XIX;

– cabe lembrar que a Constituição Federal, embora considere os usos múltiplos das águas, ainda mantém a preocupação essencial com o aproveitamento energético dos recursos hídricos, como se constata no art. 20, § 1.º, e art. 21, XII, b. As características hidrográficas e hidrológicas do Brasil teriam levado o legislador maior a acentuar esse aspecto, com vistas ao aproveitamento geoeconômico dos recursos hídricos como infraestrutura energética, mais ainda do que como potencial hidroviário;

– a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no tocante à fiscalização das concessões de exploração das águas em seus respectivos territórios encontra-se no art. 23, XI. Contudo, esse dispositivo não difere muito dos princípios que regem o aproveitamento energético dos cursos de água;

c) A aplicação da legislação vigente sobre recursos hídricos, sem dúvida, levará ao aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, máxime quando crescer o nível de participação da sociedade civil ou das comunidades locais interessadas. É inquestionavelmente auspiciosa tal perspectiva ao pensarmos em gestão ambiental e gestão das águas.

d) Por fim, não é supérfluo acentuar o peso da Política Nacional de Recursos Hídricos no processo de desenvolvimento harmonizado do País. A conjuntura mundial, a partir das

³² Neste que se pode considerar o primeiro estudo sistematizado sobre o assunto, o autor refere-se ao fato de que, “embora o Código de Águas date de 1934 e encontre aplicação frequente, embora regule relações jurídicas de assinalada importância, não teve ainda atenção especial de nenhum comentarista das nossas leis” (vol. 1, p. 3).

últimas décadas, vem mostrando um quadro sombrio de preocupações. Esse quadro, porém, deve ser mais e mais estimulante para a implementação da Lei 9.433, de 08.01.1997, e das outras que dela decorrem ou com ela se relacionem.

Neste caso, a legislação transcende o ordenamento jurídico para converter-se em mola propulsora do desenvolvimento sustentável. E um dos caminhos para isso está em dar efetivo espaço e prática aos fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, valendo destacar entre esses, o uso múltiplo das águas. Para que se tenha maior clareza sobre este tópico, basta tomar como base o uso das águas para o transporte aquaviário. O incremento desse uso se revela como meta, não somente necessária, mas positiva e em plena consonância com os critérios de sustentabilidade, uma vez que traz benefícios econômicos, ambientais e sociais – valendo destacar, ainda neste ponto, que a expansão da malha hidroviária vai ao encontro dos compromissos assumidos pelo Brasil na 15.^a Conferência das Partes da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima – COP 15, de redução de emissões de gases de efeito estufa, reforçados e estimulados durante a realização da COP 16.³³

A gestão dos recursos hídricos, por tudo já exposto, talvez seja o maior desafio para o jurista na atualidade.

3.8 DOS INSTRUMENTOS DE GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS NO AMAZONAS

Os instrumentos da Política Estadual de Recursos Hídricos estão elencados no art. 4º da Lei nº 3.167, de 27 de agosto de 2007: plano estadual de recursos hídricos; planos de bacia hidrográfica; enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes; outorga dos direitos de uso de recursos hídricos; a cobrança pelo uso de recursos hídricos; criação de um fundo estadual de informações sobre recursos hídricos; zoneamento ecológico/econômico do estado do Amazonas; e, plano ambiental do estado do Amazonas. Neste aspecto é importante salientar a inclusão do ZEE do Amazonas, como instrumento da Política Estadual de Recursos Hídricos, possibilitando seu estudo baseado na referência da bacia hidrográfica (BENATTI, 2003).

Ainda não existe o Plano Estadual de Recursos Hídricos no Estado do Amazonas. Porém segundo a Lei Estadual de Recursos Hídricos, o mesmo deverá ser elaborado pela Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SDS) e pelo Conselho Estadual de Recursos Hídricos; terá por base os Planos das Bacias Hidrográficas, encaminhados pelos comitês de Bacia Hidrográfica; os Planos de Recursos Hídricos terá

³³ COP 16, realizada em dezembro de 2010, em Cancun, México.

critérios obedientes à proteção do ambiente e à política de desenvolvimento do Estado e à PNRH; considerará propostas individual e coletivas dos usuários, os tratados internacionais e áreas legalmente protegidas; no seu art. 7º listas os diagnósticos, diretrizes, metas, programas, análises, regras, propostas que deverão constar e indica, até a sua formalização, o Conselho Estadual para estabelecer prioridades sobre a cobrança da água.

Referentes aos Planos de Bacias Hidrográficas, a lei das águas amazonense diz, na sua seção II, que atenderão as diretrizes da Política Estadual de Recursos Hídricos e servirão de base para o Plano Estadual de Recursos Hídricos. No seu artigo 10º lista os elementos constitutivos dos Planos de Bacia. Obriga a integração, se existentes, os Planos de Manejo de Usos Múltiplos de Lagos e os Planos de Utilização de recursos subterrâneos nos Planos das respectivas bacias e lista o conteúdo mínimo que os Planos de Manejo de Lagos deverão apresentar.

Na seção III prevê o enquadramento dos corpos d'água em classes, segundo os usos preponderantes da água, indicando deverão ser obedecidos às especificidades dos ecossistemas amazônicos.

Na seção IV descreve os artigos sobre a “Outorga de Direitos de Uso de Recursos Hídricos” que dentre os listados na lei nacional inclui o uso da hidrovía para transporte, usos por particulares com finalidade comercial, incluindo os de natureza recreativa e balneável. Os demais artigos desta seção tratam dos usos que não necessitam de outorga, os critérios da outorga, as obrigações dos outorgados, causas de revogação, extinção e transferência em caso de morte do usuário.

Em recente entrevista com o Conselheiro, Msc. Jefferson Robrigues Quadros, acerca da situação da Gestão dos Recursos hídricos no Amazonas, nós foi informado que o Conselho Estadual de Recursos Hídricos do Estado do Amazonas, deliberou na 6ª Reunião Extraordinária do Conselho Estadual de Recursos Hídricos do Amazonas CERH-AM, realizada em 30 de maio de 2016, sobre as minutas de Resolução nº01/2016, que estabelece através de normas complementares, critérios técnicos a serem utilizados pelo IPAAM para processo de deferimento de outorga do direito de uso de recursos hídricos de domínio do Estado do Amazonas. E da minuta nº2/2016, que estabelece definição dos usos insignificantes de derivação, captação e lançamento de recursos hídricos de domínio do Estado do Amazonas que são dispensados de outorga.

Na seção V a lei trata “da Cobrança pelo Uso de Recursos Hídricos e da Aplicação dos Valores da Arrecadação” seguindo os moldes da lei nacional sobre os objetivos da cobrança.

Apresenta os parâmetros para a fixação dos valores a serem cobrados pelo uso. Prevê que os valores arrecadados com a cobrança serão aplicados prioritariamente na respectiva bacia e lista a utilização. Nos demais artigos a lei define a base e os métodos de cálculos da cobrança.

Na seção VI a lei trata “do Fundo Estadual de Recursos Hídricos” que tem como órgão gestor a Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SDS) , onde obedecerá ao sistema de subcontas, a aplicação dos recursos do Fundo seguirá as diretrizes da Política Estadual de Recursos Hídricos e os objetivos do Plano Estadual de Recursos Hídricos, devendo ser compatibilizados com o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentária e com o Orçamento Anual do Estado. A modalidade das aplicações do Fundo é por empréstimos. Nos demais artigos se prevêm as fontes de receitas e custeio do Fundo além da vinculação da aplicação na bacia de origem através dos planos e programas aprovados pelo comitê.

Na seção VII a lei trata “do Sistema Estadual de Informações sobre os Recursos Hídricos” conceitua o sistema, nomeia como órgão gestor a Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SDS) , e disciplina a gestão da referida Secretaria e, por fim, lista seus princípios básicos.

Nas seções VIII, a lei trata do Zoneamento Ecológico Econômico, conceitua o instrumento e estabelece as regras. Na seção IX se refere ao Plano Ambiental do Estado como instrumento de apoio à revisão e implementação dos Planos de Bacia e do Plano Estadual de Recursos Hídricos, com sua respectiva lista de exigências e considerações. Por fim, a lei dedica o capítulo V a gestão “das Águas Subterrâneas”.

3.9 DOS INSTRUMENTOS ECONÔMICOS NO NOVO CÓDIGO FLORESTAL

Como observado em outras oportunidades, em 2012 o Brasil passou a contar com um Novo Código Florestal (Lei 12.651, de 25.05.2012). Obviamente, tendo em vista o escopo da norma, caracterizado pela busca da consolidação de dispositivos referentes à gestão da fauna e flora, não poderiam ser esquecidos os instrumentos econômicos (um dos principais aspectos de compatibilização entre a tutela dos recursos ambientais e o respeito a uma sociedade pautada pela livre iniciativa). Por sinal, a própria Lei 12.651/2012 faz referência aos instrumentos econômicos no seu art. 1.º-A. Todavia, apesar da “lógica”, presente na premissa de que a gestão de recursos ambientais, em um ambiente capitalista, pressupõe a presença de meios compatíveis com as operações de mercado, a Lei 12.651/2012 poderia ter se detido mais sobre o assunto.

É importante lembrar, mais uma vez, que se está hoje diante de uma iminente revolução no campo do Direito Ambiental. Dois paradigmas convivem e se digladiam atualmente: 1º) o modelo tradicional de comando e controle que dá pouca ou nenhuma importância à viabilidade da atividade econômica; 2º) o standard contemporâneo que reconhece o viés capitalista da sociedade e procura compatibilizar a preservação da natureza com o exercício das atividades de mercado.

O Novo Código Florestal é, sem dúvida, fruto deste conflito existencial. O diploma deseja se consolidar na vanguarda legislativa, mas não consegue abandonar os cânones do passado. A Lei 12.651/2012, talvez por inspiração do seu antecessor, dedicou grande parte de seu esforço aos antigos parâmetros, como percentuais de reserva legal e largura de áreas de preservação permanente, deixando de “radicalizar” com relação ao principal tema dos dias atuais. Perdeu-se a oportunidade de implantação de uma nova mentalidade legislativa, por meio da elaboração de um Código Florestal estruturado em torno dos instrumentos econômicos. Por sinal, é evidente que a fixação de extenso rol de direitos é, por si só, ineficaz sem a presença de meios para sua efetivação.³⁴ Nada obstante a timidez com que se houve na matéria, é certo que ensaiou alguns avanços dignos de nota.

Assim, por exemplo, a servidão ambiental já contemplada em nosso sistema, contou com um pouco mais de prestígio no novo Código Florestal, constando em diversos de seus dispositivos (art. 13, § 1.º; art. 15, § 2.º; art. 44, I; art. 50, II; art. 66, § 5.º, II e art. 68, § 2.º), em “uma aparente tentativa” de regulamentar o instituto em consonância com a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981). Aliás, causa certa estranheza o fato de o novo Código Florestal ter justamente introduzido modificações significativas na Lei 6.938/1981 (por meio dos arts. 78 e 79) para incrementar o instituto da servidão ambiental.

De outra parte, inovou ao se referir à Cota de Reserva Ambiental – CRA e ao Pagamento por Serviços Ambientais – PSA como importantes instrumentos econômicos de política ambiental, como veremos a seguir.

3.9.1 Cota de Reserva Ambiental – CRA

³⁴ É de longa data a discussão sobre a importância da efetivação dos direitos. Não se pode esquecer que a própria ideia de Direito Processual se estruturou, na sua origem, na teoria civilista ou clássica de Savigny. O autor afirmava, de modo sintético, que o processo era resposta à violação de um direito material. Evidentemente, com as teorias de Ploz e Wach e o reconhecimento da autonomia do Direito Processual, a discussão ficou no passado. De qualquer forma, não se pode abandonar totalmente a ideia. Em uma visão contemporânea, é bastante conhecida entre os constitucionalistas a dicotomia entre direitos e garantias. Assim, a Constituição Federal elenca em seu texto um rol de atributos (direitos) e, concomitantemente, uma relação de instrumentos (garantias). Os primeiros são abstratos, etéreos e os segundos são meios concretos de efetivação. Portanto, uma legislação de tutela ambiental meramente “de parâmetros” (sem instrumentos) é absolutamente inócua.

A Lei 12.651/2012 instituiu, por meio de seu art. 44, a Cota de Reserva Ambiental – CRA, título nominativo representativo de área com vegetação nativa, existente ou em processo de recuperação (a) sob regime de servidão florestal;³⁵ (b) correspondente à área de Reserva Legal instituída voluntariamente sobre a vegetação que exceder os percentuais exigidos no art. 12 do Código Florestal;³⁶ (c) protegida na forma de Reserva Particular do Patrimônio Natural³⁷ ou (d) existente em propriedade rural localizada no interior de Unidade de Conservação de domínio público que ainda não tenha sido desapropriada.³⁸

Trata-se de mais um instrumento econômico previsto pela legislação ambiental, o que se evidencia por sua natureza de título nominativo, ao qual será atribuído valor econômico, seja monetário ou não, e que deverá ser, obrigatoriamente, registrado em bolsas de mercadorias de âmbito nacional ou em sistemas de registro e de liquidação financeira de ativos autorizados pelo Banco Central.³⁹

A Cota de Reserva Ambiental materializa a finalidade do Código Florestal de fomentar a “preservação e a recuperação da vegetação nativa”,⁴⁰ uma vez que sua função consiste em oferecer contrapartida econômica ao proprietário que preserva e recupera sua área. Inere-se daí que os proprietários de áreas com vegetação nativa passíveis de originar Cotas de Reserva Ambiental passam, a partir da edição da nova lei florestal, a contar com um estímulo econômico para manter a floresta “de pé”.

Nesse sentido, as áreas providas de vegetação nativa, antes consideradas apenas como um ônus ao proprietário rural, transformam-se em verdadeiras “moedas verdes”, passíveis de serem intercambiadas com aqueles proprietários que se encontram em déficit com suas obrigações florestais, notadamente relacionadas à instituição da Reserva Legal.

Cada CRA corresponderá a um hectare de área com vegetação nativa primária ou com vegetação secundária em qualquer estágio de regeneração ou de áreas de recomposição mediante reflorestamento com espécies nativas,⁴¹ tornando-se inadmissível sua emissão quando a regeneração ou a recomposição se mostrarem inviáveis.⁴²

Nos termos do art. 44, § 1.º, da Lei 12.651/2012, a emissão da CRA será feita mediante requerimento do proprietário, após a inclusão do imóvel no CAR e apresentação de

³⁵ Inc. I do art. 44 da Lei 12.651/2012.

³⁶ Inc. II do art. 44 da Lei 12.651/2012.

³⁷ Inc. III do art. 44 da Lei 12.651/2012.

³⁸ Inc. IV do art. 44 da Lei 12.651/2012.

³⁹ Art. 47 da Lei 12.651/2012.

⁴⁰ Art. 1.º-A, VIII, da Lei 12.651/2012.

⁴¹ Art. 46, I e II, da Lei 12.651/2012.

⁴² Art. 46, § 2.º, da Lei 12.651/2012.

laudo comprobatório emitido pelo órgão ambiental ou por entidade credenciada, assegurado o controle do órgão federal competente do Sisnama.

Com efeito, a Lei 12.651/2012 não deixa clara a questão da competência para a emissão da CRA, se do órgão ambiental estadual ou do federal.

Em seu art. 45, a Lei estabelece os documentos que deverão acompanhar o requerimento, quais sejam (i) certidão atualizada da matrícula do imóvel expedida pelo registro de imóveis competente; (ii) cédula de identidade do proprietário (pessoa física) ou ato de designação de responsável (pessoa jurídica); (iii) certidão negativa de débitos do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR; e (iv) memorial descritivo do imóvel, com a indicação da área a ser vinculada ao título, contendo ao menos um ponto de amarração georreferenciado relativo ao perímetro do imóvel e um ponto de amarração relativo à Reserva Legal.

Aprovado o requerimento, a CRA é emitida, contendo um número de controle, o nome do proprietário da área vinculada ao título, a dimensão e localização da área correspondente, a indicação do bioma onde a área está inserida, bem como a caracterização da vegetação, como nativa primária, vegetação secundária em qualquer estágio de regeneração ou área de recomposição mediante reflorestamento com espécies nativas.⁴³ O vínculo de uma área à CRA deverá ser objeto de averbação na matrícula do respectivo imóvel, nos termos do § 3.º do art. 45 da Lei 12.651/2012.

Após sua emissão pelo órgão ambiental competente, a CRA somente poderá ser cancelada em caso de desistência do proprietário da área de manter a vegetação, em caso de término do prazo da servidão ambiental, ou por decisão do órgão competente do Sisnama, quando da ocorrência de degradação da vegetação nativa da área vinculada à CRA, cujos prazos de recuperação inviabilizem o vínculo.⁴⁴

A transferência ou circulação da CRA poderá ser efetivada, onerosa ou gratuitamente, entre pessoas físicas e jurídicas de direito público ou privado, mediante simples termo assinado entre o titular da CRA e o adquirente, devendo ser devidamente registrado no sistema único de controle, sob pena de a referida transferência ser considerada ineficaz.⁴⁵

Quando a aquisição da CRA se destinar à compensação de Reserva Legal, tanto a área representada pela CRA, quanto aquela na qual se situa o déficit deverão estar localizadas, impreterivelmente, no mesmo bioma, sendo ainda necessária a equivalência em extensão.

⁴³ Arts. 45, § 2.º e 46 da Lei 12.651/2012.

⁴⁴ Art. 50 da Lei 12.651/2012.

⁴⁵ Art. 48, caput e § 1.º, da Lei 12.651/2012.

Ademais, caso a compensação seja realizada mediante áreas situadas em Estados distintos, aquelas representadas pela CRA deverão estar localizadas em locais identificados como prioritários pela União ou pelos Estados.⁴⁶ Nesses casos, cuja finalidade seja a compensação da Reserva legal, a CRA deverá ser averbada na matrícula do imóvel no qual se situa a área vinculada ao título e também na do imóvel beneficiário da compensação.⁴⁷

Ainda sobre esta modalidade de instrumento econômico, vale destacar que a responsabilidade pela manutenção das condições de conservação da vegetação nativa da área que deu origem à CRA caberá ao proprietário do imóvel em que se situa a área a ela vinculada.⁴⁸

Por certo, trata-se a CRA de festejada iniciativa do legislador, que, por certo, contribuirá com a preservação e a recuperação das florestas e demais formas de vegetação nativa.

3.9.2 O pagamento por serviços ambientais como instrumento econômico de política ambiental

O homem, como todo e qualquer ser vivo, enquanto agente ecológico, interfere no meio ambiente apropriando-se dos recursos necessários à manutenção da própria vida, sem levar em conta o bem-estar e as necessidades dos outros seres, e nem mesmo a perpetuação de tais recursos.

Este comportamento, puramente biológico, independe da cultura a que pertence o agente humano, sendo a apropriação dos bens naturais limitada apenas pela sua disponibilidade, pela capacidade de consumo do grupamento social dado e pela tecnologia empregada.

Daí ser pura falácia atribuir a certas culturas ou comunidades ditas “tradicionalistas” um estado de comunhão idílica com a natureza, enxergada como uma espécie de divindade benfazeja, e ao mesmo tempo carregar contra a civilização moderna a pecha de destruidora do planeta, como se o comportamento predatório fosse de sua exclusiva invenção.

A verdade é que as culturas neolíticas, em luta desigual contra uma natureza avara, em que pese a pequenez da população humana de então, já exterminavam outras espécies, como o fizeram, por exemplo, os primeiros americanos com a megafauna do Pleistoceno, ou os

⁴⁶ Arts. 48, §§ 2.º e 3.º e 66, § 6.º, da Lei 12.651/2012.

⁴⁷ Art. 48, § 4.º, da Lei 12.651/2012.

⁴⁸ Art. 49 da Lei 12.651/2012.

maoris com a moa, ave gigante da Nova Zelândia, ou os primitivos polinésios com todas as árvores da Ilha de Páscoa; os exemplos não faltam.

Em contrapartida, a civilização tecnológica, embora tenha multiplicado exponencialmente os meios de exploração da natureza, tanto quanto a população e as necessidades humanas, é a primeira da história a ensaiar medidas para sustar a destruição e reencontrar o equilíbrio entre as demandas da sociedade e a capacidade de regeneração dos ecossistemas.

Assim é que, em pleno século XIX, no auge da Revolução Industrial, começam a surgir iniciativas incipientes, primeiro no seio da sociedade civil, depois no âmbito do estado, para render à natureza o respeito devido como nutriz da vida.

O marco inaugural dessa nova atitude pode identificar-se com a criação, pelo governo do Estados Unidos, do Parque Nacional de Yellowstone, em 1872. Pela primeira vez a natureza é encarada, do ponto de vista jurídico, como um bem em si mesma, e não como simples fornecedora de produtos ou matérias-primas.

Os bens naturais, perante o direito, em consonância com a atitude predatória do homem em face da natureza – que, como vimos, tem sólidos fundamentos biológicos – sempre foram encarados como *res nullius* (coisa de ninguém), aptos, portanto, a serem apropriados pelo primeiro que lançasse mão deles: a coleta e a caça foram as primeiras atividades econômicas humanas.

À medida, porém, que tais bens se vão tornando escassos, quer pelo aumento da procura, quer pela maior demanda de trabalho para obtê-los, passam a ser encarados como integrantes de um patrimônio, como propriedade de alguém: a tribo, a nação, o rei, um particular qualquer.

O proprietário é senhor absoluto da coisa, podendo dela usar, gozar e livremente dispor, ou até mesmo dela abusar e destruí-la, segundo a primitiva concepção romana. Claro que, com o tempo, estas faculdades foram aos poucos mitigadas e cerceadas, mas, no que toca aos recursos naturais, perduraram até épocas recentes.

Muito da acumulação capitalista da Revolução Industrial se fez não só da exploração do trabalho, mas também da espoliação da natureza.

O empreendedor, munido de uma permissão do estado (ou sequer isso), apropriava-se de um recurso natural qualquer – minério, água, madeira ou o que fosse –, por definição *res nullius*, transformando-o, pela sua indústria e arrojo, em bens de valor econômico, por definição propriedade privada.

Os rejeitos do processo industrial – as “externalidades negativas”,⁴⁹ vulgarmente conhecidas como “poluição” – voltavam a ser *res nullius*, devolvidas ao ambiente natural sem ônus para o seu gerador, deixando de integrar a estrutura de custos da produção.

Esse processo gerou grandes riquezas, públicas e privadas, e propiciou um surto de progresso material nunca visto, tirando milhões de pessoas da miséria e favorecendo a explosão planetária da população humana.

No entanto, o modelo era insustentável em longo prazo. A saturação de todos os ecossistemas do planeta, com os resíduos da civilização tecnológica, veio a dar na crise ambiental global que todos conhecemos.

Com a crise começou a tomar forma uma nova percepção da natureza, não mais como fornecedora inesgotável de matérias-primas, mas acima de tudo como provedora de processos essenciais para a manutenção da vida. Essa nova visão evoluiu, no mundo desenvolvido, como encarecido linhas acima, já a partir do século XIX, mas apenas veio a ganhar a densidade necessária para a formulação de um Direito Ambiental a partir da Conferência de Estocolmo de 1972.

Tendo a evolução desse novo ramo do direito sido objeto de outros tópicos desta obra, não há necessidade de reiterá-la aqui. Basta assinalar que, no Brasil, de maneira pioneira no mundo, os bens naturais, que coletivamente integram o meio ambiente, passaram a ser conceituados já não mais como *res nullius*, coisa de ninguém, mas como *res communis omnium*, coisa de todos, bem de uso comum do povo, na revolucionária concepção da Constituição de 1988.

No entanto, entre nós, a proteção jurídica do meio ambiente desde cedo assumiu, marcadamente, um caráter de ação de comando e controle, isto é, o legislador brasileiro entendeu, como bastante para a proteção da natureza, a coerção das condutas indesejáveis por parte do estado, cominando aos infratores sanções cujo rigor vem avultando ao longo do tempo.

Contudo, sem desmerecer os notáveis progressos alcançados, impende notar que, aqui como alhures, a mera punição tem sido insuficiente para reverter, ou mesmo desacelerar a

⁴⁹ A noção de externalidade origina-se na teoria microeconômica de Arthur Cecil Pigou, da Escola de Cambridge (1920), e refere-se a benefícios ou custos do processo econômico, alheios ao agente afetado, e que não integram o mecanismo de preços.

degradação ambiental, isto porque muitas das condutas consideradas lesivas à natureza são integrantes do processo econômico, e vêm sendo praticadas há séculos por milhões de pessoas, que com isso apenas buscam sobreviver.

É o caso, notadamente, de um sem número de práticas agrícolas e extrativistas, sendo inviável a sua extinção pura e simples, sem o oferecimento, àqueles que delas dependem, de uma alternativa, não simplesmente de vida, mas de plena resposta às suas justas aspirações de participação no progresso econômico.

4 DOS ÓRGÃOS GESTORES, EXECUTORES E COLABORADORES DOS RECURSOS HÍDRICOS NO AMAZONAS.

4.1 A REGIÃO AMAZÔNICA

Para o desenvolvimento da presente dissertação, se faz necessário um conhecimento mais aprofundado da situação presente em que se encontra a Região Amazônica no que se refere aos recursos hídricos.

Segundo o Relatório Final do Projeto Gerenciamento Integrado e Sustentável dos Recursos Hídricos Transfronteiriços na Bacia do Rio Amazonas¹⁴¹, o principal fator de pressão sobre o meio ambiente na Amazônia é o crescimento populacional, especialmente a urbanização. Entre os anos de 1991 e 1996 o crescimento da população regional foi de 9,4 %. Este crescimento tem reflexo imediato com os padrões de crescimento econômico, onde neste mesmo período foi de 2,44%, representando um valor bem acima da taxa média de crescimento econômico do país que foi de 1,38 % para o mesmo intervalo de tempo.

Com relação à taxa de urbanização da Região Hidrográfica Amazônica, os números representam um aumento de quase 10 por cento entre 1991 e 1996. Porém, relacionado com este crescimento, observou-se, em níveis de qualidade de vida, que os indicadores de saneamento básico (abastecimento de água potável, esgoto sanitário e coleta de resíduos sólidos) demonstraram uma queda representativa nos investimentos para este setor.

Ainda com relação aos indicadores de saneamento básico, é importante ressaltar que na própria Região Amazônica existem distorções quanto aos investimentos do Poder Público, onde o estado de Roraima apresenta mais de 90% de sua população sendo beneficiada com o abastecimento de água potável, enquanto que o estado do Pará tem menos da metade de sua população atendida por este serviço. Já com relação ao sistema de esgotamento sanitário, a situação é bastante crítica, com menos de 15% da região sendo contemplada com esta melhoria sanitária.

Tabela 1 - Situação da Região Hidrográfica Amazônica com relação a saneamento básico, especialmente abastecimento d'água e esgotamento sanitário.

| Estado | (% pop.) | (% pop.) |
|-----------------------------|--------------------------|-----------------------|
| Abastecimento d'água | Sistema de Esgoto | Esgoto Tratado |
| Acre | 43,9 | 34,2 |
| Amazonas | 79,4 | 20,5 |
| Rondônia | 55,1 | 4,4 |
| Roraima | 93,6 | 0,6 |
| Pará | 47,7 | 2,4 |
| Amapá | 55,1 | 0,4 |

Fonte: ANA (2002)

O uso e a ocupação do solo são parâmetros que refletem diretamente nos percentuais dos usuários de água da região, onde a maior demanda registrada pelos usuários esta no setor de abastecimento humano em áreas urbanas, com 36%, seguido pela dessedentação animal com 25%, da irrigação com 22%, do uso industrial com 10% e o uso humano em áreas rurais com 7% (PNRH/SRH, 2005).

A média nacional de necessidade com irrigação e dessedentação animal é de 70%, portanto, a média amazônica se encontra abaixo dessa media. Com relação aos valores de uso industrial, o percentual da Região Amazônica se enquadra dentro da média do país, mas, o consumo para abastecimento humano se enquadra acima da média do Brasil.

O mesmo relatório afirma que devido à grande abundância de água, a demanda de usuários é relativamente baixa em relação aos vários usos da água. Com isso, a relação da demanda com a disponibilidade hídrica é inferior a quinhentas vezes.

As sub-regiões amazônicas com maiores demandas de água são as do Rio Negro e do Rio Tapajós, sendo responsáveis por 35% e 22% das demandas totais, respectivamente. Logo após, encontram-se as sub-regiões do Rio Madeira (16%) e da Foz do Rio Amazonas (10%).

Os valores de demanda apresentados representam uma tendência ao consumo das regiões mais urbanizadas e com maior aproveitamento de uso e ocupação do solo, que na Região Amazônica se destacam: Manaus (sub-região do Rio Negro), Santarém, Alta Floresta e Sinop (sub-região do Rio Tapajós). Porto Velho é o caso de maior demanda da sub-região do Rio Madeira, enquanto que Macapá e Santana são as cidades de maiores necessidades dos recursos hídricos na sub-região da Foz do Rio Amazonas.

Nas regiões com maior índice de ocupação urbano é constatado que a maior demanda é com relação ao abastecimento público. Já nas áreas agrícolas a maior necessidade é do uso da água para irrigação, área esta que possui baixa concentração populacional.

Levando-se em conta a baixa densidade demográfica associada a um desenvolvimento econômico, que apesar de crescente ainda é incipiente, face à grande oferta de água, pode-se afirmar que a Região Hidrográfica Amazônica não apresenta problemas de disponibilidade hídrica. No entanto, a riqueza do bioma amazônico, sua fragilidade e interação com os ecossistemas aquáticos determinam um alto potencial de impacto sobre os recursos hídricos para grande parte das ações antrópicas que vêm sendo desencadeadas no espaço geográfico da região.

4.2 SECRETARIA ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE-SEMA

Segundo estabelece a política normativa hídrica do Estado, o Conselho Estadual de Recursos Hídricos (CERH) é formado por órgãos da Administração Pública e da sociedade civil. Nesta esteira, quanto aos órgãos da Administração Pública encontram-se inseridas a Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Sustentabilidade (SDS) enquanto órgão coordenador e o Instituto de Proteção Ambiental do Estado do Amazonas (IPAAM) com atribuições executivas, sendo a Secretaria do CERH a plataforma instrumental da gestão hídrica estadual cujas atribuições consistem em concatenar e dotar de efetividade as deliberações do Conselho.

Até a reforma administrativa promovida pelo Governo do Estado, no mês de fevereiro do ano 2015, quando então inúmeras Secretarias de Governo foram extintas e transferidas para a competência de outras Secretarias, a gestão de recursos hídricos era da competência da Secretaria de Recursos Hídricos e Mineração. Após tal reforma, a aludida Secretaria foi extinta e as suas atribuições transferidas para a Secretaria de Ciência e Tecnologia (SECTI); limitando-se, hoje, em um departamento da SECTI.

Assim, resulta permitido compreender que, hoje, toda a estrutura administrativa relativa à gestão de recursos hídricos na órbita do Estado do Amazonas se resume à atuação de departamento de Secretaria com dotação financeira escassa e dependente da transferência de recursos federais.

Embora composto legalmente daquela forma, a atual estrutura administrativa dos órgãos de Estado não permite que sejam cumpridos os objetivos do SEGRH, haja vista as sucessivas reformas quanto às políticas hídricas adotadas pelo Governo do Estado ocorridas no longo dos anos.

Desta forma, permite-se conceber que o modelo preconizado pela PERH não representa o modelo da atual gestão que vem sendo adotada pelo Estado, o que justifica a afirmativa de que não apenas a lei, ou seja, o planejamento hídrico do Estado precisa ser revisto, mas, fundamentalmente, também as decisões de políticas de Governo no sentido de dispensar investimentos políticos, estruturais e, principalmente, econômicos, na gestão dos recursos hídricos.

Em entrevista concedida pela chefe adjunta do setor de recursos hídricos da SEMA, Sr^a. Marcele de Freitas Lopes, foi aplicado o seguinte questionário:

1) Existe Política Estadual de Recursos Hídricos estabelecida por lei? SIM, Lei N°3167/07.

- 2) Existe Conselho Estadual de Recursos Hídricos? SIM. Funciona? SIM.
- 3) Existe Comitês de Bacias? SIM, são dois os Comitês de Bacias Hidrográficas no Estado do Amazonas, o do Tarumã e o do Puraquequara. Diversamente do que ocorre com o CBH-T, o CBH-P existe de fato mas não de direito.
- 4) Existe Agências de Águas? NÃO.
- 5) Existe Plano de Bacias? NÃO.
- 6) Existe enquadramento? NÃO.
- 7) Existe cadastro de Usuários? SIM. O IPAAM é o responsável por esse instrumento.
- 8) Monitoramento de qualidade de água? SIM. É atribuição da CPRM.
- 9) Sistema de informação? SIM. A CPRM dispõe do sistema de informações sobre águas subterrâneas – SIAGAS, com cadastro de poços e fontes desse bem mineral de todo o Brasil, e realiza levantamentos hidrogeológicos regionais em várias escalas.
- 10) Existe fiscalização? NÃO.
- 11) Existe cobrança? NÃO.
- 12) Existe fundo estadual de Recursos Hídricos? NÃO.

Questionada acerca da falta do Plano Estadual de Recursos Hídricos, que vem impossibilitando que outros instrumentos sejam implantados. A sr^a. Marcele nos respondeu que o Plano Estadual de Recursos Hídricos encontrasse em fase de licitação e que em breve a empresa vencedora dará início ao desenvolvimento do mesmo, seguindo as orientações da SEMA. Quando for concluído e aprovado pelo Conselho Estadual de Recursos Hídricos, será encaminhado ao IPAAM, que é o Órgão Executor.

4.3 INSTITUTO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DO ESTADO DO AMAZONAS-IPAAM

4.3.1 Breve Histórico

As atividades de controle ambiental no Estado do Amazonas iniciaram em 1978 na Secretaria de Estado do Planejamento e Coordenação Geral – SEPLAN, executadas pela Comissão de Desenvolvimento do Estado do Amazonas – CODEAMA.

A primeira Lei da Política Ambiental do Estado foi publicada em 1982 (Lei 1.532), seguindo os passos dos novos processos de conscientização sobre o Meio Ambiente no Brasil.

Em 1989 foi criado o Instituto de Desenvolvimento dos Recursos Naturais e Proteção Ambiental do Estado do Amazonas – IMA/AM, tendo na execução da política ambiental uma das suas finalidades, quando inicia um processo de controle ambiental mais sistemático.

Porém, é com a criação do Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas – IPAAM, em 14.12.95, que substituiu o IMA/AM, que ocorre o grande avanço da questão ambiental no Estado, pois o IPAAM passou a coordenar e executar exclusivamente a Política Estadual do Meio Ambiente.

A partir de fevereiro de 2003, o IPAAM passou a ser vinculado à Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SDS), portanto, órgão executor da Política de Controle Ambiental do Estado do Amazonas.

As atividades fim do IPAAM que englobam o Controle Ambiental, são o Licenciamento, a Fiscalização e o Monitoramento Ambiental.

4.3.2 Licenciamento Ambiental

Como ação típica e indelegável do Poder Executivo, o licenciamento constitui importante instrumento de gestão do ambiente, na medida em que, por meio dele, a Administração Pública busca exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico. Isto é, como prática do poder de polícia administrativa, não deve ser considerado um obstáculo teimoso ao desenvolvimento, como, infelizmente, muitos assim o enxergam.

De fato, nos últimos tempos, este tem sido o estribilho nas queixas e cantilenas contra a sua morosidade (decorrente, muitas vezes, de impasses nem sempre de natureza técnica entre órgãos ambientais e outras áreas do governo), precisamente numa fase em que o País precisa tirar atrasos de anos na implantação de infraestruturas urgentes e na aceleração do crescimento econômico.

Por sua vez, os órgãos licenciadores, as autoridades ambientais e a militância ambientalista surpreendem-se com repetidas invectivas de altas autoridades da República contra as exigências ambientais.

A propósito, há que se ponderar que tais exigências decorrem, em sua grande parte, de preceptivos insertos na Constituição Federal; os zelos excessivos na proteção ambiental correm por conta de quem os invoca, e não são particularmente numerosos. Por outro lado, o meio ambiente – com seu equilíbrio ecológico e sua qualidade a ser preservada – não pode ser objeto de barganha, dado que é patrimônio da coletividade e bem inegociável. Não pode haver desenvolvimento genuíno se esse patrimônio for sacrificado – e a própria Carta Magna diz que há limites para as atividades econômicas. Preservar o meio ambiente nos termos da

Constituição não significa emperrar o desenvolvimento do País, mas, ao contrário, alicerçá-lo. Daí a oportuna qualificação do licenciamento como “instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente”.⁵⁰

4.3.3 Competência para o Licenciamento

De acordo com o disposto no art. 23, III, VI e VII da Constituição da República, o licenciamento em matéria de meio ambiente integra o âmbito da competência administrativa ou material, que é comum para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Embora já fosse praticado em alguns Estados, como os do Rio de Janeiro⁵¹ e São Paulo,⁵² com base em leis locais, editadas principalmente a partir da Conferência de Estocolmo de 1972, o licenciamento ambiental ganhou roupagem definitiva com a Lei 6.938/1981, que lhe conferiu o status de ‘instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente’.⁵³

Deveras, em 1988, ao proclamar a autonomia dos diversos entes da Federação (arts. 1.º e 18, caput), a Constituição Federal recepcionou a Lei 6.938/1981 e deixou claro que as entidades federativas, em consonância com a estrutura de federalismo cooperativo adotado pelo Estado brasileiro, deveriam compartilhar responsabilidades sobre a condução das questões ambientais, tanto no que tange à competência legislativa concorrente/suplementar (arts. 24 e 30, II), quanto no que se refere à competência administrativa comum, também dita implementadora (art. 23).

Daí o entendimento então vigorante, escorado na regra estampada no art. 10, caput, da Lei 6.938/1981, na redação anterior à Lei Complementar 140/2011, de que o critério para a identificação do órgão habilitado para o licenciamento era único, determinado pelo alcance dos possíveis impactos ambientais diretos entrevistados nas etapas de planejamento, instalação e operação de certo empreendimento ou atividade, nada impedindo que o procedimento respectivo fosse exigido, simultaneamente, pelos três níveis de governo.⁵⁴

⁵⁰ Art. 9.º, IV, da Lei 6.938/1981.

⁵¹ Regulamentado pelo Dec.-lei 134/1975.

⁵² Instituído pela Lei 997/1976, regulamentada pelo Dec. 8.468/1976.

⁵³ “Art. 9.º – São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:

IV – o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;”

⁵⁴ Esta a posição então referendada pelo STJ, verbis: “Administrativo e ambiental. Ação civil pública. Desassoreamento do rio Itajaí-Açu. Competência do Ibama. Interesse nacional. 1. Existem atividades e obras que terão importância ao mesmo tempo para a Nação e para os Estados e, nesse caso, pode haver duplicidade de licenciamento (...) 3. Não merece relevo a discussão sobre ser o rio Itajaí-Açu estadual ou federal. A conservação do meio ambiente não se prende a situações geográficas ou referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem. A natureza desconhece fronteiras políticas (...)” (STJ, REsp 588.022/SC, 1.ª T., j. 17.02.2004, rel. Min. José Delgado, DJ 05.04.2004).

É verdade que, paralelamente a este critério da lei, o Conama – ante a inescandível impaciência dos gestores ambientais, cansados de esperar pela Lei Complementar prometida pelo parágrafo único do art. 23 da CF/1988, com o fim de disciplinar o pacto federativo em matéria ambiental – editou a Res. Conama 237, de 19.12.1997, preconizando a unicidade do licenciamento (art. 7.º), fundada em múltiplos critérios decorrentes ora da amplitude dos impactos, ora da localização, ora da natureza ou dominialidade do bem sujeito a interferência (arts. 4.º, 5.º e 6.º), tudo em ordem a evitar conflitos e superposição de atribuições entre os órgãos de gestão dos variados níveis de poder.

Este arcabouço normativo, como bem lembrado por Consuelo Yoshida, tinha, de um lado, a vantagem de propiciar uma ampla tutela do meio ambiente pelos diferentes Poderes e níveis federativos, mas, por outro lado, era, não raro, o cerne de conflitos e de superposição de competências e atribuições a onerar, retardar e por vezes dificultar e mesmo inviabilizar a efetividade da proteção ao meio ambiente e à qualidade de vida. (YOSHIDA, 2010) (YOSHIDA, 2007).

Por essas e outras é que, depois de anos de espera, veio à luz a LC 140/2011, prometida pelo parágrafo único do art. 23 da CF/1988, que – no propósito de fixar normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção do ambiente – adotou, para a definição do órgão licenciador, tal qual já preconizado pela Res. Conama 237/1997, um critério múltiplo, baseado não só na amplitude dos impactos, como também na localização física, na dominialidade/ocupação, no porte, no potencial poluidor e na natureza da atividade ou empreendimento, conferindo o licenciamento a um único nível de competência.⁵⁵

Adiante-se, desde logo, que a diretriz básica a ser observada, conjuntamente com a tipologia legal, é a da competência espacial, derivada da amplitude dos impactos: toda matéria local atrai a competência licenciatória do Município (art. 9.º, XIV, a); a microrregional fica com o Estado (art. 8.º, XIV, da LC 140/2011 c/c art. 25, § 1.º, da CF/1988); e a supraestadual clama pela interferência da União (art. 7.º, XIV, e, da LC 140/2011).

A sempre possível sobreposição de atuação no licenciamento da obra ou atividade sujeitas à supervisão de mais de um ente federativo será evitada com base nas regras dos arts. 8.º, XIV e 9.º, XIV da LC 140/2011, que, respectivamente, determinam que os Estados promovam o licenciamento respeitando as atribuições da União e dos Municípios, e estes, por

⁵⁵ Art. 7.º, alíneas a a g, com os acréscimos das tipologias enumeradas no art. 3.º do Decreto 8.437, de 22.04.2015, face ao disposto na alínea h e parágrafo único, do mesmo artigo; arts. 8.º, 9.º e 10 da LC 140/2011.

sua vez, observem as atribuições dos demais. Pense-se, por exemplo, no licenciamento de rodovias ou de dutos que alcancem parcialmente unidades de conservação estaduais, de municípios e terras indígenas. Não há se falar em tríplice atuação. A União capitaneará o processo, por força dos comandos legais acima expostos, restando aos Estados e Municípios a intervenção que entenderem necessária para o acautelamento de seus interesses.

A bem ver, não se está a sustentar a possível exclusão de qualquer ente ou órgão do processo de licenciamento, mas de simples regra de comando, em ordem a evitar conflitos e a garantir uma eficaz gestão ambiental, certo que a competência comum deve ser exercida de forma harmônica, aglutinadora e cooperativa entre os diferentes níveis de governo. Quem não estiver no comando do processo, dele não está alijado, ante a regra do § 1.º do art. 13 da LC 140/2011, que abre as portas à interveniência de qualquer ente federativo interessado. Este o sentido do parágrafo único do art. 23 da CF/1988, ao estabelecer que Lei Complementar fixaria “normas para a cooperação” entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

É dizer: mesmo com regramento específico, o critério para a identificação do órgão habilitado para o licenciamento há que ser determinado pela análise conjunta com a abrangência dos impactos diretos que possam resultar do empreendimento ou atividade, consoante o espírito que já norteava a Res. Conama 237/1997 e agora incorporado pela LC 140/2011 (arts. 7.º, XIV, e, 9.º, XIV, a e 8.º, XIV c/c. art. 25, § 1.º, da CF/1988). Sim, apenas os impactos diretos, pois os indiretos podem alcançar proporções inimagináveis até mesmo a partir de uma tênue relação de causa e efeito entre o projeto a implantar-se e sua interação com o meio ambiente, capaz, portanto, de despertar o interesse da própria aldeia global.⁵⁶

Dá a necessidade de os estudos ambientais norteadores do licenciamento definirem adequadamente os locais passíveis de percepção dos efeitos potenciais do projeto, minudenciando: (i) a área diretamente afetada (ADA), (ii) a área de influência direta (AID)²³⁷ e (iii) a área de influência indireta (AII), por isso que possível, em consequência

⁵⁶ Esse o entendimento encampado, já na vigência da LC 140/2011, pelo TRF-1.ª Reg., no AgIn 53693-74.2013.4.01.0000/MA interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão do Juízo Federal de Imperatriz/MA, que indeferiu pedido de concessão de liminar para suspender o processo de licenciamento de unidade industrial, instalada no município de Imperatriz/MA, conduzido pela Secretaria Estadual de Meio Ambiente do Maranhão – Sema. Ao indeferir o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal formulado pelo Parquet, o Desembargador Relator, Jirair Aram Meguerian, valeu-se do argumento de que toda a AID se encontrava apenas no estado do Maranhão, e os efluentes do processo produtivo seriam submetidos a um rigoroso tratamento para inibir qualquer alteração ambiental relevante na qualidade do corpo hídrico receptor e, portanto, os impactos ambientais diretos não ultrapassariam os limites territoriais da referida unidade federativa (j. 16.10.2013).

dos seus resultados, emergir a hipótese de o órgão inicialmente eleito para o licenciamento ter de declinar sua competência para outro cujo interesse avulte como predominante no caso.

Nada obstante nos parecer claro, a todas as luzes, ser este o caminho a ser seguido por melhor atender à boa gestão do patrimônio ambiental, importa registrar que o Ibama, pela Orientação Jurídica Normativa 43/2012/PFE/Ibama, editada sob a égide da LC 140/2011, passou a entender – ancorado em interpretação meramente literal – faltar-lhe competência para o licenciamento com base no critério da extensão geográfica do impacto ambiental direto – informado pela AID –, porque sujeito, agora, ao critério da localização física do empreendimento, orientado pela ADA. Com efeito, assim averba a citada Orientação: “se antes um empreendimento localizado, em sua totalidade, em um Estado, mas que causasse impacto direto em outro país ou em Estado diverso, era licenciado pelo Ibama, agora, não há que se falar em competência federal. O Ibama será competente, nesse caso, apenas se o empreendimento ou atividade for contemplado em ato do Poder Executivo (art. 7.º, XIV, h) ou estiver, fisicamente, localizado ou desenvolvido em mais de um Estado ou extrapole os limites territoriais do país”.⁵⁷ Segundo essa visão, dá-se proeminência ao critério da localização física em detrimento ao do alcance da poluição, com reflexos negativos na adequada gestão do ambiente.

Não se olvide, a propósito, que o critério da abrangência do impacto tem sua origem no princípio da autonomia dos entes federados. Na Lei Complementar 140/2011 está referido, expressamente, no art. 9.º, XIV, a (licenciamento, pelo Município, de atividades ou empreendimentos que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local) e, implicitamente, no termo “desenvolvidos”, também utilizado para definição do ente licenciador (art. 7.º, XIV, a, b, c, d e e), o qual, segundo os léxicos, tem o sentido de aumentar; crescer; adiantar (FERREIRA, 1999) ou aumentar a área de atuação; evoluir; propagar-se; expandir etc. (HOUAISS, 2001). Ora, se a intenção do legislador fosse a de afastar o critério da abrangência do impacto, teria se limitado a fazer referência ao termo “localizados”, a isso se recusando e adjuntando outro – “desenvolvidos” –, justamente para não afrontar o princípio da autonomia dos Poderes.

Por certo, a mera localização física de um empreendimento não pode ser erigida em norte orientador da competência licenciatória (FARIAS, 2013) por isso que, não raramente, os verdadeiros e mais preocupantes impactos ocorrem ex situ, isto é, fora da área diretamente

⁵⁷ Parecer 023/2012-Conep/KVBC, expedido no processo administrativo 02001.001697/2010-31, de lavra da Procuradora Federal Karla Virgínia Bezerra Caribé, aprovado pela Presidência do Ibama, em 15.08.2012, como Parecer Normativo.

afetada (ADA) e fundamentalmente na área de influência direta (AID). Pense-se em termoelétricas, com as inevitáveis emissões de óxidos de nitrogênio (NOx); em usinas siderúrgicas, com a emissão de material particulado (MP); em indústrias de papel e celulose, com a emissão de odores, situadas em um dos lados das fronteiras de Municípios ou de Estados, mas que têm a maior parte de sua carga poluidora percebida pelo vizinho, distante da fonte. Em casos que tais – a pergunta que não cala –, deverão ditos empreendimentos ser licenciados pelo órgão ambiental preordenado a tal mister com base no critério da abrangência dos impactos diretos, ou, como quer o Ibama por aquele responsável pela gestão do espaço onde estejam localizados fisicamente? A segunda opção não implicaria sonegar competência licenciatória do ente federativo que, no caso concreto, suporta, com mais intensidade, os impactos ambientais? Em outro dizer: o interesse predominante a merecer atenção especial não coincidiria com o da entidade receptora do impacto maior, a qual, sobre não auferir as vantagens – p. ex., compensações ambientais e impostos –, paga a conta da poluição?

Daí sustentarmos que não só os casos da tipologia legal, mas todos aqueles que a ela se rebelam, serão licenciados também com a observância do critério da abrangência do impacto direto, que não foi nem poderia ter sido revogado pela LC 140/2011. Muito menos por ato do Poder Executivo que, pretensamente, quis completá-la,⁵⁸ pena de malferimento da Constituição, que regula a matéria de acordo com a prevalência do interesse envolvido em cada caso, “já que toda matéria local é de competência municipal, toda matéria supramunicipal é de competência estadual e toda matéria supraestadual é de competência da união”. (MUKAI, 2011)

4.3.4 Atuações Supletivas e Subsidiárias no âmbito do Processo de Licenciamento

A Constituição Federal, ao prever a competência comum em matéria ambiental, procurou, em verdade, estabelecer mecanismos de integração entre os entes federativos, e não transformá-los em fiscais recíprocos. Ao contrário, o objetivo se orienta no sentido de que ajam em harmonia, formando um sistema.

Por vezes, em casos bem definidos pela lei, surge a necessidade de que determinado ente federado se substitua ao originariamente detentor das atribuições, configurando o que se chama de atuação supletiva (art. 2.º, II da LC 140/2011). Vale dizer, a substituição se dá ope legis.

⁵⁸ Ver, a propósito, o Decreto 8.437/2015, que regulamenta o disposto no art. 7.º, caput, XIV, alínea h, e parágrafo único, da LC 140, 08.12.2011, para estabelecer as tipologias de empreendimentos e atividades cujo licenciamento ambiental será de competência da União.

Nos termos do ordenamento vigente, a atuação supletiva ocorre em três hipóteses: (i) omissão ou inércia do órgão competente por não observância de prazos legais para a emissão da licença (art. 14, § 3º, da LC 140/2011 c/c. art. 16 da Res. Conama 237/1997); (ii) nos casos de iminência ou ocorrência de degradação da qualidade ambiental (art. 17, § 2.º, da LC 140/2011);²⁸⁴ e (iii) inexistência de órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente (art. 15 da LC 140/2011).

Como se vê, dentre as hipóteses de competência supletiva, não está previsto o caso de atuação irregular ou viciada dos outros órgãos federativos competentes.

Ao que nos parece, nenhum órgão de qualquer ente federativo pode se arvorar em corregedor de seus congêneres, uma vez que tal não é função sua. Assim, os vícios porventura existentes devem ser sanados pelo próprio órgão do qual emanou. Qualquer interferência de outro órgão significaria atuação contra legem, afrontando o princípio da legalidade que rege toda atividade administrativa. Afinal, “se um pudesse declarar a nulidade do ato praticado pelo outro, este então poderia declarar a nulidade do ato praticado pelo primeiro e que declarou a nulidade do seu, dando início a uma espiral sem fim e com consequências catastróficas – tudo com fundamento na preservação do meio ambiente”.⁵⁹

Deveras, o exercício da competência decorre da lei e não do juízo sobre a qualidade do trabalho que está sendo realizado por determinado órgão do SISNAMA. Se há irregularidades no processo de licenciamento, elas devem ser sanadas e eventual responsabilidade dos agentes públicos devidamente apurada. Competência supletiva não significa competência corretiva.

A atuação supletiva não se confunde com a atuação subsidiária, pois que esta se dá quando o ente federativo originariamente detentor de determinada atribuição solicita o auxílio de outro ente no desempenho das atribuições decorrentes das competências comuns, e consubstanciado em apoio técnico, científico, administrativo ou financeiro, sem prejuízo de outras formas de cooperação.⁶⁰ Neste caso, o órgão coadjutor apenas apoiará o originariamente competente, o qual continuará como responsável pela condução do processo, já que não se está a falar, aqui, em delegação de atribuição.

Espera-se que as supracitadas regras, embutidas no federalismo cooperativo, sirvam de freio à confusão em que se transformou o licenciamento ambiental em nosso país, no qual alguns órgãos, por vezes, se intitulam corregedores dos demais.

⁵⁹ Excerto da irretocável sentença proferida em 28.07.2008 pelo juiz federal Julio Schattschneider, nos autos da Ação 2006.72.00.013209-0/SC.

⁶⁰ Cf. art. 2.º, III, c/c. art. 16 e parágrafo único, da LC 140/2011.

4.3.5 Fiscalização e Aplicação de Sanções (Latu Sensu) no Licenciamento Ambiental

Como decorrência da relevância que o legislador constituinte atribuiu à proteção ambiental, cada um dos entes federativos tem a faculdade de fiscalizar e conformar as atividades modificadoras do meio ambiente com a legislação ambiental em vigor, não havendo relação alguma de hierarquia entre eles.

No entanto, a falta de equilíbrio nessa atuação simultânea gera, quase sempre, enorme insegurança jurídica, uma vez que um mesmo empreendimento ou atividade pode ficar submetido, cumulativamente, à atuação fiscalizatória de qualquer um dos entes federativos.

Assim, em nome do princípio da eficiência, a Administração Pública, ao exercer sua competência para a aplicação da legislação de proteção ambiental, deve atentar para outro princípio imanente à competência constitucional comum, isto é, o princípio da subsidiariedade. Segundo este, “todas as atribuições administrativas materiais devem ser exercidas, de modo preferencial, pela esfera mais próxima ou diretamente vinculada ao objeto de controle ou da ação de polícia”. (CARNEIRO, 2005, p. 585) Nas elucidativas palavras dos membros do Ministério Público paulista, Daniel Fink, Hamilton Alonso Jr. e Marcelo Dawalibi, “em regra, o órgão com atribuições para o licenciamento também será competente para a fiscalização e aplicação de penalidades administrativas em matéria ambiental”, (FINK, 2004) o que, de resto, vem agora expressamente reconhecido pela LC 140/2011, nos arts. 7.º, XIII, 8.º, XIII, 9.º, XIII e 17, caput.

De fato, não faz sentido manter-se uma atividade ou empreendimento sob o licenciamento de um ente da federação (p. ex., o estadual), e, ao mesmo tempo, possibilitar que outros órgãos, de outras esferas, possam sobre eles exercer livremente o poder de polícia. Afinal, isso significaria uma total ingerência dos órgãos ambientais, uns sobre os outros, o que evidentemente não foi o intuito da Política Nacional de Meio Ambiente e da Constituição Federal. Sim, pois o federalismo cooperativo rechaça de vez a ideia de que a União possa intitular-se fiscal dos demais entes e vice-versa.

Destarte, a não ser excepcionalmente, não pode o órgão de gestão e controle federal, p. ex., por conta própria, alegar nulidade do licenciamento realizado por outro, estadual ou municipal, bem como lhe é excusado fiscalizar e aplicar sanções a quem executa obra licenciada por outro órgão ambiental, estadual ou municipal, sob pena de ferir o pacto federativo (arts. 1.º e 18, caput, da CF/1988), e violar o princípio da separação de poderes (art. 2.º da CF/1988).

Daí a oportunidade e pertinência de a LC 140/2011 sufragar, em seu artigo 17, o entendimento de que:

Art. 17. Compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização, conforme o caso, de um empreendimento ou atividade, lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para a apuração de infrações à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada.

(...)

§ 2.º Nos casos de iminência ou ocorrência de degradação da qualidade ambiental, o ente federativo que tiver conhecimento do fato deverá determinar medidas para evitá-la, fazer cessá-la ou mitigá-la, comunicando imediatamente ao órgão competente para as providências cabíveis.

§ 3.º O disposto no caput deste artigo não impede o exercício pelos entes federativos da atribuição comum de fiscalização da conformidade de empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais com a legislação ambiental em vigor, prevalecendo o auto de infração ambiental lavrado por órgão que detenha a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o caput.

À luz do preceptivo, e segundo preconizado pela OJN 49/2013/PFE/Ibama, aprovada em 22.05.2013, importa analisar as situações postas em evidência pela prática de gestão, partindo do pressuposto de ser o empreendimento ou a atividade sob fiscalização: (i) licenciada ou autorizada; (ii) licenciável, mas não efetivamente licenciada; (iii) não sujeita a processo licenciatório; e (iv) ensejadora de medidas preventivas ou cautelares ante a iminência ou ocorrência de degradação de qualidade ambiental

4.3.6 Prazos Recorrentes no Processo de Licenciamento

Os órgãos licenciadores devem observar os prazos estabelecidos para tramitação dos processos de licenciamento.

4.3.6.1 Prazos para análise das licenças

Suprindo omissão da lei federal, inovou a Res. Conama 237/1997 ao estabelecer prazos para a análise das licenças. É claro que tal disciplina poderá ser alterada por regras próprias, mais restritivas, dos Estados e Municípios, pois para tanto têm autonomia assegurada constitucionalmente.³⁰⁶

O requerimento da licença será apreciado, em princípio, segundo o estabelecido no art. 14, caput, da referida Resolução, *in verbis*:

Art. 14. O órgão ambiental competente poderá estabelecer prazos de análise diferenciados para cada modalidade de licença (LP, LI e LO), em função das peculiaridades da atividade ou empreendimento, bem como para a formulação de exigências complementares, desde que observado o prazo máximo de 6 (seis) meses a contar do ato de protocolar o requerimento até seu deferimento ou indeferimento, ressalvados os casos em que houver EIA/RIMA e/ou audiência pública, quando o prazo será de até 12 (doze) meses.

Carecendo o órgão ambiental de esclarecimentos ou mesmo de estudos ambientais complementares, comunicará, de uma única vez, ao empreendedor, ressalvados os decorrentes de fatos novos, quando, então, a contagem dos prazos referidos será suspensa até a superação do incidente procedimental, o que deverá ocorrer dentro do prazo máximo de quatro meses a contar da data em que tiver sido notificado o empreendedor. Ademais, desde que justificados e com a concordância do empreendedor e do órgão ambiental, poderão os prazos ser alterados segundo a conveniência ditada pelo caso concreto.

Essas regras, importa adiantar, dizem respeito ao licenciamento ordinário, pois, como veremos mais adiante, o legislador estabeleceu também regras especiais para o licenciamento de alguns empreendimentos, obras ou atividades que, por conta de suas peculiaridades, mereceram disciplina própria.

O procedimento de licenciamento, como se vê, não fica mais à mercê dos humores da burocracia, mas sujeito a prazos legais ou resultantes de negociação entre as partes, os quais, descumpridos, não implicam emissão tácita da licença nem autorizam a prática de ato que dela dependa ou decorra, mas abrem ensejo à interferência do órgão que detenha competência para atuar supletivamente, ou ao arquivamento do pedido se a falta for imputável ao empreendedor. Nesse caso, a renovação do pedido de licença não desonera o empreendedor de percorrer todo o iter procedimental do licenciamento e de repetir o pagamento do custo da análise.

4.3.6.2 Prazos de validade das licenças

A Lei 6.938/1981, ao prever a revisão do licenciamento³¹³ e ao falar em sua renovação,³¹⁴ pôs em relevo uma das características da licença ambiental – a sua eficácia temporal –, visando a impedir a perenização de padrões que, não raro, são ultrapassados tecnologicamente.

Regulamentando a matéria no âmbito de sua competência, o Conama, pela Res. 237/1997, fixou os prazos de validade das licenças ambientais, estatuindo, às expensas:

“Art. 18. O órgão ambiental competente estabelecerá os prazos de validade de cada tipo de licença, especificando-os no respectivo documento, levando em consideração os seguintes aspectos:

I – o prazo de validade da Licença Prévia (LP) deverá ser, no mínimo, o estabelecido pelo 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 (LI) deverá 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 (LO) deverá considerar os planos de controle ambiental e será de, no mínimo, 4 (quatro) anos e, no máximo, 10 (dez) anos.

§ 1.º A Licença Prévia (LP) e a Licença de Instalação (LI) poderão ter os prazos de validade prorrogados, desde que não ultrapassem os prazos máximos estabelecidos nos incisos I e II.

§ 2.º O órgão ambiental competente poderá estabelecer prazos de validade específicos para a Licença de Operação (LO) de empreendimentos ou atividades que, por sua natureza e peculiaridades, estejam sujeitos a encerramento ou modificação em prazos inferiores.

§ 3.º Na renovação da Licença de Operação (LO) de uma atividade ou empreendimento, o órgão ambiental competente poderá, mediante decisão motivada, aumentar ou diminuir o seu prazo de validade, após avaliação do desempenho ambiental da atividade ou empreendimento no período de vigência anterior, respeitados os limites estabelecidos no inciso III.

§ 4.º A renovação da Licença de Operação (LO) de uma atividade ou empreendimento deverá ser requerida com antecedência mínima de 120 (cento e vinte) dias da expiração de seu prazo de validade, fixado na respectiva licença, ficando este automaticamente prorrogado até a manifestação definitiva do órgão ambiental competente”.⁶¹

Observe-se que não foi estabelecido limite temporal à prorrogação automática prevista no § 4.º, por reconhecer o legislador não ser justo que o empreendedor diligente, que cumpre com suas obrigações e atua em conformidade com a legislação ambiental, seja penalizado com a morosidade da Administração Pública. Excepcionalmente, caso nesse período a atividade venha a tornar-se desconforme ao interesse público, ou passe a ser exercida em

⁶¹ A LC 140/2011, em seu art. 14, § 4.º, amplia a regra do § 4.º do art. 18 da Res. Conama 237/1997 para todas as modalidades de licença.

contrariedade às normas aplicáveis, a correspondente licença poderá e deverá ser alterada ou retirada, em ato expresso.⁶²

Como já salientamos – e não faz mal repetir –, respeitado o balizamento estabelecido por essas diretrizes federais básicas, podem os legisladores estaduais e municipais, atendidas as peculiaridades locais, prever prazos diferenciados de vigência das licenças e, conseqüentemente, a necessidade de sua renovação.

4.3.7 Revisão de Licenças

A licença ambiental, validamente outorgada, assegura ao seu titular uma estabilidade meramente temporal, não um direito adquirido de operar ad aeternum. Na verdade:

(...) o licenciamento ambiental foi concebido e deve ser entendido como se fosse um compromisso estabelecido entre o empreendedor e o Poder Público. De um lado, o empresário se compromete a implantar e operar a atividade segundo as condicionantes constantes dos alvarás de licença recebidos e, de outro lado, o Poder Público lhe garante que durante o prazo de vigência da licença, obedecidas suas condicionantes, em circunstâncias normais, nada mais lhe será exigido a título de proteção ambiental”. (OLIVEIRA, 2005, p. 47)

Quid juris, se no lapso temporal da licença apurar-se a nocividade do empreendimento ao ambiente?

Não se trata, ressalte-se, de hipótese cerebrina, já que a dinâmica da natureza nem sempre permite ao órgão licenciador entrever, à exaustão, todas as condicionantes e medidas de controle necessárias para cada caso. Nem se há de descartar as indefectíveis injunções de ordem política e econômica a influir no livre convencimento do agente público. Muito menos, ainda, se desconsiderará a possível fundamentação do ato licenciatório em dados técnico-científicos inconsistentes ou enganosos, em falsa descrição de informações relevantes etc.

O antídoto legal para essas e outras situações de igual jaez vem ministrado pela Res. Conama 237/1997, que, no teor de seu art. 19, permite ao órgão ambiental competente, mediante decisão motivada, modificar, suspender ou cancelar uma licença expedida.

Em outro falar, “enquanto as condições fixadas pela licença ambiental atenderem ao fim maior que é a preservação do meio ambiente saudável, será mantida; caso deixe de atendê-lo, a licença deverá ser revista. Infere-se, portanto, que a licença ambiental é dotada, implicitamente, de uma verdadeira cláusula rebus sic stantibus, ou seja, se as condições originais que deram ensejo à concessão da licença mudarem, esta também pode ser alterada

⁶² Art. 19 da Res. Conama 237/1997.

ou até retirada” (FINK e MACEDO, 2002) (FIGUEIREDO, 2004). Sim, porque o Direito Ambiental, para cumprir a sua missão de tutela ao interesse público, poderá, a todo tempo, impor medidas antipoluição a instalações em operação, sob pena de se violarem os princípios da precaução e do poluidor-pagador e, in pejus, perpetuar o direito de poluir. À míngua de adequada sistematização, procuremos extrair do texto legal as hipóteses de aplicação de cada uma dessas medidas saneadoras.

4.3.8 O Direito à Indenização por Revisão das Licenças

Uma vez qualificada a licença como ato administrativo vinculado, questiona-se a pertinência de pleito indenizatório em favor do titular inocente, em caso de retirada do ato.

A doutrina administrativista responde afirmativamente. Para Meirelles:

(...) a situação só poderá ser solucionada pela supressão do ato mediante indenização completa dos prejuízos suportados pelo seu beneficiário. Isto porque, se, de um lado, não pode o particular manter situações prejudiciais ao interesse público, de outro, não é lícito ao Poder Público suprimir direitos e vantagens individuais, adquiridos legitimamente pelo particular. (MEIRELLES, 2015, p. 222)

Medauar, por igual, diz que:

(...) o poder de revogar encontra limite no tocante aos atos vinculados, editados na conformidade de requisitos e condições, prefixados na norma, e atendidos pelo interessado (...). É o caso das licenças. Se a Administração revogar ato de que decorreu direito, caberá o pagamento de indenização pelos danos causados. (MEDAUAR, 2013, p. 181)

Mello, mais incisivo, entende que, se necessário, para atender a um interesse público, a Administração se achar no imperativo de rever certa situação e afetar a relação jurídica constituída, atingindo o direito de alguém, a solução é expropriá-lo:

Não cabe à Administração decidir que revoga e remeter o lesado às vias judiciais para composição patrimonial dos danos. Isto corresponderia à ofensa de um direito e à prática de um ato ilegítimo que o Judiciário deve fulminar se o interessado o requerer (...). Assim, depois de concedida regularmente uma licença para edificar e iniciada a construção, a Administração não pode ‘revogar’ ou ‘cassar’ esta licença sob alegação de que mudou o interesse público ou de que se alterou a legislação a respeito. Se o fizer, o Judiciário, em havendo pedido do interessado, deve anular o ato abusivo, pois cumpre à Administração expropriar o direito de construir naqueles termos. Não é o mesmo ter que buscar em juízo uma indenização por danos e ser buscado no Judiciário [uma expropriação], com indenização prévia. São caminhos diferentes. Desassiste ao Poder Público, através de comportamento abusivo, lançar o administrado em via menos conveniente para ele. (MELLO, 2015, p. 289)

Na seara do Direito Ambiental, no entanto, dissentem os estudiosos sobre a matéria.

Perfilhando a tese de que a indenização é sempre devida, averbam Fink e Macedo

Em qualquer caso, contudo, é importante que se considerem os aspectos econômicos envolvidos, bem como os direitos subjetivos, em especial aqueles que dizem respeito ao empreendedor. Em se tratando de ato vinculado, e havendo novas circunstâncias que recomendem a suspensão ou a retirada da licença ambiental, sem que o empreendedor tenha dado causa a elas, certamente ele faz jus ao ressarcimento de seu investimento, bem como aos lucros cessantes e perdas e danos. Caso contrário, a hipótese representaria verdadeiro confisco, repugnado por nosso sistema jurídico. (FINK e MACEDO, 2002, p. 12)

Nessa mesma linha, apenas descartando indenização por lucros cessantes, anota Figueiredo:

Na hipótese de não haver qualquer possibilidade de adequação (...), deverá haver a cassação da licença, se ainda não esgotado o termo final, com a indenização do que não houver sido ainda amortizado. Portanto, o prejuízo efetivo ressarcido como fundamento da divisão equânime das cargas públicas. (FIGUEIREDO, 2004, p. 54-55)

É também este o sentir de Oliveira, que preleciona:

É de se ver, portanto, que, sendo o licenciamento um ato vinculado, gerando, portanto, necessariamente, direito para o requerente, pode ser anulado ou cassado, mas é irrevogável, a não ser com prévia e cabal indenização. (OLIVEIRA, 2005, p. 63)

Noutra frente, Dawalibi, pautado em princípios constitucionais e normas cogentes do Direito Ambiental – poluidor-pagador,⁶³ precaução e revisibilidade das licenças⁶⁴ –, sustenta não se poder falar em correspondente indenização,

(...) posto que, em face da irrelevância da licitude da atividade (princípio logicamente decorrente da responsabilidade civil objetiva), ninguém adquire direito de implantar empreendimento lesivo ao meio ambiente, além do que sempre haverá responsabilidade pelos danos ambientais causados pela obra ou empreendimento, mesmo que regularmente licenciados. (DAWALIBI, 2000, p. 186-187)

A despeito de todas estas considerações – somadas ao status do meio ambiente como direito fundamental do homem e à circunstância de que a liberdade de empreender se condiciona à sua integral proteção –, parece difícil sustentar possa a Administração aniquilar um direito do administrado, privando-o da correspondente indenização. Mesmo suspensa ou

⁶³ Adotado pelo art. 225, § 3.º, da CF e pelos arts. 4.º, VII e 14, § 1.º, da Lei 6.938/1981.

⁶⁴ Art. 9.º, IV, da Lei 6.938/1981.

cassada a licença, é importante assinalar, remanesce o direito do administrado de algum modo vinculado ao empreendimento: se não sob a forma de atividade efetiva, ao menos sob a forma de ressarcimento dos danos (materiais e morais) que vier a sofrer por perda dos investimentos que antes foram legítima e legalmente autorizados. Não se pode esquecer de que, por vezes, os danos morais são mais graves e onerosos do que os danos materiais.

Com efeito, se é verdade que, na esfera reparatória, em caso de dano – mesmo lícita e adequada a atividade –, sempre responde objetivamente o administrado, também é certo que este mesmo ônus é imposto ao Estado, em atenção ao princípio da solidariedade que norteia a responsabilidade ambiental e ao comando constitucional de que as pessoas jurídicas de Direito Público não estão infensas aos atos danosos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros.⁶⁵

Assim não fosse, o peso da defesa e da proteção ambiental recairia exclusivamente sobre os ombros do administrado, em dissonância com o art. 225 da Lei Maior, por força do qual o Poder Público e a coletividade devem compartilhar solidariamente o ônus da tutela ambiental.

4.3.9 Licenciamento Corretivo e Direito Adquirido

As inovações legislativas em matéria ambiental, principalmente no que concerne ao controle da poluição, ao uso de recursos naturais e às normas de uso e ocupação do solo, podem tornar desconformes situações consolidadas sob o império da lei antiga. Daí os possíveis questionamentos sobre a incidência da regra nova sobre as atividades e as obras já consolidadas, que, em última análise, refletem conflitos relacionados à aplicação da lei no tempo.

A Constituição Federal assegura a irretroatividade da lei, através da proteção, contra a lei nova, do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.⁶⁶

Em decorrência, quando uma lei entra em vigor, sua aplicação é para o presente e para o futuro, pois não seria compreensível que, ao instituir uma nova legislação, criando um novo instituto ou alterando a disciplina da conduta social, o Poder Legislativo pretendesse ordenar o comportamento passado. Entretanto, a retroatividade é excepcionalmente permitida por norma expressa da Constituição Federal

Tal regramento pode levar à falsa conclusão de que, licenciada ou autorizada determinada obra ou atividade que, posteriormente, se revelasse prejudicial ao meio ambiente,

⁶⁵ Art. 37, § 6.º, da CF/1988.

⁶⁶ Art. 5.º, XXXVI, da CF/1988.

nenhuma alteração ou limitação poderia ser imposta, em homenagem àquelas garantias e ao princípio da livre iniciativa, também resguardado constitucionalmente. Criado estaria, por assim dizer, o direito adquirido de continuar a empreender, com base em licença pretérita (ato jurídico perfeito), não obstante a poluição causada. Daí dizer a doutrina que se estaria assim institucionalizando o “direito adquirido de poluir”, em detrimento do direito ecologicamente equilibrado, inscrito no art. 225 da CF/1988.⁶⁷

Da mesma forma, poder-se-ia entender que atividades preexistentes à institucionalização do procedimento licenciatório em matéria ambiental estariam acobertadas pelo direito adquirido, prescindindo da respectiva licença.

Isso, entretanto, não acontece. A uma, porque a ordem econômica⁶⁸ e a livre iniciativa são norteadas pela defesa do meio ambiente, assim como o exercício do direito de propriedade. Nesse mesmo trabalho, pontifica Benjamin: “

Não há um direito de poluir: o indivíduo já não pode utilizar sua propriedade como bem entender. Muito ao contrário, o que existe agora é um direito (ou interesse, como preferam) constitucional, de natureza supraindividual, a um meio ambiente equilibrado. (MILARÉ e BENJAMIN, 1993).⁶⁹

A duas, porque as normas editadas com o escopo de defender o meio ambiente, por serem de ordem pública, têm incidência imediata e se aplicam não apenas aos fatos ocorridos sob sua vigência, como também às consequências e aos efeitos atuais e futuros (RAO, 2013) dos fatos ocorridos sob a égide da lei anterior (*facta pendentia*). Essas normas só não atingirão os fatos ou relações jurídicas já definitivamente exauridos antes de sua edição (*facta praeterita*). (MILARÉ, MAZZILLI e FERRAZ, 1985)

Assim, por exemplo, em relação ao exercício de uma determinada atividade ou ao direito de construir tem-se, na verdade, a aplicabilidade imediata da lei nova, se a atividade ou a obra não foi iniciada. Porém, se já estiverem em operação com base em licença ambiental, deverão aguardar a renovação do ato autorizativo para serem incorporadas as novas exigências, salvo nos casos em que a lei impuser condições e prazos específicos. Cumpre dizer que isso não implica ofensa ao direito adquirido nem ao ato juridicamente perfeito, pois a própria legislação ambiental impõe a renovação da licença para atividades potencial ou

⁶⁷ STF, RE 140.499/GO, 1.^a T., j. 12.04.1994, rel. Min. Moreira Alves.

⁶⁸ Art. 170, VI, da CF/1988.

⁶⁹ Nesse mesmo trabalho, pontifica Herman Benjamin: “Não há um direito de poluir: o indivíduo já não pode utilizar sua propriedade como bem entender. Muito ao contrário, o que existe agora é um direito (ou interesse, como preferam) constitucional, de natureza supraindividual, a um meio ambiente equilibrado”

efetivamente poluidoras, exatamente para permitir a atualização tecnológica do controle da poluição (art. 10 e § 1.º, da Lei 6.938/1981).

Com mais razão ainda, uma atividade em operação, que ainda não dispõe das devidas licenças ambientais, deverá adequar-se à nova realidade legislativa e submeter-se ao comando da lei posterior. Importa lembrar que nosso ordenamento, além da renovação do licenciamento, tem exigido a licença de operação corretiva para empreendimentos antigos.⁷⁰

Portanto, respeitadas as garantias constitucionais, é possível exigir a correção do licenciamento daquele que já o fez, como a sua efetivação por aquele que não o fez, sob pena de se consentir com a poluição e a degradação em detrimento do direito de todos a um ambiente ecologicamente equilibrado.

Nessa ordem de ideias, não se pode perder de vista que a operação de atividade potencialmente poluidora sem a devida licença ambiental é tipificada como crime ambiental, nos termos do art. 60 da Lei 9.605/1998. Portanto, a partir do momento em que a legislação passa a não tolerar a conduta de quem opera sem licença (a ponto de considerá-la crime), razão alguma pode justificar a sua falta.

4.3.10 A Publicidade no Licenciamento Ambiental

Não pairando dúvida de que a melhor maneira de tratar as questões ambientais – segundo enunciado no Princípio 10 da Declaração do Rio – é assegurar a participação democrática no processo de decisão, o ordenamento brasileiro, para a efetividade dessa participação, exige que todo o procedimento licenciatório se desenvolva às claras, pois (...) sem ter o conhecimento da existência da solicitação da licença ambiental, não haveria como as pessoas e associações ambientalistas interessadas reunirem elementos para intervirem qualificadamente no processo. (PFEIFFER, 1997, p. 29).

Este o sentido do preceito contido no art. 10, § 1.º, da Lei 6.938/1981, com a redação ora determinada pelo art. 20 da LC 140/2011, que comanda: “Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão⁷¹ serão publicados no jornal oficial, bem como em periódico regional ou local de grande circulação, ou em meio eletrônico de comunicação mantido pelo órgão ambiental competente”. A redação do dispositivo induz à conclusão de

⁷⁰ É o que prevê, por exemplo, o Dec. 4.340/2002, cujo art. 34 enuncia:

“Art. 34. Os empreendimentos implantados antes da edição deste Decreto e em operação sem as respectivas licenças ambientais deverão requerer, no prazo de 12 (doze) meses a partir da publicação deste Decreto, a regularização junto ao órgão ambiental competente mediante licença de operação corretiva ou retificadora.”

Nesse mesmo sentido, merecem destaque o art. 12, § 5.º, da Res. Conama 6/1987 e o art. 71-A, § 1.º, do Dec. 8.468/1976, com a redação que lhe foi dada pelo Dec. 47.397, de 04.12.2002, do Estado de São Paulo.

⁷¹ Melhor seria dizer outorga, já que “concessão” reflete outro instituto do Direito Administrativo.

que a publicação em meio eletrônico de comunicação substitui as demais. No entanto, para estar em consonância com a Constituição – que exige a ampla publicidade e participação da população nos assuntos relacionados à proteção ambiental –, não pode a publicação eletrônica substituir as publicações nos meios convencionais, das quais é um mero complemento. Deveras:

(..) os meios de publicação tradicionais, já consagrados na legislação e na prática administrativa, garantem segurança de disponibilidade de informação. A internet poderá, gradualmente, tornar-se a regra na publicidade dos atos administrativos, desde que seja garantida a acessibilidade universal. (WALCACER, 2013, p. 5)

Como se vê, todos os passos que compõem o iter do procedimento, desde o requerimento da licença até a sua outorga, rejeição ou renovação, devem, a expensas do interessado, ser objeto de publicação, na forma alvitada pelo citado dispositivo.

A publicidade, segundo Meirelles

(...) é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí por que as leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros. A publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade”. (MEIRELLES, 2015, p. 97-98)

E arremata:

Os atos e contratos administrativos que omitirem ou desatenderem à publicidade necessária não só deixam de produzir seus regulares efeitos como se expõem a invalidação por falta desse requisito de eficácia e moralidade”. (MEIRELLES, 2015, p. 102).

Sendo assim, a falta da devida publicidade ou a sonegação indevida de informações durante o desenvolvimento do licenciamento ambiental tisona a legalidade do ato, que pode, em consequência, ser nulificado pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário, via ação popular ou ação civil pública. (PFEIFFER, 1997, p. 32-33).

4.3.11 Aspectos Penais do Licenciamento Ambiental

A Lei 9.605/1998, a chamada “Lei dos Crimes Ambientais”, veio reforçar, na seara penal, a tutela que o Direito já buscava proporcionar ao meio ambiente nas esferas civil e administrativa. Com efeito, reafirmando a importância do licenciamento ambiental enquanto instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9.º, IV, Lei 6.938/1981), o

Legislador tipificou como crimes quatro condutas capazes de ultrajar-lhe a eficiência e a idoneidade.

4.3.11.1 Ausência de licença ou autorização e desobediência a normas legais ou regulamentares

Como já se apontou, o licenciamento e a revisão de atividade efetiva ou potencialmente poluidora são instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente e a obrigatoriedade de sua obtenção vem prevista nos arts. 9.º, IV e 10 da Lei 6.938/1981.

A afronta a tais preceitos repercute no âmbito penal, por força do art. 60 da Lei 9.605/1998, que comina à conduta de “construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes” a pena de detenção de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

A objetividade jurídica do tipo em epígrafe é a preservação do meio ambiente, por isso que se visa a impedir que atividades, obras ou serviços potencialmente poluidores, pelo concreto ou potencial perigo que representam, sejam implementados à revelia das autoridades ambientais.

4.3.11.2 Falsidade ideológica nos procedimentos de autorização ou licenciamento, por parte de funcionário público

O legislador ambiental penal houve por bem sancionar também as autoridades que, por conduta comissiva ou omissiva, consintam na prática do ato ilegal executado com abuso de poder.

Assim, ao abrir a Seção dos Crimes contra a Administração Ambiental, o art. 66 da Lei 9.605/1998 disciplina que: “Fazer o funcionário público afirmação falsa ou enganosa, omitir a verdade, sonegar informações ou dados técnico-científicos em procedimentos de autorização ou de licenciamento ambiental:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa”.

Protegem-se, nesse tipo penal, a Administração Pública, particularmente o correto exercício da função administrativa ambiental e, por via reflexa, o ambiente.

Trata-se de delito próprio, pois o sujeito ativo há de ser funcionário público, nos termos do disposto no art. 327 do CP.

O crime consuma-se “com a mera ação ou omissão, independente do resultado. Basta o perigo de dano ao ambiente, para aperfeiçoar-se o crime. Não será concebível a tentativa”. (MILARÉ, JÚNIOR e COSTA, 2013)

4.3.11.3 *Concessão irregular de licença, autorização ou permissão*

A seu turno, o tipo penal insculpido no art. 67 da Lei 9.605/1998 dispõe que: “Conceder o funcionário público licença, autorização ou permissão em desacordo com as normas ambientais, para as atividades, obras ou serviços cuja realização depende de ato autorizativo do Poder Público:

Pena – detenção, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de três meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa”.

A objetividade jurídica é idêntica àquela do delito acima aludido.

Trata-se, por igual, de crime próprio, pois o sujeito ativo deverá ser funcionário público, nos termos e circunstâncias descritas no já mencionado art. 327 do CP.

O momento consumativo se perfaz quando o funcionário público expede a licença, autorização ou permissão, independentemente de vir a ser executada ou causar danos ao meio ambiente.

Ademais, o

(...) tipo previu a modalidade culposa, quando o funcionário praticar o ato atabalhoadamente, sem averiguar se as atividades, obras ou serviços acham-se autorizados, ou não, em regular procedimento administrativo, de acordo com as exigências da legislação ambiental (MILARÉ, JÚNIOR e COSTA, 2013, p. 164).

4.3.11.4 *Responsabilidade por informação falsa, incompleta ou enganosa no licenciamento*

Embora desde sempre tenhamos saudado o advento da Lei 9.605/1998, que deu concretude à previsão constitucional de responsabilização criminal daquele que age em detrimento do meio ambiente, no caso do artigo 69-A,⁷² inserido na referida Lei por

⁷² Art. 69-A. Elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1.º Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 2.º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se há dano significativo ao meio ambiente, em decorrência do uso da informação falsa, incompleta ou enganosa.”

determinação do art. 82 da Lei 11.284/2006, parece ter havido, por parte do Legislador, um infundado exagero na cominação da pena, desengasadamente a mais gravosa dentre todas as previstas para os crimes ambientais, em flagrante ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Deveras, é espantosa a aberrante desproporção entre a importância do “bem jurídico” penalmente tutelado (no caso, a administração ambiental) e a gravidade da sanção prevista para a conduta tipificada como crime (aqui, a elaboração ou apresentação, em qualquer procedimento administrativo, de estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão).

O simples cotejo entre a pena cominada para o crime inscrito no art. 69-A da Lei 9.605/1998 e as sanções estipuladas para outras condutas apresentadas no rol dessa mesma lei demonstra o fundamento de nossa perplexidade.

Veja-se, por exemplo, a hipótese de poluição qualificada, nos termos do art. 54, § 2.º, I, II, III, IV e V, da referida Lei: o agente que, v.g., deliberadamente, dê causa a uma poluição a um nível tal que torne uma área urbana ou rural imprópria para a ocupação humana, ou que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população, estará sujeito a uma pena de reclusão de 1 a 5 anos, tendo ainda a seu favor a benesse da suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/1995, combinado com o art. 28 da dita Lei 9.605/1998. Já o perito que simplesmente elaborar, no âmbito de um procedimento administrativo, um laudo em que se encontre algum tipo de omissão ou divergência, enfrentará um processo criminal, ao fim do qual poderá ser condenado à pena de 3 a 6 anos, sem direito a suspensão condicional do processo, só cabível para os crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a 1 ano.

Ora, como pode o crime de poluição qualificada (art. 54, § 2.º e incisos), cuja consumação exige a ocorrência de efetiva e comprovada lesão a importante bem jurídico – o solo, a água, o ar, a saúde humana, a vida animal, a flora –, ser objeto de tratamento bem mais brando do que um crime de mera conduta (também chamado de crime sem resultado), como o é aquele descrito no art. 69-A, que visa a tutelar a administração ambiental?

Mais assombrosa ainda é a pena a que o perito está sujeito, caso a informação errada, falsa ou omitida no estudo técnico dê causa a significativo dano ambiental. Segundo a dicção do § 2.º do art. 69-A, a reprimenda poderá ser de 5 a 10 anos de reclusão, o dobro do máximo previsto para quem se vê processado por poluição qualificada (art. 54, § 2.º, da Lei de Crimes Ambientais).

Além do princípio da proporcionalidade, também o da ofensividade se vê afrontado por esse art. 69-A, na medida em que não se vislumbra potencial lesivo imediato e concreto ao meio ambiente, ou mesmo à tal “administração ambiental”, no fato de se verificar a existência de falha ou omissão (dolosa ou culposa) em documento técnico elaborado ou apresentado no âmbito de um procedimento administrativo. Isso porque não se pode deixar de ter em mente que o trabalho técnico elaborado para a instrução de um procedimento administrativo ambiental passa, necessariamente, pelo crivo da autoridade gestora competente, que, à evidência, não se limita, por mera formalidade, a simplesmente juntar o documento ao respectivo processo, mas que o analisa, com vistas a confirmar a veracidade das informações técnicas e o acerto das conclusões nele expressas.

Para tal mister, os órgãos ambientais contam com a imprescindível atuação de seu corpo técnico, que é, no mínimo, tão capacitado quanto os peritos particulares.

Havendo algum erro nas informações ou surgindo alguma dúvida quanto às conclusões consignadas nos documentos técnicos, caberá à autoridade requerer do interessado que supra as falhas ou esclareça as dúvidas apontadas, sob pena de indeferir o pedido de licença, autorização ou permissão. Dependendo da magnitude da falha ou da existência de comprovada fraude na elaboração do trabalho, a autoridade ambiental poderá ainda representar contra o profissional responsável junto ao respectivo órgão de classe, que certamente abrirá um processo administrativo para analisar a conduta de seu filiado.

Assim, em virtude desse “filtro” a que é submetido o trabalho, torna-se ínfima a sua potencialidade lesiva e injustificada a cominação de pena tão elevada.

Por igual, o princípio da igualdade se vê atingido por conta da injustificada disparidade de tratamento entre o técnico cujo trabalho seja acoimado de falho, enganoso ou omissivo, e o funcionário público que, constatando a falha, cala-se e promove o deferimento do pedido de autorização, licença ou permissão. Na primeira situação, já vimos as gravíssimas sanções penais reservadas ao expert particular. No que se refere ao funcionário público que se omite, responde ele, quando muito, pelo crime descrito no art. 67 da Lei 9.605/1998, que prevê uma pena bem mais branda, segundo também já examinamos (12.2 supra).

Outro tanto, se a falha na elaboração do estudo for de natureza culposa, o particular poderá ser condenado a uma pena de um a três anos de detenção (§ 1.º do art. 69-A); já para o funcionário público que moureja na seara ambiental e que, também por culpa, deferir o pedido baseado em estudo falho, a pena é de três meses a um ano de detenção. Não existe, a bem ver, lógica ou razão plausível para esse tratamento tão díspar. Daí que a sensata tipificação penal

da conduta do perito faltoso teria de se afeiçoar aos mesmos termos do art. 67 da Lei 9.605/1998, pois a gravidade de o particular apresentar um trabalho falso, falho ou omissivo não é maior do que a de o agente público aceitar tal trabalho sem a devida análise de seu conteúdo.

Por fim, cumpre aqui lembrar que, à símile do que ocorre nos demais ramos do conhecimento, não é raro depararmos-nos, nas ciências naturais, com duas ou mais formas diferentes de se compreender determinados fenômenos físicos, o que enseja a existência de posicionamentos e entendimentos distintos, mas perfeitamente defensáveis e aceitos sob o ponto de vista técnico, ainda que guardem entre si um certo antagonismo.

De regra, a variedade de conceitos e de interpretações é resultado do irrefreável desenvolvimento científico, que a cada dia coloca à disposição do homem novos instrumentos, novas técnicas e conhecimentos, diferentes metodologias e formas de abordagem dos fenômenos naturais.

Em função disso, tirantes situações em que haja comprovada má-fé e propósito de ludibriar o órgão ambiental, não se pode afirmar, de plano, que toda discrepância de cunho científico trazida à baila no âmbito de um procedimento administrativo ambiental se origine de má-fé ou falta de capacitação técnica de alguma das partes.

A infeliz criação desse tipo penal descrito no art. 69-A da Lei de Crimes Ambientais, além de vulneradora dos princípios constitucionais antes referidos, acaba operando em prejuízo do meio ambiente, cuja proteção e monitoramento sempre dependerão de trabalhos técnico-científicos de profissionais gabaritados e honestos, nem todos dispostos a correr o risco de se verem, por qualquer razão, processados criminalmente por seus pontos de vista, que podem não ser os mesmos defendidos pelo órgão ambiental.

4.3.12 O Controle do Procedimento Licenciatório e da Regularidade das Licenças

O controle das formalidades do procedimento licenciatório e conseqüente regularidade das licenças cabe tanto à Administração Pública quanto ao Poder Judiciário.

Realmente, se o ato administrativo – para produzir efeitos válidos, com repercussão sobre os administrados e sobre a própria Administração – deve emanar de lei, não há dúvida que também sob a égide da lei e de outros preceitos, mesmo não escritos, tal ato possa ser desfeito. (MEDAUAR, 2013, p. 175).

Assim, a licença ambiental expedida no curso de um procedimento viciado, destoante do interesse público, não pode passar ao largo do poder de polícia interventivo da Administração, por evidente choque com direitos constitucionalmente assegurados.

Deveras, como bem anota Dawalibi:

Ato administrativo é essencialmente revogável, e se, posteriormente à sua prática, houver interesse público que justifique a sua revisão, nada impede que a Administração Pública o faça, seja ele vinculado ou discricionário. Se o fundamento máximo do Poder de Polícia, e, de resto, de toda a atividade administrativa, é a supremacia do interesse público sobre o individual, é óbvio que a Administração Pública poderá, sempre, rever qualquer ato que, supervenientemente à sua edição, se mostre contrário ao interesse coletivo, revogando-o em benefício da sociedade. (DAWALIBI, 2000, p. 183)

Omitindo-se a Administração desse poder-dever, abre-se ensejo para que o Poder Judiciário, sob impulso de alguém para tanto legitimado, determine a revisão ou até a invalidação do procedimento licenciatório e da própria licença expedida.

Questiona-se, no entanto, quanto ao alcance desse controle, isto é, se deve o mesmo se circunscrever a discutir apenas os vícios formais do procedimento, ou se pode enveredar também para os substanciais, relativos à suficiência e adequação das avaliações realizadas. Pense-se no licenciamento de uma usina hidroelétrica, informado por um EIA/Rima vago e inconsistente, que minimize os impactos associados e supervalorize as medidas mitigadoras apresentadas.

A respeito, assim se posiciona Mirra:

Não se trata de um controle fácil de ser realizado, já que para sua efetivação se exigirá normalmente a apresentação de contraestudos, de contraprovas ou de contraperícias, implicando para o juiz da causa a apreciação de questões técnicas fora do âmbito estritamente jurídico. Mas é importante ressaltar também que, sob a ótica da atividade judicial, não há nada de extraordinário na análise de questões técnicas e científicas pelo magistrado para a solução de litígios. Como é de conhecimento generalizado, os juízes e tribunais estão acostumados a julgar demandas em que os fatos relevantes da causa são provados por intermédio de perícias e exames técnicos e científicos – por exemplo, nas áreas da medicina, engenharia e contabilidade –, vendo-se, assim, na contingência de examinar e, às vezes, até refutar avaliações de ordem eminentemente técnica. (MIRRA, 2006, p. 5)

Noutro giro, como se tem recorrentemente proclamado, ao Poder Judiciário não é dado avaliar o mérito dos atos exarados pela Administração Pública, quando esses respeitam as disposições legais aplicáveis, sob pena de se violar o princípio da separação dos poderes, insculpido no art. 2.º da Carta Magna. Ou seja, o controle de legalidade do Judiciário deve se restringir ao exame de irregularidades nos atos administrativos ou do devido processo legal,

não adentrando em seu mérito, salvo a ocorrência de expressa afronta ao ordenamento jurídico.

Sobre a intrigante questão, considera Fink, que:

(...) o controle jurisdicional do procedimento de licenciamento ambiental não deve ser considerado uma substituição do Poder Executivo pelo Judiciário, ou uma injeção desse Poder naquele, o que contrariaria o princípio dogmático da tripartição dos Poderes. Mas deve representar verdadeiro controle das ações do Poder Público, quando desviadas do estrito limite da legalidade. (FINK, 2004, p. 88)

Também nesse sentido, ensina Meirelles:

Controle judiciário ou judicial é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa. É um controle a posteriori, unicamente de legalidade, por restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege. Mas é sobretudo um meio de preservação de direitos individuais, porque visa a impor a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários. A Justiça Ordinária tem a faculdade de julgar todo ato de administração praticado por agente de qualquer dos órgãos ou Poderes de Estado. Sua limitação é apenas quanto ao objeto do controle, que há de ser unicamente a legalidade, sendo-lhe vedado pronunciar-se sobre conveniência, oportunidade ou eficiência do ato em exame, ou seja, sobre o mérito administrativo. (MEIRELLES, 2015, p. 828)

E aduz:

(...) o que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial. O mérito administrativo, relacionando-se com conveniências do Governo ou com elementos técnicos, refoge do âmbito do Poder Judiciário, cuja missão é a de aferir a conformação do ato com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais do Direito. (MEIRELLES, 2015, p. 804)

Deveras, o licenciamento ambiental, como materialização do poder de polícia administrativa, é ato exclusivo do Poder Executivo, em linha ao disposto no art. 23, VI, da CF/1988, art. 10 da Lei 6.938/1981 e ao preconizado pelo princípio da separação de poderes.

Ao discorrer sobre o tema, Mello preleciona que:

(...) o campo de apreciação meramente subjetiva – seja por conter-se no interior das significações efetivamente possíveis de um conceito legal fluido e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência ou oportunidade de um ato – permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o quê haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes, consagrado no art. 2.º da Lei Maior. (MELLO, 2015, p. 1010)

Também claro, nesse ponto, o ensinamento de Nelson e Rosa Nery, para os quais, além da impossibilidade de se adentrar ao mérito do ato administrativo, não pode o Poder Judiciário, salvo em casos excepcionalíssimos, obstar órgãos do Poder Executivo de exercer sua competência legalmente definida, *in verbis*:

Controle jurisdicional dos atos administrativos. O Poder Judiciário pode exercer o controle jurisdicional dos atos administrativos, no que tange à constitucionalidade e legalidade, sempre que o administrado alegar ameaça ou lesão a direito. Para tanto, é imprescindível que o ato administrativo já tenha sido praticado pela autoridade administrativa. Em caso de ato administrativo complexo, é necessário que se tenha completado para que haja, definitivamente, ato administrativo. O Poder Judiciário pode exercer esse controle porque, na verdade, não está interferindo na esfera de outro poder, mas julgando lide entre o administrado e a administração. Julgar lide é exercer jurisdição, tarefa típica do Poder Judiciário. O controle prévio, preventivo, de ato administrativo, isto é, controle jurisdicional sem que o ato tenha sido completamente praticado, obstaculizando a atividade do Poder Executivo por interferência antecipada do Poder Judiciário, é admissível apenas em casos excepcionalíssimos, como, por exemplo, no de incompetência flagrante da autoridade para praticar o futuro ato. (NERY JR e NERY, 2014, p. 205)

A questão recomenda, como se vê, bastante prudência, principalmente nas hipóteses em que, no decorrer do procedimento licenciatório, restarem plenamente atendidas as normas vigentes, quando então será questionável o poder de o Judiciário imiscuir-se no mérito das decisões técnicas ali encetadas.

4.3.13 Licenciamento Ambiental Especial

Nos tópicos antecedentes, analisamos as regras gerais que disciplinam o procedimento licenciatório dito ordinário, estabelecidas, basicamente, na LC 140/2011, na Lei 6.938/1981, no Dec. 99.274/1990 e nas Res. Conama 001/1986 e 237/1997. Ocorre, porém, que a experiência nos tem mostrado que apenas essas regras, na imensa variedade de atividades submetidas ao exame dos órgãos ambientais que compõem o Sisnama, não são suficientes para assegurar a eficiência do licenciamento ambiental, de modo a se garantir a adequada proteção do ambiente, em harmonia com o desenvolvimento socioeconômico do País.

De fato, determinados empreendimentos e atividades, dotados de características específicas, em razão do porte, da natureza, da localização, da dinâmica de exploração, e assim por diante, rebelam-se à liturgia normal do licenciamento, estabelecida no art. 10 da Res. Conama 237/1997. Isso não significa sugerir que a sua análise venha a ser superficial, mas apenas que se deverá adequar, por exemplo, às fases de implementação da atividade ou

mesmo às suas características mais simplificadas, nos casos em que seus impactos não sejam de grande monta.

O procedimento de adoção de resoluções específicas já vem sendo adotado pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente desde a Res. 6/1987, que disciplinou o licenciamento de obras de grande porte. Esta linha foi convalidada com a expedição da Res. Conama 237/1997, que previu, de forma expressa, a possibilidade de edição de normas específicas, tendentes a otimizar o procedimento licenciatório de determinadas atividades ou empreendimentos.

Neste sentido, buscou dar os contornos da expressão estudos ambientais, identificando-a como:

(...) todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco⁷³.

Pretendeu, outrossim, colocar em evidência que o EIA/Rima constitui uma das diversas modalidades de avaliação de impacto ambiental, e nem sempre será o estudo mais adequado à correta instrução do licenciamento.

Ademais, previu a Res. 237/1997 que, além das tradicionais licenças prévia, de instalação e de operação, “o Conama definirá, quando necessário, 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, implantação e operação”.⁷⁴

Segundo o art. 12 da mesma Res. Conama 237/1997, “o órgão ambiental competente definirá, se necessário, procedimentos específicos para as licenças ambientais, observadas a natureza, características e peculiaridades da atividade ou empreendimento e, ainda, a compatibilização do processo de licenciamento com as etapas de planejamento, implantação e operação”. Neste dispositivo, o Conama deixa a critério do órgão licenciador o estabelecimento de regras complementares à legislação existente.

A seu turno, o § 1.º do precitado art. 12 dispõe que “poderão ser estabelecidos procedimentos simplificados para as atividades e empreendimentos de pequeno potencial de impacto ambiental, que deverão ser aprovados pelos respectivos Conselhos de Meio

⁷³ Art. 1.º, III, da Res. Conama 237/1997.

⁷⁴ Art. 9.º da Res. Conama 237/1997.

Ambiente”. Essa iniciativa pode partir tanto dos órgãos federais, estaduais e municipais integrantes do Sisnama, com competência para conduzir o licenciamento, como do próprio Conselho Nacional do Meio Ambiente, a exemplo da Res. Conama 279/2001, que simplifica o procedimento licenciatório dos empreendimentos de oferta de energia elétrica, com pequeno potencial de impacto.

Ainda no mesmo art. 12, o § 3.º firmou que “deverão ser estabelecidos critérios para agilizar e simplificar os procedimentos de licenciamento ambiental das atividades e empreendimentos que implementem planos e programas voluntários de gestão ambiental, visando a melhoria contínua e o aprimoramento do desempenho ambiental”. Não obstante a importância da previsão normativa, não encontramos nenhuma resolução nesse sentido, entre as expedidas pelo Conama.

Outro tanto, a Res. Conama 237/1997 se dirigiu aos órgãos licenciadores, reconhecendo-lhes – embora dispensável, ante a autonomia dos entes federativos – a legitimidade para estabelecer prazos de análise diferenciados para cada modalidade de licença, bem como para a formulação de exigências complementares, desde que observados os prazos máximos previstos no seu art. 14; e, ainda, sinalizando quanto à possibilidade do estabelecimento de prazos de validade específicos para a LO de empreendimentos ou atividades que, por sua natureza e peculiaridades, estejam sujeitos a encerramento ou modificação em prazos inferiores ao previsto no art. 18, III.

Neste ensejo, vale o alerta: os empreendimentos abrangidos pelas resoluções específicas não ficam imunes às exigências e aos requisitos definidos nas normas de caráter geral, como, por exemplo, a obrigação de dar publicidade ao pedido e à própria licença ambiental.

Como ilustração, registre-se que, até o presente momento, editou o Conama as seguintes normas específicas relacionadas ao licenciamento ambiental:

- (i) Res. Conama 6/1987 – obras de grande porte, como a geração de energia elétrica;
- (ii) Res. Conama 5/1988 – obras de saneamento;
- (iii) Res. Conama 9/1990 – extração mineral, classes I, III a IX;
- (iv) Res. Conama 10/1990 – extração mineral, classe II;
- (v) Res. Conama 23/1994 – atividades de exploração e lavra de jazidas de combustíveis líquidos e gás natural;
- (vi) Res. Conama 10/1996 – empreendimentos ou atividades em praias onde ocorre a desova de tartarugas marinhas;

- (vii) Res. Conama 264/1999 – fornos rotativos de produção de clínquer para atividades de coprocessamento de resíduos;
- (viii) Res. Conama 273/2000 – postos de combustíveis e serviços, alterada pela Res. Conama 319/2002;
- (ix) Res. Conama 279/2001 – empreendimentos elétricos com pequeno potencial de impacto ambiental;
- (x) Res. Conama 284/2001 – empreendimentos de irrigação;
- (xi) Res. Conama 286/2001 – empreendimentos nas regiões endêmicas de malária;
- (xii) Res. Conama 305/2002 – atividades e empreendimentos com organismos geneticamente modificados e seus derivados;
- (xiii) Res. Conama 312/2002 – empreendimentos de carcinicultura na zona costeira;
- (xiv) Res. Conama 313/2002 – controle de resíduos existentes ou gerados pelas atividades industriais (Inventário Nacional de Resíduos Sólidos Industriais);
- (xv) Res. Conama 316/2002 – sistemas de tratamento térmico de resíduos;
- (xvi) Res. Conama 335/2003 – cemitérios, alterada pelas Res. Conama 368/2006 e 402/2008;
- (xvii) Res. Conama 347/2004 – intervenções no patrimônio espeleológico;
- (xviii) Res. Conama 349/2004 – empreendimentos ferroviários de pequeno potencial de impacto ambiental;
- (xix) Res. Conama 350/2004 – atividades de aquisição de dados sísmicos marítimos e em zonas de transição;
- (xx) Res. Conama 377/2006 – sistemas de esgotamento sanitário;
- (xxi) Res. Conama 385/2006 – agroindústrias de pequeno porte e baixo potencial de impacto ambiental;
- (xxii) Res. Conama 404/2008 – sistemas de disposição final de resíduos sólidos urbanos gerados em municípios de pequeno porte;
- (xxiii) Res. Conama 412/2009 – empreendimentos destinados à construção de habitações de interesse social;
- (xxiv) Res. Conama 413/2009 – empreendimentos da aquicultura, alterada pela Res. Conama 459/2013;
- (xxv) Res. Conama 458/2013 – procedimentos para o licenciamento ambiental em assentamento de reforma agrária (revoga a Res. Conama 387/2006);

(xxvi) Res. Conama 462/2014 – procedimentos para o licenciamento ambiental de empreendimentos de geração de energia elétrica a partir de fonte eólica em superfície terrestre.

(xxvii) Res. Conama 465/2014 – requisitos e critérios técnicos mínimos necessários para o licenciamento ambiental de estabelecimentos destinados ao recebimento de embalagens de agrotóxicos e afins, vazias ou contendo resíduos.

Seção V

Incentivos à produção e instalação de equipamentos e à criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental

4.3.14 Relação entre Licenciamento e Outorga

O licenciamento ambiental e a outorga são instrumentos distintos, porém segundo Machado (2002, p. 452): “Esses dois institutos jurídicos guardam uma grande aproximação podendo até ser unificados, se para tanto houver interesse da Administração Pública e eficácia de resultados sociais”. Ainda Machado (2004, p. 453) complementa seu raciocínio:

A integração eficiente entre a outorga e licenciamento é o ponto crucial da política nacional de recursos hídricos. Se a outorga for expedida sem a devida articulação com o licenciamento ambiental, violado estará o grande objetivo de assegurar água em adequado padrão de qualidade para a atual e futuras gerações.

Compactuando desse entendimento Lanna (2000, p. 107) comenta sobre ser o mesmo órgão que licencia e o outorgante, como explica: “esta relação fica mais simples se o mesmo órgão possuir ambas as atribuições outorgantes. Quando isto não ocorrer haverá necessidade de que estabeleçam articulações dos seus procedimentos”.

A Lei nº 9.433/97 dispõe: “Art. 3º Constituem diretrizes gerais de ação para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos: [...] III - a integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental;”

A resolução Conama 237/1997, art.10 §1º, condiciona a licença ambiental à obtenção da outorga, como segue:

No procedimento de licenciamento ambiental deverá constar, obrigatoriamente, a certidão da Prefeitura Municipal, declarando que o local e o tipo de empreendimento ou atividade estão em conformidade com a legislação aplicável ao uso e ocupação do solo e, quando for o caso, a autorização para supressão de vegetação e a outorga para o uso da água, emitidas pelos órgãos competentes.

A Resolução do CNRH nº16/2001, no art. 24, VII, bem como, a Resolução da ANA nº 833/2011, no art.3º inciso VIII, ambas tem a mesma previsão: é caso de suspensão e revogação da outorga o indeferimento ou cassação da licença ambiental. Prova assim que a outorga antecede o licenciamento. Confirmando este raciocínio Milaré (2015, p. 612) acrescenta: “Todavia nesses casos, a outorga é preventiva, não permitindo o uso da água antes da concessão da licença ambiental, apenas reservando a quantidade necessária para uso futuro”.

O Conselho Nacional de Recursos Hídricos emitiu a Resolução nº 65, de 7 de dezembro de 2006, que: “Estabelece diretrizes de articulação dos procedimentos para a obtenção da outorga de direito de recursos hídricos com os procedimentos de licenciamento ambiental. ”Esta resolução aponta vários procedimentos para facilitar a articulação entre os órgãos outorgante e licenciador, como descrito:

a) A manifestação prévia é a condição para a obtenção da Licença Prévia . Não havendo manifestação prévia ou ato correspondente, a outorga de direito de uso de recurso hídricos é condição para a obtenção da Licença de Instalação ;

b) A outorga de direito de uso de recursos hídricos é a condição para obtenção da Licença de Operação ;

c) Nos empreendimentos ou atividades em que os usos ou interferências nos recursos hídricos sejam necessários para sua implantação, a outorga de direito de uso de recursos hídricos deverá ser apresentada ao órgão ambiental licenciador para obtenção da Licença de Instalação.

A articulação dentre os órgãos outorgante e licenciador deve resultar na necessária comunicação dos seus atos administrativos, quando do indeferimento ou quando suas análises impliquem em alterações ou modificações na concepção do empreendimento. Uma proposta para dar eficiência nas análises de outorga e licenciamento ambiental é o compartilhamento de banco de dados e uniformização de informações dos sistemas de alguns órgãos, conforme recomendou a moção nº39 do CNRH, através da integração dos seguintes sistemas: Sistema Nacional de Informações sobre Meio Ambiente (SINIMA), Sistema de Informação de Águas Subterrâneas (SIAGAS), Sistema de Recursos Hidrogeológicos do Brasil (SIGHIDRO), Sistema Nacional de Informações de Saneamento (SNIS), Sistema de Informações do Plano Nacional de Recursos Hídricos (SIPNRH) e Sistema Nacional de Informações sobre Recursos Hídricos (SNIRH).

Com o advento da Lei Complementar 140/2011, principalmente, nos seus artigos 15, 16 e 17 preveem a atuação de caráter subsidiário “nas ações administrativas de licenciamento e na autorização ambiental” sem prejuízo a cooperação entre os entes federados e a competência de lavrar auto de infração nas fiscalizações ambientais (grifo nosso). Desta forma, a outorga como tem a natureza de autorização, está inclusa nesta regra de competência.

Recentemente, o Conselho Estadual do Meio Ambiente do Estado do Amazonas (CEMAAM) publicou a resolução nº011/2012, que estabelece procedimentos a serem observados no licenciamento ambiental para a atividade de lavra garimpeira de ouro no Estado do Amazonas. Tal resolução gerou uma grande polêmica na comunidade científica pelo uso do mercúrio na atividade garimpeira de ouro e seus desastrosos impactos no meio ambiente, através da poluição, e na saúde da população. Em resposta, os cientistas questionaram a efetividade desta ação e apontaram a precariedade da ação do Estado do Amazonas na fiscalização e no controle, que são praticamente inexistentes. E o Estado do Amazonas poderá rever essa questão com a substituição do mercúrio por outras técnicas mais modernas.

Neste caso observam-se as possibilidades de ação direta (rio da União) ou mesmo subsidiário (rio do Estado) dos órgãos federais na fiscalização, através da ANA ou do IBAMA respectivamente, sem prejuízo a uma possível cooperação entre os órgãos envolvidos, como, por exemplo, o ICMBIO no caso de atingir as unidades de conservação. Por exemplo: se o órgão ambiental amazonense, o Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas (IPAAM), licenciar uma atividade de garimpo de ouro em um rio da União, a ANA será o órgão outorgante do uso da água. Neste caso hipotético, tanto a ANA poderá ter a competência direta em fiscalizar e apurar uma poluição causada no rio da União, no qual outorgou a atividade, como o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) ou Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBIO) (se for unidade de conservação), por serem também órgãos federais. Sem prejuízo da atuação do IPAAM, como órgão licenciador competente da atividade. Desta forma, verifica-se a ligação entre a outorga e o licenciamento, até mesmo na ampliação de competências dos entes federados.

4.4 CPRM-SERVIÇO GEOLÓGICO DO BRASIL

4.4.1 Missão

O Serviço Geológico do Brasil - CPRM é uma empresa pública, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem as atribuições de Serviço Geológico do Brasil.

Sua Missão é Gerar e difundir o conhecimento geológico e hidrológico básico necessário para o desenvolvimento sustentável do Brasil. (CPRM, 2016)

4.4.2 Valores e Princípios

Gestão Ética e Transparente:

Considerar o interesse público acima de tudo, disponibilizando à sociedade mecanismos de acompanhamento e fiscalização das ações da empresa.

Excelência Técnico-Científica:

Garantir a plena satisfação do usuário, com produtos que sejam referência em termos de qualidade e credibilidade técnica.

Capacitação e Treinamento:

Fazer da valorização profissional de seus funcionários um patrimônio científico e cultural da instituição.

Responsabilidade Social e Consciência Ecológica:

Estimular o uso racional dos recursos minerais e hídricos em perfeita harmonia com o meio ambiente e com as necessidades da sociedade no presente e no futuro.

Geologia para o Bem-Estar da Sociedade:

Agregar valor ao conhecimento geológico, de modo a torná-lo indispensável ao desenvolvimento dos setores mineral e hídrico e à gestão territorial.

Água - Bem Vital e Estratégico:

A água é um bem comum vital e estratégico para a humanidade, que deve ter asseguradas sua disponibilidade e utilização racional pelas gerações atual e futura. (CPRM, 2016a)

4.4.3 Entrevista com o chefe do setor de recursos hídricos

Em entrevista com o chefe do setor de recursos hídricos, SR. Wilton, foi questionado sobre a colaboração do CPRM, na gestão dos recursos hídricos no Amazonas, no que foi respondido que:

Esta ação tem duas vertentes básicas, com atividades focadas em águas subterrâneas, de um lado, e em águas superficiais, de outro. No tocante às águas profundas, a CPRM dispõe do sistema de informações sobre águas subterrâneas – siagas, com cadastro de poços e fontes desse bem mineral de todo o Brasil, e realiza levantamentos hidrogeológicos regionais em várias escalas. Além disso, a CPRM tem sido parceira em atividades sociais de perfuração e recuperação de poços em

áreas do semiárido nordestino e do sul do país. Em se tratando de águas superficiais, o serviço geológico opera a rede hidrometeorológica nacional, da agência nacional de águas – ANA; desenvolve e opera sistemas de alerta contra cheias em áreas críticas como, por exemplo, em Manaus (AM) e no pantanal; além de produzir estudos em áreas específicas. Atualmente há um grande esforço, em curso, no sentido de gerar a carta de disponibilidade hídrica do Brasil ao milionésimo, a partir do domínio de conhecimento geológico e hidrológico acumulado no serviço geológico do Brasil.

4.5 A CONCESSIONARIA MANAUS AMBIENTAL

Como membro efetivo do Conselho Estadual de Recursos Hídricos, a Concessionária Manaus Ambiental tem papel relevante como colaboradora na gestão de recursos hídricos, levando-se em conta que cabe a ela a manutenção de alguns poços tubulares de grande profundidade, que abastecem algumas zonas das cidades, como a zona leste, onde o abastecimento é mais precário. A Manaus Ambiental é uma parceria entre o Grupo Águas do Brasil e Solvi – Soluções para a Vida. Desde o dia 17 de maio de 2012, a concessionária atua nos serviços de tratamento e distribuição de água, coleta e tratamento de esgoto, em Manaus, capital do Amazonas.

O sistema de abastecimento de água de Manaus é composto por três Estações de Tratamento de Água (ETAs). No Complexo de Produção da Ponta do Ismael, zona Oeste, estão localizadas a ETA 1 – Sistema de Flotação e ETA 2 – Sistema de Decantação, responsáveis por abastecer 80% da cidade de Manaus. A ETA Mauzinho fica no bairro de mesmo nome, na zona Sul da capital. A Manaus Ambiental possui ainda uma média de 41 Centros de Produção de Águas Subterrâneas (CPAs) em operação, além de ser a responsável pela distribuição de água do Programa Águas para Manaus (PROAMA) - Complexo Ponta das Lages, situado na zona Leste.

A Manaus Ambiental produz hoje 630 milhões de litros de água/dia, quantidade suficiente para abastecer o dobro da população manauara.

No primeiro semestre de concessão foi implantado o Centro de Controle Operacional (CCO), localizado no Complexo de Produção da Ponta do Ismael, zona Oeste, com equipamentos de última geração, o CCO da Manaus Ambiental monitora desde a captação até a distribuição de água por meio do sistema de software para supervisão e controle remoto da rede da concessionária. Em três anos de operação, a empresa alcançou 96% de cobertura com rede de distribuição de água na cidade.

Na área de esgotamento sanitário, a Manaus Ambiental possui uma extensão de 479 km de redes coletoras associadas a 62 estações de tratamento de esgoto e 56 elevatórias, subdividindo-se em dois sistemas: um que abrange o centro da cidade e partes dos bairros Educandos, Morro da Liberdade, Santa Luzia e adjacências, que é chamado de sistema integrado, e outro formado por vários sistemas isolados dispostos ao longo de toda a cidade, como é o caso de vários conjuntos habitacionais, residenciais que possuem o serviço operado pela concessionária.

Atualmente, o serviço de coleta e tratamento de esgoto está disponível para atendimento em quase 20% da população, o que equivale a aproximadamente 400.000 habitantes, porém, uma média de 200.000 pessoas ainda não aderiram ao sistema, mesmo tendo a rede de coleta disponível em frente às residências, grande desafio da concessionária nos próximos anos.

Após passar por todo o processo de tratamento, o efluente atende a 100% dos padrões estabelecidos nas legislações ambientais, sendo descartado em um corpo receptor mais próximo, que pode ser um rio ou igarapé.

Até o final da concessão, R\$ 3,4 bilhões devem ser aplicados, não só em abastecimento de água, mas também em esgotamento sanitário. O objetivo é elevar o índice de tratamento de esgotos para 90% até 2045.

De todos esses investimentos previstos, os destinados à universalização dos serviços de esgotamento sanitário corresponderão a R\$ 2,2 bilhões em 30 anos, com a construção de nove grandes complexos de estações de tratamento de esgotos.⁷⁵

⁷⁵ <http://www.manausambiental.com.br/HISTORIA>

5 CONCLUSÃO

Apesar de o Brasil ter produzido legislação e políticas que busquem consolidar a valorização de seus recursos hídricos como recurso ambiental público limitado e de fundamental importância para a sobrevivência humana, ainda falta a consciência e vontade política para sua efetiva aplicabilidade.

Percebe-se que pelo fato de possuir a maior bacia hidrográfica do planeta, os políticos da região, relegaram a gestão hídrica dos recursos, à um segundo plano de ações governamentais, o que está a contribuir não apenas para a degradação dos recursos hídricos e da biodiversidade do meio ambiente como também comprometendo a saúde e a qualidade de vida da população que reside nessa região.

Como foi observado no decorrer do estudo, embora a Política Estadual de Recursos Hídricos do Estado do Amazonas seja um instrumento avançado tecnicamente, na prática, falta efetividade, justamente por falta do Plano Estadual dos Recursos Hídrico.

O diagnóstico pretendido pelo Serviço Geológico do Brasil-CPRM, para avaliar a qualidade e quantidade da água subterrânea dos poços da cidade, ainda não foi efetivado por questões orçamentárias, por conta da súbita crise econômica que passa o País.

O Plano Estadual dos Recursos Hídricos, que por se tratar de uma complexa ferramenta técnica de planejamento da gestão hídrica, cuja construção exige o cumprimento de critérios e objetivos técnicos e científicos, tornou-se o grande entrave para a efetivação da Política Estadual de Recursos Hídricos. Porém, a SEMA, com a colaboração do IPAAM, do CPRM e da MANAUS AMBIENTAL, como dito na entrevista, não vem poupando esforços para a elaboração do Plano Estadual dos Recursos Hídrico.

Somado à isso, a aprovação da minuta de resolução que trata da outorga no Estado do Amazonas, demonstram que a da Política Estadual de Recursos Hídricos está caminhando sua efetiva aplicabilidade.

Levando-se em conta que o Plano Estadual dos Recursos Hídrico já se encontra em elevado estágio licitatório realizado pelo Governo do Estado e diante da complexidade da temática, os gestores de recursos hídricos do Estado do Amazonas, vem recebendo apoio técnico e financeiro da Agência Nacional de Águas-ANA, para a elaboração do mesmo, o que reforça a posição dos entrevistados de que à médio prazo, o Plano Estadual dos Recursos Hídrico estará sendo aplicado efetivamente no Estado do Amazonas, podendo assim, implementar os demais instrumentos da gestão dos recursos hídricos presentes na Lei Estadual da Política Estadual de Recursos Hídricos.

REFERÊNCIAS

AYALA, P. A. Deveres ecológicos e regulamentação da atividade econômica na Constituição brasileira. In: CANOTILHO, J. J. G. . M. L. J. R. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 291.

BENATTI, J. H. Comentários sobre a legislação e os sistemas institucionais de gestão de recursos hídricos no Brasil e sua relevância para a Amazônia. In: ARAGON, L. E.; GOGT, M. C. **Problemática do uso local e global da água na Amazônia**. Belém: , 2003.

BENJAMIN, A. H. são os custos sociais do processo de desenvolvimento e que, só recentemente, através do princípio do poluidor pagador, passaram a ser computados - já que exigíveis - no preço final de produtos e serviços. Diz-se assim, que esses são custos internalizados. In: BENJAMIN, A. H. **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 226-236.

BERBERT, C. O. O Desafio das Águas. In: (ORG.), C. M. **Uso e gestão dos recursos hídricos no Brasil: Desafios teóricos e político-institucionais**. São Paulo: Rima, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 mai. 2016.

CARNEIRO, R. Responsabilidade administrativa ambiental: sua natureza subjetiva e os exatos contornos do princípio do non bis in idem. In: WERNECK, M.; ET AL (COORDS) **Direito ambiental visto por nós advogados**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 585-607.

CASTRO, N. D. D.; NETO, C.; AL, E. **Crimes e infrações administrativas ambientais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CPRM. Missão, Valores e Princípios. **CPRM - Serviço Geológico do Brasil**, 2016a. Disponível em: <<http://www.cprm.gov.br/publique/Sobre-a-CPRM/Missao%2C-Valores-e-Principios-19>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

_____. Boas-Vindas do Diretor-Presidente. **CPRM - Serviço Geológico do Brasil**, 2016b. Disponível em: <<http://www.cprm.gov.br/publique/Sobre-a-CPRM-49>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

CUNHA, L. V. D. et al. **A gestão da água, princípios fundamentais e sua aplicação em Portugal**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

D'ISEP, C. F. M. **Água Juridicamente Sustentável**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010.

DAWALIBI, M. **Licença ou autorização ambiental**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, 2000.

DOURADO JUNIOR, O. C. **Águas na Amazônia - Gestão de Recursos Hídricos Nos Países da Bacia Amazônica**. Curitiba: Juruá, 2014.

FARIAS, T. **Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FERREIRA, A. B. D. H. **Novo Aurélio Século XXI**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIGUEIREDO, L. V. Discriminação constitucional das competências ambientais: aspectos pontuais do regime jurídico das licenças ambientais. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 6, n. 28, nov 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30958>>. Acesso em: 10 mai 2016.

FINK, D. E. A. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____; MACEDO, C. H. Roteiro para licenciamento ambiental e outras considerações. In: _____; ALONSO JR, H.; DAWALIBI, M. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

FREITAS, V. P. D. **Águas – Considerações gerais. Águas – Aspectos jurídicos e ambientais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

GOMES, C. A. **A Prevenção à prova no direito do ambiente: em especial, os actos autorizativos ambientais**. Coimbra: [s.n.], 2000.

GRANZIERA, M. L. M. **Direito de Águas e Meio Ambiente. Aspectos Jurídico-Ambientais do Uso, Gerenciamento e da Proteção dos Recursos Hídricos: Aproveitamento Múltiplo de Recursos Hídricos Internacionais Compartilhados**. São Paulo: Ícone, 1993.

_____. **Outorga de direito de uso da água: aspectos legais**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Direito de Águas: Disciplina jurídica das Águas Doces**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HOUAISS, A. **Dicionário Houaiss da língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KELMAN, J.; FRAJTAG, D. K. Agências Reguladoras. **ABRH Notícias - Revista Informativa da Associação Brasileira de Recursos Hídricos**, Porto Alegre, v. 5, p. 16, jul/set 2000.

LANNA, A. E. A gestão de recursos hídricos no contexto das políticas ambientais. In: MUNHOZ, H. R. (. **Interfaces da gestão dos recursos hídricos: desafios da lei águas**. Brasília: MMA/SRH, 2000.

MACHADO, P. A. L. **Recursos hídricos: direito brasileiro e internacional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Direito ambiental brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, C. A. B. D. **Curso de Direito Administrativo**. 32.. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MILARÉ, E. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; BENJAMIN, A. H. V. **Estudo prévio de impacto ambiental: teoria, prática e legislação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____; JÚNIOR, P. J. D. C.; COSTA, F. J. D. **Direito penal ambiental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____; MAZZILLI, H. N.; FERRAZ, A. A. D. M. D. C. O Ministério Público e a questão ambiental na Constituição. **Justitia**, São Paulo, n. 131-A, ed. especial 1985.

MIRRA, Á. L. V. **Impacto ambiental**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

MUKAI, T. A Lei Complementar 140, de 8 de dezembro de 2011, que fixa diretrizes para a cooperação entre os entes federativos em matéria ambiental. **Revista Síntese Direito Ambiental**, São Paulo, v. 5, p. 61, 2011.

NASCIMENTO, D. A. D. A outorga pelo uso dos recursos hídricos no Estado do Amazonas, 2012, 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental)- Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2012. Disponível em: <<http://www.pos.uea.edu.br/data/area/titulado/download/59-5.pdf>>. Acesso em: 10 Mai. 2016.

NERY JR, N.; NERY, R. M. D. A. **Constituição Federal comentada**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, A. D. P. **Código de Águas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

OLIVEIRA, A. I. D. A. **O licenciamento ambiental**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2005.

PFEIFFER, R. A. C. A publicidade e o direito de acesso a informações no licenciamento ambiental. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, v. 2, n. 8, p. 20-34, out/dez 1997.

POMPEU, C. T. Recursos hídricos na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 186, p. 19, 1991.

POMPEU, C. T. **Direito de Águas no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAO, V. **O Direito e A Vida Dos Direitos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTILLI, J. **Aspectos Jurídicos da Política Nacional de Recursos Hídricos**. Brasília: MPU/DF, 2007. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/serie-grandes-eventos-meio-ambiente/Juliana_Santilli_Aspectos_juridicos_da_Politica_Nacional.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2016.

SILVA, J. A. D. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013.

WALCACER, F. C. E. A. Notas sobre a LC 140/2011. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 70, p. 50, 2013.

YOSHIDA, C. Y. M. Jurisdição e competência em matéria ambiental. In: (COORD.), J. R. M. **Leituras complementares de direito ambiental**. Salvador: Jus Podivm, 2007.

_____. Critérios de definição de competência em matéria ambiental na estrutura federativa brasileira. In: (ORG.), E. A. L. R. **Direito ambiental**. Campo Grande: Ed. UFMS, 2010.