

OUTORGA DOS DIREITOS DE USO DE RECURSOS HÍDRICOS

Caroline Corrêa de Almeida Advogada, aluna da FESMPDFT.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Instrumento de outorga. 3. Outorga dos direitos de uso de recursos hídricos. 4. A função da Agência Nacional de Águas na outorga dos direitos de uso de recursos hídricos de domínio federal. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Cresce cada vez mais a consciência de que a água vem se tornando um bem escasso mundialmente. Embora pareça abundante, menos de 3% da água do planeta é classificada como doce. A água potável considerada a mais pura da natureza (embora esteja tecnicamente comprovada a sua poluição por Poluentes Orgânicos Persistentes¹) se encontra nas calotas polares e nas geleiras, que armazenam 2% da água do planeta. O percentual restante se encontra disperso nos lençóis subterrâneos, lagos, rios e a atmosfera. A maioria das águas do planeta (mais de 97%) é salgada. Ainda que o consumo de água seja uma pequena, embora crescente, porção da água disponível, a distribuição deste recurso é bastante desigual entre países e regiões, o que, combinado com a precária administração ambiental e o desperdício no uso, tem levado à escassez até em áreas bem providas de água doce. As águas subterrâneas não são eternas; são como jazidas de petróleo, não renováveis. Torna-se mais dispendiosa e tecnologicamente complexa a obtenção de água em qualidade e quantidade razoável para o abastecimento público. A água neste século é reconhecidamente um recurso vulnerável, finito e já escasso em quantidade e qualidade. Portanto, é um bem econômico².

É nesse contexto que a água, elemento essencial à vida, será considerada um elemento estratégico nos negócios neste século. Algumas empresas estão convencidas de que, num futuro próximo, quem detiver o controle da água do planeta ditará as regras do produto.

Os desafios para a conservação e utilização sustentável das águas são funções também do grau de avanço ou implementação de princípios e atividades pertinentes a noção da sustentabilidade ambiental do desenvolvimento.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi delimitado o sistema jurídico ambiental. O meio ambiente passou a ser tratado segundo a visão holística, como um sistema ecológico integrado e com autonomia valorativa, abandonando-se a consciência ambiental “restrita” marcante nos momentos anteriores – fase da exploração desregrada e fase fragmentária. As águas receberam nova regulamentação legal, com vistas a preservar e conservar para as presentes e futuras gerações. A Lei nº 9.433/97, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) e criou o Sistema Nacional de

¹ Os Poluentes Orgânicos Persistentes – POP’S são um grupo de substâncias químicas altamente tóxicas, resistentes à degradação por processos bioquímicos e bioacumulativos nos tecidos de animais e humanos. Artificialmente liberadas por atividades antropogênicas, estas substâncias químicas, uma vez no meio ambiente, alcançam até mesmo áreas remotas do planeta – como os globos – devido ao transporte de longa distância feito pelas correntes de ar na atmosfera. Os organoclorados são as substâncias merecedoras de atenção urgente, pois formam um grande grupo de substâncias químicas das quais muitas são POP’S. (LISBOA, Marijane. **A convenção dos Poluentes Orgânicos Persistentes (POP’S) : Sumário executivo do relatório sobre POP’S na América Latina**. Seminário Internacional sobre Direito Ambiental Ano 3, Brasília, 2001 – documento inédito).

² PEIXOTO FILHO, Aser Cortines; BONDAROVSKY, Sandra Helena. **Água, bem econômico e de domínio público**. Revista CEJ, n. 12, Brasília, set/dez 2000, p. 14.

Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH), vem ao encontro da aspiração social, mas, por outro lado, encontra fortes resistências em ser implementada.

Alguns dispositivos legais merecem destaque: o reconhecimento das águas como bem de domínio público, um recurso natural limitado e dotado de valor econômico; a descentralização operacional, administrativa, técnica e legal, viabilizando a democratização do processo decisório e promovendo uma real participação, transparência e publicidade na execução das ações, tudo com o intuito de dar credibilidade ao processo como um todo; a gestão das águas como palavra-chave da PNRH, destacando-se as bacias hidrográficas como unidade de gestão; a outorga e a cobrança pelo uso dos mananciais, uma prioridade frente ao uso desordenado e irracional dos recursos.

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

2. INSTRUMENTO DE OUTORGA

Por sua relevância e complexidade, a outorga dos direitos de uso dos recursos hídricos é um tema merecedor de toda atenção, tendo em vista que, a partir dela, será viabilizada a cobrança pelo uso da água – importante mecanismo aplicado na racionalização do uso e melhoria na alocação desse recurso entre os seus múltiplos usuários.

A outorga é um instrumento discricionário através do qual o proprietário de um recurso natural estipula quem pode usá-lo e as respectivas limitações. Quando a propriedade é privada, a outorga equivale à aquiescência, pelo proprietário, de que outrem o utilize, desde que se sujeite às condições por ele impostas. Quando a propriedade é pública, serve como um instrumento de gestão, a partir da atribuição de cotas entre os usuários, considerando-se a escassez do recurso e os benefícios sociais gerados.³

No Direito Administrativo, a descentralização da prestação do serviço público ou de utilidade pública ocorre por meio da outorga do serviço. Há outorga quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, por lei, determinado serviço público ou de utilidade pública. Nestes casos, o Poder Público transfere a titularidade ou, simplesmente, a execução do serviço a outra pessoa (autarquias, fundações, empresas estatais, empresas privadas ou particulares individualmente). O serviço não deixa de ser público ou de utilidade pública, estando sujeito aos requisitos originários e sob o controle e a regulamentação do poder outorgante que o descentralizou. Em razão da outorga gerar presunção de definitividade da transferência, os serviços são outorgados por tempo indeterminado. Ressalte-se que o serviço outorgado é transferido por lei e só por lei pode ser retirado ou modificado.

Ao lado da descentralização e da desconcentração, há, como técnica de descongestionamento administrativo, a delegação (de execução de serviço público) – que ora se aproxima da desconcentração, ora da descentralização, conforme suas características. A diferença é que esta é efetivada por ato administrativo, mediante previsão legal, enquanto aquelas, apenas por lei.⁴ A CF/88, no artigo 175, estabelece que a delegação poderá ser sob regime de concessão ou permissão, mediante licitação, na forma da lei – Lei nº 8.987/95. São delegáveis as atribuições genéricas, não individualizadas nem fixadas como privativas.

³ LANNA, Antonio Eduardo. **A inserção da gestão das águas na gestão ambiental**. Em Interfaces da gestão de recursos hídricos: desafios da Lei de Águas de 1997. Org. por Héctor Raúl Muñoz. 2 ed. Brasília: Secretaria de Recursos Hídricos, 2000. p. 88.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 700.

3. OUTORGA DOS DIREITOS DE USO DE RECURSOS HÍDRICOS

No âmbito do Direito Ambiental, especificamente na Lei das Águas, o conceito de outorga de uso dos recursos hídricos não pode ser compreendido no mesmo sentido do aplicado ao Direito Administrativo. Com a proteção das águas pelo instrumento de outorga, não se vislumbra qualquer prestação de serviço público ou de utilidade pública pelo outorgado, bem como (e a principal diferença), não se transfere a titularidade do volume de água outorgado pelo Poder Público, pois o beneficiário não tem direito adquirido ao recurso hídrico – que é um bem de domínio público, não passível de apropriação. A vigência da outorga está limitada ao interesse público, assim, não assiste qualquer direito de caráter indenizatório ao outorgado quando suspenso o ato de outorga.

O instrumento de outorga é, hoje, o elemento central de controle para o uso racional das águas, a despeito de não aparecer no rol das inovações constitucionais. O Código das Águas, de 1934, já o regulava. Àquela época, era livre a todos usar quaisquer águas públicas, ressalvados os usos dependentes de derivação⁵.

O regime de derivação, aplicado aos usos de águas públicas, era composto por dois atos administrativos reguladores dos usos da agricultura, indústria e higiene. A concessão administrativa, atribuída nos casos de utilidade pública, era outorgada por decreto presidencial e referendada por ato do Ministro da Agricultura. E a autorização administrativa, conferida na ausência de utilidade pública, era outorgada por ato do Ministro da Agricultura, e dispensada nas derivações insignificantes⁶. Posteriormente, como observa Cid Tomanik Pompeu⁷, o Governo Federal introduziu a permissão administrativa, para outorgar os direitos de uso nas derivações insignificantes – as quais o Código das Águas havia dispensado a autorização administrativa.

A outorga, ato conferido somente a brasileiros ou empresas organizadas no país, era emitida por tempo fixo, nunca superior a trinta anos, ficando sem efeito caso não usados os recursos por três anos consecutivos (Decreto nº 24.634/34, arts. 43, §§ 2º e 3º; 46; 195). Ressalte-se a preocupação do Código de Águas ao explicitar, no artigo 46, que “a concessão não importa, nunca, em alienação parcial das águas públicas, que são inalienáveis, mas no simples direito ao uso destas águas”. A União, os Estados e os Municípios eram competentes para outorgar as derivações conforme o seu domínio sobre as águas ou conforme os serviços públicos a que se destinasse a mesma derivação, salvo para produção de energia hidroelétrica, cuja competência era dos Estados⁸.

Em virtude do instituto da recepção, os preceitos do Código de Águas relativos à outorga das águas públicas, em especial no tocante às derivações, continuaram vigentes. O regime de outorga preconizado pelo Código vigeu, no Brasil, até 1997, quando foi promulgada a Lei nº 9.433, modificadora do regime de proteção das águas. As inovações legais refletem a evolução do pensamento jurídico ambiental sofrida pelo legislador brasileiro e materializada no texto legal – a lei produzida no período intitulado como fase da exploração desregulada do meio ambiente deu lugar a outra, fundada na sua visão holística e na sustentabilidade ambiental.

A outorga de direito de uso de recursos hídricos é o ato administrativo, de autorização⁹, mediante o qual a autoridade outorgante faculta ao outorgado o direito de uso de recurso hídrico, por prazo

⁵ Derivação – é a retirada de água de um manancial por conduto livre, ou seja, é a retirada de água de um rio através de um canal que desvia o curso natural de parte da água do rio.

⁶ Decreto nº 24.634/34, arts. 43, 150, 171.

⁷ POMPEU, Cid Tomanik. **Aspectos jurídicos da cobrança pela utilização dos recursos hídricos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, abr/jun 1994. n. 196. p.63.

⁸ Decreto nº 24.634/34, arts. 62 e 63.

⁹ Autorização – ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso privativo de bem público, ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos. É um ato constitutivo. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 211). Consente-se uma atividade ou situação de interesse exclusivo ou predominante do particular. Por ser um ato precário, pode ser suspenso a qualquer momento, desde que motivadamente. A discricionariedade envolve a conveniência de atendimento da

determinado [não excedente a trinta e cinco anos], nos termos e nas condições expressas no respectivo ato.¹⁰ Não implica em alienação parcial das águas que são inalienáveis, mas o simples direito de seu uso¹¹, em razão do princípio constitucional de defesa do meio ambiente – erigido à categoria de bem de uso comum do povo¹².

Mesmo estabelecendo a obrigatoriedade da outorga dos direitos de uso dos recursos hídricos, a Lei nº 9.433/97 não especificou o tipo de ato a ser emitido. Tal situação poderia levar à presunção de que esta se daria em qualquer uma das formas específicas do Direito Administrativo (licença, autorização, permissão e concessão), caso as normas posteriores de regulamentação já não tivessem optado pela autorização, como se depreende da leitura do artigo 2º, XVI da IN nº 4/2000 e do artigo 4º, IV da Lei 9.984/2000.

O órgão responsável deve proceder basicamente a três análises antes de proceder à outorga: técnica (viabilidade do empreendimento), hidrológica (a quantidade e a qualidade do corpo de água) e jurídica (o preenchimento dos requisitos legais impostos). Parte deste ato é discricionário, assim, faz-se necessária a clara e ampla motivação do agente administrativo, como forma de manifestação da moralidade, legalidade e impessoalidade (art. 37 da CF/88), e de impossibilitar arbitrariedades dos órgãos gestores.¹³

Objetiva assegurar o controle qualitativo e quantitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso.¹⁴ Esta norma vincula a ação do governo, que se vê impedido de autorizar os usos que agridam a qualidade e a quantidade das águas e impossibilitado de agir sem equidade ao possibilitar acesso ao recurso. Faz-se necessária a atenção dos órgãos outorgantes no deferimento dos pedidos encaminhados por usuários específicos, para não inviabilizar a qualidade ambiental do corpo de água, que necessita de certa reserva hídrica (saldo hídrico) para se adequar às exigências e emergências ambientais.

Nos termos do artigo 13 da Lei 9.433/97, “toda outorga estará condicionada às prioridades de uso estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos e respeitar a classe em que o corpo de água estiver enquadrado e a manutenção de condições adequadas ao transporte aquaviário, quando for o caso”, bem como deverá preservar o uso múltiplo destes. Observa-se que a estrutura dos instrumentos da PNRH é inter-relacionada – a outorga dos direitos de uso, a cobrança pelo uso e o enquadramento dos recursos hídricos em classes agem interligados, no mesmo patamar, em ações interdependentes de cooperação estabelecidas pelos Planos de Recursos Hídricos, partindo-se das informações armazenadas pelos sistemas de informações.

Para Paulo Affonso Leme Machado, a natureza do ato é vinculada ou regrada quanto aos aspectos referidos no artigo 13 supra. O deferimento do pedido não pode estar baseado em interesses públicos outros, se os requisitos legais estiverem desatendidos.¹⁵

Com o intuito de apresentar resultados assecuratórios do interesse geral e da boa gestão das águas, bem como dar efetiva informação social e transparência ao ato, o procedimento deve ser publicado desde o pedido até a concessão da outorga. Assim, afastam-se possíveis dúvidas, principalmente a respeito da anterioridade da requisição da outorga.

pretensão do interessado ou a cessação do ato autorizado, por não haver qualquer direito subjetivo à obtenção ou à continuidade da autorização.

¹⁰ Instrução Normativa nº 4/2000 da SRH/MMA.

¹¹ Lei nº 9.433/97, arts. 16 e 18.

¹² Cumpre observar que a expressão “bem de uso comum do povo”, inserta no *caput* do artigo 225 da CF/88 não tem o mesmo significado de bem de uso comum do povo para o Direito Administrativo. Para o Direito Ambiental, o bem de uso comum do povo reveste-se de interesse público, seja ele público ou privado, que os faz ter um regime jurídico especial – são exercidos como limitações e restrições tendo em vista o interesse público neles existente. No Direito Administrativo, bens de uso comum do povo são os bens públicos que podem ser usados por todos os membros da coletividade (*uti universi*), sendo que ninguém tem o direito ao uso exclusivo ou privilegiado do bem – há igualdade tanto na fruição do bem quanto no suporte dos ônus dele resultantes. A administração destes bens é dever do Poder Público, que é responsável pela manutenção das condições normais de utilização pelo público em geral, bem como responsável por qualquer dano causado aos usuários pela falta de manutenção ou conservação do bem.

¹³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 9ª ed. rev. atual. ampliada. São Paulo: Malheiros, 2001. p.445.

¹⁴ Lei nº 9.433/97, art. 11.

¹⁵ Ob. cit. p.445.

A função da outorga é ratear a água disponível entre as demandas existentes ou potenciais, a fim de alcançar melhores resultados à sociedade. Estes poderão estar atrelados ao crescimento econômico (abastecimento industrial), à equidade social (abastecimento público) e à sustentabilidade ambiental (manutenção da vazão mínima do curso de água – “vazão ecológica”).

Para o Professor Jerson Kelman, a outorga visa dar uma garantia quanto à disponibilidade de água, assumida como insumo básico de processo produtivo, desta forma, a outorga tem valor econômico para quem a recebe, na medida em que oferece garantia de acesso a um bem escasso. Todavia, um grande complicador no processo de emissão de outorgas tem origem no fato de que o conceito de “disponibilidade hídrica” admite diferentes formulações, porque a vazão fluvial é uma variável aleatória, e não uma constante.¹⁶

A outorga de um recurso cuja disponibilidade é aleatória, como as águas, tem como fator complicador a impossibilidade de se precisar o *quantum* disponível em certo período e local. Tal fato acarreta o estabelecimento da gestão conjunta da disponibilidade (busca-se avaliar as quantidades disponibilizadas com dadas probabilidades e, eventualmente, aumentá-las com obras de regularização em reservatórios ou de transposições de vazões entre corpos de água) e das demandas hídricas (realizam-se estudos para verificar o limite a ser concedido, em razão da demanda e da vulnerabilidade com que os usuários respondem a racionamentos). Modelos de previsão poderão ser empregados para prever situações críticas de suprimento. O ideal e razoável é que seja adotada uma postura conservativa por parte da Administração Pública. Conforme a situação hidrológica prevista, algumas das outorgas concedidas poderão ser canceladas, total ou parcialmente, para atender às demandas prioritárias.¹⁷

Em regra, deve-se estabelecer os montantes a serem utilizados em cada período e as condições gerais de racionamento a que o usuário se submeterá na eventualidade de ocorrência de estiagem. O uso da água outorgada é obrigatório durante todo o período. Esta medida visa evitar a solicitação de volumes além das reais intenções ou capacidade de uso, meramente para garantir usos futuros ou impedir a concorrência. Diante da inconstância da disponibilidade hídrica, vê-se que os outorgados não têm direito adquirido a que o Poder Público lhes forneça o *quantum* indicado no ato. A Administração não pode arbitrariamente alterar a outorga, mas pode modificá-la motivadamente, conforme o interesse público.

A Lei nº 9.433/97 listou os usos sujeitos à outorga e os que independem dela no artigo 12, *caput* e § 1º. Estão sujeitos à outorga os seguintes usos de recursos hídricos:

- “I - derivação ou captação¹⁸ de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo;
- II - extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo;
- III - lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final;
- IV - aproveitamento dos potenciais hidrelétricos;
- V - outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água¹⁹.”

¹⁶ KELMAN, Jerson. **Outorga e cobrança de recursos hídricos**. Em A cobrança pelo uso da água. Org. por Antonio Carlos de Mendes Thame. São Paulo: IQUAL, Instituto de Qualificação e Editoração Ltda., 2000. p. 96.

¹⁷ LANNA, Antonio Eduardo. **A inserção da gestão das águas na gestão ambiental**. Em Interfaces da gestão de recursos hídricos: desafios da Lei de Águas de 1997. Org. por Héctor Raúl Muñoz. 2 ed. Brasília: Secretaria de Recursos Hídricos, 2000. p. 89-90.

¹⁸ Captação – é a retirada de água de um manancial por intermédio de um conduto forçado, ou seja, utilizando-se estações de bombeamento.

Independem de outorga pelo Poder Público, a ser alvo de regulamentação:

- “I - o uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural;
- II - as derivações, captações e lançamentos considerados insignificantes;
- III - as acumulações de volumes de água consideradas insignificantes.”

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

É possível a suspensão da outorga, total ou parcialmente, em definitivo ou por prazo determinado, caso o outorgado incorra em uma das circunstâncias listadas no artigo 15 da Lei nº 9.433/97:

- “I - não cumprimento pelo outorgado dos termos da outorga;
- II - ausência de uso por três anos consecutivos;
- III - necessidade premente de água para atender a situações de calamidade, inclusive as decorrentes de condições climáticas adversas;
- IV - necessidade de se prevenir ou reverter grave degradação ambiental;
- V - necessidade de se atender a usos prioritários, de interesse coletivo, para os quais não se disponha de fontes alternativas;
- VI - necessidade de serem mantidas as características de navegabilidade do corpo de água.”

A superveniência de uma das circunstâncias supracitadas gera a suspensão da outorga. Circunstâncias supervenientes, não presentes no momento da emissão da outorga, não são responsabilidade da Administração Pública ou do usuário, contudo, em razão do interesse público geral (princípio da supremacia), faz-se necessária a suspensão. Motivação pelo Poder Público (princípio da legalidade) e proporcionalidade do ato administrativo são requisitos fundamentais para a suspensão, sendo prescindível a abertura de procedimento administrativo. A suspensão da outorga não gera direito à indenização por parte do outorgado.

A ausência de outorga nos casos supracitados ou o não cumprimento da suspensão da outorga configuram infrações das normas de utilização de recursos hídricos (art. 49), estando o infrator sujeito às sanções administrativas previstas no artigo 50 da Lei nº 9.433/97, que culminam com a revogação da outorga. As sanções serão aplicadas findo o respectivo procedimento administrativo. É cabível ação civil pública nos casos em que a Administração Pública queira pleitear a obrigação de reconstituição do ambiente hídrico (o recurso hídrico, o leito e a margem indevidamente utilizados) pelo infrator.

A extinção da outorga, apesar de não estarem explicitados os casos em lei, ocorrerá nas seguintes circunstâncias: morte do usuário (pessoa física) e não solicitada a retificação do ato administrativo pelos herdeiros; liquidação judicial ou extrajudicial do usuário (pessoa jurídica); término do prazo de validade da outorga sem o pedido de renovação, observados os interesses da bacia hidrográfica.

A competência para a emissão dos atos de outorga obedece a dominialidade constitucionalmente estabelecida, assim, a outorga das águas superficiais é de competência da União, dos

¹⁹ Dentre os outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água, ou seja, interferem nos demais usos ou no regime hidráulico do corpo de água, podem ser citados as travessias em cursos d'água – pontes e dutos.

Estados e do Distrito Federal, e, a das águas subterrâneas, dos Estados e do Distrito Federal²⁰. Quanto às águas minerais, a competência é atribuída ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), vinculado ao Ministério de Minas e Energia.

Aos Poderes Executivos Federal, Estaduais e do Distrito Federal compete a emissão das respectivas outorgas, bem como a regulamentação e fiscalização dos usos dos recursos hídricos²¹, abrangendo inspeções periódicas. A lei expressamente estabeleceu a não competência, à gestão privada, para a emissão das outorgas de uso.

O artigo 4º da Lei 9.433/97 previu a articulação da União com os Estados para o gerenciamento dos recursos hídricos de interesse comum. Porém, como a lei não determinou explicitamente a forma de articulação, Jerson Kelman entende ser sensato o condicionamento do poder de outorga dos Estados à manutenção de vazão mínima, atendidos os padrões de qualidade, no ponto a jusante em que a água passa a ser de domínio da União. Porém, reconhece a existência da controvérsia se a condicionalidade pode ser objeto do Decreto de Regulamentação ou se precisaria ser incluída numa nova lei que venha a complementar a Lei 9.433/97²².

O Poder Executivo Federal pode delegar aos Estados e ao Distrito Federal a competência para conceder outorga de recursos hídricos de domínio da União. A delegação ou transferência do poder de outorga está condicionada à verificação da existência, nos Estados e no Distrito Federal, das condições administrativas para a perfeita execução da tarefa delegada. A delegação não constitui um direito a ser reclamado pela unidade federada, muito menos, pode ser imposta pela União. Por questão de prudência e eficácia no controle da outorga, a União deve conservar este poder quando houver conflito de usos em um rio federal que banha dois ou mais Estados. A delegação da outorga não exime a União da co-responsabilidade pela implementação das regras da outorga, pois a responsabilidade pelo bom uso dos rios federais é originária.

Alguns Estados brasileiros adiantaram-se à União, aprovando suas leis relacionadas às políticas estaduais de recursos hídricos e implementado seus sistemas. Quatro exemplos de organização podem ser citados, pela relevância e diversidade de orientações: o de São Paulo, o do Ceará, o da Bahia e o do Rio Grande do Sul.

Existem ações pontuais em todo o território nacional com o intento de garantir a efetividade do instrumento de outorga. Dentre elas, é importante mencionar a parceria, iniciada na Bahia, entre a Secretaria de Recursos Hídricos (SRH/MMA)²³ e os bancos do Nordeste e Banco do Brasil, objetivando cadastrar os usuários de recursos hídricos para as demandas de irrigação²⁴. Por este acordo verbal, a outorga do direito de uso de recurso hídrico constitui um dos requisitos para a obtenção do financiamento bancário. Desta forma, o agricultor via-se obrigado a requerer a outorga e à SRH/MMA caberia o controle e a fiscalização dos usos das águas, outrora impossibilitados pela ausência do cumprimento legal. Não obstante os resultados favoráveis, essa parceria não se estendeu às entidades privadas, conseqüentemente, não abarcou todos os usuários.

No âmbito federal, até o ano de 2000, as outorgas foram emitidas através de atos do Secretário de Recursos Hídricos, segundo o disposto na Instrução Normativa nº 4, de 21.6.2000. Com a

²⁰ CF, arts. 20, III; 26, I c/c 32, § 1º.

²¹ Lei nº 9.433/97, arts. 29, II e 30, I.

²² KELMAN, Jerson. **Outorga e cobrança pelo uso de recursos hídricos : questões legais e institucionais**. Em O estado das águas no Brasil. Org. por Marcos Aurélio Vasconcelos de Freitas. Brasília: ANEEL, SIH; MMA, SRH; MME, 1999. p. 46.

²³ Órgão responsável pela outorga do direito de uso dos recursos hídricos antes da promulgação da Lei 9.984/2000.

²⁴ A irrigação é tida, no âmbito nacional, como o uso que envolve maiores derivações de água e maiores usos consultivos. Com base nesta constatação, a SRH/MMA buscou, com o auxílio dos bancos, uma forma de persuadir os usuários a requerer a outorga dos direitos de uso.

criação da Agência Nacional de Águas, pela Lei nº 9.984, de 17.7.2000, a partir do ano de 2001, os atos de outorga passaram a ser por ela expedidos²⁵.

4. A FUNÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS NA OUTORGA DOS DIREITO DE USO DE RECURSOS HÍDRICOS DE DOMÍNIO FEDERAL

A Agência Nacional de Águas – ANA, criada pela Lei nº 9.984, de 17.7.2000, é uma autarquia federal sob regime especial, com maior autonomia administrativa e financeira – comparadas às demais autarquias – vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, com o fim de implementação da PNRH, integrando o SINGREH.

Trata-se de uma agência reguladora, com a finalidade principal de controlar, supervisionar e avaliar as atividades decorrentes do cumprimento da Lei nº 9.433/97 e disciplinar, em caráter normativo, a implementação e operacionalização da PNRH.

Em corpos de água de domínio da União, a outorga é um ato de competência da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Águas²⁶ praticado sob a forma de autorização. Esta nova forma de autorização, introduzida pela Lei nº 9.984/2000, é, conforme enuncia Hely Lopes Meirelles, um ato administrativo discricionário e precário através do qual o Poder Público torna possível, ao pretendente, a realização de certa atividade ou a utilização especial de um bem público. Tem caráter especial e produz os mesmos efeitos da permissão condicionada ou qualificada. Pode ser classificada como autorização condicionada, por ser expedida com prazo determinado²⁷.

A exemplo da permissão qualificada, na autorização, o Poder Público autolimita-se na faculdade discricionária de revogá-la a qualquer tempo, ao fixar, no ato administrativo, o prazo de sua vigência e as condições a serem observadas pelo autorizatário. Ao estabelecer termo para o ato, a Administração atribui a este caráter quase-contratual. Limita-se a discricionariedade e a precariedade das autorizações às condições descritas no ato, e garante-se ao autorizatário o direito de usar o volume outorgado, no prazo estabelecido, enquanto adimplir as cláusulas. Observa-se, portanto, que o instituto da autorização trazido pela Lei da ANA se confunde com a permissão condicionada do Direito Administrativo, tendo em vista a coincidência de efeitos existente entre as duas. Tem-se a autorização de outorga como um instituto intermediário entre a autorização e a permissão administrativa.

A atuação da ANA obedecerá aos fundamentos, objetivos, diretrizes e instrumentos da PNRH e será desenvolvida em articulação com órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do SINGREH²⁸.

Nas outorgas de direito de uso dos corpos hídricos de domínio federal serão respeitados os seguintes limites de prazos, contados da data de publicação dos respectivos atos administrativos de autorização: até dois anos, para início da implantação do empreendimento objeto da outorga; até seis anos, para conclusão da implantação do empreendimento projetado; até trinta e cinco anos, para a vigência (art. 5º da Lei 9.984/2000).

Os prazos para o início do empreendimento e conclusão da implantação poderão ser ampliados quando o porte e a importância social e econômica do empreendimento o justificar, desde que ouvido o CNRH. Quanto ao prazo de vigência da outorga, deverá ser fixado em função da natureza e do porte

²⁵ O que se tem hoje em matéria de regulamentação da emissão dos atos de outorga são os artigos 4º, IV e § 7º c/c 5º, 6º, 7º, 8º e 12, V da Lei nº 9.984/00 (Lei da ANA) e Resolução nº 16 do Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH), de 08.05.2001.

²⁶ Ressalte-se que a abordagem feita a respeito da atuação da ANA se restringirá apenas aos aspectos relativos à outorga dos direitos de uso dos recursos hídricos. Não serão abordadas as demais atribuições da agência.

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 180/520.

²⁸ Lei nº 9.984/00, arts. 4º, IV e 12, V.

do empreendimento, considerando-se, quando for o caso, o período de retorno do investimento. Este último prazo poderá ser prorrogado após verificação das prioridades estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos²⁹.

Compete à ANA a emissão de outorgas preventivas de uso de recursos hídricos, com o intuito de declarar a disponibilidade de água para os usos requeridos. Esta autorização preventiva não confere direito de uso dos recursos. Destina-se a reservar a vazão passível de outorga, possibilitando, aos investidores, o planejamento de empreendimentos que necessitem desses recursos. O prazo de validade será fixado em até três anos, considerando-se a complexidade do planejamento do empreendimento. A ANA não está obrigada a outorgar o uso requerido só pelo fato de ter concedido a outorga preventiva; ela deve seguir as diretrizes do Plano de Recursos Hídricos. Decorrido o período, e outorgado o uso, deverá ser iniciada a contagem dos prazos de início ou de conclusão da implantação do empreendimento nos moldes dos incisos I e II do artigo 5º da Lei nº 9.984/00³⁰. A vantagem da outorga preventiva é quanto ao estabelecimento de uma lista de preferência para o uso.

A ANA dará publicidade aos pedidos de outorga de recursos hídricos de domínio da União, bem como aos atos administrativos que deles resultarem, com a publicação na imprensa oficial e em pelo menos um jornal de grande circulação na respectiva região (art. 8º da Lei nº 9.984/2000). Desta forma, todos os interessados poderão ter ciência dos atos e fiscalizar o cumprimento das metas descritas no Plano Nacional de Recursos Hídricos, especialmente os Comitês de Bacia Hidrográfica.

A outorga e uso das águas na geração de energia elétrica estarão subordinados ao PNRH, obedecida a legislação setorial específica (art.12, § 2º da Lei nº 9.433/97). Para licitar a concessão ou autorizar o uso de potencial de energia hidráulica a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL deverá promover, junto à ANA ou à respectiva entidade gestora de recursos hídricos, conforme a dominialidade do corpo hídrico (União, Estados ou Distrito Federal), a prévia obtenção de declaração de reserva de disponibilidade hídrica. Esta declaração obedecerá ao disposto no artigo 13 da Lei 9.433/97, e será fornecida em prazos a serem regulamentados por decreto presidencial. A declaração de reserva de disponibilidade hídrica será transformada, automaticamente, pelo respectivo poder outorgante, em outorga de direito de uso à instituição ou empresa que receber da ANEEL a concessão ou a autorização de uso do potencial de energia hidráulica. Deve-se ressaltar que as outorgas de direito de uso de recursos hídricos para concessionárias e autorizadas de serviços públicos e de geração de energia hidrelétrica vigorarão por prazos coincidentes com os dos correspondentes contratos de concessão ou atos administrativos de autorização³¹.

Um tema bastante discutido hodiernamente diz respeito à competência da ANA para regular não só os recursos hídricos, mas também o saneamento básico. A esse respeito, entendemos que a competência da Agência Nacional deve cingir-se tão somente à função atribuída inicialmente pela Lei nº 9.984/2000, tendo em vista que a inclusão do saneamento acarretaria mudança de propósito do órgão. À ANA compete interferir, regular o setor de saneamento apenas em duas situações: antes do recalque da captação de água bruta e depois do lançamento dos esgotos (tratados ou não) na natureza, do mesmo modo que atua em relação a qualquer outro usuário. O saneamento, por ser um setor de atividade essencial e complexa que congrega objetivos de saúde pública e interesses econômico-financeiros, deve ser multi-regulado pelas áreas: ambiental, de saúde, de atividades econômicas etc.

O CNRH estabeleceu critérios gerais para a outorga de direito de uso na Resolução nº 16. Dois dispositivos merecem ser comentados em face das consequências de suas aplicações.

O primeiro é o inciso V do artigo 4º, onde foi inserida a expressão “e/ou interferências” no texto original da Lei nº 9.433/97 (art. 12, V): “Estão sujeitos à outorga [...] outros usos e/ou interferências, que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo d’água”. Tal alteração demonstra a preocupação do legislador em proteger as águas pela outorga. Com a outorga das “interferências”

²⁹ Lei nº 9.984/00, art. 5º, §§ 1º a 3º.

³⁰ Lei nº 9.984/00, art. 6º, §§ 1º e 2º.

³¹ Lei nº 9.984/00, art. 7º, §§ 1º a 3º c/c art. 5º, § 4º.

amplia-se o campo de atuação dos Planos de Recursos Hídricos das bacias hidrográficas e, conseqüentemente, possibilita-se maior controle dos usos dos recursos no espaço da bacia e sua gestão visando, a partir das diretrizes, cumprir os objetivos da PNRH.

O segundo é o artigo 5º, inciso II, em que o legislador acrescentou, dentre os usos que independem de outorga, os lançamentos considerados insignificantes quanto ao volume e à carga de poluentes. Ocorre que, para a garantia da qualidade adequada dos recursos hídricos, os lançamentos não podem estar no rol dos usos independentes de outorga por duas razões. Não se pode dissociar os critérios volume/carga de poluentes sob pena de ocorrerem absurdos, verdadeiras catástrofes ecológicas amparadas legalmente, por exemplo, o lançamento de um volume pequeno com altíssimo teor de carga poluente ou, inversamente, uma carga poluente insignificante lançada em volumes vultosos, acarretando poluição pela quantidade de poluentes. Mesmo não dissociando os critérios supra, é possível acarretar poluição “por acumulação” devido ao acúmulo de um grande número de agentes poluidores insignificantes num corpo d’água que, se forem considerados *uti singuli* não degradam a natureza, mas, visualizando a situação de forma macro, provocam a degradação do bem ambiental.

O momento atual é de regulamentação e implementação desse instrumento e, é nesse sentido, que se deve considerar a evolução no tratamento jurídico do ato administrativo de autorização, introduzido pela Lei nº 9.984/00, e proporcionar a efetiva aplicação da PNRH, obedecendo a seus princípios e diretrizes. Uma das finalidades da outorga é o controle e fiscalização dos usos dos recursos hídricos, a partir do disposto nos Planos de Recursos Hídricos elaborados para cada bacia hidrográfica, buscando a adequação dos usos às necessidades ambientais e garantindo o equilíbrio e sustentabilidade ambiental.

5. CONCLUSÃO

A aprovação da Lei 9.433/97 deu grande impulso ao processo de gestão das águas ao instituir a Política Nacional de Recursos Hídricos e ao criar o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos como suporte de implementação da política nacional. Com a incorporação dos princípios, das normas e padrões de gestão já aceitos mundialmente, buscou-se a mudança no tratamento tanto das águas quanto do meio ambiente, objetivando a real implementação dos diversos instrumentos preconizados nessa legislação.

A interpretação da Lei 9.433/97, relativamente ao instrumento de outorga, leva à análise de sua aplicabilidade em função da dominialidade dos recursos hídricos constitucionalmente estabelecida; dos princípios, objetivo e diretrizes da PNRH; da estrutura inter-relacionada de todos os seus instrumentos em ações de cooperação; bem como da função desempenhada por cada entidade integrante do SINGREH. Não só os aspectos legais devem ser considerados, mas, principalmente, a disponibilidade hídrica do corpo de água e a variabilidade natural do processo hidrológico. A outorga dos direitos de uso dos recursos hídricos avalia as conseqüências *lato senso* dos usos sobre a qualidade dos corpos hídricos afetados pela ação humana e viabiliza a execução de outro instrumento da política nacional, a cobrança pelo uso dos recursos hídricos.

Muito se discutiu acerca da natureza jurídica deste instrumento. Em um primeiro momento, observou-se que a outorga dos direitos de uso para o Direito Ambiental em nada se assemelha com a outorga do Direito Administrativo. Posteriormente, viu-se que, na verdade, a outorga confunde-se com a permissão condicionada do Direito Administrativo, assim, a autorização de outorga pode ser considerada um instituto intermediário entre a autorização e a permissão administrativa.

Com a estipulação legal dos casos em que é necessária ou dispensada a outorga, bem como das hipóteses de suspensão do ato administrativo, o legislador procurou limitar o interesse público aos casos expressamente previstos em lei, para que não fossem buscadas motivações outras para embasar atos com o fito de privilegiar determinados usuários e preterir o interesse de outros usuários e até da própria bacia hidrográfica. A especificação das circunstâncias de suspensão visa também a garantir segurança na relação jurídica firmada, para que os empreendedores estejam cientes dos direitos e obrigações a serem cumpridos.

Para que ocorra a implantação efetiva das normas dispostas na Lei 9.433/97, faz-se necessária a reflexão de alguns tópicos que podem ser considerados hoje os maiores empecilhos a aplicabilidade da PNRH:

- O modelo descrito na Lei das Águas é inovador, portanto, é necessária a adaptação das legislações preexistentes e da postura e comportamento dos agentes públicos, para que sejam receptivos à parceria com os usuários e demais setores interessados nas questões hídricas na gestão desses recursos.
- A implantação do gerenciamento dos recursos hídricos, por mais que urgente, deve ser um processo progressivo, gradual, em consonância com as peculiaridades e condições de cada região e bacia hidrográfica.
- Deve ser respeitada a capacidade de adaptação de cada Estado à legislação nacional, sem a imposição de aplicação imediata de todos os instrumentos, mas sim, procurando-se estágios intermediários de desenvolvimento do gerenciamento dos recursos hídricos, com o fito de garantir a implementação plena da PNRH e a conservação das águas.³²

A gestão compartilhada das águas surge como força modificadora, capaz de transformar uma realidade preocupante num futuro cheio de possibilidades. Nesse contexto, não há espaço para o usuário espectador, à espera de propostas surgidas nas esferas governamentais. A nova ordem é a busca de alternativas pelo cidadão ou grupo de cidadãos, considerando-se as necessidades e dificuldades vivenciadas pelas próprias comunidades.

O grande desafio está lançado. A proteção e conservação ambiental devem ser o objetivo primordial da sociedade. Não se trata da defesa de um discurso político de impacto como forma de desafiar os tantos outros pregados à população. Consiste em um alerta à sociedade para que a defesa ambiental, principalmente a das águas, ganhe força e seja possível reverter o processo elevado de degradação que assola o planeta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARTH, Flávio Terra. **Evolução nos aspectos institucionais e no gerenciamento de recursos hídricos no Brasil**. Em O estado das águas no Brasil. Org. por Marcos Aurélio Vasconcelos de Freitas. Brasília: ANEEL, SIH; MMA, SRH; MME, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- KELMAN, Jerson. **Outorga e cobrança pelo uso de recursos hídricos : questões legais e institucionais**. Em O estado das águas no Brasil. Org. por Marcos Aurélio Vasconcelos de Freitas. Brasília: ANEEL, SIH; MMA, SRH; MME, 1999.
- _____. **Outorga e cobrança de recursos hídricos**. Em A cobrança pelo uso da água. Org. por Antonio Carlos de Mendes Thame. São Paulo: IQUAL, Instituto de Qualificação e Editoração Ltda., 2000. p. 96.
- LANNA, Antonio Eduardo. **A inserção da gestão das águas na gestão ambiental**. Em Interfaces da gestão de recursos hídricos: desafios da Lei de Águas de 1997. Org. por Héctor Raúl Muñoz. 2 ed. Brasília: Secretaria de Recursos Hídricos, 2000.
- LISBOA, Marijane. **A convenção dos Poluentes Orgânicos Persistentes (POP'S) : Sumário executivo do relatório sobre POP'S na América Latina**. Seminário Internacional sobre Direito Ambiental Ano 3, Brasília, 2001.

³² BARTH, Flávio Terra. **Evolução nos aspectos institucionais e no gerenciamento de recursos hídricos no Brasil**. Em O estado das águas no Brasil. Org. por Marcos Aurélio Vasconcelos de Freitas. Brasília: ANEEL, SIH; MMA, SRH; MME, 1999. p. 34.

- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 9ª ed. rev. atual. ampliada. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- PEIXOTO FILHO, Aser Cortines; BONDAROVSKY, Sandra Helena. **Água, bem econômico e de domínio público**. Revista CEJ, n. 12, Brasília, set/dez 2000.
- POMPEU, Cid Tomanik. **Aspectos jurídicos da cobrança pela utilização dos recursos hídricos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, abr/jun 1994. n. 196.