

Uso e preservação dos recursos hídricos: aspectos jurídicos

Tiago Lezan Sant'Anna*

Resumo

Este artigo aborda a temática da proteção dos recursos hídricos, discutindo as linhas gerais das normas constitucionais e infraconstitucionais sobre o uso da água no Brasil. Pretende-se demonstrar a necessidade de se condicionar a aprovação dos financiamentos às atividades produtivas demandantes de recursos hídricos à apresentação, pelos postulantes, de comprovação da outorga do direito ao uso de tais recursos.

* Advogado do BNDES, pós-graduado em Processo e Direito Civil pela UERJ (residência jurídica), mestrando em Teorias Jurídicas Contemporâneas no PPGD/UFRJ. O autor agradece aos ambientalistas Luiz Carlos Soares de Souza Rodrigues Filho e Paulo Sergio Moreira da Fonseca pelo apoio.

Abstract

This paper deals with the issue of legal protection of water resources, discussing the general lines of the constitutional and infra-constitutional Law on the usage of water in Brazil. It intends to demonstrate the necessity of setting up as a condition for financing productive activities which demand water the demonstration by the candidate that its use of water is according to water rights granted.

Introdução

Quando participei, pela primeira vez, da elaboração de um Relatório de Análise, como advogado do BNDES, deparei-me com a seguinte *vexata quaestio*: o fato de a postulante do financiamento ter em seu terreno córregos de onde extrai a água utilizada em seus processos industriais poderia dispensá-la de obter outorga de utilização de recursos hídricos?

De acordo com o Código de Águas (Decreto 24.643, de 10.7.1934), existiriam três categorias de águas: águas públicas (pertencentes ao poder público, seriam somente aquelas que compõem os mares, os rios e os lagos de domínio público); águas privadas (nascidas e localizadas em terrenos particulares, quando não estejam em categoria diversa); águas comuns (correntes não navegáveis ou flutuáveis). O Código Civil de 1916 também regulava a propriedade de cursos internos como bens particulares.

Entretanto, o artigo 1º, inciso I, da Lei 9.433, de 8.1.1997, diz que a água é um bem de domínio público, depreendendo-se da referida lei que, mesmo nos casos de utilização de águas localizadas em terrenos particulares, existe a necessidade de outorga do poder público para o uso dos recursos hídricos.

Este artigo é fruto de pesquisa bibliográfica e visa contribuir para o conjunto do conhecimento da área em foco, em termos de sistematização desses conhecimentos. Principalmente, pretende resolver a questão levantada. Serve ainda para divulgar o Guia de Procedimentos Ambientais, no qual consta a recomendação de exigência de outorga de águas, sem qualquer indicação de dispensa nos casos de uso de “águas particulares”.

Do Direito das Águas

Em 1988, o direito ao meio ambiente passou a integrar o texto da Constituição da República Federativa do Brasil. As águas estão tuteladas pelo artigo 225, *caput*, da Constituição brasileira:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

No plano internacional, vale destacar que, em 22 de março de 1992, a ONU instituiu o Dia Mundial da Água, visando incentivar a luta em defesa da preservação da natureza. A ONU redigiu ainda um documento intitulado “Declaração Universal dos Direitos da Água”, segundo o qual:

- 1) A água faz parte do patrimônio do planeta. Cada continente, cada povo, cada nação, cada região, cada cidade, cada cidadão, é plenamente responsável aos olhos de todos.
- 2) A água é a seiva de nosso planeta. Ela é condição essencial de vida de todo vegetal, animal ou ser humano. Sem ela não poderíamos conceber como são a atmosfera, o clima, a vegetação, a cultura ou a agricultura.
- 3) Os recursos naturais de transformação da água em água potável são lentos, frágeis e muito limitados. Assim sendo, a água deve ser manipulada com racionalidade, precaução e parcimônia.
- 4) O equilíbrio e o futuro de nosso planeta dependem da preservação da água e de seus ciclos. Estes devem permanecer intactos e funcionando normalmente para garantir a continuidade da vida sobre a Terra. Este equilíbrio depende, em particular, da preservação dos mares e oceanos, por onde os ciclos começam.
- 5) A água não é somente herança de nossos predecessores; ela é, sobretudo, um empréstimo aos nossos sucessores. Sua proteção

constitui uma necessidade vital, assim como a obrigação moral do homem para com as gerações presentes e futuras.

- 6) A água não é uma doação gratuita da natureza; ela tem um valor econômico: precisa-se saber que ela é, algumas vezes, rara e dispendiosa e que pode muito bem escassear em qualquer região do mundo.
- 7) A água não deve ser desperdiçada, nem poluída, nem envenenada. De maneira geral, sua utilização deve ser feita com consciência e discernimento para que não se chegue a uma situação de esgotamento ou de deterioração da qualidade das reservas atualmente disponíveis.
- 8) A utilização da água implica respeito à lei. Sua proteção constitui uma obrigação jurídica para todo homem ou grupo social que a utiliza. Essa questão não deve ser ignorada nem pelo homem nem pelo Estado.
- 9) A gestão da água impõe um equilíbrio entre os imperativos de sua proteção e as necessidades de ordem econômica, sanitária e social.
- 10) O planejamento da gestão da água deve levar em conta a solidariedade e o consenso em razão de sua distribuição desigual sobre a Terra.

Do ponto de vista doutrinário, vale destacar o crescente interesse dos juristas pela legislação ambiental concernente aos recursos hídricos, alguns defendendo inclusive a existência de um ramo específico do Direito destinado ao assunto: o chamado “Direito das Águas”.¹ São diversas as obras que abordam as variantes envolvidas na questão do seu uso no Brasil [Pompeu (2006); Granziera (2003)].

Malgrado a existência de razoavelmente vasta bibliografia sobre o assunto, a questão levantada não se resolve de imediato. É que, como sói acontecer, não há consenso entre os doutrinadores. Assim, faz-se mister uma análise mais aprofundada da legislação.

Vimos que, de acordo com a Constituição de 1988, o meio ambiente é de uso comum do povo, pois se configura como essencial à sadia

¹ Paulo Affonso Leme Machado, o maior nome do Direito Ambiental brasileiro, critica essa fragmentação do Direito Ambiental em subgêneros [cf. Machado (2004, p. 139)].

qualidade de vida de toda a humanidade. Portanto, podemos concluir que, hodiernamente, os recursos ambientais são bens públicos (artigo 99 do Código Civil/02) que o poder público e a coletividade têm legitimidade para defender e preservar.

Percebe-se, pela leitura do artigo 20, incisos III e VIII, e do artigo 26, inciso I, da Constituição de 1988, que o domínio das águas encontra-se diluído entre a União e os estados membros: são bens da União as terras devolutas indispensáveis à preservação ambiental (artigo 20, II), os 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 marginais, as praias fluviais (III) e os potenciais de energia hidráulica (VIII).

Excetuadas as águas de propriedade da União, as demais pertencem aos estados (artigo 26, I). Aponta José dos Santos Carvalho Filho que:

Nenhuma referência foi feita na Constituição sobre o domínio do Município sobre águas públicas. Como a divisão constitucional abrangeu todas as águas, é de considerar-se que não mais tem aplicação o art. 29 do Código de Águas, quando admitiu pertencerem aos Municípios as águas situadas em seus territórios. [Carvalho (2006, p. 928).]

A competência para legislar sobre águas é privativa da União Federal (artigo 22, IV, da Constituição em vigor). Ademais, a Constituição contemplou a possibilidade energética dos recursos hídricos, no artigo 21, inciso XII, alínea b, atribuindo à União a competência para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, “o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos”, bem como, no inciso XIX, outorgou competência à União para “instituir sistema de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direito de uso”.

Tal competência foi exercida com a promulgação da Lei 9.433/97, que instituiu a política nacional de recursos hídricos. Essa lei parte do fundamento de que a água é bem de domínio público e recurso natural limitado, dotado de valor econômico, prevendo diretrizes para a utilização dos recursos hídricos e tratando dos atos de outorga dos direitos de uso desses recursos e da cobrança dos beneficiários do uso. É, portanto, o diploma que estabelece as diretrizes para a captação e o uso dos recursos hídricos.

Essa lei não faz distinção entre águas que compõem os mares, os rios e os lagos de domínio público e aquelas nascidas e localizadas em terrenos particulares, como fazia o Código de Águas. Ao contrário, dispõe em seu artigo 1º, inciso I, que a água é um bem de domínio público.

Entendendo-se que a Lei 9.433/97 está em plena consonância com o artigo 225 da Constituição de 1988, chega-se à conclusão de que desde a vigência dessa lei estavam revogadas as disposições do Código Civil de 1916 que regulavam a propriedade de cursos internos como bens particulares e as disposições do Decreto 24.643/34 que contrariavam a afirmação de que a “água é um bem de domínio público”.

A questão tormentosa diz respeito à existência ou não de direito adquirido daqueles que, anteriormente à edição da Lei 9.433/97, podiam considerar as águas de seus terrenos como propriedade particular. Haveria direito adquirido?

Nesse ponto, impõe-se ressaltar que a Lei 9.433/97 encontra seu fundamento de validade no artigo 225 da Constituição de 1988. Ou seja, na verdade, desde 1988 considera-se o meio ambiente “bem de uso comum”. Deve-se indagar, portanto, sobre a existência de direito adquirido em face de texto constitucional.

A mesma questão ocorre com os manifestos de mina [Santos (2008)], previstos no Código de Mineração de 1967 (Decreto-Lei 227,

de 28.2.1967), que respeitou o direito do manifestante, ao afirmar que o aproveitamento das minas manifestadas independe de concessão do governo federal:

Art. 6º – Classificam-se as minas, segundo a forma representativa do direito de lavra, em duas categorias:

– mina manifestada, a em lavra, ainda que transitoriamente suspensa a 16 de julho de 1934, e que tenha sido manifestada na forma do art. 10º do Decreto nº 24.642, de 10 de julho de 1934, e da Lei nº 94, de 10 de setembro de 1935.

– mina concedida, quando o direito de lavra é outorgado pelo Ministro de Estado de Minas e Energia.

Art. 7º – O aproveitamento das jazidas depende de alvará de autorização de pesquisa, do Diretor-Geral do DNPM, e de concessão de lavra, outorgada pelo Ministro de Estado de Minas e Energia. [Redação dada pela Lei nº 9.314, de 14.11.1996.]

Parágrafo único – Independe de concessão do Governo Federal o aproveitamento das minas manifestadas e registradas, as quais, no entanto, ficam sujeitas às mesmas condições que este código estabelece para a lavra, tributação e fiscalização das minas concedidas.

A primeira Constituição Republicana, de 1891, estabelecia, no seu artigo 72, parágrafo 17, que “ao proprietário da superfície cabia a propriedade das minas e jazidas minerais”. A partir da Constituição de 1934, o solo foi separado do subsolo, mas os proprietários de terrenos com minas que as *manifestassem*² no tempo legal continuariam com a propriedade do subsolo.

Quanto às minas não manifestadas, após 1934, pertenceriam à União, dependendo da concessão do governo federal. Assim, foi alterado o regime do direito de propriedade do subsolo para as jazidas

² Para William Freire (1996, p. 135), manifesto “é o título que representa o domínio sobre a mina, que é um bem imóvel, corpóreo, principal (...) mina é um domínio criado numa jazida mineral”.

não manifestadas, embora criada essa regra de transição (artigo 10 do Código de Minas de 1934).

Ocorre que a Constituição de 1988 não resguardou o direito dos antigos proprietários de minas manifestadas. O artigo 176 atribuiu à União os recursos minerais, sem fazer qualquer ressalva:

Art. 176 – As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

O que pode passar ao domínio privado é o produto da lavra, conforme a parte final do referido artigo 176 da Constituição atual, enquanto as jazidas serão todas pertencentes somente à União.

A Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942) dispõe no seu artigo 6º que “A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”. O artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988 pontifica: “a Lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Observe-se que tanto a Lei de Introdução ao Código Civil quanto a própria Constituição de 1988 apenas garantem direitos adquiridos em face de lei, mas não ante uma nova Constituição. Assim, *data maxima venia*, ousamos discordar do mestre William Freire e de Lúcia Helena Alves dos Santos (1964), quando eles sustentam a permanência do instituto do manifesto de mina, mesmo diante da atual Constituição. Ao contrário, filiamo-nos ao pensamento do desembargador Leandro Ribeiro da Silva (2006, p. 33-65) e também ao de outros estudiosos do Direito das Águas [Viegas (2005, p. 78)].

Para esses especialistas, em virtude do crescente processo de publicação das águas e pelo texto previsto na vigente Constituição, está extinta a categoria de águas privadas, prevista no Código de Águas,

fato esse reforçado pelo artigo 1º, I, da Lei 9.433/97, segundo o qual a água é um bem de domínio público.

A questão, porém, é bastante controvertida, valendo citar a posição do mestre Carvalho Filho (2006, p. 926-7), que se assemelha à dos referidos autores do Direito Minerário, no que tange aos manifestos de minas: “ousamos discordar desse entendimento. A uma, porque não vislumbramos no texto constitucional tal desiderato; a duas, porque a norma da Lei 9.433/97 deve ser interpretada em relação às águas que são efetivamente públicas”.

Esse administrativista concorda que as águas, em sua maioria, sejam bens públicos, mas não afasta a possibilidade da existência de águas privadas. Carvalho Filho crê que as águas formadas em áreas privadas (pequenos açudes e lagos, locais de armazenamento de água da chuva por meio da construção de cisternas, por exemplo) são bens privados, ainda que eventualmente tenham sido captadas de águas públicas.

Em nosso entendimento, todos os recursos hídricos, bem como todos os recursos minerais, são públicos. O que pode variar é a necessidade ou não de outorga, já que, de fato, independem de outorga o uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais distribuídos no meio rural; as derivações, captações e lançamentos considerados insignificantes, tanto do ponto de vista de vazão quanto de carga poluente; e as acumulações de volumes de água consideradas de pouca monta.

Do uso dos recursos hídricos

A outorga de direito de uso de recursos hídricos é um dos seis instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, estabelecidos no inciso III do artigo 5º da Lei Federal 9.433/97. É o ato administrativo mediante o qual o poder público outorgante (União, estado ou Dis-

trito Federal) faculta ao outorgado (requerente) o direito de uso de recurso hídrico, por prazo determinado, nos termos e nas condições expressas no respectivo ato. Esse instrumento tem como objetivo assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso aos recursos hídricos.

A Lei 9.433/97 instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos partindo do pressuposto de que a água é bem de domínio público e recurso natural limitado, dotado de valor econômico. A água pode ser aproveitada para diversas finalidades, como: abastecimento humano, dessedentação animal, irrigação, indústria, geração de energia elétrica, preservação ambiental, paisagismo, lazer, navegação etc. Porém, muitas vezes esses usos podem ser concorrentes, gerando conflitos entre setores usuários ou mesmo impactos ambientais.

Nesse sentido, gerir recursos hídricos é uma necessidade premente e que tem o objetivo de buscar acomodar as demandas econômicas, sociais e ambientais por água em níveis sustentáveis, de modo a permitir a convivência dos usos atuais e futuros sem conflitos. É nesse instante que o instrumento da outorga se mostra necessário, pois, ordenando e regularizando o uso da água, é possível não só assegurar ao usuário o efetivo exercício do direito de acesso à água, bem como realizar o controle quantitativo e qualitativo desse recurso.

Segundo a Declaração Universal dos Direitos da Água, a que nos referimos anteriormente,

a água não deve ser desperdiçada, nem poluída, nem envenenada. De maneira geral, sua utilização deve ser feita com consciência e discernimento para que não se chegue a uma situação de esgotamento ou de deterioração da qualidade das reservas atualmente disponíveis.

Os diferentes setores usuários de água têm igualdade no direito de acesso a esse bem, conforme a Lei Federal 9.433/97. A única exceção, estabelecida na própria lei, é que, em situações de escassez, a

prioridade de uso da água no Brasil seja o abastecimento público e a dessedentação de animais.

Como o domínio das águas é compartilhado entre União e estados, havendo ainda a competência dos municípios para as questões de interesse local, a lei prevê o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (artigo 32), integrado por órgãos dos poderes públicos federal, estadual e municipal, que devem atuar em regime de gestão associada em face dos interesses que os aproximam.

Integram o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, como aponta o artigo 33, o Conselho Nacional de Recursos Hídricos, a Agência Nacional de Águas, os Conselhos de Recursos Hídricos dos Estados e do Distrito Federal, os Comitês de Bacia Hidrográfica, os órgãos dos poderes públicos federal, estaduais, do Distrito Federal e municipais cujas competências se relacionem com a gestão de recursos hídricos e as agências de água. Vale ressaltar que nos conselhos e nos comitês há representantes dos usuários das águas e das entidades civis de recursos hídricos.

A Agência Nacional de Águas (ANA), que se qualifica como agência reguladora, foi criada pela Lei 9.984, de 17.7.2000, sob a forma de autarquia de regime especial vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, tendo sido criada para o controle da correta aplicação da política nacional dos recursos hídricos. Entre as suas atribuições estão a supervisão, o controle e a avaliação das ações e atividades decorrentes do cumprimento da disciplina federal relacionada com os recursos hídricos.

De acordo com o inciso IV do artigo 4º da Lei Federal 9.984, compete à ANA outorgar, por intermédio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União, bem como emitir outorga preventiva. Também é competência da ANA a emissão da reserva de disponibilidade hídrica para fins de aprovei-

tamentos hidrelétricos e sua consequente conversão em outorga de direito de uso de recursos hídricos.

A solicitação de outorga à ANA é gratuita, estando a questão regulamentada pela Resolução ANA 707, de 21.12.2004. O requerente deve registrar-se no Cadastro Nacional de Usuários de Recursos Hídricos (CNARH), preencher os formulários de solicitação de outorga e enviá-los pelo correio ou pela internet.³ A outorga, segundo a resolução da ANA, é indispensável para:

- “a derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo d’água para consumo” final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo;
- “extração de água de aquífero” subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo;
- “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”;
- uso de recursos hídricos com fins de “aproveitamento dos potenciais hidrelétricos”; e
- “outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente” em um corpo de água.

Em corpos hídricos de domínio dos estados e do Distrito Federal, a solicitação de outorga deve ser feita às respectivas autoridades outorgantes estaduais, devendo-se atentar para as legislações sobre recursos hídricos de cada uma das Unidades da Federação,⁴ que tratam também da cobrança pelo uso dos recursos hídricos como instrumento de gestão.

O Rio de Janeiro, por exemplo, criou um sistema em que a sociedade civil organizada e os municípios têm participação nos Comitês de Bacia Hidrográfica e nos Conselhos Gestores dos Recursos Hídricos,

³ <http://cnarh.ana.gov.br/>.

⁴ <http://www.ana.gov.br/Institucional/Aspar/legislacaoEstadosDF.asp>.

podendo influenciar no processo decisório. A gestão da água está regulada na Lei Estadual 3.239, de 1999.

O estado do Rio de Janeiro instituiu também a cobrança pelo uso da água bruta (Lei 4.247, de 2003). Esse instrumento, previsto também na Política Nacional de Recursos Hídricos, objetiva demonstrar o valor econômico da água, além de arrecadar recursos financeiros que serão utilizados no próprio sistema de gestão de recursos hídricos.

O Código de Águas já estabelecia que o uso comum das águas pode ser gratuito ou retribuído, de acordo com as leis e os regulamentos da circunscrição administrativa a que pertencerem. Posteriormente, a Lei 6.938/81, que trata da Política Nacional de Meio Ambiente, incluiu a possibilidade de imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Finalmente, a Lei 9.433/97 definiu a cobrança como um dos instrumentos de gestão dos recursos hídricos, e a Lei 9.984/2000 atribuiu à ANA a competência para implementar, em articulação com os Comitês de Bacia Hidrográfica, a cobrança pelo uso dos recursos hídricos de domínio da União.

O Regimento Interno da ANA, Resolução 183, de 28.8.2002, em seu artigo 23, define as seguintes atribuições da Superintendência de Outorga e Cobrança, relativamente à cobrança:

Art. 23 (...)

V – coordenar a elaboração e propor à Diretoria Colegiada estudos técnicos para subsidiar a definição, pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos,⁵ dos valores a serem cobrados pelo uso de recursos hídricos

⁵ O Decreto 4.613, de 11.3.2003, regulamenta o Conselho Nacional de Recursos Hídricos.

de domínio da União, com base nos mecanismos e quantitativos sugeridos pelos Comitês de Bacia Hidrográfica, na forma do inciso VI do art. 38 da Lei 9.433;

VI – implementar, em articulação com os Comitês de Bacia Hidrográfica, a cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União.

Embora o objetivo deste artigo seja esclarecer a questão da outorga, faz-se mister aproveitarmos o ensejo para apontar a importância desse outro instrumento de gestão dos recursos hídricos. As políticas nacional e estadual de recursos hídricos devem utilizar esse instrumento para combater o desperdício e a poluição das águas, sancionando financeiramente o mau uso desse escasso recurso.

A regulamentação da cobrança pelo uso de recursos hídricos pode servir ainda como fonte de recursos para investimentos na melhoria dos serviços de saneamento básico do país, que, como é notório, ainda são muito deficientes.

Do Guia de Procedimentos Ambientais do BNDES

Em 18.5.2006, foi aprovada a Política Ambiental do BNDES pela Diretoria do Banco. Nela, a preservação, conservação e recuperação do meio ambiente são consideradas condições essenciais para a humanidade. No âmbito dessa política, foi criado o Guia de Procedimentos Ambientais nas Operações do BNDES, com o objetivo de orientar e sistematizar os procedimentos ambientais relativos a enquadramento, análise, avaliação de risco ambiental e acompanhamento das operações do Banco.

Nesse documento, que atualmente passa por processo de revisão, consta a recomendação de exigência de outorga de águas. Embora essa recomendação não conste da Orientação Normativa 2.2.1 (“Documentos Jurídicos Necessários para a Análise da Operação”) e nem

da Orientação Normativa 2.2.3 (“Documentos Jurídicos Necessários para a Assinatura de Contrato”), que determinam apenas a exigência de licença ambiental, trata-se de uma exigência derivada de lei federal, com esteio na Constituição da República. Assim, a observância dessa recomendação é de extrema importância.

O artigo 12 da Lei 6.938, de 31.8.81, determina que “as entidades e órgãos de financiamento e incentivos governamentais condicionarão a aprovação de projetos habilitados a esses benefícios ao licenciamento, na forma da Lei, e ao cumprimento das normas, dos critérios e dos padrões expedidos pelo Conama [Conselho Nacional do Meio Ambiente]”. Tal dispositivo encontra-se em consonância com a nossa Constituição, já que ela estabelece, no *caput* do seu artigo 225, que todos devem velar pela tutela do meio ambiente. Ou seja, o referido artigo 12 da Lei 6.938/81 foi recepcionado pelo texto constitucional.

Observe-se que não se impõe às instituições financeiras apenas o condicionamento da liberação de recursos à comprovação do licenciamento ambiental. Além disso, o financiamento deve ficar condicionado ao cumprimento das normas administrativas ambientais. Cabe ainda ao agente financiador, por ocasião do ato negocial, “fazer constar dos projetos a realização de obras e a aquisição de equipamentos destinados ao controle de degradação ambiental e à melhoria da qualidade do meio ambiente”, conforme o parágrafo único do artigo 12 da Lei 6.938/81:

Parágrafo único. As entidades e órgãos referidos no *caput* deste artigo deverão fazer constar dos projetos a realização de obras e aquisição de equipamentos destinados ao controle de degradação ambiental e à melhoria da qualidade do meio ambiente.

A obrigação imposta às instituições financeiras de cooperar com os órgãos ambientais também está prevista na Lei 6.803, de 2.7.1980. Essa lei fixa diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas

críticas de poluição e, em seu artigo 12, estabelece que os órgãos e entidades gestores de incentivos governamentais e os bancos oficiais condicionarão a concessão de incentivos e financiamentos às indústrias, inclusive para participação societária, à apresentação da licença de que ela trata.

A responsabilidade do BNDES, ainda que indireta,⁶ pelas atividades e ou pelos empreendimentos que financia decorre do artigo 14, § 1º, da Lei 6.938/81.⁷ Por isso, nos termos do artigo 12 da Lei 6.938/81, o Banco deve exigir dos postulantes a financiamento que comprovem, além do licenciamento do projeto (ou sua respectiva dispensa, nos casos que não se enquadrem no Anexo I a que se refere o artigo 2º da Resolução Conama 237⁸), o cumprimento das demais normas de proteção ao meio ambiente e, quando for o caso, a realização de obras e a aquisição de equipamentos destinados ao controle da degradação e à melhoria do meio ambiente.

Vale observar que as beneficiárias de colaborações financeiras do Banco estão obrigadas a “cumprir as exigências do BNDES e de autoridades federais, estaduais e municipais, relativas à preservação do

⁶ Lei 6.938/81: “Art. 3º – Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: (...) IV – poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.”

⁷ “Art. 14, § 1º – Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.” A proteção constitucional ao meio ambiente e a responsabilidade civil por eventuais danos que lhe sejam causados já foram tratadas na Nota Conjunta AJ/COJOP 007/09, AJ/DECON 029/09, AJ/DNORM 026/09, AJ/COJIN 015/09, conforme apontado na Nota AJ/DNORM 063, de 13.11.2009, ao Superintendente da Área Jurídica em resposta ao Ofício CETESB nº 301/2007/C, de 29.11.2007.

⁸ “Art. 2º – A localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão ambiental competente, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis.

§ 1º – Estão sujeitos ao licenciamento ambiental os empreendimentos e as atividades relacionadas no Anexo 1, parte integrante desta Resolução.”

meio ambiente”, nos termos do inciso X do artigo 34 das Disposições Aplicáveis aos Contratos do BNDES.

Entretanto, para que o Banco colabore efetivamente com os órgãos ambientais, devemos atentar para as recomendações do Guia de Procedimentos Ambientais. Nele, os técnicos do BNDES são conclamados a considerar os princípios de sustentabilidade e as características inerentes ao empreendimento ao elaborar eventuais recomendações ambientais para as fases de análise e ou acompanhamento da operação, complementando as Orientações Normativas 2.2.1 e 2.2.3.

Os empreendimentos são classificados em categorias, de acordo com a sua potencialidade poluidora. No caso de empreendimento classificado na Categoria Ambiental A (atividade intrinsecamente relacionada a riscos de impactos ambientais significativos, em que o licenciamento requer estudos de impactos, medidas preventivas e ações mitigadoras, de que são exemplos a indústria metalúrgica, siderúrgica e de galvanização; a indústria química; o coque, o refino de petróleo e o preparo de combustíveis; a fabricação de cimento, borracha, plástico, celulose e papel), podem-se destacar as seguintes recomendações do Guia:

- 1) Verificar entre as exigências estabelecidas na Licença de Instalação a previsão da Compensação Ambiental por danos causados em florestas ou outros ecossistemas. Avaliar a inclusão no item de investimentos financiáveis. O montante de recursos para o Programa de Compensação Ambiental fazer face à reparação dos danos ambientais causados pelo empreendimento não poderá ser inferior a 0,5% dos custos totais previstos para a sua implantação (Resolução Conama 02/96).
- 2) No caso de empreendimento que utilize carvão mineral para geração de energia, recomenda-se fortemente incentivar e apoiar a conversão para gás natural ou outra fonte renovável, face ao impacto ambiental associado à queima de combustíveis fósseis.

- 3) Incentivar a implantação de sistema de circuito fechado e a reutilização de águas.
- 4) Em empreendimentos que utilizam madeira como matéria-prima, incentivar e apoiar a Certificação de Cadeia de Custódia (uso de madeira oriunda de manejo de baixo impacto).
- 5) Caso a empresa utilize técnicas de engenharia genética, incentivar a Certificação de Qualidade em Biossegurança.
- 6) Verificar a existência de Passivos Ambientais. Incentivar e apoiar a recuperação em consonância com a Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Programa Nacional de Florestas.
- 7) Solicitar a licença de operação (LO) ou a licença de funcionamento (LF) das unidades existentes e a licença de implantação ou de instalação (LI) para novos empreendimentos, ampliação, modernização ou alteração de processo produtivo (Resolução Conama 237/97 e Orientações Normativas 2.1.1 e 2.2.2).
- 8) Nos casos de empreendimentos envolvendo intervenções distintas e ou dispersas, recomenda-se que a empresa elabore um quadro síntese das instalações existentes e dos projetos a serem apoiados que permita avaliar a situação atual e seu acompanhamento posterior. O quadro deverá conter os itens passíveis de licenciamento, sua localização ou identificação dos trechos e as respectivas licenças com data de vencimento ou prazo de validade, um eventual termo de ajustamento de conduta (TAC) e eventuais outorgas.
- 9) Solicitar a autorização ou outorga para direito de uso dos recursos hídricos quando o empreendimento envolver captação de água, superficial ou subterrânea, e ou lançamento de efluentes em curso natural (Lei 9.433/97 – Política Nacional de Recursos Hídricos).
- 10) Solicitar o atendimento ao Código Florestal, principalmente quanto à proibição de corte da vegetação nativa na Mata Atlântica e à manuten-

ção das áreas de preservação permanente e das áreas de reserva legal: na Amazônia Legal, limite mínimo de 80% para áreas de floresta e 35% para áreas de cerrado; e 20% para as demais regiões do país.

- 11) Incentivar e apoiar a priorização do uso de combustíveis de fontes renováveis: energia hídrica, eólica, solar, biomassa, madeira de exploração florestal regularizada etc. Racionalizar o uso de combustíveis não renováveis: derivados do petróleo e carvão, principalmente.
- 12) Verificar a infraestrutura urbana para atender ao empreendimento: existência ou previsão de rede coletora municipal de esgotos e de águas pluviais, assim como a coleta e disposição final de resíduos sólidos. Exigir compromisso dos órgãos competentes para complementação ou planejamento das necessidades.
- 13) Verificar se a localização do empreendimento é adequada ao Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano do Município e ao zoneamento industrial no que tange às áreas críticas de poluição (Lei 6.803/80).

Conclusão

Ao final deste artigo, deve-se ressaltar que a água é um recurso escasso, componente essencial do conceito de “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, direito garantido pelo artigo 225 de nossa Constituição.

Para que seja efetivado tal direito, é necessária a ação do Estado e da sociedade, fiscalizando o seu uso, de modo a garantir a saúde e o bem-estar humanos, bem como o equilíbrio ecológico aquático. Isso se dá por meio da exigência de outorga, consagrada desde que a Constituição de 1988 integrou as águas ao regime de direito público, sendo certo que o Guia de Procedimentos Ambientais do BNDES recomenda a solicitação de “autorização ou outorga para direito de uso dos recursos hídricos quando o empreendimento envolver

captação de água, superficial ou subterrânea, e/ou lançamento de efluentes em curso natural”.

No que concerne à questão levantada, concluímos que a origem dos recursos hídricos utilizados nos processos produtivos ou em qualquer atividade é irrelevante para fins de se determinar a necessidade de outorga de uso de recursos hídricos, já que, conforme o ordenamento jurídico vigente, todos os recursos hídricos são públicos.

A necessidade ou não de outorga dependerá apenas dos volumes utilizados, uma vez que, de fato, ela não é exigida no uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais distribuídos no meio rural; nas derivações, captações e lançamentos considerados insignificantes, tanto do ponto de vista de vazão quanto de carga poluente; e nas acumulações de volumes de água consideradas de pouca monta.

Referências

CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de Direito Administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FREIRE, W. *Comentários ao Código de Mineração*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

GRANZIERA, M. L. M. *Direito de Águas*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MACHADO, P. A. L. *Direito Ambiental Brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

POMPEU, C. T. *Direito de Águas no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RIBEIRO DA SILVA, L. Possibilidades normogenéticas dos recursos hídricos como direito fundamental. In: *Direitos fundamentais: novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANTOS, L. H. A. dos. O Direito Minerário e o instituto do manifesto de mina. *Jus Navigandi*, ano 13, n. 1.964. Teresina, 16 de novembro de 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11965>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2010.

VIEGAS, E. C. *Visão jurídica da água*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.